Emilio José Armaza Armaza • Elena Atienza Macías • Iñigo de Miguel Beriain • Aitziber Emaldi Cirión • Fátima Flores Mendoza • Pilar Nicolás Jiménez • Andrea Perin • Sergio Romeo Malanda • Fernando Guanarteme Sánchez Lázaro • Esteban Sola Reche • Asier Urruela Mora (coords.)

DEL DERECHO PENAL AL BIODERECHO

LIBRO HOMENAJE A CARLOS MARÍA ROMEO CASABONA

COMARES
editorial

Esta publicación es de **acceso libre, abierto y gratuito**, por tanto su contenido está a disposición del lector sin cargo alguno con el objetivo de incrementar su visibilidad nacional e internacional. Usted puede sin solicitar permiso leerla, compartirla, imprimirla, comunicar públicamente la obra o generar obras derivadas, siempre que cite la autoría y fuente original. **No se permite utilizar esta obra con fines comerciales**.

DEL DERECHO PENAL AL BIODERECHO

Emilio José Armaza Armaza | Elena Atienza Macías
Iñigo de Miguel Beriain | Aitziber Emaldi Cirión | Fátima Flores Mendoza
Pilar Nicolás Jiménez | Andrea Perin | Sergio Romeo Malanda
Fernando Guanarteme Sánchez Lázaro
Esteban Sola Reche | Asier Urruela Mora
(coords.)

DEL DERECHO PENAL AL BIODERECHO

LIBRO HOMENAJE A CARLOS MARÍA ROMEO CASABONA

VOLUMEN I

DERECHO PENAL

PARTE GENERAL

Granada, 2026

Maquetación:
Virginia Vílchez Lomas

© Los autores

© Editorial Comares, 2026
Polígono Juncaril
C/ Baza, parcela 208
18220 • Albolote (Granada) España
Tlf.: 958 465 382
www.comares.com • E-mail: libreriacomares@comares.com
facebook.com/Comares • twitter.com/comareseditor • instagram.com/editorialcomares

ISBN de la obra completa: 979-13-7033-159-7
ISBN: 979-13-7033-160-3 • Depósito Legal: Gr. 1090/2026

Impresión y encuadernación: COMARES

SUMARIO

Presentación de la obra. XIX

Carlos María Romeo Casabona. Semblanza XXI

DERECHO PENAL. PARTE GENERAL VOL. I

1. Noticias falsas y amnistía 3
Miguel Abel Souto

2. Actuación en conciencia y derecho penal: a propósito de las tesis de González Vicén sobre obediencia y desobediencia al derecho 17
Mercedes Alonso Álamo

3. Vehículos totalmente automatizados, inteligencia artificial y delito imprudente: responsabilidad por el producto 35
Isidoro Blanco Cordero

4. Il principio dell'intangibilità del corpo: riflessioni penalistiche sull'*habeas corpus* contemporaneo 57
Stefano Canestrari

5. Emociones, motivos y atenuación por celo de la justicia. 83
Juan Pablo Castillo Morales

6. La normativización del derecho penal: balance de un debate 103
Joaquín Cuello Contreras

7. Problemas jurídico-penales de la objeción de conciencia en el ámbito de las actividades sanitarias 123
Mirentxu Corcoy Bidasolo

8. La indeterminación de la ley de amnistía, otro motivo de inconstitucionalidad . . 141
Antonio Cuerda Riezu

9. Hacia una prohibición mundial de la pena de muerte con estatus de *jus cogens* . . 149
José Luis de la Cuesta Arzamendi

10. La prevención de errores de medicación mediante la intervención penal y otras medidas extrapenales 171
Javier de Vicente Remesal

11. Neurotecnologías, derechos humanos y derecho penal 189
Eduardo Demetrio Crespo y Faustino García de la Torre García

12. La política legislativa penal española sobre colectivos identitarios 213
José Luis Díez Ripollés

13. Concurso medial y determinación de la pena para personas jurídicas 235
Patricia Faraldo Cabana

14. Sull'applicazione analogica delle cause di esclusione della colpevolezza . . 255
Gabriele Fornasari

15. Fundamento del decaimiento de la pretensión punitiva por el paso del tiempo y sus límites. 277
Enara Garro Carrera

16. Como un elefante en una cacharrería. Consideraciones críticas sobre la naturaleza jurídica de los modelos corporativos de prevención de delitos 291
Víctor Gómez Martín

17. Ilícito penal e ilícito disciplinario funcionarial 317
Manuel Gómez Tomillo

18. Derecho penal, justicia y administración de justicia 337
Juan Jose González Rus

19. La concurrencia de ilícitos penales y administrativos para un mismo hecho en la doctrina jurisprudencial 359
Hernán Hormazábal Malarée

20. Actos preparatorios pluripersonales punibles: cuestiones generales 373
Diego-M. Luzón Peña

21. ¿Tentativa, coautoría y participación en la infracción penal de la persona jurídica regulada en el código penal español? 393
Carlos Martínez-Buján Pérez

22. Rafael Salillas, penitenciarista y primer criminólogo en España 407
Ricardo M. Mata y Martín

23. Algunas consideraciones acerca de la medida de seguridad de libertad vigilada . 429
Belén Mayo Calderón

24. Hacia una cercana retroalimentación entre la política criminal y la dogmática jurídico-penal en México 451
Moisés Moreno Hernández

25. La responsabilidad penal de las «personas artificiales». Esbozo 471
Fernando Navarro Cardoso

26. Notas sobre el método de la dogmática jurídico-penal 489
Esteban Pérez Alonso

27. Cuestiones clásicas del derecho penal vinculadas a la transmisión del vih en el marco de relaciones sexuales 505
Ana I. Pérez Machío

28. ¿Los motivos abyectos-discriminatorios incrementan la culpabilidad? Introducción a una propuesta conforme a la exigencia de ofensividad 521
Andrea Perin

29. ¿Sirve la doctrina de la imputación objetiva para resolver los problemas específicos del injusto imprudente? 543
Esther Pomares Cintas

30. La posición de garante en el derecho penal. 557
Guillermo Portilla Contreras

31. Sobre el concepto de imputación en derecho penal 575
Ricardo Robles Planas

32. Reflexiones sobre la capacidad de rendimiento del concepto de la adecuación social y la estructura lógico-objetiva de la acción finalista 589
M.ª Ángeles Rueda Martín

33. Ponderación y deber de cuidado: una primera aproximación 609
Fernando Guanarteme Sánchez Lázaro

34. De nuevo sobre la confusión entre penas y medidas 625
Ángel José Sanz Morán

35. El sistema «real» de incriminación de la imprudencia en derecho penal económico español 639
Jesús-María Silva Sánchez

VOL. II

DERECHO PENAL. PARTE ESPECIAL

1. La levedad del nuevo delito sexual de acoso vejatorio 655
María Acale Sánchez

2. Crimen invisible: la falsificación de productos médicos y su impacto en Ecuador. . 675
Oscar Alarcón-Jiménez

3. Consideraciones críticas sobre la regulación penal española en materia de tráfico de órganos 683
Carmen Alastuey Dobón

4. La multirreincidencia en el delito de hurto 705
Francisco Javier Álvarez García

5. Bioprogresismo y política criminal en materia de dopaje deportivo 729
Emilio José Armaza Armaza

6. ¿El derecho penal como vía para afrontar el dopaje deportivo? Algunas consideraciones sobre una discusión sempiterna 751
Elena Atienza Macías

7. Breves reflexiones jurídicas acerca de la clonación reproductiva de los animales de compañía. 775
Ignacio F. Benítez Ortúzar

8. Delitos apologéticos a través de las TIC: suicidio, autolesión, trastorno alimentario y abuso sexual de menores y de personas con discapacidad necesitadas de especial protección. 793
Miguel Ángel Boldova Pasamar

9. Problemas procesales suscitados por la ejecución, mediante la vía de apremio, de la pena de multa impuesta a personas físicas 815
Manuel Cachón Cadenas

10. Tratamiento de las agresiones sexuales cometidas por menores y consideradas de máxima gravedad 835
Sergi Cardenal Montraveta

11. Desafíos de la participación de las víctimas en el sistema penal español: una evaluación del estatuto de la víctima 855
Anabel Cerezo y Patricia San Juan

12. Suicidio de menores y responsabilidad penal de terceros 877
M.ª Luisa Cuerda Arnau

13. Cuatro años después de la aprobación de la ley de la eutanasia: cuando ejercer un derecho se convierte en una carrera de obstáculos 895
Rosario de Vicente Martínez

14. El consentimiento como eje central en los delitos contra la libertad sexual. Aproximación a la evolución legislativa y jurisprudencial 913
María del Río Pereda

15. La conducta típica en el tipo básico de agresiones sexuales 935
Miguel Díaz y García Conlledo y María A. Trapero Barreales

16. Salud sexual y reproductiva e interrupción voluntaria del embarazo: últimas reformas penales y control de constitucionalidad 977
Estrella Escuchuri Aisa

17. Diagnóstico del sistema legal salvadoreño de protección a la mujer que sufre violencia 999
Javier Gustavo Fernández Teruelo

18. La influencia internacional y europea en la conformación del delito de blanqueo de dinero 1021
Juan Carlos Ferré Olivé

19. El delito de acceso no autorizado a datos reservados del art. 197.2 cp frente al robo de identidad 1035
Fátima Flores Mendoza

20. Manipulaciones bursátiles, redes sociales y desinformación. El «caso gamestop» como piedra de toque del delito del art. 284.1.2.º del código penal 1047
Alfonso Galán Muñoz

21. Una aproximación a la protección penal de la intimidad en el ámbito sanitario . . 1071
Javier García Amez

22. Pseudoterapias y delitos contra la vida y salud 1091
M.ª del Carmen Gómez Rivero

23. Ánimo de lucro y propósito de enriquecimiento personal en el delito de malversación 1109
José L. González Cussac

24. El delito de usurpación de imagen y el delito de usurpación de estado civil en el contexto moderno de la simulación de identidad en internet 1127
Iñigo Gordon Benito

25. La difusión no consentida de material íntimo o manipulado: una aproximación a nuevas respuestas jurídicas 1149
Cristina Guisasola Lerma

26. Sobre la subsidiariedad del delito de defraudación tributaria en la prevención del fraude fiscal 1171
José Ulises Hernández Plasencia

27. Viogén como herramienta algorítmica de protección frente a la violencia de género. Análisis de impacto desde la perspectiva procesal penal 1193
Arantza Libano Beristain

28. Aspectos procesales de la identificación por el adn en el proceso penal español . 1213
Tomás López-Fragoso Álvarez

29. De los delitos informáticos a la ciberdelincuencia y a la inteligencia artificial: un recorrido social, técnico y académico 1227
Jon López Gorostidi

30. Homicidio consentido y eutanasia 1237
Juan Pablo Mañalich R.

31. Il diritto penale come strumento di tutela dei diritti dei migranti: un'utopia o un obiettivo da perseguire? 1261
Luca Masera

32. Algunas consideraciones relativas a los denominados delitos societarios 1275
Eladio José Mateo Ayala

33. La protección penal de los trabajadores en el ordenamiento jurídico italiano . 1291
Alessandro Melchionda

34. La protección penal de los datos sanitarios, y las implicaciones de la pandemia covid-19: delitos contra la intimidad y secreto profesional. 1315
Silvia Mendoza Calderón

35. Contacto con menores a través de medios telemáticos 1349
Antonia Monge Fernández

36. La especie humana como bien jurídico a proteger por el derecho penal ante la revolución 4.0. 1367
Pedro Julio Montano Gómez de Alía

37. Panorama legal y judicial sobre la muerte digna en América Latina 1407
Luis Fernando Niño

38. Sobre los mecanismos de prevención y represión de la violencia contra las mujeres 1425
Miguel Ángel Núñez Paz

39. La vigencia del delito de manipulación genética a examen: ¿es necesaria una actualización? 1445
Ekain Payán Ellacuria

40. Protección de los datos personales en el ámbito penal europeo: equilibrios y desafíos frente a la seguridad pública 1467
Miren Josune Pérez Estrada

41. La respuesta del derecho penal ante el hurto multirreincidente: aspectos problemáticos y posibles soluciones 1485
Ramon Ragués i Vallès

42. El concepto de persona en el delito de homicidio 1501
Eduardo Ramon Ribas

43. Delitos de abolição violenta do estado democrático de direito e golpe de estado no direito brasileiro: breves notas 1517
Luiz Regis Prado

44. La prestación de ayuda para morir en pacientes con trastornos mentales graves: algunas consideraciones jurídico-penales 1531
Sergio Romeo Malanda

45. De la constitucionalización del sistema de indicaciones al reconocimiento del derecho al aborto: el camino recorrido desde la STC 53/1985 hasta la STC 44/2023 1567
Carmen Salinero Alonso

46. Los delitos informáticos y los ciberdelitos. Notas sobre su evolución y proyección con una mirada a la contribución de Romeo Casabona en la discusión . . . 1583
Christian Scheechler Corona

47. Intromisión e introspección del derecho penal en la eutanasia y los cuidados paliativos 1607
Esteban Sola Reche

48. El rol del comité de las partes en la implementación del convenio del consejo de europa sobre la falsificación de productos médicos y delitos similares que supongan una amenaza para la salud pública (convenio medicrime) 1629
Asier Urruela Mora

49. Los principios de legalidad y proporcionalidad en la directiva 2018/1673, del parlamento europeo y del consejo, de 23 de octubre de 2018, relativa a la lucha contra el blanqueo de capitales mediante el derecho penal 1661
Caty Vidales Rodríguez

50. Legislación especial para luchar contra la trata y la explotación de seres humanos: valoración crítica sobre su necesidad y su proyectado contenido . . . 1679
Carolina Villacampa Estiarte

51. La ley orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia, bajo el prisma de las sentencias del tribunal constitucional 19/2023, de 22 de marzo, y 94/2023, de 12 de septiembre. 1699
Jorge Vizueta Fernández

VOL. III DERECHO, BIOMEDICINA Y NUEVAS TECNOLOGÍAS

1. Control ético de la investigación biomédica en Euskadi. 1725
Iciar Alfonso Farnós y Guillermo Alcalde Bezhold

2. Reproducción humana asistida en España y retos regulatorios: nuevos modelos familiares y la cuestión de la descongelación de los embriones 1737
Fernando Abellán-García Sánchez

3. Regulación de la equidad en inteligencia artificial: perspectivas y retos en la Unión Europea 1757
Itziar Alkorta Idiakez

4. Colombia 1997-2022. Un cuarto de siglo construyendo el derecho fundamental a la muerte digna en sede jurisdiccional ante el silencio del legislador. 1773
Gonzalo Arruego Rodríguez

5. Carlos M.ª Romeo Casabona: precursor del bioderecho en España 1797
Vicente Bellver Capella

6. Cuarenta años de edición genética: consideraciones jurídicas actuales en torno a la modificación del genoma humano 1815
María Ángela Bernardo-Álvarez

7. La bioética en las escuelas de medicina y centros de investigación. Trato a los cadáveres 1835
Ingrid Brena Sesma

8. Tras tres años de aplicación de la ley orgánica de regulación de la eutanasia . . 1849
Ricardo Chueca Rodríguez

9. A toolkit for the legal governance of transformative technologies 1875
Carlo Casonato, Lucia Busatta, Simone Penasa y Marta Tomasi

10. Un analisis crítico de tres argumentos en contra de la edición genética embrionaria 1903
Iñigo de Miguel Beriain

11. La libertad de manifestación científica en tiempos de anticientifismo: el caso *BIELAU C AUSTRIA* como ejemplo de limitación legal en contextos de normalidad . . 1913
Federico de Montalvo Jääskeläinen

12. Gestación subrogada en portugal: ¡dificultades normativas!. 1937
André Gonçalo Dias Pereira

13. Inteligencia artificial y derecho. La ia a la luz de la normativa europea 1953
Aliuska Duardo Sánchez

14. El turismo reproductivo y la problemática juridica de la maternidad subrogada . 2001
Aitziber Emaldi Cirión

15. Gobernanza de las agrobiotecnologías en la ue: de los primeros omg a las plantas de genoma editado 2023
Leire Escajedo San-Epifanio

16. Estudios biojurídicos sobre la gestación por sustitución en Brasil 2045
Maria de Fátima Freire de Sá

17. Bioética y el derecho de acceso universal a la salud. 2067
Volnei Garrafa

18. Ciudadanía bioética como paradigma para el derecho fundamental a la ciudad: solidaridad, tolerancia y sostenibilidad 2083
Fabiana Guancino Persicotti, Ana Paula Myszczuk y Jussara Maria Leal de Meirelles

19. Planificación compartida de la atención (pca): origen, desarrollo, herramientas y propuestas 2099
Javier Júdez, Marina Gandía y Nuria Pérez de Lucas

20. La metodología del bioderecho desde un enfoque institucional: la gobernanza anticipatoria de los riesgos 2139
Juan Alberto Lecaros Urzúa

21. La mentalidad bioética ante el fin de la persona humana. «Sistemas de muerte» y sus imágenes 2161
Fernando Lolas Stepke

22. Adaptación de las principales normativas de derecho biomédico a los cambios en materia de capacidad jurídica de las personas con discapacidad 2181
Andrea Macía Morillo

23. El principio de solidaridad en la gestión de los datos sanitarios. Especial referencia a la regulación del espacio europeo de datos sanitarios. 2203
Ana M.ª Marcos del Cano y Clara M.ª Berrocal Cuesta

24. España: alcance, retos y oportunidades de una legislación pionera en ensayos clínicos 2231
Amelia Martín Uranga

25. Entre leyes, neuronas, algoritmos y genes 2247
Aníbal M. Astobiza

26. Los biobancos frente a la normativa europea de protección de datos y del espacio de datos de salud 2263
Pilar Nicolás Jiménez

27. Tendencias en biotecnología y genética en el siglo xxi 2287
Hilde Sánchez Morales

28. Notification of adverse events at healthcare in german law: theory and practice 2311
Jürgen Simon

29. La Ley, de 24 de junio de 2022, de derogación del § 219a del Código Penal Alemán sobre publicidad de la interrupción del embarazo y el informe de 15 de abril de 2024 de la Comisión sobre autodeterminación reproductiva y medicina reproductiva 2323
Antonio Troncoso Reigada

30. Surgimiento, evolución y concepciones del bioderecho 2367
Erick Valdés

31. Algunas consideraciones acerca del derecho a la protección de la salud 2389
Jaime Vidal Martínez

PRESENTACIÓN DE LA OBRA

La presente obra, dividida en tres volúmenes, recoge las contribuciones de una serie de académicos cuyo denominador común es la voluntad de homenajear a Carlos María Romeo Casabona.

La estructura de la obra responde en gran medida a la propia trayectoria científica de Carlos Romeo en la que dos grandes hitos jalonan su quehacer académico: por un lado, su condición de excelso penalista —con contribuciones de enorme significación tanto en la esfera de la dogmática de la Parte General como en el ámbito de la Parte Especial del Derecho Penal— y, por otro, su fundamental influencia en la consolidación del Derecho Biomédico como especialidad jurídica, para lo que aportó un discurso metodológico como investigador en la vanguardia de las implicaciones jurídicas de nuevos escenarios científicos y tecnológicos. Ello explica la organización de los trabajos de la siguiente forma: un primer volumen dedicado a las cuestiones de la Parte General, el segundo referido a la Parte Especial, y un tercer volumen, cuya línea temática gira en torno al Bioderecho.

La publicación final de la obra verá la luz, lamentablemente, tras su fallecimiento en agosto de 2024. No obstante, dicho luctuoso acontecimiento no puso en ningún momento en entredicho la continuidad y culminación del presente proyecto, en la convicción plena, por parte de sus promotores, de que constituye un merecido y necesario homenaje a la brillante trayectoria científica de nuestro maestro. Carlos fue informado en vida por los coordinadores de la obra, de la génesis de la misma y de los sucesivos avances producidos, respondiendo con continuas muestras de gratitud, que aquí nos sentimos obligados a participar a todos los autores.

Los últimos meses de vida de Carlos Romeo fueron fiel reflejo de su trayectoria académica y contextualizan plenamente el sentido de la presente obra materializada, en gran parte, en dicho periodo. El 24 de mayo de 2024, menos de tres meses antes de su fallecimiento, defendía en la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Zaragoza su tercera Tesis Doctoral, en Historia. Al multitudinario acto académico, acudieron

discípulos y compañeros de distintas universidades españolas y extranjeras deseosos de rendirle homenaje en tan significado momento. Pocos días después se celebró en su honor el *Congreso Internacional de Derecho y Genoma Humano* que conmemoraba el 30 aniversario de la Cátedra que Carlos Romeo fundó y que tan magistralmente dirigió durante dicho periodo. De nuevo, dicho marco sirvió para congregar en torno al maestro a varias generaciones de discípulos y colegas de diferentes países. A lo largo de dichos meses finales de su vida, de continuada actividad, se gestó y materializó la mayor parte de la presente obra que constituye un sentido tributo de la comunidad científica a la figura de Carlos Romeo.

Como personas que hemos compartido gran parte de su trayectoria académica estamos seguros de que la publicación final de esta obra hubiera llenado de satisfacción a nuestro maestro.

Finalizamos con nuestro agradecimiento a Ana Menéndez, Yenifer Mursuli, Mikel Recuero y Adrián Romero por la ayuda que nos han prestado en la coordinación de esta obra; y a las instituciones que sustentan su edición:

- Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea
- Módulo Jean Monnet EU-Biolaw: European Biolaw as a toolbox to promote EU values (Project 101176018 - ERASMUS-JMO-2024-HEI-TCH-RSCH) de la Universidad de Deusto. Financiado por la Unión Europea.[1]
- Università degli Studi di Brescia, Dipartimento di Giurisprudenza (Plan Estratégico 2024-2025).
- Universidad de Zaragoza.

Los coordinadores

[1] Los puntos de vista y opiniones expresados son exclusivamente responsabilidad de cada autor o autora y no reflejan necesariamente la posición de la Unión Europea. La Unión Europea queda exenta de cualquier responsabilidad al respecto.

CARLOS MARÍA ROMEO CASABONA
SEMBLANZA*

Prof. Dr. iur., Dr. med., Dr. hist., Dr. h. c. mult. Carlos María Romeo Casabona
Catedrático Emérito UPV/EHU. Facultad de Derecho

Carlos María Romeo Casabona nació en Zaragoza el 23 de marzo de 1952 y falleció en Bilbao el 15 de agosto de 2024.

Ha sido, sin lugar a dudas, una de las figuras más destacadas del panorama jurídico español, latinoamericano y europeo contemporáneo en los campos del Derecho penal, el Bioderecho y la Bioética. Su trayectoria se ha caracterizado no solo por la solidez y el rigor académico de su obra, sino también por su capacidad para anticipar y enfrentar los dilemas éticos y jurídicos que han surgido del avance científico y tecnológico, especialmente en el ámbito biomédico.

Además de doctor en Derecho alcanzó el grado de doctor en Medicina y de doctor en Historia medieval por la Universidad de Zaragoza. Fue reconocido como doctor *honoris causa* por seis Universidades: Universidad Privada de Tacna, Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa, Universidad Católica de Santa María de Arequipa, Universidad de La Laguna (Tenerife), Universidad Privada de Moquegua, Perú y Universidad PUC-Minas Gerais de Belo Horizonte, Brasil.

Mantuvo una fructífera relación académica con numerosas universidades especialmente latinoamericanas, entre otras muchas, con la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá, Universidad de Buenos Aires, Universidad Nacional Autónoma de Méjico, Pontificia Universidad Católica de Minas Gerais, Universidad Nacional de San Agustín y Universidad Católica de Santa María en Arequipa. Del mismo modo, cultivó vínculos

* Esta semblanza está basada en la publicada por la UPV/EHU tras el fallecimiento de Carlos María Romeo Casabona, firmada por Pilar Nicolás y en la publicada en el Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, firmada por Esteban Sola y Asier Urruela.

estrechos y fructíferos también con universidades de otros países europeos, entre las cuales merece especial mención la Universidad de Trento, en Italia, y sus grupos de investigación en Derecho penal y Bioderecho.

I. Formación y primeros pasos en el derecho

Carlos Romeo fue un clásico y a la vez un pionero. Dedicado en exclusiva a la universidad, lo hizo en todas sus facetas con el mismo tesón y rigor: cuarenta años de docencia, publicaciones en distintos idiomas con enorme difusión, más de treinta tesis dirigidas, colaboración con instituciones públicas y privadas transfiriendo experiencia y conocimiento. Catedrático de Derecho penal, a la vez, promovió una nueva disciplina, el Bioderecho, y afrontó retos intelectuales en el análisis de los conflictos planteados por avances tecnológicos y científicos, siempre en la vanguardia. Consiguió formar un grupo de investigadores y profesores bien cohesionado (era uno de sus mayores orgullos) y, bajo su dirección, la Cátedra de Derecho y Genoma humano se convirtió en un referente internacional. Mantuvo su inquietud intelectual, su lucidez y su capacidad de trabajo hasta el final (defendió su tesis doctoral en Historia medieval apenas tres meses antes de su fallecimiento).

Carlos Romeo nació, se licenció y se doctoró en Derecho con premio extraordinario en Zaragoza. Se diplomó en Criminología por la Universidad Complutense de Madrid. Fue profesor ayudante, adjunto y titular en la Universidad de Zaragoza; fundador y director del Centro de Estudios Criminológicos y decano de la Facultad de Derecho en la Universidad de La Laguna; hasta el año 1996 catedrático de Derecho penal de esa universidad y, a partir de entonces de la UPV/EHU. Desde el año 2022 era catedrático emérito en la UPV/EHU.

Su plena vida académica puede ser fielmente descrita desde su formación como penalista, bajo el ejemplar magisterio del Profesor Cerezo Mir, quien dirigió su tesis doctoral, publicada bajo el título *El médico y el derecho penal*, que colmó, en 1981, una importante laguna en la ciencia del derecho penal: era la primera monografía española que establecía los fundamentos y el alcance de la responsabilidad penal del médico. Pero no era su primer libro. Previamente había publicado otro por haber sido el autor del borrador de la todavía vigente Ley de Extracción y Trasplantes de Órganos de 1979. El sistema de donación diseñado en esa ley, que sigue recibiendo grandes elogios en todo el mundo, continúa prestando un gran servicio a la sociedad española, pues desde hace algunos lustros ha convertido a España en el país líder en tasa de donaciones de órganos a nivel mundial.

En 1988, en su libro *Poder Informático y Seguridad Jurídica*, que recibió el premio de la Fundación Telefónica, propuso algunas tesis para tratar punitivamente las novedosas conductas fraudulentas llevadas a cabo a través de tarjetas y en cajeros automáticos, tesis que luego se convirtieron en doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

Ya desde el inicio de su larga y próspera carrera académica se hizo evidente una de las constantes en la obra de Romeo Casabona: el diálogo entre la ciencia jurídica y

las demás ciencias sociales, biomédicas y éticas, un enfoque entonces incipiente pero que él supo cultivar con una clarividencia única.

II. Su contribución académica al derecho penal y al bioderecho

Las obras mencionadas son solo una muestra de una producción ingente. El profesor Romeo fue el autor de más de veinte monografías, coautor de más de otras cincuenta y de más de doscientos artículos. Su estilo, erudito pero accesible, ha servido de modelo para muchos juristas jóvenes interesados en el Derecho sanitario y la Bioética. Además, fue un docente apasionado, que supo transmitir no solo conocimientos, sino también inquietudes morales y compromiso social.

Fue también director de las colecciones «Estudios de Derecho Penal y Criminología» (Ed. Comares, 150 monografías publicadas), Derecho y Ciencias de la Vida (Comares, 50 monografías.) y de las monografías de la Cátedra de Derecho y Genoma Humano (20 monografías).

En el ámbito del Derecho penal destacó como un académico riguroso y creativo. Con un estilo claro, directo y meticuloso, abordó temas como la responsabilidad penal en el ámbito médico, los delitos contra la vida y la integridad física, y la criminalidad tecnológica. Participó activamente en los debates doctrinales sobre la reforma del Código Penal español de 1995, especialmente en las materias relacionadas con la eutanasia, el aborto, la manipulación genética, y los delitos de intervención médica sin consentimiento, con decisivas contribuciones al respecto a las más recientes reformas legislativas.

Fue un defensor de un Derecho penal mínimo, fundado en el respeto a la dignidad de la persona y en el principio de intervención subsidiaria del Estado. Su trabajo ayudó a formar una conciencia crítica entre juristas y legisladores acerca de los límites del poder punitivo en contextos donde los dilemas morales son particularmente intensos.

Su extenso legado académico ha sido posible gracias a una vida dedicada a la investigación, que le llevó a realizar investigaciones en múltiples centros en Europa y en EEUU, incluyendo las universidades de Bonn, Munich, Lüneburg, París y Stanford, y en los institutos Max Planck de Friburgo, y Kennedy, de la Universidad de Georgetown.

En febrero de 1986 obtuvo la Cátedra de Derecho penal en la Universidad de La Laguna, a la que se dedicó con un entusiasta espíritu de servicio. Su compromiso académico le llevó a aceptar los cargos de Director de Departamento y de Decano de la Facultad de Derecho. Creó el Centro de Estudios Criminológicos, que con su dirección y gestión obtuvo recursos para organizar actividades formativas y encuentros en la Facultad de Derecho de la Universidad de La Laguna con los más influyentes penalistas de aquellos años (visitaron dicha Universidad en estos años, penalistas de la talla de Roxin, Hirsch, Eser, Schünemann y prácticamente todo el escalafón del Derecho penal español)

Donde más se manifestó la genialidad y la sensibilidad ética de Carlos María Romeo Casabona fue en el campo del Derecho médico y la bioética. En los años ochenta y noventa, cuando en España comenzaban a discutirse los límites legales de prácticas como

la reproducción asistida, la donación de órganos o la eutanasia, él ya había construido un sólido cuerpo teórico y práctico que permitía encarar esos problemas con rigor jurídico y profundidad ética.

Desde el año 1993 dirigió la que acabó siendo la Cátedra Interuniversitaria Fundación BBVA Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano (Universidad de Deusto, UPV/EHU), que convirtió en un centro de referencia internacional con el que han vendio colaborando durante décadas juristas, científicos y filósofos para abordar los desafíos del nuevo paradigma biotecnológico. Allí dirigió anualmente las Jornadas de Derecho y Genoma Humano, hoy Congreso Internacional de Derecho y Genoma Humano, y la *Revista de Derecho y Genoma Humano / Law and the Human Genome Review*. El equipo de la Cátedra recibió en el año 2006 el Premio de Investigación UD-Grupo Santander por su trabajo *La Ética y el Derecho ante la Biomedicina del Futuro*.

En 2003 publicó *Los genes y sus leyes*, obra que sintetiza su pensamiento sobre la necesidad de un marco jurídico específico para los avances científicos en genética. En 2011 dirigió la trascendental *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, la primera en lengua española de estas características, que sistematiza el pensamiento jurídico y bioético con un enfoque didáctico y riguroso.

Pasado un tiempo desde que el *Curso de Derecho penal español* de su maestro, el Profesor Cerezo Mir, dejase de actualizarse, habiendo sido el principal soporte de la docencia de Parte general de sus discípulos y discípulos de éstos en varias Universidades, Carlos Romeo promovió la colectiva elaboración de un nuevo Manual que rescatase aquella valiosa base académica y científica compartida. Con la modesta aspiración de proporcionar al alumnado del ya constreñido Grado en Derecho la continuidad de la formación que había heredado, en 2013 se publicó la 1.ª edición del *Derecho penal. Parte general* tributaria de aquel magisterio recibido; en 2025 este Manual ha tenido continuidad, ya con una 3.ª edición. Con la misma estela, y para completar la cobertura actualizada de las necesidades académicas, concitó el generoso esfuerzo de otros miembros de la escuela de Cerezo para elaborar también un Manual de *Derecho penal. Parte especial*, que en 2023 alcanzó su 3.ª edición.

También en estos años dirigió el *Manual de Bioderecho*, que reunió en su primera edición, en 2022, a más de treinta autores, todos juristas, para abordar el marco jurídico y la regulación de la actividad biomédica y biocientífica relacionada con la salud humana y con la biotecnología animal, vegetal y medioambiental. El Manual se diseñó como herramienta para la enseñanza y el aprendizaje, destinada a estudiantes de la materia de titulaciones de cualquier rama del conocimiento. Sus cuarenta y una lecciones se estructuraron en cuatro partes: *Aspectos jurídicos básicos*; *Asistencia sanitaria*; *Investigación biomédica con humanos, sus muestras o datos*; y *Biotecnología animal y vegetal*. Su fallecimiento sobrevino cuando se estaba preparando la segunda edición, que se publicó en el año 2025.

III. Participación en organismos internacionales y comités éticos

El profesor Romeo extendió además su actividad hacia otros sectores sociales, y trasladó su experiencia fuera del ámbito universitario. Fue asesor del Ministerio Italiano de Universidades e Investigación, asistió al Ministerio de Justicia y al Parlamento de la República Democrática de Albania para la redacción del nuevo Código Penal y de la Ley de Procedimiento Penal, y fue autor del informe sobre el borrador de Proyecto de Ley relativo a las normas éticas de investigación biomédica con seres humanos para Argentina.

En nuestro país desarrolló múltiples actividades como experto, asesor o evaluador, en el Ministerio de Sanidad y en el Ministerio de Justicia. Destaca, por ejemplo, su aportación para la introducción en 1995, por primera vez, de los delitos relativos a la manipulación genética en el Código Penal.

Fue miembro del Comité de Bioética de España, de la Comisión sobre Garantías para la Donación y Utilización de Células y Tejidos Humanos del Instituto de Salud Carlos III, de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida y Presidente del Comité de Ética de la Investigación de Euskadi.

Su labor es también reseñable en el seno de diferentes instituciones internacionales. Colaboró en la elaboración e implementación de los Convenios sobre la Falsificación de Productos Médicos y sobre la lucha contra el tráfico de órganos (ambos del Consejo de Europa) y fue consultor externo independiente de este organismo y de la OMS (Ginebra), UNESCO (París), UNODC (Viena) sobre materias relacionadas con Bioderecho, Bioética y Derecho Penal. También actuó como consultor externo del grupo de expertos sobre delincuentes peligrosos del Consejo de Europa, y fue miembro del Comité de Bioética del Consejo de Europa. Merece un lugar destacado su participación en el Comité Consultivo Europeo de Investigación (ERAB, hoy EGE), como único español y único profesional de las ciencias humanas y jurídicas en este organismo, que asesora al ejecutivo comunitario en materia de investigación. Colaboró también con la Academia Pontificia de las Ciencias del Vaticano en varias oportunidades, con ocasión de la celebración de reuniones sobre las implicaciones de los avances en la genética humana.

En todos estos espacios supo mantener una posición de equilibrio entre el avance científico y la protección de los derechos fundamentales, especialmente en lo relativo al consentimiento informado, la protección de datos personales, la investigación en embriones humanos y las decisiones sobre el final de la vida.

En su papel de asesor y experto, siempre mantuvo una actitud abierta al diálogo, contraria al dogmatismo, pero firmemente comprometida con los valores constitucionales y los principios de justicia. Defendió con vehemencia la necesidad de que los desarrollos biotecnológicos se sometieran a escrutinio ético y legal, sin caer en tecnofobias ni en entusiasmos irresponsables.

Fue el primer secretario que tuvo la Federación Nacional de Asociaciones para la Lucha Contra las Enfermedades del Riñón (ALCER), cuya creación impulsó y de

la que era presidente de honor. Recibió recientemente el premio extraordinario de la Fundación Iñigo Álvarez de Toledo por su labor en relación con la regulación de los trasplantes de órganos.

IV. Una vida al servicio de la dignidad humana

Un hilo conductor en la vida y obra de Carlos María Romeo Casabona ha sido su constante preocupación por la dignidad del ser humano. Ya sea desde el análisis de los delitos contra la vida, el consentimiento en la práctica médica o los desafíos de la genética y la inteligencia artificial, su objetivo siempre ha sido colocar a la persona en el centro del Derecho.

Lejos de encerrarse en un mundo puramente académico, participó activamente en los grandes debates sociales y legislativos de su tiempo, aportando una mirada serena, ilustrada y profundamente humana. Supo advertir, con años de anticipación, los dilemas que traería consigo la revolución biotecnológica, y ofreció herramientas conceptuales y normativas para enfrentarlos sin sacrificar los valores democráticos.

Hoy, cuando temas como la edición genética, la inteligencia artificial médica, la muerte asistida o la protección de datos de salud destacadamente ocupan la agenda pública, su legado se revela más vigente que nunca. En un mundo en el que la ciencia avanza a un ritmo vertiginoso, se necesitan voces como la suya: críticas, responsables, capaces de articular libertad y responsabilidad, innovación y respeto, técnica y humanidad.

Por tanto, Carlos María Romeo Casabona ha sido, ante todo, un jurista del futuro. No porque haya vivido en la anticipación, sino porque ha sabido construir puentes sólidos entre el presente y los retos que nos depara el mañana. Su vida profesional ha sido ejemplo de coherencia, integridad intelectual y compromiso con los valores más nobles del derecho y de la ética.

Creemos que esta obra que lo homenajea no solo entraña muestras de afecto, sino que también con la referencia de su legado se convierte en una invitación a continuar lo que promovió: pensar con profundidad, dialogar con respeto, legislar con prudencia y actuar con conciencia. Porque, como él mismo ha señalado en numerosas ocasiones, el Derecho no es solo un sistema de normas, sino una expresión de los ideales de justicia, dignidad y libertad que deben guiar a toda sociedad verdaderamente humana.

Los coordinadores
Bilbao, Brescia, La Laguna, Las Palmas de Gran Canaria, Zaragoza
Septiembre de 2025

DERECHO PENAL
PARTE GENERAL

1

NOTICIAS FALSAS Y AMNISTÍA[*]

MIGUEL ABEL SOUTO[**]
Catedrático de Derecho penal
Universidad de Santiago de Compostela
Presidente de la Asociación Iberoamericana de Derecho Penal Económico y de la Empresa

SUMARIO: I. *FAKE NEWS* Y AMNISTÍA. II. LAS CONTRADICCIONES DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. III. CONCLUSIÓN. IV. BIBLIOGRAFÍA.

I. *FAKE NEWS* Y AMNISTÍA

Con gran emoción escribo estas líneas en homenaje al profesor Romeo Casabona ante la inesperada noticia de su partida: «¡Oh tela delicada,/antes de tiempo dada/a los agudos filos de la muerte!»[1]. Aunque no nos ha dejado, sino que continúa entre nosotros a través de sus escritos.

He elegido para mi pequeña contribución a este gran y merecidísimo homenaje el tema noticias falsas y amnistía porque la libertad de expresión y la información fue uno de los campos de estudio del profesor Romeo Casabona. No utilizaré el anglicismo *fake news* sino que, siguiendo las recomendaciones de la Real Academia de la Lengua Española, me referiré a «noticias falsas»[2] o bulos, mentiras, engaños, embustes, cuentos, camelos, bolas, trolas, patrañas y paparruchas[3].

[*] Ponencia pronunciada en el IV congreso andaluz de justicia penal: la desinformación y el Derecho penal, celebrado el 3 y 4 de octubre de 2024 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Huelva.

[**] *Sit tibi terra levis.*

[1] GARCILASO DE LA VEGA, *Égloga 1*. Disponible en: https://fundaciongarcilasodelavega.com [Última consulta: 7 de octubre de 2024]

[2] REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA, *Extranjerismos.* Disponible en: https://wwwfacebook.com [Última consulta: 7 de octubre de 2024]

[3] *Vid.* REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española,* voz «bulo». Disponible en: https://dle.rae.es [Última consulta: 7 de octubre de 2024].

Evidentemente la desinformación afecta a las ideas políticas e «influye en la opinión pública»[4], según puso de manifiesto hace poco nuestro homenajeado, «sostén de una auténtica sociedad democrática»[5]. Así lo demuestran las elecciones presidenciales estadounidenses que llevaron a Trump a la Casa Blanca o el referéndum del *Brexit* por el que el Reino Unido abandonó la Unión Europea[6].

En este sentido resulta muy preocupante el informe del Consejo General del Poder Judicial sobre la proposición de Ley orgánica de amnistía[7] al extralimitarse en su función técnica para entrar en el debate político y social e incurrir en manifiestas contradicciones de las que, por cuestiones de espacio, únicamente me referiré a una docena.

II. Las contradicciones del consejo general del poder judicial

En primer lugar, sorprende que el informe del Consejo General del Poder Judicial sobre la proposición de Ley orgánica de amnistía, aprobado el 21 de marzo de 2024 por 9 de sus 16 miembros, cuya redacción corresponde a Olea Godoy, constate que «la CE si (*sic*) hace referencia al derecho de gracia en los arts. 62.i, 86.3.º (*sic*) y 102»[8], pero «no hace mención alguna a la amnistía»[9] y de ello deduzca que «la CE deliberadamente pretendió excluir la amnistía de nuestro Derecho y del régimen establecido en la misma (*sic*) ha de concluirse que no tienen (*sic*) cabida la institución»[10]. Con mayor razón el voto particular de Cabrejas Guijarro, al que se adhieren otros 4 vocales, puso de manifiesto que se acordó «no constitucionalizar el tema»[11], que se trata de «un silencio

[4] Romeo Casabona, C.M., «La desinformación en el ciberespacio: Las noticias falsas y su persecución penal», *Comunicaciones en Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia,* n.º 98, 2023, p. 202.

[5] *Ibibem.*

[6] *Cfr.* Romeo Casabona, C.M., *op. cit.,* p. 202.

[7] *Vid.* Consejo General del Poder Judicial, *Informe sobre la proposición de Ley orgánica de amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña, formulado por el vocal Wenceslao Francisco Olea Godoy*, Disponible en: https://www.poderjudicial.es, pp. 1-157 [Última consulta: 7 de octubre de 2024].

[8] Consejo General del Poder Judicial, *op. cit.,* p. 22. La alusión al art. 86.3.º de la Constitución representa un manifiesto error, pues obviamente debería haberse mencionado el art. 87.3, que proscribe la iniciativa legislativa popular en materia de gracia.

[9] *Ibidem.*

[10] Consejo General del Poder Judicial, *op. cit.,* p. 25.

[11] Cabrejas Guijarro, M.M., *Voto particular que emite la vocal María del Mar Cabrejas Guijarro en relación al informe sobre la proposición de Ley orgánica de amnistía para la normalización institucional, política y social de Cataluña al que se adhieren los vocales Roser Bach Fabregó, Álvaro Cuesta Martínez, Clara Martínez de Caneaga García y Pilar Sepúlveda García de la Torre*. Disponible en: https://www.poderjudicial.es, p. 35 [Última consulta: 7 de octubre de 2024].

consciente»[12] o «pacto de olvido»[13] pues estaba muy reciente el debate, de 14 de octubre de 1977, sobre la Ley de amnistía y al no existir prohibición expresa debe presumirse la constitucionalidad de la amnistía[14]. El silencio constitucional es interpretado de forma muy diferente por Olea Godoy y Cabrejas Guijarro[15], parecer de esta última que es asumido por otro vocal que también formuló un voto particular, Murillo de la Cueva, a cuyo juicio «no estoy de acuerdo en que la Constitución (CE) haya proscrito de manera absoluta la posibilidad misma de que las cortes generales aprueben leyes de amnistía»[16]. Evidentemente, lo que no se prohíbe está permitido.

En España nunca se ha cuestionado, en nuestra historia constitucional, que el parlamento pueda amnistiar, pese a que únicamente dos constituciones hayan mencionado esta posibilidad[17]: las de 1869[18] y 1931[19]. Contradictoriamente el informe del Consejo General del Poder Judicial afirma que son «excepcionales los supuestos en los que, sin estar constitucionalmente reconocida la amnistía, se han aprobado leyes de amnistía»[20] y a la vez cita poco antes las amnistías (1890, 1906, 1909, 1914, 1918 y 1930) promulgadas bajo la vigencia de la Constitución de la etapa de la Restauración, de 1876, en la que no se mencionaba la amnistía[21]. No pueden calificarse de excepcionales las 6 amnistías producidas en 40 años de las que es consciente el redactor del informe, Olea Godoy, y mucho menos las 27 que se produjeron entre 1832 y 1977 sin estar contempladas en la Constitución, descontando ya las 6 promulgadas durante la vigencia de la Constitución de 1869 y las 5 concedidas bajo la Constitución republicana de 1931. Hablar de excepcionalidad tras medio centenar de amnistías en nuestra breve historia constitucional demuestra que o bien no se sabe contar o bien esto es un cuento, un cuento chino o en jerga anglosajona *fake news.*

[12] *Ibidem.*

[13] Silva Sánchez, J.-M., «Sinrazones para la amnistía», en Aragón Reyes, M./Gimbernat Ordeig, E./Ruiz Robledo, A., *La amnistía en España. Constitución y Estado de Derecho*, Colex, A Coruña, 2024, p. 204.

[14] *Cfr.* Cabrejas Guijarro, M.M., *op. cit.,* pp. 35 y 37.

[15] *Vid.* Iglesias Río, M.A., «Ejercicio de la potestad de la gracia y postulados del Estado de Derecho», *Revista General de Derecho Penal,* n.º 41, 2024, p. 10, nota 25.

[16] Murillo de la Cueva, E.L., *Voto particular que emite Enrique Lucas Murillo de la Cueva al acuerdo adoptado por el pleno en su sesión de 21 de marzo de aprobación del informe sobre la proposición de Ley orgánica de amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña.* Disponible en: https://wwww.poderjudicial.es, p. 1 [Última consulta: 7 de octubre de 2024].

[17] *Cfr.* Linde Paniagua, E., *La amnistía y el indulto en la encrucijada. Con un análisis de la proposición de Ley orgánica de amnistía a los protagonistas del procés*, Edisofer, Madrid, 2024, p. 38 y nota 18.

[18] *Vid.* art. 74.5

[19] *Vid.* art. 102.

[20] Consejo General del Poder Judicial, *op. cit.,* p. 13.

[21] Consejo General del Poder Judicial, *op. cit.,* p. 12.

En segundo término, parte de la doctrina concluye de la prohibición de los indultos generales la inconstitucionalidad de la amnistía. El razonamiento al que se acude para negar la constitucionalidad de la amnistía se basa en una especie de la argumentación *a fortiori*: el *argumentum a minore ad maius.* En este sentido Gimbernat Ordeig afirma que «si incluso el indulto general está prohibido por la CE, con mayor motivo tiene que estarlo la amnistía que constituye una medida de gracia mucho más amplia»[22]. El razonamiento no se sostiene porque el *argumentum a minore ad maius* exige una semejanza relevante que no existe entre indulto y amnistía, pues diferencias cruciales separan el uno de la otra. En realidad se trataría de un razonamiento analógico para el que el artículo 4.1 del Código civil requiere un supuesto «semejante entre los que se aprecie identidad de razón», semejanza inexistente en este caso, y además nos hallaríamos ante una analogía con efectos penales en perjuicio del reo totalmente proscrita. El propio preámbulo de la Ley orgánica 1/2024, de 10 de junio, pone de manifiesto la improcedencia de este tipo de argumentación en la cita que recoge de la sentencia del Tribunal Constitucional 147/1986, de 25 de noviembre: «es erróneo razonar sobre el indulto y la amnistía como figuras cuya diferencia es meramente cuantitativa, pues se hallan entre sí en una relación de diferenciación cualitativa»[23]. La amnistía «no es un plus sino un *aliud*»[24].

No obstante, el Consejo General del Poder Judicial sostiene, en el informe de 9 de sus 16 miembros, que las cámaras no pueden aprobar un indulto general ni «una ley de amnistía que, a la postre, no constituye sino un indulto general más extremo y de efectos más intensos»[25] y contradictoriamente afirma que amnistía e indulto «tienen naturaleza, ámbito de aplicación y efectos bien diferentes»[26]. Incluso se ha llegado a expresar que la prohibición constitucional de los indultos generales «más bien nos está alertando sobre la posibilidad»[27] de la amnistía. Es más, hasta puede afirmarse que la

[22] Gimbernat Ordeig, E., «Indultos generales y amnistías», en Aragón Reyes, M./Gimbernat Ordeig, E./Ruiz Robledo, A., *op. cit.,* p. 75, que habla de «argumento *a minori ad maius*». Así también *Vid.* Gimbernat Ordeig, E., «Crítica al dictamen de Sumar sobre la amnistía», en Aragón Reyes, M./Gimbernat Ordeig, E./Ruiz Robledo, A., *op. cit.,* p. 221, que igualmente alude al «argumento *a minori ad maius»,* y Gimbernat Ordeig, E., «Una crítica a la proposición de Ley orgánica de amnistía», en *Diario del Derecho,* 9 de enero de 2024. Disponible en: https://www.iustel.com, pp. 1 y 4, que también se refiere al argumento «*a minori ad maius»* [Última consulta: 7 de octubre de 2024]

[23] Preámbulo, apartado IV, párrafo 2.

[24] Lascuraín Sánchez, J.A., «¿Amnistía? No una, sino tres preguntas». Disponible en: https://almacendederecho.org, 26 de diciembre de 2023, p. 3 [Última consulta: 7 de octubre de 2024].

[25] Consejo General del Poder Judicial, *op. cit.,* p. 22.

[26] Consejo General del Poder Judicial, *op. cit.,* p. 7.

[27] Lascuraín Sánchez, J.A., *op. cit.,* p. 3.

letra i) del artículo 62 consagra la amnistía en una interpretación literal sobre la base del aforismo *inclusio unius, exclusio alterius*[28].

En tercer lugar, respecto a la proposición de Ley orgánica de amnistía y resolución del conflicto político entre Cataluña y el Estado español, presentada el 16 de marzo de 2021 por los grupos parlamentarios republicano y plural, calificada el 23 de marzo e inadmitida a trámite[29], el informe del Consejo General del Poder Judicial afirma que «carece de toda justificación que unas mismas fuerzas políticas rechazasen, por su inconstitucionalidad, una proposición similar y se aceptara, sin reparo alguno, menos de dos años después»[30], de manera que incurre en otra contradicción con lo que poco antes dejó constatado: el informe favorable de los servicios jurídicos del congreso, el 20 de noviembre de 2023, se debió a que habían desparecido los vicios de inconstitucionalidad de la proposición anterior por «la forma en que se concretaba el alcance del concepto de intencionalidad política, y por otro lado, la individualización de los procedimientos que se hacía en la disposición adicional única, entendiendo que contenía en sí misma todos los elementos de un indulto de carácter general»[31], disposición que recogía un listado de causas, sumarios, procedimientos abreviados y diligencias preliminares a los que debía aplicarse el pretendido indulto general.

En cuarto término, una interpretación histórica que tenga en cuenta la intención del legislador al incluir la prohibición de los indultos generales pone de manifiesto que el debate constituyente revela que la no referencia a la amnistía fue un silencio consciente, que no se quiso mencionar pero tampoco prohibir[32]. La finalidad de la prohibición era especificar los indultos admisibles: las enmiendas 503 y 744 pretendían excluir los indultos generales y admitir los individuales, pero ambas resultaban compatibles con la admisión de la amnistía, mencionada en la enmienda 744 y propuesta en la 504 por el mismo diputado que formuló la 503[33]. La intención de los enmendantes no era derivar de la prohibición de los indultos generales la de la amnistía y la ponencia al incorporar el sentido de las dos enmiendas acogió la motivación del abuso por el franquismo de los indultos generales[34], pero «ningún diputado o senador cuestionó la potestad del parlamento para conceder amnistías»[35]. La ponencia quiso mantener un silencio consciente sobre la amnistía y en la minuta de su sesión de 3 de noviembre de 1977 dejó escrito

[28] *Cfr.* Cabrejas Guijarro, M.M., *op. cit.,* p. 52.

[29] Disponible en: http://www.congreso.es [Última consulta: 7 de octubre de 2024].

[30] Consejo General del Poder Judicial, *op. cit.,* p. 21.

[31] Consejo General del Poder Judicial, *op. cit.,* pp. 19 y 20.

[32] *Cfr.* Cabrejas Guijarro, M.M., *op. cit.,* pp. 32, 34, 35,52 y 93.

[33] *Cfr.* Cabrejas Guijarro, M.M., *op. cit.,* pp. 34 y 51.

[34] *Ibidem.*

[35] Linde Paniagua, E., *op. cit.,* p. 23, que se atribuye la redacción de las enmiendas del grupo mixto en p. 22.

«se acuerda no constitucionalizar este tema»[36], pues «estaba muy reciente el debate sobre la Ley de amnistía, celebrado el 14 de octubre de 1977»[37].

Asombrosamente el Consejo General del Poder Judicial, en el informe de 9 de sus miembros, afirma que «el proceso constituyente reflejó la voluntad de excluir toda referencia a la amnistía en el texto constitucional» y constata la decisión de «no constitucionalizar»[38] pero, en otra contradicción más, luego escribe que la Carta Magna «deliberadamente pretendió excluir la amnistía de nuestro Derecho»[39] y de su régimen concluye «que no tienen (*sic*) cabida la institución»[40].

En quinto lugar, el Consejo General del Poder Judicial en su informe sobre la proposición que se convirtió en la Ley orgánica 1/2024, de 10 de junio, puso de relieve que la vulneración de la separación de poderes por la amnistía «es de tal evidencia que está en la misma naturaleza de la institución»[41].

Sin embargo, lo cierto es que, con razón dejó escrito Carbonell Mateu que la amnistía «de ninguna manera supone enmienda alguna al poder judicial, porque en absoluto están rectificando sus pronunciamientos, que se ajustaron plenamente a la Ley y al Derecho»[42]. En un Estado de Derecho el poder legislativo «traslada la voluntad general aprobando leyes»[43] y el judicial se encuentra «sometido a la Ley y de ahí deriva su legitimidad, en aplicarla»[44]. No se está enmendando la potestad jurisdiccional, sino al «poder legislativo que aprobó las normas ahora objeto de la amnistía»[45], se enmendaría, en todo caso, el Derecho aplicado en su momento, «obra del legislador anterior o incluso del mismo que ahora atiende a otras razones»[46]. Sí comporta «una clara injerencia en la división de poderes»[47] y un desconocimiento palmario del Estado de Derecho la negación al parlamento de «la capacidad para alterar la Ley y con ello modificar las consecuencias de pronunciamientos judiciales»[48].

[36] Cabrejas Guijarro, M.M., *op. cit.,* p. 35.

[37] *Ibidem.*

[38] Consejo General del Poder Judicial, *op. cit.,* pp. 23 y 24.

[39] Consejo General del Poder Judicial, *op. cit.,* p. 25.

[40] *Ibidem.*

[41] Consejo General del Poder Judicial, *op. cit.,* p. 45.

[42] Carbonell Mateu, J.C., «Y ahora amnistía». Disponible en: https://www.infolibre.es, 2 de octubre de 2023, p. 2 [Última consulta: 7 de octubre de 2024].

[43] González Cussac, J.L., «La amnistía y los límites al *ius non puniendi»,* en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Víctor Moreno Catena*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, volumen III, p. 2248.

[44] *Ibidem.*

[45] González Cussac, J.L., *op. cit.,* p. 2248.

[46] Carbonell Mateu, J.C., *op. cit.,* p. 2.

[47] Carbonell Mateu, J.C., *op. cit.,* p. 3, que critica a la asociación mayoritaria de fiscales por solicitar la intervención de la Unión Europea y la exclusión de España del presupuesto comunitario.

[48] *Ibidem.*

Por tanto, llama la atención la rotundidad de los términos con los que se expresa el mencionado informe del Consejo General del Poder Judicial, aprobado por 9 de sus 16 miembros, al calificar la vulneración de la división de poderes «de tal evidencia», máxime cuando hubo grandes discrepancias[49] en el Consejo y varios votos particulares se pronunciaron en contra, como el de Murillo de la Cueva, que no estaba de acuerdo en que las leyes de amnistía «supongan, por definición, una quiebra del principio de separación de poderes»[50] ni «atenten contra la independencia judicial»[51], o el de Cabrejas Guijarro, al que se adhirieron otros 4 vocales, que condensa la jurisprudencia constitucional según la que «la Ley sea cual sea su estructura o grado de detalle no vulnera la reserva de jurisdicción, porque el ejercicio de la potestad jurisdiccional está sometido al imperio de la Ley, salvo si la Ley sustituye el ejercicio de la función judicial, impidiéndolo o haciéndolo imposible»[52], esto es, el legislador nunca vulnera la reserva del artículo 117.3 de la Carta Magna siempre que deje en la Ley «un margen para el ejercicio de la función jurisdiccional»[53].

Tampoco la Comisión de Venecia observó respecto a la amnistía «ninguna vulneración al principio de división de poderes»[54]. Claramente puso de manifiesto que «los jueces están obligados a aplicar la Ley, tanto en los cambios de la legislación penal como en la amnistía»[55], advirtió que no se debería eliminar por completo la autoridad del poder judicial para que las amnistías respeten la separación de poderes y consideró, en su opinión sobre las disposiciones relativas a los presos políticos en la Ley de amnistía de Georgia, que «un procedimiento mediante el cual se encomienda al poder judicial, mediante decisión del parlamento, decidir si determinadas personas cumplen los criterios generales determinados por el parlamento para la aplicación de la amnistía está en consonancia con el principio de separación de poderes»[56]. En definitiva, la división de poderes requiere simplemente que en la amnistía se confíe al poder judicial

[49] Sobre las discrepancias *Vid.* Fernández Hernández, A., «¿Terrorismo amnistiable?», *Revista General del Derecho Penal,* n.º 41, mayo de 2024, p. 26, nota 76.

[50] Murillo de la Cueva, E.L., *op. cit.,* p. 1.

[51] *Ibidem.*

[52] Cabrejas Guijarro, M.M., *op. cit.,* p. 49.

[53] *Ibidem.*

[54] Iglesias Río, M.A., *op. cit.,* p. 8.

[55] *Venice Commission, European commission for democracy through law. Spain. Opinion on the rule of law requirements of amnesties with particular reference to the parliamentary bill «on the organic law on amnesty for the institutional political and social normalisation of Catalonia», adopted by the Venice Commission at its 138th plenary session, Venice, 15-16 March 2024,* en *Council of Europe, CDL-AD (2024) 003, Strasbourg, 18 March, 2024,* párrafo 81.

[56] *Ibidem.* Sobre la amnistía georgiana *Vid.* CDL-AD (2013) 009, párrafos 43-46.

«la decisión de si personas específicas cumplen los criterios generales determinados por el parlamento»[57].

En sexto término, el Consejo General del Poder Judicial, en el informe aprobado por 9 de sus 16 miembros, calificó de «indudable que la amnistía comporta una manifiesta vulneración del derecho a la igualdad»[58] y añadió que la lesión era «tan evidente que no requiere mayores comentarios»[59].

En contra de esta opinión, varios votos particulares de otros miembros del Consejo General del Poder Judicial, uno el de Murillo de la Cueva, afirmaron no estar de acuerdo con que las leyes de amnistía, por definición, «vulneren la igualdad ante la Ley»[60], o el de Cabrejas Guijarro, voto al que se adhirieron otros 4 vocales, a cuyo juicio del principio de igualdad «no cabe deducir una prohibición absoluta para toda amnistía»[61]. La Ley de amnistía para vulnerar el principio de igualdad por discriminación tendría que excluir a personas en las que concurrieren los mismos requisitos que en los beneficiarios, *v. gr.* la amnistía de Carlos I a los comuneros castellanos vencidos en la batalla de Villalar, que ejecutó a los cabecillas y únicamente olvidó los hechos de algunos implicados en la revuelta[62], o la de Ramsés II y de Hattusili III, que perdonaron a los soldados fugitivos pero no a los oficiales[63].

En séptimo lugar, sorprende que el Consejo General del Poder Judicial en su informe afirme que con la inclusión de la amnistía en el artículo 130 del Código penal «se da carta de naturaleza y con carácter general a la amnistía»[64] y contradictoriamente antes haya constatado que el Texto punitivo de 1995 «optó por no mencionarla»[65], dado que era «innecesaria su presencia en el Código penal»[66] y asombra que se oponga a una mención expresa en el Texto punitivo y en una enésima contradicción reclame que se contemple «igual modificación por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, o por el artículo 30 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público»[67].

[57] *Venice* Commission, *op. cit.,* párrafo 127.

[58] Consejo General del Poder Judicial, *op. cit.,* p. 40.

[59] *Ibidem.*

[60] Murillo de la Cueva, E.L., *op. cit.,* p. 1.

[61] Cabrejas Guijarro, M.M., *op. cit.,* pp. 45 y 95.

[62] *Cfr.* Linde Paniagua, E., *op. cit.,* pp. 34, 88 y 89.

[63] *Cfr.* Mayans, C., «Ramsés II y el rey hitita Hattusili firman el primer tratado de paz de la historia». Disponible en: https://historia.nationalgeographic.com.es, p. 1 [Última consulta: 7 de octubre de 2024].

[64] Consejo General del Poder Judicial, *op. cit.,* p. 145.

[65] Consejo General del Poder Judicial, *op. cit.,* p. 27.

[66] *Ibidem.*

[67] Consejo General del Poder Judicial, *op. cit.,* p. 85.

También se han alzado voces críticas contra la proposición ya desde su exposición de motivos, convertida después en preámbulo, de la que el Consejo General del Poder Judicial denunció su sorprendente extensión[68], «más de la mitad»[69] de la redacción completa de la norma, pero haciendo nuevamente gala de una contradicción más le parece «imprescindible»[70] que en ella se mencione, en vez de «el proceso independentista», una relación de hechos que abarca 6 páginas[71].

Asimismo, el Consejo General del Poder Judicial llega a la declaración de inconstitucionalidad al apreciar arbitrariedad, proscrita en el artículo 9.3 de la Carta Magna, en la presentación, por el mismo grupo que sustenta el gobierno, de una proposición omitiendo las garantías que comportan los proyectos, sin motivar debidamente esto ni el trámite de urgencia[72].

El recurso a una proposición legislativa, el mismo *iter* seguido por la Ley de amnistía de 1977[73], no puede considerarse una «treta»[74] para eludir los dictámenes, sino que en ese momento el gobierno se hallaba en funciones y el artículo 21.5 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del gobierno, le impide en esa situación presentar proyectos de Ley[75], de manera que en esas fechas «no podía remitir»[76] al congreso el por algunos reclamado proyecto.

Con todo, una vez más se contradice el Consejo General del Poder Judicial, en el informe de 9 de sus 16 miembros, puesto que primero dice sobre el recurso a la proposición que «no se pretende con lo que se afirma que sea ilegítima la iniciativa de la proyectada Ley»[77] y poco después aprecia «arbitrariedad en el ejercicio de la iniciativa legislativa»[78] y asombra la conclusión a la que llega teniendo en cuenta la premisa de la que parte: «conforme a las recomendaciones que en general se hacen por la Comisión de Venecia en el informe emitido sobre la PLOA, nuestra normativa interna permite concluir que es arbitrario acudir a la iniciativa legislativa mediante la proposición de Ley»[79]. De lo recomendado por la Comisión de Venecia se concluye la arbitrariedad

[68] *Cfr.* Consejo General del Poder Judicial, *op. cit.,* pp. 4 y 5.

[69] *Ibidem.*

[70] Consejo General del Poder Judicial, *op. cit.,* p. 15.

[71] *Vid.* Consejo General del Poder Judicial, *op. cit.,* pp. 15 y 20.

[72] *Cfr.* Consejo General del Poder Judicial, *op. cit.,* pp. 37 y 147.

[73] *Vid.* Manjón-Cabeza Olmeda, A., «Releyendo la Ley de amnistía de 1977. Efectos jurídicos e interpretaciones erróneas», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología,* 25-20, 2023*,* pp. 17 y 18.

[74] Linde Paniagua, E., *op. cit.,* p. 54.

[75] *Ibidem.*

[76] Murillo de la Cueva, E.L., *op. cit.,* p. 8.

[77] Consejo General del Poder Judicial, *op. cit.,* p. 34.

[78] Consejo General del Poder Judicial, *op. cit.,* p. 37

[79] Consejo General del Poder Judicial, *op. cit.,* p. 147.

cuando el informe únicamente sostiene que «un procedimiento legislativo rápido no es apropiado para la adopción de leyes de amnistía»[80] así como, ante «un procedimiento de consulta limitada al público, a las partes interesadas y a otras instituciones estatales»[81], simplemente alienta o «anima a todas las autoridades y fuerzas políticas españolas a que se tomen el tiempo necesario para entablar un diálogo significativo»[82]. Desde lo no apropiado y lo animado el informe del Consejo General del Poder Judicial da un salto ilógico en el abismo para concluir la arbitrariedad.

Igualmente, desconcierta que el Consejo General del Poder Judicial denuncie en su informe «graves problemas de interpretación que harán la ley casi inviable»[83] y reclame «una reflexión más sosegada»[84], cuando el senado, a cuya solicitud intervino, le concedió tres prórrogas, cada una de 15 días, para emitir su informe, y unos cuantos días más por computarse las prórrogas con efectos posteriores al día de vencimiento de los plazos[85], si a esto le añadimos que hasta dio tiempo a debatir la amnistía en la Comisión de Venecia así como la reforma en noviembre de 2023 del artículo 133 del reglamento del senado para que su mesa decidiese sobre la aplicación del procedimiento de urgencia, cuestión que fue recurrida ante el Tribunal Constitucional, todas estas maniobras dilatorias evidencian que no existía voluntad de dialogar por la mayoría de los senadores sino que la Ley no se quería aprobar en contra de la mayoría del congreso.

En penúltimo lugar, «es discutido que la idea de arbitrariedad se extienda a la formulación de leyes»[86] y, como recuerda el máximo intérprete de la Carta Magna, calificar una Ley de arbitraria «a los efectos del art. 9.3 exige también una cierta prudencia»[87].

Así las cosas, no resulta prudente que el Consejo General del Poder Judicial haya dejado escrito en su informe que la proscripción de la arbitrariedad «se extiende a la esencia misma de la amnistía»[88] así como que considere arbitrario concluir que la Constitución permite la amnistía al no prohibirla y aprobar una Ley en esta materia[89], porque no se puede hablar de arbitrariedad «cuando existen dudas (todas ellas razo-

[80] *Venice Commission, op. cit.,* párrafo 79, texto que se reproduce en el párrafo 122 con la única variación del número gramatical, pues sujeto y verbo aparecen en plural.

[81] *Venice Commission*, *op. cit.,* párrafo 127.

[82] *Ibidem.*

[83] Consejo General del Poder Judicial, *op. cit.,* p. 4.

[84] *Ibidem.*

[85] *Vid.* Consejo General del Poder Judicial, *op. cit.,* pp. 1 y 2.

[86] González Cussac, J.L., *op. cit.,* p. 2255.

[87] Sentencia del Tribunal Constitucional 108/1986, de 29 de julio, fundamento jurídico 18, citada por Cabrejas Guijarro, M.M., *op. cit.,* p. 46.

[88] Consejo General del Poder Judicial, *op. cit.,* p. 38.

[89] *Ibidem.*

nables) acerca de si la iniciativa es o no constitucional»[90], máxime teniendo en cuenta las grandes discrepancias que hubo en el consejo y los varios votos discordantes que sostuvieron la constitucionalidad de la amnistía.

Finalmente, la letra f) del artículo 2 excluye de la amnistía «los *actos tipificados como*[91] delitos de traición y contra la paz o a la independencia del Estado y relativos a la defensa nacional del título XXII del libro II del Código penal». Aquí terminaba la redacción inicial del precepto en la proposición. Después se añadió, en el texto definitivo, la matización «siempre que se haya producido tanto una amenaza efectiva y real como un uso efectivo de la fuerza en contra de la integridad territorial o la independencia política de España en los términos establecidos en la Carta de Naciones Unidas o en la Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 24 de abril de 1970, que contiene la declaración relativa a los principios del derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de Naciones Unidas». El informe del Consejo General del Poder Judicial sobre estas 8 últimas palabras sostiene que «es una repetición carente de sentido que debe reputarse una errata de redacción del prelegislador»[92], con lo que, una vez más demuestra el poco cuidado que ha tenido a la hora de informar, pues ni siquiera se ha leído el título de la Resolución 2625, que se reproduce *ad pedem litterae* sin erratas. La amnistía de una traición sin amenaza efectiva y real ni uso de la fuerza tiene relevancia en relación a la pieza rusa del procés, elevada por el magistrado Aguirre López al Tribunal Supremo el 8 de julio de 2024[93].

III. Conclusión

Obviamente el contradictorio informe del Consejo General del Poder Judicial no debe merecer el reproche penal, conforme a su consideración como *ultima ratio,* el cual habría que reservarlo para cuando se dé un paso intolerable y se incurra en los ya clásicos delitos de calumnias, *v. gr.* al llamar prevaricadores a los que votaron a favor de la amnistía, o injurias, por insultarles como analfabetos, desórdenes o desobediencia, si se incita a las revueltas, violencia contra las autoridades o al incumplimiento, delitos de odio y hasta de genocidio, propagando ideas, o ejecutándolas, de que el único catalán independentista bueno es el muerto, o incitando a tomar el parlamento para salvar a la patria.

[90] León Alapont, J., «La Ley orgánica de amnistía de 2024 desde una perspectiva constitucional, técnico-jurídica y político-criminal, una primera aproximación», *La Ley Penal,* n.º 168, mayo de 2024, p. 16.

[91] Se incorporaron las tres palabras en cursiva en la redacción final del texto.

[92] Consejo General del Poder Judicial, *op. cit.,* p. 83.

[93] *Vid.* Juzgado de Instrucción N.º Uno de Barcelona, Diligencias previas 111/2016, Pieza injerencia rusa, exposición razonada a la sala de lo penal del Tribunal Supremo, 8 de julio de 2024, pp. 1-82.

Sin embargo, sí debe reclamarse al Consejo General del Poder Judicial que se tome su trabajo con mayor seriedad a la hora de elaborar un informe, que no lo utilice como una manifestación de la libertad de expresión para opinar sobre asuntos e influir desde su posición en la formación de ideas políticas, sino que se limite a su labor técnica. Debe exigirse, según propugnaba el profesor Romeo Casabona para evitar la desinformación[94], que sea claro y coherente en la redacción de sus informes y que no incurra en manifiestas contradicciones como las vistas, porque está en juego la democracia.

IV. Bibliografía

Aragón Reyes, M./Gimbernat Ordeig, E./Ruiz Robledo, A., *La amnistía en España. Constitución y Estado de Derecho*, Colex, A Coruña, 2024.

Cabrejas Guijarro, M.M., *Voto particular que emite la vocal María del Mar Cabrejas Guijarro en relación al informe sobre la proposición de Ley orgánica de amnistía para la normalización institucional, política y social de Cataluña al que se adhieren los vocales Roser Bach Fabregó, Álvaro Cuesta Martínez, Clara Martínez de Caneaga García y Pilar Sepúlveda García de la Torre*. Disponible en: https://www.poderjudicial.es, pp. 1-106 [Última consulta: 7 de octubre de 2024].

Carbonell Mateu, J.C., «Y ahora amnistía». Disponible en: https://www.infolibre.es, 2 de octubre de 2023 [Última consulta: 7 de octubre de 2024].

Consejo General del Poder Judicial, *Informe sobre la proposición de Ley orgánica de amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña, formulado por el vocal Wenceslao Francisco Olea Godoy*, Disponible en: https://www.poderjudicial.es, pp. 1-157 [Última consulta: 7 de octubre de 2024].

Fernández Hernández, A., «¿Terrorismo amnistiable?», *Revista General del Derecho Penal,* n.º 41, mayo de 2024, pp. 1-75.

Gimbernat Ordeig, E., «Indultos generales y amnistías», en Aragón Reyes, M./Gimbernat Ordeig, E./Ruiz Robledo, A., *op. cit.,* pp. 75-78.

— «Crítica al dictamen de Sumar sobre la amnistía», en Aragón Reyes, M./Gimbernat Ordeig, E./Ruiz Robledo, A., *op. cit.,* pp. 221-224.

— «Una crítica a la proposición de Ley orgánica de amnistía», en *Diario del Derecho,* 9 de enero de 2024. Disponible en: https://www.iustel.com [Última consulta: 7 de octubre de 2024]

González Cussac, J.L., «La amnistía y los límites al *ius non puniendi»,* en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Víctor Moreno Catena*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, volumen III, pp. 2236-2261.

Iglesias Río, M.A., «Ejercicio de la potestad de la gracia y postulados del Estado de Derecho», *Revista General de Derecho Penal,* n.º 41, 2024, pp. 1-51.

Juzgado de Instrucción N.º Uno de Barcelona, Diligencias previas 111/2016, Pieza injerencia rusa, exposición razonada a la sala de lo penal del Tribunal Supremo, 8 de julio de 2024, pp. 1-82.

Lascuraín Sánchez, J.A., «¿Amnistía? No una, sino tres preguntas». Disponible en: https://almacendederecho.org, 26 de diciembre de 2023 [Última consulta: 7 de octubre de 2024].

[94] *Cfr.* Romeo Casabona, C.M., *op. cit.,* p. 219.

León Alapont, J., «La Ley orgánica de amnistía de 2024 desde una perspectiva constitucional, técnico-jurídica y político-criminal, una primera aproximación», *La Ley Penal,* n.º 168, mayo de 2024, pp. 1-24.

Ley orgánica 1/2024, de 10 de junio, de amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña, *Boletín Oficial del Estado*, n.º 141, de 11 de junio de 2024, pp. 67764-677781.

Linde Paniagua, E., *La amnistía y el indulto en la encrucijada. Con un análisis de la proposición de Ley orgánica de amnistía a los protagonistas del procés*, Edisofer, Madrid, 2024.

Manjón-Cabeza Olmeda, A., «Releyendo la Ley de amnistía de 1977. Efectos jurídicos e interpretaciones erróneas», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 25-20, 2023, pp. 1-50.

Mayans, C., «Ramsés II y el rey hitita Hattusili firman el primer tratado de paz de la historia». Disponible en: https://historia.nationalgeographic.com.es [Última consulta: 7 de octubre de 2024].

Murillo de la Cueva, E.L., *Voto particular que emite Enrique Lucas Murillo de la Cueva al acuerdo adoptado por el pleno en su sesión de 21 de marzo de aprobación del informe sobre la proposición de Ley orgánica de amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña.* Disponible en: https://wwww.poderjudicial.es, pp. 1-15 [Última consulta: 7 de octubre de 2024].

Proposición de Ley orgánica de amnistía y resolución del conflicto político entre Cataluña y el Estado español, 16 de marzo de 2021. Disponible en: http://www.congreso.es [Última consulta: 7 de octubre de 2024].

Proposición de Ley orgánica de amnistía para la normalización institucional, política y social de Cataluña, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, serie B, proposiciones de ley, n.º 32-1, 24 de noviembre de 2023, pp. 1-16.

Real Academia de la Lengua Española, *Extranjerismos.* Disponible en: https://wwwfacebook.com [Última consulta: 7 de octubre de 2024]

— *Diccionario de la lengua española*. Disponible en: https://dle.rae.es [Última consulta: 7 de octubre de 2024].

Romeo Casabona, C.M., «La desinformación en el ciberespacio: Las noticias falsas y su persecución penal», *Comunicaciones en Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia,* n.º 98, 2023, pp. 195-221.

Silva Sánchez, J.-M., «Sinrazones para la amnistía», en Aragón Reyes, M./Gimbernat Ordeig, E./Ruiz Robledo, A., *op. cit.,* pp. 203-205.

Venice Commission, *European commission for democracy through law. Spain. Opinion on the rule of law requirements of amnesties with particular reference to the parliamentary bill «on the organic law on amnesty for the institutional political and social normalisation of Catalonia», adopted by the Venice Commission at its 138th plenary session, Venice, 15-16 March 2024, en Council of Europe*, *CDL-AD (2024) 003, Strasbourg, 18 March,* 2024, pp. 1-27, párrafos 1-129.

2

ACTUACIÓN EN CONCIENCIA Y DERECHO PENAL: A PROPÓSITO DE LAS TESIS DE GONZÁLEZ VICÉN SOBRE OBEDIENCIA Y DESOBEDIENCIA AL DERECHO

MERCEDES ALONSO ÁLAMO
Catedrática de Derecho Penal Universidad de Valladolid

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA INEXISTENCIA DE UN FUNDAMENTO ÉTICO PARA LA OBEDIENCIA AL DERECHO FRENTE AL FUNDAMENTO ÉTICO ABSOLUTO PARA LA DESOBEDIENCIA. III. FUNDAMENTO ÉTICO ABSOLUTO DE LA DESOBEDIENCIA AL DERECHO Y CULPABILIDAD JURÍDICA. IV. EL DERECHO A LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA COMO UN CASO PARTICULAR DE LA ACTUACIÓN EN CONCIENCIA: SU ESPECIAL RELEVANCIA PENAL. V. A MODO DE CONCLUSIÓN. VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Carlos M. Romeo Casabona, formado como penalista en la Universidad de Zaragoza, accedió a la cátedra de Derecho penal en la Universidad de La Laguna. Por esta razón, cuando recibí la invitación a participar en el libro homenaje que sus discípulos le preparaban pensé que se daban las circunstancias propicias para escribir sobre la obediencia al Derecho en el pensamiento de González Vicén y la relevancia penal de la actuación en conciencia. Gonzalez Vicén fue profesor de la Universidad de La Laguna y es autor de un polémico trabajo sobre la obediencia al Derecho. Romeo Casabona lo fue también —y allí dejó una importante escuela de penalistas cuando accedió a la cátedra de Derecho penal por la Universidad del País Vasco—, y en su dilatada y fructífera vida académica se ocupó en diferentes ocasiones y desde diferentes perspectivas de la objeción de conciencia[1]. Sobradas razones, pues, para escribir sobre estas cuestiones en su tan merecido homenaje.

[1] ROMEO CASABONA, C. M., «Delimitaciones conceptuales sobre la objeción de conciencia en el Derecho Penal», en QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F. (coords.), *El nuevo derecho penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Pamplona, 2001, ROMEO CASABONA, C. M., «Objeción de conciencia y aborto: propuestas», *Estudios Jurídicos en memoria*

Cuando en primer año de licenciatura, en el lejano curso académico de 1971-1972, oí decir a González Vicén que «la conciencia es la ley íntima que a cada uno dice lo que debe o no hacer», que «hay momentos en que la conciencia dice: esto no lo puedes hacer» o «esto lo debes hacer», y que, en tal caso, la norma jurídica que entra en conflicto con la conciencia ética individual debe ser *éticamente* desobedecida, poco podía imaginar que más de cincuenta años después seguiría recordando aquellas palabras y, menos aún, la significación que podrían tener para abordar el siempre difícil problema de la culpabilidad jurídico penal. Algún énfasis debió de poner González Vicén al pronunciar la palabra conciencia, pues en mis apuntes a mano tomados en clase esa palabra está escrita con letras grandes, no con mayúsculas sino con grandes minúsculas.

Es probable que por aquellas fechas, o incluso antes, González Vicén tuviera ya elaborado su pensamiento sobre la existencia de un fundamento ético absoluto para la desobediencia al Derecho y sobre la inexistencia de un fundamento ético para la obediencia. Este pensamiento lo desarrollará en un artículo que con el título «La obediencia al derecho» ve la luz tardíamente en los «Estudios de Filosofía del Derecho» que en 1979 edita la Universidad de La Laguna en su homenaje con motivo de su jubilación[2]. Conocemos la azarosa historia de la publicación de aquel trabajo porque la recuerda el propio González Vicén en 1989 cuando escribe unas últimas reflexiones sobre la obediencia y la desobediencia al Derecho: «La aparición del artículo estaba calculada para coincidir, más o menos, con el momento en que los españoles volvían a tomar en sus manos sus propios asuntos y a gestar ellos mismos el Derecho que había de regir sus vidas en el futuro. Pero la publicación del artículo iba a resultar azarosa. Ya compuesto el texto del trabajo y pasado para su corrección por manos del autor, desapareció como por ensalmo la revista que en Madrid iba a publicar el artículo. Con ello, y dado que yo no quería buscar ni más revistas ni más editoriales para el trabajo, éste pasó al montón fatal de los «inéditos». E inédito hubiera quedado si la Facultad de Derecho de la Universidad de La Laguna no hubiera publicado, con motivo de mi jubilación, un volumen (*Estudios de Filosofía del Derecho*, La Laguna, 1979) en el que se recogían diversos trabajos aislados míos, y entre ellos también *La obediencia al Derecho*, que veía así su primera y única edición»[3].

---

del Prof. Dr. D. José Ramón Casabó Ruíz, Vol. 2.º, ed. Universidad de Valencia, Valencia, 1997, Romeo Casabona, C. M., «La objeción de conciencia en la praxis médica», *Cuadernos de Derecho Judicial*, n.º 1, 1996. *La objeción de conciencia y su relevancia en el Derecho Penal* fue el objeto de su trabajo de investigación presentado para acceder a la cátedra de Derecho penal de la Universidad del País Vasco. En la Universidad de La Laguna, Carlos Romeo dirigió asimismo la excelente tesis doctoral de Flores Mendoza, F., *La objeción de conciencia en derecho penal* (1999), publicada en Comares, Granada, 2001.

[2] González Vicén, F., «La obediencia al Derecho», *Estudios de Filosofía del Derecho,* Facultad de Derecho, Universidad de La Laguna, 1979.

[3] González Vicén, F., «Obediencia y desobediencia al Derecho. Unas últimas reflexiones», *Sistema* (86) 1989, p. 105.

Si azarosa fue la publicación, polémico resultó ser el artículo en cuestión, pues, como es conocido por muchos, desató un debate en el que participaron destacados juristas y filósofos[4]. González Vicén contestó a las críticas recibidas, primero en 1985 en respuesta a Elías Díaz[5], después en 1989 bajo el asombro, como el mismo confiesa, por la «reacción en cadena» que su artículo había producido[6]. Con el fino sentido del humor que le caracterizaba, explicaba una y otra vez sus tesis sin entender por qué los demás no veían lo que según él estaba tan claro: que al Derecho hay que obedecerlo por diferentes razones, pero no porque haya, pues no lo hay, un fundamento ético para la obediencia. Quizás se sintiese incomprendido, no lo podemos saber, pero sí lo podemos ver seguro y firme en sus convicciones; tan seguro como puede estarlo el sujeto que desobedece al Derecho que entra en conflicto con su conciencia.

II. La inexistencia de un fundamento ético para la obediencia al Derecho frente al fundamento ético absoluto para la desobediencia

Dos son básicamente las tesis que González Vicén sostiene en el polémico trabajo de 1979: que no hay un fundamento ético para la obediencia al Derecho, y que sí hay un fundamento ético absoluto para la desobediencia[7]. Llega a la primera conclusión tras constatar que ninguna de las respuestas más importantes que a lo largo del tiempo se han dado a la cuestión de si hay un fundamento ético que sustente «la obligatoriedad absoluta del Derecho tan sólo por razón de su validez formal», ninguna ofrece un verdadero fundamento ético para la obligatoriedad: ni la teoría del derecho del más fuerte, ni la del reconocimiento, ni la del iusnaturalismo, ni la de la seguridad jurídica[8]. Llega a

[4] Por citar algunos de los primeros, Atienza, Manuel, «La filosofía del Derecho de Felipe González Vicén», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, n.º 62, 1981, Díaz, Elías, *De la maldad estatal y la soberanía popular*, Debate, Madrid, 1984, Díaz, Elías, «La justificación de la democracia», *Sistema* (66), 1985, Cortina, Adela, «La justificación ética del Derecho como tarea prioritaria de la filosofía política. Una discusión desde John Rawls», *Doxa*, 2, 1985, Cortina, Adela., «La calidad moral del principio ético de universalización», *Sistema* (77), 1987, Muguerza, Javier, «La obediencia al Derecho y el imperativo de la disidencia (Una intrusión en un debate)», *Sistema* (70) 1986, Muguerza, Javier, «Sobre el exceso de obediencia y otros excesos (un anticipo)», *Doxa*, 4, 1987, Fernández, Eusebio, *La obediencia al Derecho*, Civitas, Madrid, 1987, García Amado, J. A., «A vueltas con la desobediencia. Notas sobre las tesis de González Vicén y sobre algunas críticas», *Anuario de Filosofía del Derecho* X (1993).

[5] González Vicén, F., «La obediencia al Derecho. Una anticrítica», *Sistema* (65) 1985, pp. 101 y ss.

[6] González Vicén, F., «Obediencia y desobediencia al Derecho. Unas últimas reflexiones», ob. cit., p. 105.

[7] González Vicén, F., «La obediencia al Derecho», ob. cit., p. 388.

[8] Véase el amplio desarrollo de esta tesis en González Vicén, F., «La obediencia al Derecho», ob. cit., pp. 367 y ss. Breve síntesis en González Vicén, F., «La obediencia al derecho. Una anticrítica», ob. cit., pp. 101 y s.

la segunda tesis tras preguntarse por los límites de la obligatoriedad del Derecho. Él los sitúa en la conciencia ética individual, y a partir de ello su conclusión es clara: cuando una norma jurídica contradice los imperativos de la conciencia ética individual, no es que la norma «pueda» ser desobedecida, sino que «debe» ser desobedecida[9].

Es esta aseveración, la de que la norma jurídica en pugna con la conciencia ética individual debe ser desobedecida, su segunda tesis y la que considera principal conclusión de su trabajo, la que a efectos penales importa destacar, sobre todo en atención a su incidencia en la culpabilidad penal. De esta cuestión nos hemos ocupado en trabajos anteriores[10] y sobre ella volveremos después. Pero, sin ánimo de terciar en un debate sobre la primera tesis, la de que no hay fundamento ético para la obediencia al Derecho —lo que sería un atrevimiento por nuestra parte—, parece procedente que nos detengamos en ella, toda vez que ambas tesis, siendo independientes, remiten a un problema común, el de la relación entre Ética y Derecho.

1. La afirmación de que no hay un fundamento ético para la obediencia al Derecho resultó ser la tesis más polémica (aunque tampoco la segunda tesis fue aceptada sin reservas, como veremos). Elías Díaz se opuso a ella sosteniendo que, en un Estado democrático, el Derecho que emerge del juego de las mayorías es una opción entre diferentes perspectivas éticas, «expresión auténtica de diferentes conciencias individuales», y que en ello cabría hallar el fundamento ético para la obediencia[11]. Pero la ética de las mayorías no es una ética individual, por más que puede ser expresión de diferentes conciencias individuales. Para González Vicén, la posición de Díaz no se apoya en argumento alguno como no sea en «la proposición tautológica, repetida una y otra vez, de que si la conciencia individual puede fundamentar la desobediencia al Derecho, la misma razón hay para fundamentar éticamente su obediencia»[12]. Donde González Vicén ve una proposición tautológica[13], Muguerza ve, con razón, una falsa simetría pues, como bien señala, «habría que saber ver que la obediencia al Derecho presupone una vinculación de la conciencia individual con otras conciencias individuales en modo alguno presupuesta por su desobediencia, que entraña más bien la desvincula-

[9] González Vicén, F., «La obediencia al derecho. Una anticrítica», ob. cit., p. 102.

[10] Así en Alonso Álamo, M., «Culpabilidad jurídico-penal del sujeto ético», De Vicente Remesal, J./Díaz y García Conlledo, M./Paredes Castañón, J. M./Olaizola Nogales, I./Trapero Barreales, M. A./Roso Cañadillas, R./Lombana Villalba, J. A. (dirs.), *Libro Homenaje al profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70 aniversario*, Vol. I, Madrid, Reus, 2020, pp. 503 y ss., y en Alonso Álamo, M., «Culpabilidad jurídico-penal del sujeto ético versus justificación de la actuación en conciencia», *Revista Penal*, n.º 45, 2020, pp. 5 y ss.

[11] Díaz, Elías, De la maldad estatal y la soberanía popular, ob. cit., p. 89, Díaz, Elías, «La justificación de la democracia», ob. cit., p. 8.

[12] González Vicén, F., «La obediencia al derecho. Una anticrítica», ob. cit., p. 102.

[13] Podemos ver tal proposición en Cortina, Adela, «La justificación ética del Derecho como tarea prioritaria de la filosofía política. Una discusión desde John Rawls», ob. cit., p. 136.

ción de la voluntad del individuo respecto de la voluntad colectiva —presumiblemente mayoritaria— plasmada en el Derecho»[14].

Ya antes, Atienza se había manifestado en contra de la tesis de González Vicén argumentando en favor de «la obligación ética de obedecer al Derecho en *algunos casos*, a saber, en los casos en que los mandatos jurídicos coincidan con los imperativos éticos de la conciencia individual»[15]. A su juicio, «solo si se niega a la ética toda dimensión social» puede sostenerse la tesis de González Vicén[16]. Parte Atienza de la posibilidad de generalizar los imperativos morales, y esa posibilidad de universalización, de ascendencia kantiana, es la que en definitiva le permite afirmar el fundamento ético de la obediencia al Derecho. También Fernández sostiene la obligación ética de obedecer al Derecho siempre que este se haya producido democráticamente y sea respetuoso con los derechos fundamentales, toda vez que hay una obligación moral de obedecer al Derecho justo»[17]. Terciando en el debate, Muguerza trae a colación la doctrina de Habermas de los intereses generalizables —o «necesidades comunicativamente compartidas»— según la cual la validez de una norma depende de la «formación discursiva de la voluntad de los potencialmente interesados» en situación ideal de habla o de diálogo[18]. Pero lo cierto es que ni la ética discursiva de Habermas ni las diversas manifestaciones del neocontractualismo[19] resuelven la cuestión material o sustancial de si hay un deber ético de obedecer al Derecho, pues se limitan a proporcionar una fundamentación formal, procedimental o democrática[20]. Lo mismo puede decirse de la teoría del discurso del Estado democrático constitucional desarrollada por Alexy que es una teoría procedimental de la corrección práctica[21].

El tránsito desde la ética individual a la moral social o, si se prefiere, la universalización de la ética, o el reconocimiento de valores morales objetivos compartidos, o la referencia a los derechos humanos, al procedimiento democrático, o a la ética discursiva, nada de ello, permite rebatir lo que, a nuestro modo de ver sostiene, con razón, González

[14] Muguerza, Javier, «La obediencia al Derecho y el imperativo de la disidencia (Una intrusión en un debate)», ob. cit., p. 29.

[15] Atienza, Manuel, «La filosofía del Derecho de Felipe González Vicén», ob. cit., p. 86.

[16] Atienza, Manuel, «La filosofía del Derecho de Felipe González Vicén», ob. cit., p. 86.

[17] Fernández, Eusebio, *La obediencia al Derecho*, ob. cit., pp. 55 y s.

[18] Muguerza, Javier, «La obediencia al Derecho y el imperativo de la disidencia (Una intrusión en un debate)», ob. cit., pp. 30 y ss.

[19] Al respecto Muguerza, Javier, «La obediencia al Derecho y el imperativo de la disidencia (Una intrusión en un debate)», ob. cit., pp. 32 y s.

[20] Muguerza, Javier, «La obediencia al Derecho y el imperativo de la disidencia (Una intrusión en un debate)», ob. cit., p. 33.

[21] Alexy, Robert, «La institucionalización de la razón», traduc. Seoane, J. A., *Persona y Derecho*, 43-2000, pp. 226 y ss. y *passim*.

Vicén sobre la base de una ética eminentemente individual y, como Cortina y García Amado han subrayado, de presupuestos marxistas y existencialistas[22].

Para González Vicén, el Derecho es «un orden coactivo de naturaleza histórica en el que se refleja el enfrentamiento de intereses muy concretos y el predominio de unos sobre otros», el Derecho, afirma, «expresa la prevalencia de una constelación social determinada y es, en este sentido, el instrumento de dominación de una clase y sus intereses sobre otra u otras clases y sus intereses»[23]. Por eso pudo sostener que hay que obedecer al Derecho por muchas razones, como, por ejemplo, el que hace posible la certeza de las relaciones humanas en la convivencia, o porque nos hace disfrutar de ciertos derechos…[24], pero nunca por razones éticas.

Peces Barba enumera las razones generales que justifican la obediencia al Derecho (razones puramente lógicas, el consenso en una sociedad democrática, el procedimiento seguido para su elaboración, la posibilidad de la resistencia institucionalizada, los contenidos materiales en forma de valores, principios o derechos)[25]. Pues bien, tales razones pueden fundamentar un deber jurídico e, incluso, un deber moral, pero no un deber ético entendido desde la perspectiva de una ética individual autónoma.

Solo rechazando los presupuestos de los que parte González Vicén, a saber, la individualidad de la ética y su carácter autónomo, no heterónomo, se establecen las bases para dar razones morales para obedecer al Derecho, pero situados ya en el marco de una moral heterónoma. En este sentido, cuando se confronta la concepción individualista de la moral con la ética discursiva y se analiza críticamente la autonomía de la moral de origen kantiano y defendida por el existencialismo[26], se ponen las bases para la defensa de una moral heterónoma[27]. Pero no es ese el escenario en el que se mueve González Vicén.

González Vicén habla de la persona ética individual que a solas con su conciencia se enfrenta al Derecho, un producto histórico. Se refiere con ello a una actitud personal,

[22] Cortina, Adela, «La justificación ética del Derecho como tarea prioritaria de la filosofía política. Una discusión desde John Rawls», ob. cit., pp. 136 y s., Cortina, Adela, «La calidad moral del principio ético de universalización», ob. cit., pp. 116 y ss., García Amado, J. A., «A vueltas con la desobediencia. Notas sobre las tesis de González Vicén y sobre algunas críticas», ob. cit., p. 350.

[23] González Vicén, F., «La obediencia al derecho. Una anticrítica», ob. cit., p. 102.

[24] González Vicén, F., «La obediencia al derecho. Una anticrítica», ob. cit., p. 103.

[25] Peces Barba, G., «Desobediencia civil y objeción de conciencia», *Anuario de Derechos Humanos*, n.º 5, 1988-1989, pp. 161 y ss.

[26] Así, Pérez Luño, A. E., «¿Qué moral? Sobre la justificación moral de la obediencia al Derecho», *Sistema* (102) 1991, pp. 84, 87 y 89 ss.

[27] Ampliamente sobre el paso de la moralidad privada a la eticidad que, en sentido hegeliano, comporta la superación del individualismo y del carácter autónomo de la ética, Pérez Luño, A. E., «¿Qué moral? Sobre la justificación moral de la obediencia al Derecho», ob. cit., pp. 93 y ss.

no a una posición política[28], actitud personal que puede entrar en conflicto con el derecho democráticamente establecido y con valores morales compartidos. Como si fuera una barrera infranqueable, la conciencia del sujeto ético lo aísla y deja a solas consigo mismo, donde puede nacer la obligación ética de desobedecer al Derecho, pero no la obligación ética de obedecerlo.

No obstante, todavía cabría insistir en la pregunta de por qué no aceptar la obligación ética de obedecer al Derecho si la conciencia del sujeto ético coincidiera con lo que el Derecho establece. La posición contraria de González Vicén se asienta en su concepción marxista del Derecho (además de en su intelección de la ética como una ética personal) de acuerdo con la cual al Derecho se le obedece por otras razones, no por razones éticas. Pero podrían aceptarse las conclusiones de Vicén incluso si se partiera de otros presupuestos. Es lo que sostiene Segura Ortega quien, sin compartir la concepción del Derecho de González Vicén, entiende que cabe diferenciar, con Fernández, entre obligación moral en sentido fuerte (basada en imperativos de la conciencia individual autónoma) y obligación moral derivada o secundaria (la que parte de la aceptación por la conciencia individual de una norma heterónoma que se convierte en norma moral), y que, con base en esta distinción puede afirmarse que, entendiendo la ética en sentido estricto, no hay obligación ética de obedecer al Derecho[29].

Solo la conciencia individual está legitimada para resolver sobre la calidad moral de una decisión colectiva; como dice Muguerza, «los individuos acaparan todo el protagonismo de la Ética, puesto que solo ellos son capaces de actuar moralmente»[30].

Desde esta perspectiva que sitúa al individuo en el primer plano, es posible concluir que, por más que el Derecho sea un Derecho correcto, respetuoso con los derechos humanos y democráticamente establecido, de ello no emerge el deber ético de obedecerlo, pues el Derecho pertenece a un ámbito distinto al de la ética personal.

Que no haya obligación ética de obedecer al Derecho no depende de que éste sea justo o injusto, correcto o no correcto, depende tan solo de lo que dicte al sujeto su conciencia, de un imperativo moral autónomo. En consecuencia, cuando se argumenta en favor de la obligatoriedad ética del Derecho de un Estado democrático, respetuoso con los procedimientos y con los derechos humanos y fundamentales, en realidad se produce un desplazamiento hacia un terreno distinto al de la ética individual que es el terreno que pisa González Vicén al formular sus propuestas. Por tanto, incluso si no se parte de una concepción marxista del Derecho, e incluso si el sujeto ético se enfrentara a un Derecho justo democráticamente aceptado, desde la ética individual solo cabe

[28] González Vicén, F., «La obediencia al derecho. Una anticrítica», ob. cit., p. 104.

[29] Segura Ortega, M., *Manual de Teoría del Derecho*, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1998 (reimpr. 2005), pp. 222 y s.

[30] Muguerza, J., «La obediencia al Derecho y el imperativo de la disidencia (Una intrusión en un debate)», ob. cit., p. 34.

sostener, con González Vicén, que no hay obligación ética de obedecer al Derecho (y ello no solo porque su argumentación sea internamente coherente sino también porque incluso no aceptando su concepción marxista del Derecho podría llegarse a la misma conclusión[31]).

2. La segunda tesis de González Vicén, la de que sí hay un fundamento ético absoluto para la desobediencia, ha tenido mejor aceptación. Elías Díaz la matiza, sin embargo, sosteniendo que la desobediencia al Derecho por razones éticas está justificada «sobre todo si tal Derecho niega la libertad», lo que, para González Vicén, no es exacto pues parece considerar que la libertad es el único valor que justifica la desobediencia ética, siendo así que los valores cuya vulneración puede dar lugar a la desobediencia ética los determina la conciencia, y son muchos (como la dignidad, la autonomía religiosa, o la no discriminación racial, entre otros)[32].

En una línea semejante, se refiere Muguerza al «imperativo de la disidencia»[33], basado en el «imperativo kantiano de los fines» (el hombre no es un medio sino un fin en sí mismo), que no fundamenta la obligación de obedecer, sino que «autoriza a desobedecer cualquier regla que el individuo crea en conciencia que contradice aquel principio»[34].

El individualismo ético de Muguerza es el individualismo del sujeto ético del que habla González Vicén[35]. Para el individualismo ético, la conciencia lo es todo. En su fundamental trabajo de 1979, González Vicén recuerda a Hegel cuando habla de «esa profundísima soledad interior consigo mismo de la que ha desaparecido toda exterioridad y toda limitación, ese constante retorno a sí mismo»[36]. Y nos dice que «la conciencia es el órgano de conformación ética del propio ser», «un fenómeno esencialmente personal», «un enfrentamiento del yo consigo mismo en busca de su autenticidad», que «la conciencia se mueve sólo en el ámbito de nuestras posibilidades existenciales, y por eso, si nos es posible emitir sobre nuestros actos juicios morales y juicios de conciencia,

[31] En sentido diverso, Gascón Abellán, M., *Obediencia al Derecho y objeción de conciencia*, Centro de Estudios constitucionales, Madrid, 1990, pp. 124 y s.

[32] González Vicén, F., «La obediencia al derecho. Una anticrítica», ob. cit., p. 104.

[33] Muguerza, J., «La obediencia al Derecho y el imperativo de la disidencia (Una intrusión en un debate)», ob. cit., p. 37, Muguerza, Javier, «Sobre el exceso de obediencia y otros excesos (un anticipo)», ob. cit., p. 347.

[34] Muguerza, Javier, «La obediencia al Derecho y el imperativo de la disidencia (Una intrusión en un debate)», ob. cit., pp. 34 y ss. Véase también, Rubio Carracedo, J., «La irrenunciable autonomía», *La herencia ética de la Ilustración*, Thiebaut, Carlos (editor), Crítica, Barcelona, 1991, pp. 67 y ss.

[35] Que tal individualismo tenga una base kantiana o existencialista sería otra discusión. Para tal discusión, Muguerza, Javier, «La obediencia al Derecho y el imperativo de la disidencia (Una intrusión en un debate)», ob. cit., pp. 38, Cortina, Adela, «La justificación ética del Derecho como tarea prioritaria de la filosofía política. Una discusión desde John Rawls», ob. cit., pp. 137 y s., Cortina, Adela «La calidad moral del principio ético de universalización», ob. cit., pp. 113 y 116 y s.

[36] González Vicén, F., «La obediencia al Derecho», ob. cit., p. 388.

sobre los actos ajenos sólo podemos emitir juicios morales, no juicios de conciencia», y que «el sujeto de la conciencia es el hombre en su realidad concreta, en lo que sólo es él y no en lo que tiene de común con los demás»[37]. García Amado lo ha visto con claridad: «la conciencia moral no conoce norma externa, no admite heteronomía de ningún tipo, a ninguna norma se pliega que no sea la que a sí misma, autónomamente, se da», «nada se le impone, nada acepta que no surja del ser esencial de cada cual»[38].

Tratándose de la conciencia, surgirán inevitablemente problemas de prueba cuando entra en conflicto con el Derecho, pues los imperativos éticos, por su naturaleza subjetiva, interna, no pueden ser aprehendidos directamente por los sentidos[39]. Tal dificultad probatoria puede explicar la injustificada tendencia a reducir la conciencia a los motivos religiosos dado que, como dice Ruíz Miguel, concurre una mayor facilidad de prueba si se atiende a la afiliación del sujeto a una confesión[40]. Pero sería un error metodológico pretender extraer de este aspecto procesal consecuencias para la elaboración del concepto. En la auténtica actuación en conciencia pueden concurrir factores muy diversos, no necesariamente vinculados a la pertenencia a una determinada confesión religiosa, y, lo que es más importante aún, la decisión del sujeto ético es por definición independiente de su adscripción a una determinada moral o religión.

Problema distinto es cómo se forma o se conforma la propia conciencia. Esto nos traslada al debate sobre la probable combinación de la innato con el aprendizaje social en la formación de la conciencia, debate que excede del propósito de estas páginas. Señala Rubio Carracedo que la autonomía moral no viene dada al sujeto moral, sino que este «ha de construirla»[41]. Pero, con independencia de cómo se haya conformado la conciencia, lo que importa destacar es que el sujeto individual actúa de acuerdo con un imperativo ético para él ineludible, esto es, de acuerdo con su conciencia real la cual es, como dice González Vicén, la del sujeto concreto con sus imperfecciones[42].

[37] González Vicén, F., «La obediencia al Derecho», ob. cit., pp. 388 y s.

[38] García Amado, J. A., «A vueltas con la desobediencia. Notas sobre las tesis de González Vicén y sobre algunas críticas», ob. cit., p. 354.

[39] Sobre estas cuestiones, Flores Mendoza, F., *La objeción de conciencia en derecho penal*, ob. cit., pp. 79 y ss., Jericó Ojer, L., *El conflicto de conciencia ante el derecho penal*, La Ley, Madrid, 2007, pp. 194 y ss.

[40] Ruiz Miguel, A., «Objeción de conciencia y eutanasia», *La eutanasia a debate. Primeras reflexiones sobre la Ley Orgánica de Regulación de la Eutanasia*, Tomás-Valiente Lanuza, C. (editora), Marcial Pons, Madrid, 2021, p. 245.

[41] Rubio Carracedo, J., «La irrenunciable autonomía», ob. cit., p. 52.

[42] Ver en otro sentido, Cortina, Adela, «La justificación ética del Derecho como tarea prioritaria de la filosofía política. Una discusión desde John Rawls», ob. cit., p. 137.

Partiendo de tales premisas, la conciencia no son las ideas, ni las creencias, sino lo que *se es*[43]. Asimismo, es preciso separar la decisión en conciencia de la problemática del delincuente por convicción[44]. La decisión en conciencia, a diferencia de la decisión/actuación por convicción, se singulariza «por su carácter existencial, por el sentimiento interior de estar incondicionalmente obligado», lo que no puede predicarse del delincuente por convicción cuyas convicciones, por las que ciertamente puede sentirse obligado, son de carácter heterónomo[45]. Cabe añadir asimismo que, como señala González Vicén, «la desobediencia ética no es ni progresista ni reaccionaria, sino que por su propia naturaleza se encuentra más allá de esta disyuntiva»[46].

No es infrecuente que se hable de creencias o de convicciones en relación con la conciencia, o que se parta de diferentes nociones de conciencia, más o menos rigoristas (según que la conciencia se restrinja a imperativos religiosos, o se abra a imperativos morales o incluso ideológicos o políticos)[47]. Tal pluralidad de perspectivas puede llevar a equívocos. Estos se evitan en la medida en que se convenga en que, con independencia de la naturaleza de los motivos (religiosos, morales, ideológicos, políticos), lo decisivo es que formen parte del núcleo esencial de lo que el sujeto «es», originando para él un imperativo ético ineludible. La decisión en conciencia es, así considerada, «la decisión de una existencia acerca de su verdad en un momento histórico determinado»[48]. Tiene que ver, claro es, con lo que el sujeto considera «bueno» en una situación determinada[49], pero, como bien precisa Roxin, una decisión adoptada por razones de conciencia no

[43] Decía Ortega y Gasset que las ideas «se tienen» y en las creencias «se está», Ortega y Gasset, J., «Ideas y creencias», *Ideas y creencias y otros ensayos*, Alianza, Madrid, 2019, pp. 23 y ss., Ortega y Gasset, J., «Un capítulo sobre la cuestión de cómo muere una creencia», *Ideas y creencias y otros ensayos*, Alianza, Madrid, 2019, pp. 270 y s. Acerca de que la conciencia no es ni las creencias ni las ideas, sino lo que «se es», Alonso Álamo, M., «Culpabilidad jurídico-penal del sujeto ético versus justificación de la actuación en conciencia», ob. cit., pp. 9 y s.

[44] Sobre la problemática del delincuente por convicción y su diferenciación de la libertad de conciencia, Romeo Casabona, C. M., «Delimitaciones conceptuales sobre la objeción de conciencia en el Derecho Penal», ob. cit., pp. 1785 y s., Baucells i Lladós, J., *La delincuencia por convicción*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 37 y ss., Jericó Ojer, L., *El conflicto de conciencia ante el derecho penal*, ob. cit., pp. 65 y ss., 77, 208 y ss. y 277 y ss.

[45] Roxin, Claus, *Derecho Penal. Parte General*, T. I, traduc. por Luzón Peña, D-M./ Díaz y García Conlledo, M./ De Vicente Remesal, J., Thomson/Civitas, Madrid, 1997, reimpr. 2008, § 22, nm. 103.

[46] González Vicén, F., «La obediencia al Derecho. Una anticrítica», ob. cit., p. 104.

[47] Sobre ello, Ruiz Miguel, A., «Objeción de conciencia y eutanasia», ob. cit., pp. 244 y s.

[48] González Vicén, F., «La obediencia al Derecho», ob. cit., p. 389.

[49] Así señala Romeo Casabona, con base en la definición del Tribunal constitucional alemán de la decisión en conciencia, que «el dictamen o imperativo de conciencia consistiría en «toda decisión moral seria, esto es, orientada por las categorías de lo «bueno» y de lo «malo», que el individuo, en una situación determinada, siente internamente como vinculante y absolutamente obligatoria, de modo que no podría actuar contra ella sin contrariar gravemente su conciencia», ROMEO CASABONA, C. M., «Delimitaciones conceptuales sobre la objeción de conciencia en el Derecho Penal», ob. cit., p. 1773.

puede ser valorada ni como errónea, ni como equivocada, ni como correcta, porque ello vulneraría la neutralidad ideológica que exige el reconocimiento constitucional de la libertad de conciencia[50]. Sería, cabe decir, una intromisión inaceptable en la esfera íntima y eminentemente personal de la conciencia individual.

La desobediencia ética se diferencia asimismo de la desobediencia civil pues esta, como señala González Vicén, persigue objetivos concretos, como modificar o derogar una norma; la desobediencia ética, en cambio, es un acto de absoluta gratuidad, no persiga nada, ni, por ello, busca medios eficaces, ni es susceptible de organización, siendo su territorio la soledad[51]. También para Romeo Casabona, en la desobediencia civil la conciencia interna no se enfrenta a un conflicto insalvable, sino que se trata «de una forma de reivindicación, más próxima a los derechos de reunión y manifestación»[52]. Conforme a las premisas de las que parte, Peces Barba sostiene de modo diverso que las razones que pueden apoyar la desobediencia civil son las contrarias a las que hay —antes las veíamos— para obedecer al Derecho (así, que el Derecho sea desigual, con privilegios para unos, que no sea fruto del consenso, o que no sea respetuoso con los valores, principios o derechos fundamentales, etc.)[53]. De forma paralela a lo que dijimos antes a propósito de las razones positivas alegadas por Peces Barba para la obediencia al Derecho cabe decir ahora que estas razones para la desobediencia civil no son propiamente razones éticas pues no adoptan la perspectiva del sujeto ético sino que se sitúan en un terreno distinto.

III. Fundamento ético absoluto de la desobediencia al Derecho y culpabilidad jurídica

Es el carácter íntimo y eminentemente individual de la conciencia lo que permite orientar las decisiones en conciencia del sujeto ético al ámbito de la culpabilidad jurídica. El sujeto que actúa en contra del Derecho bajo la presión de un imperativo ético ineludible *actúa antijurídicamente pero su culpabilidad jurídica puede verse afectada, excluida o atenuada*. Luego veremos el caso particular de la objeción de conciencia jurídicamente reconocida, esto es, juridificada ya expresa, ya implícitamente, y los supuestos en que la objeción de conciencia puede afectar a la antijuridicidad justificando el comportamiento típico. Pero, por lo general, la actuación por imperativos de conciencia se mueve en el ámbito de la culpabilidad jurídica. Por ello, alterando el orden lógico que aconsejaría tratar primero la exclusión de la antijuridicidad y después,

[50] Roxin, Claus, *Derecho Penal. Parte General*, T. I, ob. cit., § 22, nm. 104.

[51] González Vicén, F., «La obediencia al Derecho», ob. cit., p. 392.

[52] Romeo Casabona, C. M., «Delimitaciones conceptuales sobre la objeción de conciencia en el Derecho Penal», ob. cit., p. 1787.

[53] Peces Barba, G., «Desobediencia civil y objeción de conciencia», ob. cit., pp. 165 y s.

la exclusión de la culpabilidad, pasamos a examinar, en primer lugar, la actuación en conciencia desde la perspectiva de la culpabilidad jurídica, para examinar después, en el epígrafe siguiente, la posible exclusión de la antijuridicidad (o de la tipicidad) en casos de objeción de conciencia.

Punto de partida ha de ser el reconocimiento de que la culpabilidad jurídica no es culpabilidad moral. Al respecto no debe quedar duda alguna. La culpabilidad jurídica requiere de la presencia de unos elementos (imputabilidad, conocimiento de la antijuridicidad, ausencia de causas de exclusión de la culpabilidad en sentido estricto), y de un juicio final de imputación subjetiva en el que se ha de atender a todos los factores que concurren en el sujeto en el momento decisivo de la acción, entre otros a si ha actuado por un imperativo ético ineludible. Esto no significa, obviamente, que se confundan los ámbitos del Derecho y de la Moral, como no se confunden tampoco cuando se reconoce que en el Derecho cristalizan valores morales compartidos, discursiva y democráticamente afirmados.

El sujeto ético que actúa como le dicta su conciencia puede conocer la antijuridicidad de su comportamiento, saber que su actuación le acarreará una sanción y estar dispuesto a cumplirla. Pero esto no es incompatible con que su culpabilidad jurídica se vea afectada.

En apoyo de lo dicho cabe invocar, en primer lugar, la tesis de Gonzalez Vicén sobre la existencia de un fundamento ético absoluto para la desobediencia al derecho si este entra en conflicto con la propia conciencia. El sujeto que, a solas con su conciencia, decide actuar en contra del Derecho, siguiendo un imperativo ético ineludible, actúa antijurídicamente, sí, y en principio se hace por ello acreedor de una pena criminal pues la norma jurídica en cuanto tal, el Derecho, no retrocede ante la conciencia ética individual. Pero en la medida en que el sujeto no puede sustraerse al imperativo ético sin dejar de ser él mismo, siendo para él una cuestión existencial, cabe decir que se halla en una situación tan excepcional que su culpabilidad jurídica estará afectada.

En apoyo de tal posición viene, a la vez, la concepción personal, individual, no social, de la culpabilidad jurídica, de acuerdo con la cual en la culpabilidad se valoran jurídicamente los aspectos personales del delito, «desde la autonomía de la decisión hasta las relaciones sociales del autor cristalizadas en el hecho (defectos educativos, pobreza, marginación) pasando por las peculiaridades caracteriales condicionantes de su decisión»[54]. De acuerdo con la concepción individual de la culpabilidad, la imputación

[54] Torío López, A., «Indicaciones metódicas sobre el concepto material de culpabilidad», *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 36, 1988, p. 760. También Romeo Casabona se refiere a la influencia en la culpabilidad de factores biológicos, y genéticos en particular, y de factores ambientales en sentido amplio, familia, educación, entorno social, etc., Romeo Casabona, C. M., «Presupuestos biológicos y culpabilidad penal», Demetrio Crespo, E. (dir.), Maroto Calatayud, M. (coord.), *Neurociencias y*

subjetiva requiere una integración de «factores materiales múltiples y contrapuestos»[55] que se han de llenar de contenido con el auxilio de la psicología, la psiquiatría, la sociología. Pero, en último término, la imputación subjetiva dependerá de «una estimación jurídica totalizadora»[56], de una valoración por la que se decide si la acción puede ser puesta a cargo del sujeto. En el juicio final de imputación subjetiva, todos los factores que concurran en el sujeto al tiempo del hecho han de ser tomados en consideración. También las razones de conciencia.

Para que la acción pueda ser puesta a cargo del sujeto, éste ha de ser capaz de valorar correctamente y comprender los valores del Derecho. También de hacerlos suyos sin renunciar a ser él mismo. Cuando el mandato normativo entra en conflicto con la conciencia del sujeto ético, esto es, cuando hay una antinomia entre la propia conciencia y el Derecho, entre el deber ético y el jurídico, el núcleo de la culpabilidad jurídica se ve tocado. El sujeto puede ser capaz de valorar correctamente y de comprender el mandato normativo y, sin embargo, no poder hacer suyo lo que la norma jurídica le exige, ni actuar de acuerdo con ella sin negarse a sí mismo en lo que existencialmente es[57]. No parece cuestionable, en consecuencia, que, entre los factores a tener en cuenta en el juicio de culpabilidad, el de la actuación en conciencia no es un factor menor, antes bien, es un factor esencial toda vez que la conciencia es lo que el sujeto *es*. Con independencia de que el sujeto con su libre decisión esté dispuesto a cargar con las posibles consecuencias penales de su acción, su culpabilidad jurídica estará afectada.

La libertad de conciencia goza de reconocimiento constitucional (siempre que se acepte que la libertad de conciencia está comprendida en la libertad ideológica en sentido amplio[58]). Pero esto no es lo significativo a efectos de la culpabilidad jurídica. Incluso

---

Derecho Penal: Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad, BdF, Buenos Aires/Montevideo, 2013, pp. 432 y 437.

[55] Torío López, A., «Indicaciones político criminales sobre la imputación subjetiva», *Estudios Jurídicos. Libro conmemorativo del bicentenario de la Universidad de La Laguna*, T. II, Universidad de La Laguna, 1993, p. 1025.

[56] Torío López, A., «Indicaciones metódicas sobre el concepto material de culpabilidad», ob. cit., p. 761.

[57] Como ha señalado Romeo Casabona, si la actuación en conciencia se mueve solo en el plano moral —planteándose como un binomio deber moral-deber jurídico— ha de ser valorado en el juicio de culpabilidad, Romeo Casabona, C. M., «Delimitaciones conceptuales sobre la objeción de conciencia en el Derecho Penal», *El nuevo derecho penal español*, ob. cit., pp. 1774 y s. Sobre la necesidad de atender en el juicio de imputación subjetiva a las valoraciones y juicios de valor del sujeto ético, nos permitimos remitir a Alonso Álamo, M., «Culpabilidad jurídico-penal del sujeto ético versus justificación de la actuación en conciencia», ob. cit., p. 11.

[58] Castro Jover, A., «Libertad de conciencia, objeción de conciencia y derecho a la objeción de conciencia», *Quaderni di Diritto e Política Ecclesiastica*, n. 2, 2016, p. 443, Llamazares Fernández, D., *Derecho de la libertad de conciencia, I, Conciencia, tolerancia y laicidad*, 4.ª ed., Civitas/ Thomson Reuters, Navarra, 2011, pp. 24 y ss.

si partiéramos de una Constitución en la que la libertad de conciencia no estuviera reconocida, la afectación de la culpabilidad del sujeto ético debería ser igualmente aceptada. Cuestión distinta es la del posible anclaje de las razones de conciencia en alguno de los supuestos de exclusión de la culpabilidad formalmente reconocidos y que integran la llamada culpabilidad en sentido formal. La actuación en conciencia no aparece contemplada entre las causas de exclusión de la responsabilidad penal, ni entre las circunstancias atenuantes del delito. Además, puede presentarse una actuación en conciencia sin que a la vez se halle afectada la imputabilidad del sujeto, ni éste se encuentre bajo un error de prohibición, o un miedo insuperable o un estado de necesidad exculpante[59]. Del debate sobre la posible invocación de una causa supralegal de exculpación por analogía no podemos ocuparnos aquí[60]. Pero sí podemos decir que nada impide que las razones de conciencia presentes en la actuación del sujeto ético sean tenidas en cuenta en el juicio valorativo final y totalizador de imputación subjetiva en el que se tengan en cuenta todos los factores que concurren en el sujeto al tiempo del hecho.

La culpabilidad jurídica es graduable. Es problemático que la actuación por imperativos de conciencia también lo sea. La cuestión de si cabe una actuación mediada en mayor o menor medida por imperativos de conciencia remite a la cuestión de si es posible graduar los imperativos de conciencia o si, de modo diverso, o se actúa bajo un imperativo de conciencia —y en tal caso la culpabilidad puede estar excluida—, o no concurre dicho imperativo y la culpabilidad no se ve afectada. La cuestión es importante pues de la respuesta que se dé a esta pregunta dependerá el que se puedan apreciar atenuantes o eximentes incompletas, en su caso por analogía, cuando son poderosas razones de conciencia las que llevan al sujeto a la acción, pero no llegan al punto de posibilitar la exclusión plena de la culpabilidad. En principio, puede parecer un contrasentido aceptar que un deber ético ineludible pueda ser eludido y seguir hablando de razones de conciencia. Siendo esto formalmente contradictorio, sin embargo, no parece que haya inconveniente en aceptar que un conflicto de conciencia puede ser más o menos intenso, ser tenido en cuenta en el juicio valorativo totalizador de imputación subjetiva, y ser un criterio de determinación de la pena por el juez dentro del margen de arbitrio que le

[59] Sobre estas cuestiones, Flores Mendoza, F., *La objeción de conciencia en derecho penal*, ob. cit., pp. 197 y ss., Jericó Ojer, L., *El conflicto de conciencia ante el derecho penal*, ob. cit., pp. 348 y ss.

[60] De ello nos hemos ocupado ya en Alonso Álamo, M., «Culpabilidad jurídico-penal del sujeto ético versus justificación de la actuación en conciencia», ob. cit., pp. 12 y ss. Importante, Luzón Peña, D. M., «Actuación en conciencia y objeción de conciencia como causa de justificación y como causa de exculpación frente a la punición del delincuente por convicción», Luzón Peña, D. M. (dir.), *Libro-Homenaje a Claus Roxin por su nombramiento como Doctor Honoris Causa por la Universidad Inca Garcilaso de la Vega*, Fundación Internacional de Ciencias Penales/Ilustre Colegio de Abogados de Lima, 2018, p. 58.

reconoce la ley. Más problemático es que puedan venir en consideración circunstancias atenuantes y, en particular, eximentes incompletas, siquiera sea por vía analógica[61].

IV. El derecho a la objeción de conciencia como un caso particular de la actuación en conciencia: su especial relevancia penal

La objeción de conciencia es un caso particular de la actuación en conciencia. En principio pudiera entenderse que en toda actuación en conciencia contraria a Derecho anida una objeción de conciencia. Al margen del debate sobre la existencia de un derecho general a la objeción de conciencia, no circunscrito a los supuestos expresamente regulados[62], lo que importa ahora destacar es el estatus jurídico especial que a efectos penales tienen los derechos a la objeción de conciencia reconocidos legalmente (objeción de conciencia en sentido restringido). En este sentido restringido, la expresión objeción de conciencia se reserva para aquellos casos en que, bien expresa, bien implícitamente, la actuación en conciencia se juridifica, reconociéndoseles a los destinatarios de las normas jurídicas la facultad de no cumplirlas por razones de conciencia (por lo general, cuando se regulan materias muy sensibles como el derecho al aborto o a la eutanasia, pero no solo: pensemos, por ejemplo, en el reconocimiento implícito de la objeción de conciencia a participar en las mesas electorales[63] —con elevación a delito en el artículo 143 de la Ley electoral de la conducta de quien no desempeñe la función incumpliendo sin causa justificada la obligación de excusa o aviso previo que impone la ley—). Con ello no se quiere decir que sea la norma jurídica la que «crea» la objeción de conciencia (y no al revés, la objeción de conciencia la que crea la norma jurídica) pues ello sería un inaceptable error metodológico. Lo que se quiere significar es que solo allí donde el ordenamiento jurídico ha reconocido como derecho la objeción de conciencia esta puede producir efectos penales más allá de la afectación de la culpabilidad. Si en la actuación en conciencia en general, como antes veíamos, el sujeto ético ve afectada su culpabilidad y la antijuridicidad de su comportamiento permanece intacta, en la objeción de conciencia en sentido estricto, jurídicamente ejercida, es la antijuricidad o incluso la tipicidad misma del comportamiento lo que puede quedar excluido[64]. Más que de

[61] Al respecto, Alonso Álamo, M., «Culpabilidad jurídico-penal del sujeto ético versus justificación de la actuación en conciencia», ob. cit., p. 13.

[62] Al respecto, Gascón Abellán, M., *Obediencia al Derecho y objeción de conciencia*, ob. cit., pp. 272 y ss. y 302 y ss.

[63] Sobre el reconocimiento implícito del derecho a la objeción de conciencia a participar en mesas electorales con base en el artículo 27.3 de la LOREG y la interpretación que del mismo viene haciendo la Junta Electoral Central, Castro Jover, A., «Libertad de conciencia, objeción de conciencia y derecho a la objeción de conciencia», ob. cit., pp. 451 y ss.

[64] De reconocerse la existencia de un derecho general a la objeción de conciencia, difícilmente podría aceptarse la justificación de un comportamiento típico al amparo del ejercicio de un derecho, dada

objeción de conciencia procedería hablar en estos casos de derechos a la objeción de conciencia, derechos que unas veces están reconocidos en la Constitución, y otras veces en las leyes, las cuales, a su vez, unas veces los reconocen de manera expresa y otras veces lo hacen de manera implícita[65].

La pertenencia del sujeto a una determinada confesión religiosa o a un determinado movimiento u organización puede ser un indicio de que la objeción es una genuina objeción de conciencia y facilitarse así la prueba de su autenticidad, pero esto no significa que la conciencia del sujeto ético haya pasado a ser heterónoma. También cuando hablamos de objeción de conciencia —y acaso incluso con mayor razón— lo decisivo es que emerge del interior del sujeto un imperativo ético ineludible, como quiera que se haya formado su conciencia.

La objeción de conciencia en sentido estricto va referida a situaciones conflictivas particulares bien delimitadas jurídicamente en las que, tras haberse sopesado los bienes o intereses en conflicto, se ha reconocido legalmente a la libertad de conciencia un peso tan significativo que la lesión de un bien jurídico puede considerarse justificada o, incluso, constituir una conducta atípica. Si en la actuación en conciencia, en general, el sujeto se enfrenta a un conflicto entre un deber ético y un deber jurídico, viéndose en tal caso afectada su culpabilidad, en la objeción de conciencia, en sentido estricto, juridificada, está presente siempre un conflicto entre un deber jurídico y un deber ético que se ha traducido en el reconocimiento legislativo de un derecho[66]. Es este derecho el que confiere a los supuestos de objeción de conciencia reconocidos legalmente una dimensión especial, y permite sostener que, a efectos penales, el comportamiento puede estar justificado o que pueda estar excluida la tipicidad del comportamiento[67].

---

la dificultad de ponderar la libertad de conciencia con otros intereses a fin de respetar el orden público legal. Sobre ello, Luzón Peña, D. M., «Actuación en conciencia y objeción de conciencia como causa de justificación y como causa de exculpación frente a la punición del delincuente por convicción», ob. cit., pp. 52 y s., Alonso Álamo, M., «Culpabilidad jurídico-penal del sujeto ético versus justificación de la actuación en conciencia», ob. cit., p. 7.

[65] Castro Jover, A., «Libertad de conciencia, objeción de conciencia y derecho a la objeción de conciencia», ob. cit., pp. 443 y ss.

[66] Sobre estos dos binomios, refiriendo el primer conflicto a la antijuridicidad y el segundo a la culpabilidad, Romeo Casabona, C. M., «Delimitaciones conceptuales sobre la objeción de conciencia en el Derecho Penal», ob. cit., pp. 1774 y s. Ampliamente sobe diferentes definiciones de la objeción de conciencia, Flores Mendoza, F., *La objeción de conciencia en derecho penal*, ob. cit., pp. 51 y ss.

[67] Sobre estas cuestiones, Tamarit Sumalla, J. M., *La libertad ideológica en el Derecho Penal*, PPU, Barcelona, 1989, pp. 391 y ss., Romeo Casabona, C. M., «Delimitaciones conceptuales sobre la objeción de conciencia en el Derecho Penal», ob. cit., pp. 1771 y ss., Flores Mendoza, F., *La objeción de conciencia en derecho penal*, ob. cit., pp. 107 y ss. En relación con el ejercicio legítimo de un derecho, Jericó Ojer, L., *El conflicto de conciencia ante el derecho penal*, ob. cit., pp. 326 y ss., Luzón Peña, D. M., «Actuación en conciencia y objeción de conciencia como causa de justificación y como causa de exculpación frente a la punición del delincuente por convicción», ob. cit., pp. 48 y ss.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

1. De acuerdo con el pensamiento de González Vicén sobre la conciencia del sujeto ético, procede afirmar la inexistencia de un deber ético de obedecer el Derecho y de un fundamento ético absoluto para la desobediencia.

2. El pensamiento de González Vicén sobre la desobediencia al Derecho del sujeto ético y la concepción individual de la culpabilidad jurídica permiten sostener (a) que, por regla general, el sujeto que actúa bajo un imperativo ético ineludible tiene afectada su culpabilidad (excluida o atenuada) permaneciendo la antijuridicidad de su comportamiento intacta; y (b) que ello no impide reconocer que la objeción de conciencia, un caso particular de la actuación en conciencia, materializada en los derechos a la objeción de conciencia que resuelven el conflicto entre un deber jurídico y un deber ético reconociendo un derecho, excluye la antijuridicidad o la tipicidad del comportamiento.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ALEXY, Robert, «La institucionalización de la razón», traduc. Seoane, J. A., *Persona y Derecho*, 43-2000.

ALONSO ÁLAMO, Mercedes, «Culpabilidad jurídico-penal del sujeto ético versus justificación de la actuación en conciencia», *Revista Penal*, n.º 45, 2020.

— «Culpabilidad jurídico-penal del sujeto ético», DE VICENTE REMESAL, Javier/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel/PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel/OLAIZOLA NOGALES, Inés/TRAPERO BARREALES, María A./ROSO CAÑADILLAS, Raquel/LOMBANA VILLALBA, Jaime A. (directores), *Libro Homenaje al profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70 aniversario*, Vol. I, Madrid, Reus, 2020.

ATIENZA, Manuel, «La filosofía del Derecho de Felipe González Vicén», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, n.º 62, 1981.

BAUCELLS I LLADÓS, Joan, *La delincuencia por convicción*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

CASTRO JOVER, Adoración, «Libertad de conciencia, objeción de conciencia y derecho a la objeción de conciencia», *Quaderni di Diritto e Política Ecclesiastica*, n. 2, 2016.

CORTINA, Adela, «La justificación ética del Derecho como tarea prioritaria de la filosofía política. Una discusión desde John Rawls», *Doxa*, 2, 1985.

— «La calidad moral del principio ético de universalización», *Sistema* (77), 1987.

DÍAZ, Elías, *De la maldad estatal y la soberanía popular*, Debate, Madrid, 1984.

— «La justificación de la democracia», *Sistema* (66), 1985.

FERNÁNDEZ, Eusebio, *La obediencia al Derecho*, Civitas, Madrid, 1987.

FLORES MENDOZA, Fátima, *La objeción de conciencia en derecho penal* (1999), publicada en Comares, Granada, 2001.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio, «A vueltas con la desobediencia. Notas sobre las tesis de González Vicén y sobre algunas críticas», *Anuario de Filosofía del Derecho* X (1993).

GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Obediencia al Derecho y objeción de conciencia*, Centro de Estudios constitucionales, Madrid, 1990.

GONZÁLEZ VICÉN, Felipe, «La obediencia al Derecho», *Estudios de Filosofía del Derecho,* Facultad de Derecho, Universidad de La Laguna, 1979.

— «La obediencia al Derecho. Una anticrítica», *Sistema* (65) 1985.

— «Obediencia y desobediencia al Derecho. Unas últimas reflexiones», *Sistema* (86) 1989.

Jericó Ojer, Leticia, *El conflicto de conciencia ante el derecho penal*, La Ley, Madrid, 2007.

Llamazares Fernández, Dionisio, *Derecho de la libertad de conciencia, I, Conciencia, tolerancia y laicidad*, 4.ª ed., Civitas / Thomson Reuters, Navarra, 2011.

Luzón Peña, Diego-Manuel, «Actuación en conciencia y objeción de conciencia como causa de justificación y como causa de exculpación frente a la punición del delincuente por convicción», Luzón Peña, Diego-Manuel (dir.), *Libro-Homenaje a Claus Roxin por su nombramiento como Doctor Honoris Causa por la Universidad Inca Garcilaso de la Vega*, Fundación Internacional de Ciencias Penales/Ilustre Colegio de Abogados de Lima, 2018.

Muguerza, Javier, «La obediencia al Derecho y el imperativo de la disidencia (Una intrusión en un debate)», *Sistema* (70) 1986.

— «Sobre el exceso de obediencia y otros excesos (un anticipo)», *Doxa*, 4, 1987.

Ortega y Gasset, José, «Ideas y creencias», *Ideas y creencias y otros ensayos*, Alianza, Madrid, 2019.

— «Un capítulo sobre la cuestión de cómo muere una creencia», *Ideas y creencias y otros ensayos*, Alianza, Madrid, 2019.

Peces Barba, Gregorio, «Desobediencia civil y objeción de conciencia», *Anuario de Derechos Humanos*, n.º 5, 1988-1989.

Pérez Luño, Antonio-Enrique, «¿Qué moral? Sobre la justificación moral de la obediencia al Derecho», *Sistema* (102) 1991.

Romeo Casabona, Carlos María, «La objeción de conciencia en la praxis médica», *Cuadernos de Derecho Judicial*, n.º 1, 1996.

— «Objeción de conciencia y aborto: propuestas», *Estudios Jurídicos en memoria del Prof. Dr. D. José Ramón Casabó Ruíz*, Vol. 2.º, ed. Universidad de Valencia, Valencia, 1997.

— «Delimitaciones conceptuales sobre la objeción de conciencia en el Derecho Penal», en Quintero Olivares, Gonzalo/Morales Prats, Fermín (coordinadores), *El nuevo derecho penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Pamplona, 2001.

— «Presupuestos biológicos y culpabilidad penal», Demetrio Crespo, Eduardo (dir.), Maroto Calatayud, Manuel (coordinador), *Neurociencias y Derecho Penal: Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*, BdF, Buenos Aires/ Montevideo, 2013.

Roxin, Claus, *Derecho Penal. Parte General*, T. I, traduc. por Luzón Peña, D-M./ Díaz y García Conlledo, M./De Vicente Remesal, J., Thomson/Civitas, Madrid, 1997, reimpr. 2008.

Rubio Carracedo, José, «La irrenunciable autonomía», *La herencia ética de la Ilustración*, Thiebaut, Carlos (editor), Crítica, Barcelona, 1991.

Ruiz Miguel, Alfonso, «Objeción de conciencia y eutanasia», *La eutanasia a debate. Primeras reflexiones sobre la Ley Orgánica de Regulación de la Eutanasia*, Tomás-Valiente Lanuza, C. (editora), Marcial Pons, Madrid, 2021.

Segura Ortega, Manuel, *Manual de Teoría del Derecho*, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1998 (reimpr. 2005).

Tamarit Sumalla, Josep Maria, *La libertad ideológica en el Derecho Penal*, PPU, Barcelona, 1989.

Torío López, Ángel, «Indicaciones metódicas sobre el concepto material de culpabilidad», *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 36, 1988.

— «Indicaciones político criminales sobre la imputación subjetiva», *Estudios Jurídicos. Libro conmemorativo del bicentenario de la Universidad de La Laguna*, T. II, Universidad de La Laguna, 1993.

3

VEHÍCULOS TOTALMENTE AUTOMATIZADOS, INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y DELITO IMPRUDENTE: RESPONSABILIDAD POR EL PRODUCTO*

Isidoro Blanco Cordero
Catedrático de Derecho penal. Universidad de Alicante

SUMARIO: I. Introducción. II. La responsabilidad penal por los delitos imprudentes cometidos mediante vehículos totalmente automatizados. Inteligencia artificial, conducta humana y lagunas de punibilidad. III. Responsabilidad penal por los resultados causados de manera imprudente. IV. Imputación de los resultados imprudentes causados por vehículos totalmente automatizados: responsabilidad por el producto, falta de previsibilidad y lagunas de punibilidad. IV.1 ¿quién conduce el vehículo totalmente automatizado? IV.2. Personas involucradas en la producción del vehículo: responsabilidad por el producto. IV.3. El deber de cuidado del productor. IV.4. Previsibilidad del resultado y opacidad tecnológica. IV.5. Irresponsabilidad penal de la ia: laguna de punibilidad y riesgo permitido. V. Conclusión. VI. Bibliografia.

I. Introducción

En el año 2018 se produjo el primer atropello mortal de una mujer en Tempe, Arizona (Estados Unidos de América), por un vehículo autónomo. Se publicó el vídeo del incidente en el que se observa a la mujer que atraviesa la carretera de noche en un tramo mal iluminado y sin prendas reflectantes portando una bicicleta que es golpeada por el vehículo. La cámara interior muestra que el conductor no parece estar prestando

* Trabajo realizado en el marco de los siguientes proyectos de investigación: Proyecto de I+D+i PID2022-138775NB-I00, financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033/ y por FEDER Una manera de hacer Europa, titulado «Cumplimiento normativo y protección penal de la Administración Pública» y Proyecto titulado «Agravantes y subtipos agravados. Una propuesta de racionalización del Código penal desde la racionalidad legislativa», código PID2022-136847NBI00, del Ministerio de Ciencia e Innovación (Programa de Generación de Conocimientos).

mucha atención al tráfico hasta que se produce el accidente[1]. Con posterioridad, se han producido otros incidentes mortales, como el ocurrido en el año 2022 en Alemania en el que un vehículo autónomo de prueba se dirigió contra el tráfico que venía de frente y dio lugar a una serie de colisiones que provocaron la muerte de una persona y varios heridos. Asimismo, otro incidente reportado visible en una grabación de vídeo en la que se observa a un vehículo autónomo en una calle de China que se descontrola y siembra el pánico en una calle con varias personas causando diversos fallecidos y heridos. Las informaciones sobre incidentes recientes con vehículos autónomos han revelado fallos en los sistemas de frenado y aceleraciones inesperadas del sistema de conducción autónoma. Además, se han documentado situaciones en las que el conductor al volante no respondió adecuadamente, aunque varios de estos conductores argumentan que, a pesar de sus esfuerzos, fueron incapaces de retomar el control del vehículo. Errores en el vehículo que se mueve guiado por inteligencia artificial y errores en los conductores. El problema jurídico-penal reside en la determinación de quién debe responder por los errores causantes de los resultados lesivos.

Los vehículos han sido considerados tradicionalmente como instrumentos del delito, especialmente cuando se trata de delitos dolosos contra las personas. En sí mismos, los vehículos son instrumentos neutros, meras extensiones de la voluntad de quien los conduce. Este concepto se basa en la previsibilidad inherente a su funcionamiento: bajo condiciones normales y sin fallos mecánicos, un vehículo responderá de manera consistente, permitiendo a quienes lo diseñan o utilizan prever sus efectos[2]. Sin embargo, la introducción de vehículos autónomos, guiados por inteligencia artificial (IA), cuestiona esta previsibilidad, abriendo un nuevo capítulo en el ámbito legal.

La evolución hacia la conducción autónoma impulsada por la IA ha revolucionado la industria automotriz. Esta innovadora tecnología, que tiene el potencial de transformar la movilidad y mejorar la seguridad vial, también introduce nuevos riesgos jurídicos para los que la legislación actual carece de respuesta o, al menos, de respuesta adecuada. Además de transformar la experiencia de conducción, esta evolución tecnológica ha generado nuevos interrogantes, particularmente en el ámbito del Derecho penal. Uno de los más importantes es cómo determinar la responsabilidad penal en caso de daños causados por vehículos autónomos inteligentes. Calificar de inteligente al sistema que

[1] Un análisis de este caso y de su tratamiento jurídico puede verse en STAMP, H., «Innovative technologies and the deepening regulatory capture of law enforcement agencies: The Uber Herzberg case study», *Notre Dame Journal on Emerging Technologies*, vol. 5, issue 1, 2023, pp. 70-113; STAMP, H., «The Reckless Tolerance of Unsafe Autonomous Vehicle Testing: Uber's Culpability for the Criminal Offense of Negligent Homicide», *Case Western Reserve Journal of Law, Technology, & the Internet*, vol. 15, issue 1, 2024, pp. 37-75.

[2] Sobre esto véase CAPPELLINI, A., «Reati Colposi e Tecnologie Dell'intelligenza Artificiale», *Archivio Penale*, 2022, n.º 3, pp. 1–19, p. 6.

maneja el vehículo implica que se pueden dar situaciones de imprevisibilidad en su comportamiento, al menos parcial, en relación con estímulos similares. Dado que estas máquinas están dotadas de aprendizaje automático, sus decisiones pueden divergir de lo planeado por sus programadores. La máquina, en este caso, deja de ser un medio neutral, un puro objeto o herramienta en manos del humano, y se convierte en un agente dotado de capacidad de tomar decisiones al margen de la voluntad humana.

Algunos principios y criterios inspiradores del Derecho penal moderno se ven cuestionados por la intervención de sistemas de inteligencia artificial en la conducción del vehículo. La toma de decisiones delegada en algoritmos genera interrogantes importantes acerca de cómo tratar penalmente los supuestos de accidentes con resultados lesivos. Por ejemplo, qué criterios se han de utilizar para atribuir responsabilidad penal cuando el control del vehículo recae, total o, al menos parcialmente, en un algoritmo. Y si dicha responsabilidad penal puede alcanzar a los desarrolladores, fabricantes o usuarios de estos sistemas por los resultados que, en ocasiones, no han podido prever o evitar directamente. Estos dilemas evidencian la tensión que existe entre el progreso tecnológico y el marco jurídico-penal vigente. Si bien la Unión Europea (UE) ha empezado a elaborar estrategias y normativas técnicas para regular la automatización de la conducción[3], la respuesta legislativa, tanto a nivel europeo como nacional, aún no aborda con suficiente profundidad la complejidad de la responsabilidad penal por daños imprudentes en este contexto.

Ciertos Estados han aprobado normas que regulan cuestiones relativas a la seguridad vial en relación con los vehículos autónomos[4]. Es cierto que algunos (como Italia) se centran en regular los denominados vehículos semiautónomos, que únicamente disponen de sistemas de ayuda a la conducción, en los que se requiere la presencia de un conductor humano que pueda tomar el control. Por su parte, la legislación española no cuenta actualmente con un régimen específico y detallado sobre los vehículos autónomos. El Ministerio del Interior ha publicado en 2024 un borrador de proyecto de Real Decreto en materia de conducción automatizada que modificará el Reglamento General de Circulación y el Reglamento General de Vehículos para regular esta modalidad de conducción[5]. El borrador determina las condiciones y requisitos fundamentales para

[3] Véase Gless, S. / Ligeti, K., „Regulating driving automation in the European Union – Criminal liability on the road ahead?«, *New Journal of European Criminal Law*, 2024, Vol. 15(1) 33–57.

[4] Véase sobre esto Picotti, L., «General Report», *RIDP, Revue Internationale de Droit Pénal,* vol, 94 Issue 1, 2023, *Traditional Criminal Law Categories and AI: Crisis or Palingenesis?*, pp. 11-51, p. 26. De la regulación en el Derecho comparado se ocupan Giannini, A. / Kwik, J., «Negligence Failures and Negligence Fixes. A Comparative Analysis of Criminal Regulation of AI and Autonomous Vehicles», *Criminal Law Forum*, 34, 2023, pp. 43–85.

[5] El borrador trata de acomodarse al Reglamento de Ejecución 2022/1426, por el que se establecen las normas para la aplicación del Reglamento 2019/2144 del Parlamento Europeo y del Consejo en cuanto

la circulación de estos vehículos, así como las obligaciones inherentes a su puesta en funcionamiento en las vías públicas.

El presente trabajo, que presentamos a este *Liber Amicorum* en honor al profesor *Carlos Romeo Casabona*, se centra en el análisis de la responsabilidad penal por los resultados imprudentes causados por los vehículos totalmente automatizados[6]. Quedan fuera de este estudio otros supuestos en los que se utilizan sistemas de IA en vehículos diseñados para causar intencionalmente daños (muerte o lesiones de personas), pues son supuestos en los que se debatirá la eventual imputación de un delito doloso al fabricante o programador[7].

II. La responsabilidad penal por los delitos imprudentes cometidos mediante vehículos totalmente automatizados. Inteligencia artificial, conducta humana y lagunas de punibilidad

La creciente integración de la IA en nuestra vida cotidiana, especialmente en el ámbito de los vehículos autónomos, plantea retos importantes para el Derecho penal. Este sector del ordenamiento jurídico, diseñado en su origen para ser aplicado a comportamientos de los seres humanos, se enfrenta ahora a un nuevo problema cuando intervienen los sistemas de IA. El caso de los vehículos autónomos ilustra claramente esta cuestión: a medida que los usuarios humanos transfieren más responsabilidad en la conducción a los sistemas automatizados, surge la pregunta de a quién atribuir responsabilidad penal cuando ocurre un accidente con resultados lesivos. El desarrollo de la automatización de los vehículos permitirá en el futuro transferir la responsabilidad de la conducción de las personas a los vehículos. Y como estos no responden penalmente, las víctimas de los accidentes de tráfico no van a poder acudir al sistema penal para exigir responsabilidades de este tipo[8]. Esto es lo que se conoce como brecha de responsabilidad[9], una laguna de punibilidad que se presenta cuando los sistemas de IA

---

a los procedimientos uniformes y las especificaciones técnicas para la homologación de tipo del sistema de conducción automatizada de los vehículos totalmente automatizados.

[6] Como indica Miró-Llinares, F., «General Report», *RIDP, Revue Internationale de Droit Pénal,* vol. 95, 1, 2024, *Criminalisation of AI-related offences*, pp. 19-97, p. 60.

[7] Como explican Gless, S. / Ligeti, K., „Regulating driving automation in the European Union», ob. cit., p. 45.

[8] Se refiere a la perspectiva de las víctimas cuando se trata de delitos cometidos por decisiones de la IA Beck, S., «Die Diffusion strafrechtlicher Verantwortlichkeit durch Digitalisierung und Lernende Systeme», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2/2020, pp. 41-50, p. 43.

[9] Ya en 2010 se referían a esta laguna de punibilidad Koops, B.J., Hildebrandt, M., Jaquet-Chiffelle, D.O., «Bridging the Accountability Gap: Rights for New Entities in the Information Society?», *Minnesota Journal of Law, Science & Technology*, 2010;11(2), pp. 497-561.

responsables de la conducción de los vehículos provocan daños a los seres humanos[10]. Como la IA no responde penalmente, las víctimas de accidentes de tráfico causados por vehículos autónomos no van a encontrar en la vía penal un cauce para exigir responsabilidades[11]. Surge la necesidad de que el legislador intervenga para cubrir dicha laguna de punibilidad, ofreciendo así a los operadores jurídicos instrumentos que garanticen la seguridad jurídica en este ámbito.

Los grados de automatización de los vehículos influyen de manera significativa en la aparición de lagunas de punibilidad. Estas no se presentan en todos los casos de utilización de vehículos autónomos, sino principalmente en aquellos en los que la inteligencia artificial guía completamente el vehículo. Por contra, en los sistemas de conducción asistida, el ser humano mantiene el control final del vehículo y la responsabilidad de supervisar la conducción, debiendo intervenir inmediatamente cuando sea necesario. Es cierto, con todo, que la distinción entre conducción totalmente automatizada y conducción asistida puede ser difusa en ciertos casos. Esta ambigüedad subraya la importancia de examinar los diversos niveles de automatización en los vehículos.

El borrador de Real Decreto presentado por el Ministerio del Interior distingue entre vehículos totalmente automatizados, que son aquellos dotados de un sistema de conducción automatizada, diseñados y construidos para desplazarse de manera autónoma sin supervisión por parte del conductor, y los vehículos que únicamente disponen de sistemas de ayuda a la conducción, que no van a ser clasificados como totalmente automatizados.

La clasificación de la capacidad de conducción de los coches autónomos más utilizada en el mundo fue presentada por la Sociedad de Ingenieros de Automoción (SAE) en 2014 bajo el nombre J3016 *Taxonomy and Definitions for Terms Related to On-Road Motor Vehicle Automated Driving Systems*. La sistematización se basa en la cantidad de ayuda que requiere el coche para la conducción automática, y en la atención que se necesita del conductor durante el viaje, no en las capacidades técnicas de los propios vehículos. La norma SAE se ha actualizado en diversas ocasiones y es la que se utiliza habitualmente en este contexto[12]. Este estándar define seis niveles de automatización, de 0 (ninguna automatización) a 5 (vehículo completamente autónomo). En los niveles 0 a 2 el conductor sigue siendo la figura clave. En el nivel 0 no hay ninguna automatización, en el nivel 1 existe algún tipo de asistencia al conductor, y en el nivel 2 el vehículo puede controlar tanto la dirección como la aceleración/desaceleración de forma

[10] Sobre el vacío de responsabilidad véase el trabajo Matthias, A., «The responsibility gap: Ascribing responsibility for the actions of learning automata», *Ethics and Information Technology*, 6, 2004, pp. 175-183.

[11] Como explican Gless, S. / Ligeti, K., „Regulating driving automation in the European Union», ob. cit., p. 43.

[12] Véase https://www.sae.org/standards/content/j3016_201806/ (última visita agosto de 2024), donde ser indica que la última revisión es de 2021.

simultánea, pero el conductor debe supervisar continuamente la tarea de conducción y estar preparado para tomar el control en cualquier momento. En estos niveles en los que el humano debe mantener el control activo, la atribución de responsabilidad penal no es problemática mediante el recurso a los principios fundamentales del Derecho penal. En el otro extremo se encuentran los niveles 4 y 5, que son sistemas altamente automatizados. En el nivel 4 el sistema de conducción automatizada lleva a cabo todas las tareas de conducción, y lo hace incluso si el ser humano no responde de manera adecuada a una solicitud de intervención. En el nivel 5 el sistema de conducción autónoma se encarga por completo de las tareas de conducción, independientemente de las circunstancias o condiciones que se presenten, de manera que se puede prescindir del conductor, del volante y de los pedales. En estos niveles el conductor humano prácticamente no tiene ninguna intervención, por lo que difícilmente se le podrá imputar responsabilidad penal.

No es objeto de este trabajo lo que ocurre en los niveles medios de automatización, en los que la línea entre la responsabilidad humana y la del sistema se vuelve borrosa. En el nivel 3 el sistema de conducción autónoma es capaz de manejar todas las funciones de conducción en ciertas condiciones y en un entorno específico (por ejemplo, en determinadas autopistas), es decir, puede realizar tareas de conducción sin intervención humana. El vehículo está capacitado para responder automáticamente a situaciones que requieren una acción inmediata, como el frenado de emergencia. Ahora bien, el conductor debe estar preparado para tomar el control en un breve espacio de tiempo, normalmente indicado por el fabricante, cuando el automóvil así lo requiera. Aquí surgen ya algunas dudas a la hora de determinar quién es responsable si el sistema no alerta al conductor para que retome el control y ocurre un accidente, o quién debe responder si el sistema avisa al conductor, pero este no responde a tiempo[13].

En los escalones más elevados de automatización es necesaria la intervención de los legisladores para llenar este vacío legal al que hemos aludido antes. Las alternativas oscilan entre admitir cierto nivel de riesgo, al tratarse de una actividad socialmente aceptable, y crear nuevas disposiciones penales dirigidas a los humanos o a las personas jurídicas que crean, usan o supervisan sistemas de IA. Cualquier nueva regulación deberá equilibrar de manera cuidadosa el interés de las potenciales víctimas, y la necesidad social de progreso tecnológico y los beneficios que la automatización puede ofrecer. En última instancia, corresponderá al legislador determinar quién debe ser considerado penalmente responsable cuando múltiples actores estén involucrados en la creación y en la operativa de estos sistemas complejos. Esta tarea requiere una minuciosa delimitación de responsabilidades y una clara definición de los deberes de cuidado que corresponden a los humanos que interactúan con estos sistemas.

[13] Como explican Gless, S. / Ligeti, K., „Regulating driving automation in the European Union», ob. cit., p. 44.

III. RESPONSABILIDAD PENAL POR LOS RESULTADOS CAUSADOS DE MANERA IMPRUDENTE

Como decimos, la conducción de los vehículos autónomos que causa daños a las personas puede generar, en función de los casos, una laguna de punibilidad[14]. La duda surge inmediatamente cuando nos referimos a la circulación de vehículos de automatización máxima, en los que la conducción no se realiza de manera directa por un ser humano, sino que se lleva a cabo exclusivamente por el vehículo de manera automática. A diferencia de los vehículos tradicionales, donde un ser humano toma todas las decisiones, los vehículos totalmente automatizados prescinden por completo de la intervención humana directa. Estos vehículos están equipados con una serie de tecnologías sofisticadas: múltiples sensores para percibir el entorno, *software* avanzado para procesar datos e interpretar situaciones de tráfico, algoritmos de aprendizaje automático, sistemas de toma de decisiones y ejecución de maniobras, etc.[15] Esta configuración permite que el vehículo mismo o, más precisamente, su sistema de IA, tome decisiones cruciales sobre la conducción.

Conviene destacar que estos sistemas van más allá de la simple automatización programada. No se limitan a seguir instrucciones predefinidas, sino que incorporan capacidades de aprendizaje y de adaptación a nuevas situaciones. Utilizando tecnologías de *machine learning*, estos sistemas pueden aprender de la realidad y los datos que la representan, ejecutar acciones complejas relacionadas con la conducción, mejorar su desempeño con el tiempo. La IA de los vehículos autónomos destaca por su capacidad para procesar enormes cantidades de información diversa a velocidades impresionantes, utilizar datos tanto de internet como del entorno físico inmediato, emplear sensores visuales y acústicos para percibir su entorno, comunicarse con otros sistemas, incluyendo otros vehículos en la carretera. En el futuro, se espera que esta conectividad se expanda aún más con la implementación de *smart roads* o carreteras inteligentes[16]. Los sistemas de IA más avanzados pueden funcionar sin intervención humana directa, clasificar y seleccionar datos relevantes por sí mismos y modificar sus propios algoritmos para mejorar su rendimiento. Este proceso de *machine learning* o aprendizaje automático permite a la IA tomar decisiones operativas de forma independiente.

Los sistemas de IA, especialmente en vehículos autónomos, han evolucionado más allá de ser simples herramientas sobre las que la persona tiene el dominio de todo

[14] Ampliamente GLESS, S. / LIGETI, K., „Regulating driving automation in the European Union», ob. cit., pp. 43 ss.

[15] ROSENBERG, Adam, «Strict Liability: Imagining a Legal Framework for Autonomous Vehicles», *Tulane Journal of Technology and Intellectual Property*, 20, 2017, pp. 205-224, p. 206.

[16] Lo explica PICOTTI, L. «Profili di responsabilità penale per la circolazione di veicoli a guida autonoma», en *Studi in onore di Antonio Fiorella*, vol. I, Roma Tre Press, Roma, 2021 p. 813-837, p. 824.

lo que ocurre. Están configurados como entidades independientes, al menos parcialmente, capaces de tomar decisiones por sí mismas. Por eso se les denomina «agentes artificiales»[17], concepto con el que se trata de manifestar su creciente autonomía, son estos agentes los que realmente deciden y actúan. En un primer momento los humanos encargados del desarrollo establecen las reglas básicas, definen cuándo, dónde y cómo debe operar el sistema de IA. Después este comienza a funcionar por su cuenta, toma decisiones y realiza acciones basándose en lo que percibe y aprende de su entorno, sin necesidad de que un humano le diga qué hacer en cada momento. El humano ya no es el actor directo. Este cambio en el papel de los sistemas de IA plantea nuevas preguntas acerca de cómo determinar la responsabilidad en caso de eventos lesivos.

Cuando se trata de vehículos totalmente automatizados se manejan dos posiciones opuestas sobre cómo abordar las lagunas de punibilidad que se plantean. Por un lado, el expediente del riesgo permitido supone que la sociedad asume un cierto margen de riesgos cuando la automatización de la conducción se asocia a la esperanza de efectos beneficiosos, como una mayor seguridad en el tráfico cuando los coches son conducidos por la IA. Por otro lado, el principio de precaución —entendido no como un mecanismo de imputación, sino como un criterio que orienta la política criminal y regulatoria— actúa como guía para anticiparse a la aparición o agravamiento de riesgos graves e inciertos vinculados al uso de la IA, impulsando una intervención normativa temprana. Desde esta perspectiva, el legislador debería definir de forma precisa las obligaciones y deberes de control que corresponden a cada uno de los agentes implicados —fabricantes, desarrolladores, entidades supervisoras y usuarios— con el fin de asegurar que el desarrollo tecnológico se mantenga dentro de parámetros de seguridad aceptables. Este enfoque pretende evitar que el avance tecnológico se produzca en detrimento de la tutela penal de los bienes jurídicos o de la protección efectiva de las posibles víctimas, ofreciendo mecanismos de responsabilidad allí donde el marco actual resulta insuficiente. En definitiva, la contraposición entre riesgo permitido y principio de precaución pone de relieve la tensión estructural entre dos objetivos que coexisten: de una parte, promover la innovación y aprovechar las ventajas de la conducción autónoma; y, de otra, garantizar un marco jurídico —penal o extrapenal— capaz de prevenir y gestionar los daños derivados de su eventual mal funcionamiento[18].

[17] Examina este concepto y lo contrapone con otros cercanos («agente autónomo» o «agente inteligente»), Salvadori, I., «Agentes artificiales, opacidad tecnológica y distribución de la responsabilidad penal», *Cuadernos de política criminal*, n.º 133, 2021, pp. 137-174, pp. 138-139.

[18] Sobre este conflicto véase Gless, S. / Ligeti, K., „Regulating driving automation in the European Union», ob. cit., pp. 44-45.

IV. Imputación de los resultados imprudentes causados por vehículos totalmente automatizados: responsabilidad por el producto, falta de previsibilidad y lagunas de punibilidad

Los tipos penales de aplicación más frecuente en este contexto serán los homicidios imprudentes (arts. 142 y 142 bis CP) y las lesiones imprudentes (arts. 152 y 152 bis). Como sabemos, se trata de tipos penales de resultado de medios indeterminados, que comprenden cualquier modalidad comisiva, incluida la comisión por omisión, que cause el resultado de muerte o lesiones al sujeto pasivo. Afirmar la responsabilidad penal requiere, por tanto, acreditar al menos un comportamiento humano que infringe una norma de cuidado y el deber de cuidado que esta impone, que esté causal y objetivamente conectado con el resultado típico de muerte o lesiones.

La esencia de la conducta imprudente radica en la infracción de una norma de cuidado y del deber que esta impone en relación con la posible realización de una concreta clase de tipo. El Derecho exige, para realizar diversas acciones de la vida, una determinada diligencia o cuidado, cuya infracción va a dar lugar a un comportamiento imprudente. La determinación del cuidado objetivamente debido ha de realizarse con un criterio normativo. No es decisivo el cuidado que se observe de hecho en el desarrollo de una actividad de la vida social, sino el que sea necesario para evitar las lesiones de los bienes jurídicos. El cuidado objetivamente debido está determinado, en ocasiones, por normas de carácter extrapenal como, por ejemplo, de naturaleza administrativa (como en el tráfico motorizado, etc.). En otros muchos ámbitos no existen normas jurídicas, sino que el cuidado se encuentra regulado por normas no escritas de la común experiencia humana, o de la práctica científica o técnica. Así, las profesiones se guían por la «lex artis», un conjunto de reglas técnicas que definen el nivel de diligencia objetivamente requerido en su ejercicio. Estas normas de cuidado, así como otras derivadas de la común experiencia, rigen, sin embargo, únicamente para las situaciones típicas en el desarrollo de una actividad social determinada. En las actividades sociales en que no se han establecido o desarrollado normas, el cuidado objetivamente debido se determina mediante el criterio de la conducta que observaría en esa situación concreta una persona inteligente y sensata de la misma profesión o círculo social.

Como hemos indicado, en los niveles 0 a 2 de la norma SAE el conductor humano sigue siendo la figura clave pues debe mantener el control activo. En estos casos predomina el control humano, por lo que la atribución de responsabilidad penal parece clara de conformidad con los criterios actuales[19]. Sin embargo, en niveles más altos de automatización, como el nivel 3, la línea entre la responsabilidad humana y la eventual del sistema se vuelve borrosa. En el otro extremo, en el nivel 5 (quizás también algunos

[19] Piergallini, C., «Intelligenza artificiale: da ‘mezzo’ ad ‘autore’ del reato?», *Rivista italiana di diritto e procedura penale,* 4, 2020, pp. 1745-1774, p. 1752.

casos del nivel 4), supuesto de automatización total, se puede prescindir de la figura del conductor, del volante y de los pedales. En este último supuesto, objeto de este trabajo, es necesario examinar quién conduce el vehículo para saber a quién se ha de hacer responsable de los resultados lesivos causados de manera imprudente.

IV.1. **¿Quién conduce el vehículo totalmente automatizado?**

Posiblemente la cuestión más compleja es la determinación de la responsabilidad penal por los resultados causados de manera negligente en el contexto de vehículos de máxima automatización. El borrador de Real Decreto de 2024 introduce en el Reglamento General de Circulación el artículo 3 bis, según el cual «únicamente se considerarán vehículos totalmente automatizados a aquellos dotados de un sistema de conducción automatizada, diseñados y construidos para desplazarse de manera autónoma sin supervisión por parte del conductor». Se podría decir que se incluyen ahí los vehículos que se encuentran en el nivel 5 (y posiblemente algunos del nivel 4). Especialmente en el nivel 5, la eliminación de los mandos del vehículo suprime la existencia del conductor humano. Como dispone el borrador de Real Decreto de 2024 en el art. 3 bis n.º 3 antes mencionado «(e)l sistema de conducción automatizada, mientras esté activo, será considerado el conductor a los efectos del cumplimiento de las normas». Por lo que los humanos dentro del vehículo se convertirán en simples pasajeros, sin control alguno sobre su conducción.

Actualmente, queda descartada la posibilidad de imputar responsabilidad penal a la inteligencia artificial que opera los vehículos autónomos. En su lugar, debemos analizar si algún individuo puede ser responsable por el actuar negligente de dichos sistemas. Se puede plantear la responsabilidad del titular o propietario (o del obligado a asegurar el funcionamiento adecuado) en caso de que exista una falta de mantenimiento negligente del vehículo si es este el que ha causado el resultado[20]. Esto implica que en accidentes causados no por falta de mantenimiento, sino por errores o fallos en el sistema de conducción autónoma, no se pueda responsabilizar a un conductor humano, ya que este no existe. El interrogante que surge es quién debe ser responsable en tales escenarios. Al no haber el conductor, la atención se dirige a aquellos sujetos que forman parte del aparato industrial productivo, que incluye a los productores, programadores, diseñadores y constructores del vehículo y de la IA que lo guía, cuestión que nos adentra en el complicado tema de la responsabilidad penal por el producto. Si estos quedaran fuera, es evidente que el asunto permanecería en la irrelevancia penal[21]. Conviene también

[20] Cappellini, A., «Sicurezza informatica, compliance e prevenzione del rischio di reato», *Diritto Penale Contemporaneo. Rivista Trimestrale*, 2/2019, pp. 267-353, p. 338.

[21] Cappellini, A., «Sicurezza informatica, compliance e prevenzione del rischio di reato», ob. cit., p. 338.

tener en cuenta que la circulación de vehículos requiere que estos obtengan previamente la correspondiente autorización administrativa, dirigida a verificar que estén en perfecto estado de funcionamiento y se ajusten en sus características, equipos, repuestos y accesorios a las prescripciones técnicas que se fijan en el Reglamento General de Vehículos[22] (art. 1.1 Reglamento General de Vehículos). Lo que determinaría también la intervención de la Administración en caso de que la verificación hubiera sido errónea y se pudiera conectar causalmente dicho error con el resultado, cuestión de la que no nos vamos a ocupar aquí.

IV.2. **Personas involucradas en la producción del vehículo: responsabilidad por el producto**

Hablar de la responsabilidad por el producto nos remite a la idea de que las muertes y las lesiones corporales causadas por los vehículos totalmente automatizados no deberían quedar impunes. Como decimos, si el titular del vehículo no es el conductor y queda al margen de la imputación penal, solo quedan los productores, programadores, diseñadores y constructores del vehículo y de la IA que lo guía. A ellos también se les puede reprochar una conducta imprudente si actúan de manera descuidada, es decir, si no observan la precaución a la que están obligados en el caso concreto[23]. Esta es la línea que sigue la legislación francesa, según la cual el fabricante de un vehículo autónomo es responsable penalmente si el sistema de conducción automatizada causa lesiones o daños imprudentes mientras está a los mandos del vehículo[24].

Es verdad que el producto industrial en cuestión presenta una complejidad mayor en comparación con aquellos que comúnmente se han analizado doctrinalmente en el ámbito de la responsabilidad por el producto. Esta complejidad no radica principalmente en los potenciales fallos que podrían surgir durante el diseño o el montaje del vehículo, puesto que, fundamentalmente, estos procesos no se apartan de manera significativa de lo que se observa en la producción de los vehículos convencionales[25]. Se refiere en realidad al diseño y creación de la IA que controla el vehículo. Imaginemos un vehículo fabricado con un sistema inteligente que no establezca de manera adecuada la previsión de todos los escenarios posibles, como, por ejemplo, cómo debe actuar el vehículo en

[22] Real Decreto 2822/1998, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Vehículos.

[23] Véase Gless, S. / Janal, R., „Hochautomatisiertes und autonomes Autofahren – Risiko und rechtliche Verantwortung«, *Juristische Rundschau*, 2016(10), pp. 561–575, p. 565.

[24] Así lo explica Picotti, L., «General Report», ob. cit., p. 33, cuando explica el art. L 123-2 del código de circulación de Francia.

[25] Cappellini, A., «Sicurezza informatica, compliance e prevenzione del rischio di reato», ob. cit., p. 338.

caso de rotondas, semáforos, pasos de peatones, obras en curso, etc.[26], o que no haya sido diseñado adecuadamente para aprender cómo resolver las diversas situaciones que pueden aparecer en tales contextos.

Un fabricante solo puede poner en el mercado productos cuya seguridad haya sido verificada mediante pruebas suficientes y que cumplan con el estado actual de la ciencia y la tecnología. Quizás aquí el problema radique en que la dificultad para concretar estos requisitos del deber de cuidado relativos a la puesta en el mercado de vehículos totalmente automatizados (véase el apartado siguiente). No está claro si basta solo con ejercer el cuidado debido en el diseño de los mecanismos de *machine learning*, o si es necesario evaluar los resultados del proceso de aprendizaje automático mediante pruebas adicionales. O si es suficiente con informar a los propietarios y conductores de que el sistema de conducción autónoma instalado requiere actualización. E incluso cómo se puede determinar adecuadamente el estado actual de la ciencia y la tecnología frente a los rápidos avances del desarrollo científico y técnico[27]. En esencia, el reto principal que plantean los errores que cometen los vehículos totalmente automatizados radica en la programación de la IA, una tarea extremadamente compleja debido a la amplia variedad de situaciones a las que el vehículo se puede enfrentar. Dado que la IA es el producto del trabajo de muchos programadores, resulta difícil identificar el error en el algoritmo y quién lo cometió. Esto complica la tarea de determinar si hubo negligencia o fallos en la programación en cuanto a cómo el vehículo debe reaccionar ante situaciones específicas. En definitiva, los fabricantes deben probar los sistemas de conducción automatizada de manera exhaustiva antes de ponerlos en el mercado. El incumplimiento de esta obligación puede generar responsabilidad penal por los daños causados por el producto[28].

Una vez que el vehículo automatizado ha sido introducido en el mercado, los productores tienen también una serie de obligaciones. Pesa sobre ellos un deber de observación basado normalmente en la retroalimentación de los consumidores[29]. Así, por ejemplo, deben observar y controlar el funcionamiento de los vehículos totalmente automatizados y de la IA que los guía y reaccionar de inmediato tan pronto como sean informados de la producción de resultados lesivos. La comunicación al fabricante de incidentes de funcionamiento inadecuado del vehículo de máxima automatización le obliga a examinar sus causas. En caso de que dicho funcionamiento inadecuado no se deba a la actividad de terceras personas, ni sea posible localizar la causa y resolver el problema, el fabricante deberá retirar el vehículo del mercado. El incumplimiento de esta

[26] Así Picotti, L., «Profili di responsabilità penale per la circolazione di veicoli a guida autonoma», ob. cit., p. 828.

[27] Gless, S. / Janal, R., „Hochautomatisiertes und autonomes Autofahren«, ob. cit., p. 565.

[28] Sobre esto, véase Gless, S. / Ligeti, K., „Regulating driving automation in the European Union», ob. cit., p. 49.

[29] Gless, S. / Janal, R., „Hochautomatisiertes und autonomes Autofahren«, ob. cit., pp. 564 ss.

obligación causalmente conectado a la producción de daños a las personas por el mal funcionamiento del vehículo puede dar lugar a la imputación de responsabilidad penal al fabricante (dolosa o imprudente, en comisión activa o en comisión por omisión)[30].

IV.3. **El deber de cuidado del productor**

La determinación del deber de cuidado del productor de la IA que conduce el vehículo suele tener un carácter normativo a nivel de la UE[31]. No se trata de examinar la diligencia debida en la construcción física del vehículo en sí, que estará sometida a una regulación específica, sino de la aplicable al sistema de IA que lo controla. La legislación en este contexto es muy reciente en la UE. El denominado Reglamento de Inteligencia Artificial[32] diferencia distintos niveles de riesgo y, entre los sectores de alto riesgo, se incluye el transporte y la conducción automatizada. Los Capítulos II y III del Título I contienen reglas que regulan la producción de sistemas de IA de alto riesgo con un enfoque precautorio y, por lo tanto, destinadas a los productores. Posiblemente es esta la norma que recoge con mayor precisión las obligaciones de los productores de IA que se traducen en materia penal en deberes de cuidado[33].

El Capítulo II del Reglamento de IA, al establecer los «requisitos de los sistemas de IA de alto riesgo», ya identifica obligaciones bastante específicas dirigidas al productor (al que el Reglamento de IA denomina «proveedor»). Por ejemplo, se dispone que los productos inteligentes de alto riesgo deben estar equipados con sistemas de gestión de riesgos para todo el ciclo de vida del sistema (art. 9), lo que permite no solo identificar riesgos conocidos y previsibles, sino también tomar medidas adecuadas para gestionarlos (párr. 2(d)). El fabricante está obligado a eliminar o reducir los riesgos detectados y evaluados en la medida en que ello sea técnicamente viable mediante un diseño y

[30] Sobre esto, véase Gless, S. / Ligeti, K., „Regulating driving automation in the European Union», ob. cit., p. 49. Romeo Casabona, C.M., «La atribución de responsabilidad penal por los hechos cometidos por sistemas autónomos inteligentes, robots y tecnologías conexas», *ULPLR – ULP Law Review – Revista de Direito da ULP*, vol. 16, N. 1 y N. 2, 2022, pp. 7-16, p. 11, alude a que existe una especie de riesgo de «reincidencia» a partir del hecho típico cometido por el vehículo que se traslada a toda la producción.

[31] Señala Giuca, M., «AI and Criminal Liability. Algorithmic Error and Human Negligence in the Context of the European Regulation», *Diritto Penale Contemporaneo. Rivista Trimestrale*, 1/2023, pp. 46-69, p. 50, que la tendencia a establecer reglas escritas de conducta es cada vez más pronunciada en la era tecnológica, mientras que las reglas no escritas son características de épocas más tranquilas y reposadas tecnológicamente.

[32] Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de junio de 2024. por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y por el que se modifican los Reglamentos (CE) n.º 300/2008, (UE) n.o 167/2013, (UE) n.o 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 y (UE) 2019/2144 y las Directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Inteligencia Artificial), Diario Oficial de la Unión Europea, Serie L, 12.7.2024.

[33] Giuca, M., «AI and Criminal Liability. Algorithmic Error and Human Negligence in the Context of the European Regulation», ob. cit., p. 50.

desarrollo adecuados (párr. 5(a)) y a implantar medidas para mitigar y controlar los riesgos que no pueden eliminarse (párr. 5(b)). En definitiva, la norma europea exige que el proveedor introduzca en el sistema mecanismos de control de emergencia de riesgos controlables y formas de mitigación de riesgos incontrolables.

Se incluyen también criterios de producción relacionados con los conjuntos de datos de entrenamiento, que deben cumplir con ciertos estándares de calidad (art. 10, datos y gobernanza de datos). Además, se requiere documentación técnica detallada (art. 11, documentación técnica), y el diseño debe ser suficientemente transparente para garantizar a los responsables del despliegue interpretar los resultados del sistema y utilizarlos adecuadamente (art. 13, transparencia y comunicación de información a los responsables del despliegue). Asimismo, los sistemas de alto riesgo deben ser sólidos, es decir, resistentes a ataques de terceros destinados a modificar su uso o rendimiento aprovechando las vulnerabilidades del sistema. Y deben ser diseñados y desarrollados de manera que alcancen un nivel adecuado de precisión, solidez y ciberseguridad, manteniendo un funcionamiento uniforme en esos sentidos durante todo su ciclo de vida (art. 15, precisión, solidez y ciberseguridad).

Según *Giuca*, algunas de estas reglas de diligencia podrían clasificarse como de segundo grado, es decir, destinadas a prevenir riesgos en general y no necesariamente eventos específicos (por ejemplo, el artículo 9 sobre el sistema de gestión de riesgos, los requisitos de los conjuntos de datos del artículo 10, las reglas del artículo 13 sobre transparencia y comunicación de información a los responsables del despliegue y el artículo 15 sobre la precisión, solidez y ciberseguridad). Por ello, dice, la concreción del deber de cuidado requiere recurrir al estándar de la persona razonable. Esto, señala *Giuca*, representa una garantía para el acusado, en la medida en que su falta de diligencia debe determinarse en concreto, ya que no es suficiente afirmar que actuó en contra de una regla de diligencia escrita con contenido genérico o técnico-administrativo que no está destinada a prevenir un resultado específico[34].

A nuestro juicio, sin embargo, las reglas de cuidado establecidas en el Reglamento de IA de la UE son suficientemente concretas y específicas para generar responsabilidad penal en los productores de sistemas de IA de alto riesgo, como los vehículos de máxima automatización. El Reglamento contiene obligaciones concretas y detalladas, como la aplicación de sistemas de gestión de riesgos, requisitos de calidad para los datos de entrenamiento, y estándares de robustez y ciberseguridad. Estas no son meras directrices genéricas, sino requisitos técnicos específicos diseñados para prevenir daños concretos. Por ejemplo, la exigencia de que los sistemas sean resistentes a ataques maliciosos está directamente relacionada con la prevención de accidentes causados por manipulaciones

[34] Giuca, M., «AI and Criminal Liability. Algorithmic Error and Human Negligence in the Context of the European Regulation», ob. cit., p. 51.

externas. Por lo tanto, el incumplimiento de estas normas puede constituir una violación del deber de cuidado, suficiente para establecer la responsabilidad penal si se producen daños como resultado directo de dicho incumplimiento. El Reglamento proporciona un marco legal dotado de suficiente claridad y especificidad que los tribunales pueden utilizar para determinar la infracción del deber de cuidado en casos de accidentes causados por vehículos totalmente automatizados.

IV.4. **Previsibilidad del resultado y opacidad tecnológica**

Solo cuando es previsible para el ciudadano cuidadoso que su conducta realice un hecho típico se podrá afirmar su peligrosidad y la existencia de un deber de evitarla y controlarla y, con ello, la vulneración de su deber de cuidado en caso de no cumplirlo. La previsibilidad, sin embargo, será dudosa cuando se utilizan los sistemas inteligentes. Porque incluso los desarrolladores y operadores del mejor sistema de conducción autónoma no pueden predecir con certeza cómo reaccionará el automóvil en una situación de tráfico específica[35]. Ya hemos señalado en otro lugar que un vehículo no autónomo manejado por humanos siempre actuará de la misma manera, salvo que exista algún defecto en el mismo. Por eso, en situaciones normales, el conductor se encuentra en condiciones de representarse las consecuencias de sus acciones de conducción del vehículo. Sin embargo, tratándose de vehículos autónomos que utilizan tecnologías de *machine learning*, que aprenden con la experiencia, no está tan claro que el usuario pueda prever las consecuencias de los actos del agente inteligente cuando se enfrenta a situaciones análogas. La capacidad para aprender del vehículo implica que las tomas de decisión se alejen de las instrucciones que originalmente recibió de los programadores[36]. En la imputación del resultado lesivo imprudente al usuario que se encuentra en el vehículo se introduce la denominada opacidad tecnológica[37]. El vehículo deja de ser un mero instrumento en sus manos y se convierte en un agente que toma decisiones.

Cuanto más inteligente sea el vehículo, cuanto más aprenda, más imprevisible será. Por lo que, a medida que avance la tecnología, más casos aparecerán en los que se planteará esta cuestión cuya respuesta es absolutamente relevante. La opacidad tecnológica afecta indudablemente al elemento de la previsibilidad del resultado propio de la imputación de los resultados imprudentes. Si estos no son previsibles, no será posible imputarlos a acciones imprudentes que vulneran el deber de cuidado. Todo esto va a generar una brecha de responsabilidad, un vacío en la medida en que no va a ser posible saber quién

[35] Gless, S. / Janal, R., „Hochautomatisiertes und autonomes Autofahren«, ob. cit., p. 564.

[36] Así Cappellini, A., «Reati Colposi e Tecnologie Dell'intelligenza Artificiale», ob. cit., pg. 7.

[37] Sobre la opacidad tecnológica véase Surden, H., Williams, M.A., «Technological Opacity, Predicatibility, and Self-Driving Cars», *Cardozo Law Review*, 2016, n.º 38, pp. 121-181, pp. 158 y ss.; también Salvadori, I., «Agentes artificiales, opacidad tecnológica y distribución de la responsabilidad penal», ob. cit., pp. 144 ss.

debe responder de los resultados[38]. A mayor autonomía de los vehículos inteligentes mayores serán los problemas para la imputación penal de los resultados lesivos.

Cuando los desarrolladores de *software* elaboran un programa de forma «tradicional», las líneas de código que escriben son leídas por el software y dan lugar a un resultado claramente previsible. Esto se explica como el fenómeno de la caja blanca. Sin embargo, cuando la IA aprende autónomamente puede adaptar su comportamiento a las diversas situaciones, desmarcándose de aquellas formas de actuar que han sido programadas inicialmente. Esto supone que la reacción ante una misma situación va a ser imprevisible. No solo lo será su comportamiento, sino que ni siquiera va a ser posible comprender y explicar los motivos por los que se ha comportado como lo ha hecho. La opacidad de su comportamiento se explica recurriendo al efecto de la caja negra, según el cual no es posible entender, al menos actualmente, qué sucede dentro de la IA para explicar su forma de actuar en una determinada situación. En definitiva, el comportamiento del vehículo autónomo se explica, en parte, como consecuencia de la actuación del desarrollador y, en parte, como consecuencia del efecto de una máquina autodidacta. La IA, evidentemente, sigue instrucciones programadas que les inculcan que han de ser independientes y aprender de la experiencia de la conducción, que prueben estrategias para solventar las situaciones del tráfico y que aprendan de los resultados de estas pruebas[39]. La consecuencia de todo esto es que es extremadamente complicado remontarse al error de un concreto programador que explique con certeza el comportamiento del vehículo totalmente automatizado y, como consecuencia, el daño que se ha producido. No es solo un problema de causalidad, sino que el juicio de previsibilidad *ex ante* en el caso concreto va a arrojar resultados negativos, lo que va a impedir que se impute objetivamente el resultado causado de manera imprudente a un humano.

Se podría discutir aquí la responsabilidad de productores y desarrolladores del sistema de conducción guiada. Sin embargo, estos van a poder alegar que no podían haber previsto este mal funcionamiento, ya que en las pruebas realizadas el automóvil siempre había procesado correctamente los datos recogidos, por lo que deberían quedar exentos de responsabilidad. La otra opción es concluir lo opuesto, esto es, que aquellos que ponen vehículos inteligentes en la carretera simplemente deben estar preparados para todo lo que ocurra con ellos, por lo que cualquier tipo de daño es, en principio, previsible[40]. La primera opción lleva a concluir que los productores y desarrolladores van a quedar siempre exentos de responsabilidad criminal[41]. La segunda (seguida por

[38] Ver Cappellini, A., «Reati Colposi e Tecnologie Dell'intelligenza Artificiale», ob. cit., pg. 8.

[39] Como explican Gless, S., Silverman, E., Weigend, T., «If robots cause harm, who is to blame? Self-driving cars and criminal liability», *New Criminal Law Review*, 19, 2016, pp. 412-436, p. 414.

[40] Ver Gless, S. / Janal, R., „Hochautomatisiertes und autonomes Autofahren«, ob. cit., p. 564.

[41] Una especie de carta blanca para productores y desarrolladores dicen Gless, S. / Janal, R., „Hochautomatisiertes und autonomes Autofahren«, ob. cit., p. 564.

Francia) permite perseguir (normalmente por imprudencia) los resultados lesivos causados por el vehículo autónomo a las personas implicadas en la producción con base en su previsibilidad en abstracto, por razón de la complejidad y peligrosidad intrínseca del producto. Esto último claro está, supone reconocer una especie de responsabilidad objetiva (*versari in re illicita*) contraria al principio de personalidad de la responsabilidad penal[42].

IV.5. **Irresponsabilidad penal de la IA: laguna de punibilidad y riesgo permitido**

Si el hecho de que no sea previsible el resultado impide su imputación al productor, se puede también pensar en la existencia de una especie de «hecho propio» del vehículo inteligente. Pero, como sabemos, a la IA que gobierna el vehículo no se le va a poder atribuir responsabilidad penal, al menos a corto o medio plazo[43].

El problema se presenta cuando el resultado lesivo no haya sido causado por un error concreto y reconocible en la programación de la IA. Precisamente, estos serán los casos más habituales en la práctica. En ellos, no va a ser posible imputar el resultado lesivo a un concreto comportamiento negligente. A ello se une que los vehículos autónomos dotados de IA disponen de capacidad de aprendizaje, por lo que las decisiones que toma la máquina pueden desviarse de las que inicialmente estaban previstas por los programadores. La máquina, en este caso, deja de ser un medio neutral, un puro objeto o herramienta en manos del humano, y se convierte en un agente dotado de capacidad para tomar decisiones al margen de la intervención de la voluntad de la persona.

Todo esto complica enormemente la reconstrucción de la trama causal y también del deber de cuidado que se exige al productor[44]. En materia de causalidad, se ha planteado la posibilidad de excluir la responsabilidad penal del productor con base en el criterio denominado *novus actus interveniens*[45]. Este permite analizar la relación de causalidad en casos en los que intervienen múltiples factores o conductas en la producción de un resultado delictivo. De ser así, en principio, todos los factores son causales del resultado,

[42] Véase Gless, S., Silverman, E., Weigend, T., «If robots cause harm, who is to blame? Self-driving cars and criminal liability», ob. cit., p. 427: también Salvadori, I., «Agentes artificiales, opacidad tecnológica y distribución de la responsabilidad penal», ob. cit., pp. 163.

[43] Sobre esto véase Blanco Cordero, Isidoro, «*Homo sapiens* y ¿*machina sapiens*?: un Derecho Penal para los robots dotados de inteligencia artificial», en *Nuevos retos de la ciberseguridad en un contexto cambiante*, coord. por Covadonga Mallada Fernández, 2019, pp. 63-80; Blanco Cordero, Isidoro, «Un derecho penal de humanos para entidades artificiales inteligentes. ¿*machina delinquere et puniri potest*?», en *Manifestaciones de desigualdad en el sistema de justicia penal*, Antonio Doval Pais (dir.), Elena Gutiérrez Pérez (dir.), Vol. 1, 2023, pp. 371-396.

[44] Véase Cappellini, A., «Sicurezza informatica, compliance e prevenzione del rischio di reato», ob. cit., p. 339.

[45] Sobre esta cuestión véase Gless, S. / Ligeti, K., „Regulating driving automation in the European Union», ob. cit., pp. 45-46.

pero ello no significa que este sea objetivamente imputable a todos ellos. El criterio antes citado admite que se excluya la responsabilidad penal cuando el resultado lesivo se puede imputar directamente a la conducta autónoma de otro, ya sea una persona (como el fabricante del coche, un ingeniero individual o incluso la víctima), un sistema de IA, o sea fruto de la pura casualidad (con la que se hace referencia a los riesgos normales inherentes a vivir en nuestro mundo plagado de peligros). Dicho de otro modo, si un tercero o un hecho ajeno a la conducta inicial interviene de manera decisiva y determinante en la producción del resultado, de tal forma que este ya no puede considerarse como una consecuencia lógica de la conducta inicial, entonces el autor original no será responsable penalmente de ese resultado. A modo de ejemplo, no sería posible responsabilizar al productor si el resultado lesivo ha sido consecuencia de una decisión errónea de la IA que no está relacionada con un defecto inicial de programación, sino con el aprendizaje posterior del sistema. Es una forma de limitar la responsabilidad penal del autor original cuando factores externos e independientes han sido determinantes en la producción del resultado delictivo.

En definitiva, en el caso de vehículos totalmente autónomos, el resultado lesivo en numerosas ocasiones (si no en todas) será reconducible al comportamiento independiente de la IA. Por lo que, de manera irremediable,los comportamientos que causan tales resultados van a quedar actualmente impunes, generando, como hemos indicado, una laguna de punibilidad[46]. Los riesgos de lesiones o muertes generados por los vehículos autónomos no serán imputables a ningún ser humano. Son las propias víctimas las que deberán asumir tales riesgos[47].

Se podría decir que los riesgos que genera la IA en estos casos no son equiparables a las situaciones en las que el resultado lesivo se produce como consecuencia de un hecho imprevisible por la intervención de un riesgo normal de la vida. Así, en aplicación de la teoría de la imputación objetiva, una persona no es penalmente responsable si el daño causado es el resultado de un riesgo «normal» de la vida diaria. En tales casos, es la víctima la que deberá soportar el daño sin compensación. En el clásico ejemplo del sobrino que, queriendo que muera su tío para heredar, le convence para dar un paseo por el bosque un día de tormenta, y este muere porque le cae un rayo, el resultado de muerte no será objetivamente imputable a la conducta del sobrino, aunque el tío no hubiera muerto sin la persuasión del sobrino para dar el paseo[48]. Se podría argumentar que la IA en estos casos es parte de los riesgos «normales» de la vida, comparables a los

[46] Se refieren a esta laguna de punibilidad Gless, S., Silverman, E., Weigend, T., «If robots cause harm, who is to blame? Self-driving cars and criminal liability», ob. cit., p. 432.

[47] Cappellini, A., «Sicurezza informatica, compliance e prevenzione del rischio di reato», ob. cit., p. 340.

[48] Este ejemplo es de Gless, S., Silverman, E., Weigend, T., «If robots cause harm, who is to blame? Self-driving cars and criminal liability», ob. cit., p. 432.

rayos de una tormenta. Sin embargo, la doctrina más moderna considera que el riesgo que genera la IA es diferente al que tiene su origen en los desastres naturales, no previsibles ni evitables por parte del hombre. Este riesgo artificial es creado por el hombre y también tolerado por él, con base en un juicio de valor que considera socialmente prevalente el interés en los beneficios derivados del uso de la tecnología que permite manejar un vehículo sin conductor. No va a ser posible imputar los daños causados ni al conductor humano (inexistente) ni al constructor del vehículo autónomo[49], pues los riesgos que este genera y que causan el resultado entran dentro del concepto del riesgo permitido[50]. La opción político-criminal del legislador en estos casos puede ir en favor de la tecnología que, en general, salvará vidas, aun cuando en algún supuesto puedan producirse resultados lesivos.

Elegir esta vía significa que el riesgo de que existan víctimas va a recaer sobre los hombros de la sociedad. La otra opción, esto es, dar prioridad al principio de precaución, supondría que la sociedad desearía protegerse en todo caso de tales riesgos imprevisibles e inevitables, optando para ello por la prohibición de los vehículos autónomos. En tal caso, el riesgo no se consideraría tolerado por la sociedad, de tal manera que la única regla cautelar posible frente a ello sería la obligación de abstenerse de tal actividad. Esta opción supondría también no poder disfrutar de los beneficios que genera la propia tecnología. En definitiva, la cuestión a resolver cuando aparezcan en poco tiempo los vehículos totalmente automatizados será la de autorizar y aceptar que los bienes jurídicos implicados en el tráfico puedan quedar, en algunos casos concretos, sin protección penal, o prohibir su circulación, obviando los beneficios generales que se derivan de su uso, incluso en términos de protección de vidas humanas[51]. La decisión del legislador francés de hacer responsable en todo caso al fabricante es otra opción posible, pero ciertamente vulneradora de los principios fundamentales del Derecho penal.

En cualquier caso, que se opte por autorizar estos vehículos totalmente autónomos y que el riesgo generado por ellos pueda encajar en el expediente del riesgo permitido no va a significar que las eventuales víctimas de los accidentes vayan a quedar totalmente desprotegidas. Quizás sí desde la perspectiva penal, en la que va a ser difícil atribuir penalmente el resultado lesivo a una persona, salvo que se trate de fallos imputables al productor. La exigencia de satisfacer las legítimas pretensiones de las víctimas puede ser quizás reconducida a ámbitos distintos del penal, especialmente al Derecho civil de

[49] Así Gless, S., Silverman, E., Weigend, T., «If robots cause harm, who is to blame? Self-driving cars and criminal liability», ob. cit., p. 433.

[50] También Salvadori, I., «Agentes artificiales, opacidad tecnológica y distribución de la responsabilidad penal», ob. cit., p. 164s.

[51] Cappellini, A., «Sicurezza informatica, compliance e prevenzione del rischio di reato», ob. cit., p. 340.

daños[52], en el que se deberá establecer el deber de resarcir a las víctimas con esquemas de imputación distintos[53], especialmente el recurso a criterios como la responsabilidad objetiva. Para ello, será necesario también fijar estrictas reglas que establezcan la obligatoriedad de seguros.

V. Conclusión

Los vehículos totalmente automatizados suscitan importantes cuestiones para la imputación de los resultados lesivos contra la vida y la integridad física de las personas causados por conductas imprudentes. La dificultad aumenta con el nivel de automatización, siendo más problemática en los niveles 4 y 5. La opacidad tecnológica y el aprendizaje automático de los sistemas de IA complican la previsibilidad, elemento clave en la imputación de responsabilidad por imprudencia. Surge así una laguna de punibilidad, porque no es posible atribuir responsabilidad penal a un ser humano por los daños causados.

Al tratarse de vehículos totalmente automatizados, en los que no hay una persona a los mandos, se ha planteado la posibilidad de exigir responsabilidad penal por el producto a fabricantes, diseñadores y programadores. Esta posibilidad, con todo, también presenta dificultades debido a la complejidad de los sistemas de IA. El Reglamento de IA de la UE establece nuevas obligaciones, pero su aplicación práctica aún es incierta.

El legislador debe decidir entre incluir los riesgos de vehículos autónomos en el ámbito del riesgo permitido o adoptar un enfoque precautorio. En cualquier caso, las víctimas podrían buscar compensación a través del Derecho civil, para lo cual es necesario un nuevo marco legal específico para vehículos autónomos e IA.

VI. Bibliografía

Beck, Susanne, «Die Diffusion strafrechtlicher Verantwortlichkeit durch Digitalisierung und Lernende Systeme», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2/2020, pp. 41-50.

Blanco Cordero, Isidoro, «*Homo sapiens* y ¿*machina sapiens*?: un Derecho Penal para los robots dotados de inteligencia artificial», en *Nuevos retos de la ciberseguridad en un contexto cambiante*, coord. por Covadonga Mallada Fernández, 2019, pp. 63-80.

— «Un derecho penal de humanos para entidades artificiales inteligentes. ¿*machina delinquere et puniri potest*?», en *Manifestaciones de desigualdad en el sistema de justicia penal*, Antonio Doval Pais (dir.), Elena Gutiérrez Pérez (dir.), Vol. 1, 2023, pp. 371-396.

[52] Sobre el tratamiento civil de los vehículos autónomos véase Núñez Zorrilla, M.ªC., «Hacia un marco legal europeo uniforme en la prevención de los riesgos y de la responsabilidad civil en el ámbito de la conducción automatizada inteligente», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 15, N.º 1, 2023, pp. 689-723.

[53] Cappellini, A., «Sicurezza informatica, compliance e prevenzione del rischio di reato», ob. cit., p. 341.

Cappellini, Alberto, «Sicurezza informatica, compliance e prevenzione del rischio di reato», *Diritto Penale Contemporaneo. Rivista Trimestrale*, 2/2019, pp. 267-353.

— «Reati Colposi e Tecnologie Dell'intelligenza Artificiale», *Archivio Penale*, 2022, n.º 3, pp. 1-19.

Giannini, Alice / Kwik, Jonathan, «Negligence Failures and Negligence Fixes. A Comparative Analysis of Criminal Regulation of AI and Autonomous Vehicles», *Criminal Law Forum*, 34, 2023, pp. 43–85.

Giuca, Marta, «AI and Criminal Liability. Algorithmic Error and Human Negligence in the Context of the European Regulation», *Diritto Penale Contemporaneo. Rivista Trimestrale*, 1/2023, pp. 46-69.

Gless, Sabine, Silverman, Emily, Weigend, Thomas, «If robots cause harm, who is to blame? Self-driving cars and criminal liability», *New Criminal Law Review*, 19, 2016, pp. 412-436.

Gless, Sabine / Janal, Ruth, „Hochautomatisiertes und autonomes Autofahren – Risiko und rechtliche Verantwortung«, *Juristische Rundschau*, 2016(10), pp. 561–575.

Gless, Sabine / Ligeti, Katalin, «Regulating driving automation in the European Union – Criminal liability on the road ahead?», *New Journal of European Criminal Law*, 2024, Vol. 15(1) 33–57.

Koops, Bert-Jaap, Hildebrandt, Mireille, Jaquet-Chiffelle, David-Olivier, «Bridging the Accountability Gap: Rights for New Entities in the Information Society?», *Minnesota Journal of Law, Science & Technology*, 2010;11(2), pp. 497-561.

Matthias, Andreas, «The responsibility gap: Ascribing responsibility for the actions of learning automata», *Ethics and Information Technology* 6, 2004, pp. 175–183.

Miró-Llinares, Fernando, «General Report», *RIDP, Revue Internationale de Droit Pénal,* vol. 95. 1, 2024, *Criminalisation of AI-related offences* (International Colloquium, Bucharest, Romania, 14th-16th June 2023), pp. 19-97.

Núñez Zorrilla, M.ª Carmen, «Hacia un marco legal europeo uniforme en la prevención de los riesgos y de la responsabilidad civil en el ámbito de la conducción automatizada inteligente», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 15, N.º 1, 2023, pp. 689-723.

Picotti, Lorenzo, «Profili di responsabilità penale per la circolazione di veicoli a guida autonoma», en *Studi in onore di Antonio Fiorella*, vol. I, Roma Tre Press, Roma, 2021 p. 813-837.

— «General Report», *RIDP, Revue Internationale de Droit Pénal,* vol, 94 Issue 1, 2023, *Traditional Criminal Law Categories and AI: Crisis or Palingenesis?*, pp. 11-51.

Piergallini, Carlo, «Intelligenza artificiale: da 'mezzo' ad 'autore' del reato?», *Rivista italiana di diritto e procedura penale,* 4, 2020, pp. 1745-1774.

Romeo Casabona, Carlos María, «La atribución de responsabilidad penal por los hechos cometidos por sistemas autónomos inteligentes, robots y tecnologías conexas», *ULPLR – ULP Law Review – Revista de Direito da ULP*, vol. 16, n.º 1 y n.º 2, 2022, pp. 7-16.

Rosenberg, Adam, «Strict Liability: Imagining a Legal Framework for Autonomous Vehicles», *Tulane Journal of Technology and Intellectual Property*, 20, 2017, pp. 205-224.

Salvadori, Ivan, «Agentes artificiales, opacidad tecnológica y distribución de la responsabilidad penal», *Cuadernos de política criminal*, n.º 133, 2021, pp. 137-174.

Stamp, Helen, «Innovative technologies and the deepening regulatory capture of law enforcement agencies: The Uber Herzberg case study», *Notre Dame Journal on Emerging Technologies*, vol. 5, issue 1, 2023, pp. 70-113.

— «The Reckless Tolerance of Unsafe Autonomous Vehicle Testing: Uber's Culpability for the Criminal Offense of Negligent Homicide», *Case Western Reserve Journal of Law, Technology, & the Internet*, vol. 15, issue 1, 2024, pp. 37-75.

Surden, Harry, Williams, Mary-Anne, «Technological Opacity, Predictability, and Self-Driving Cars», *Cardozo Law Review*, 2016, n.º 38, pp. 121-181.

4

IL PRINCIPIO DELL'INTANGIBILITÀ DEL CORPO: RIFLESSIONI PENALISTICHE SULL'*HABEAS CORPUS* CONTEMPORANEO

Stefano Canestrari*
Professore ordinario di Diritto penale, Università di Bologna
Membro del Comitato Nazionale per la Bioetica (Italia)

SOMMARIO: I. *Habeas corpus* «penalistico»: la «sovranità sul proprio corpo» alla luce dei princìpi costituzionali. II. *Habeas corpus* della donna e interruzione volontaria di gravidanza. II.1. La necessità di rimarcare con fermezza la distinzione tra interruzione volontaria di gravidanza e l'aberrante categoria dell'aborto post-nascita. II.2. Gestazione per altri e aborto: un improprio parallelismo. III. *Habeas corpus* e questioni di fine vita: il diritto all'intangibilità del proprio corpo e la legge n. 219 del 2017 («norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento»). IV. I dilemmi di una disciplina dell'aiuto medico a morire. V. *Habeas corpus* della persona detenuta in sciopero della fame. VI. *Habeas corpus* della persona malata e illegittimità della contenzione meccanica. VII. Bibliografia.

I. *Habeas corpus* «penalistico»: la «sovranità sul proprio corpo» alla luce dei princìpi costituzionali

«*Che tu abbia il corpo*». L'*incipit* di una riflessione che ha ad oggetto il «rapporto» tra corpo, diritti e diritto penale non può che originarsi dalla traduzione letterale del concetto di *habeas corpus,* con il quale, nel 1215, l'anno di entrata in vigore della Magna Charta, si è descritta l'antica promessa dei re ad ogni uomo libero, in virtù della quale,

* Questo scritto è dedicato a Carlos María Romeo Casabona, Maestro ed amico, alla cui memoria sono rivolte con profonda commozione queste pagine.

da quel momento, nessuna «mano» avrebbe potuto essere «messa» su di lui, se non a seguito di un giudizio conforme alle leggi del Paese[1].

Un principio che sarebbe traslato – con l'avvento dello Stato liberale e della teoria del contratto sociale – nell'affermazione dell'inviolabilità dell'individuo quale autolimitazione del potere statale, fondativa della stessa costituzione degli ordinamenti[2]. Un limite invalicabile all'esercizio del potere politico nei confronti dei consociati, che vive ancora oggi, come chiaramente si evince da quella che è stata, nel nostro ordinamento, la sua traduzione costituzionale, rivolta più in generale ad ogni persona: «la libertà personale è inviolabile» (art. 13 Cost.) e solo la legge può determinare le modalità con cui eventuali provvedimenti privativi della stessa possono essere adottati dall'autorità giudiziaria.

Ma l'*habeas corpus* è *anche altro*, assunta la prospettiva del singolo, infatti, diviene la base imprescindibile della libertà di disporre della sua dimensione corporea. Se già Locke aveva parlato di «proprietà della propria persona»[3], definendo ciascun individuo come *dominus sui,* il «moderno» *habeas corpus* assume le vesti di un diritto di libertà di cui la persona risulta essere l'unica titolare riconosciuta e riconoscibile, in quanto è lei ad «avere» il corpo ed è lei che, nel vivere, si determina, decidendo su di esso[4]. Con l'avvento del costituzionalismo del secondo dopoguerra, questa seconda e nuova dimensione si è integrata con il binomio «persona-dignità», su cui, superando quello «libertà-proprietà», è stato declinato il nucleo fondamentale delle Carte costituzionali: il centro nevralgico, a partire dal quale si irradiano tutti gli altri diritti[5]. È così che il corpo e la vita del singolo escono dallo schema della «proprietà» di matrice liberale

[1] Rodotà, S., «Il nuovo *habeas corpus*: la persona costituzionalizzata e la sua autodeterminazione», in S. Rodotà/P. Zatti (diretto da), *Trattato di biodiritto*, vol. *Ambito e fonti del biodiritto,* a cura di S. Rodotà/M. Tallacchini, Giuffrè, Milano, 2010, p. 176.

[2] *Cfr.* l'inglese *Habeas Corpus Act* del 1679. A cui si devono aggiungere, nell'ambito della teorizzazione del contratto sociale, le considerazioni di Locke nel *Secondo trattato sul governo* (Locke, J., *Second treatise of government* (1690), sez. 87, consultato nell'edizione ristampata in lingua inglese ID., *Second treatise of government*, Hackett Pub. Co. Inc., Indianapolis, 1980) e di Rousseau nell'opera *Il contratto sociale* (Rousseau, J.J., *Du contrat social: ou principes du droit politique* (1762); ed. it., ID., *Il contratto sociale,* Feltrinelli, Milano, 2003, *passim*).

[3] Locke, J., *Second treatise of government*, cit., sez. 27, dove il filosofo britannico afferma «*Though the earth, and all inferior creatures be common to all men, yet every man has a property in his own person: this no body has any right to but himself*». Sulle peculiarità dell'accezione della proprietà nel concetto di «proprietà di sé» e sulla sua assimilazione all'idea di disponibilità di se stessi – ossia del proprio corpo, della propria vita e libertà – che non arriverebbe però a ricomprendere la possibilità di «alienarsi», si rinvia alle osservazioni di Facchi, A., «Sulle radici della proprietà di sé», *Materiali per una storia della cultura giuridica,* n. 2, 2018, pp. 427 ss. (spec., sul punto, pp. 441 s.).

[4] Nel 1800 il concetto di «proprietà» cede spazio a quello di «sovranità» su di sé, come esplicitamente affermato da Mill, J.S., *Saggio sulla libertà* (ed. or. *On Liberty,* 1859), trad. it., Il Saggiatore, Milano, 1991, p. 13, quando rileva che «su sé stesso, sul suo corpo, sulla sua mente l'individuo è sovrano».

[5] V. Barbera, A., «Un moderno "*Habeas Corpus*"?», in AA. VV., *Costituzione, economia, globalizzazione. Liber amicorum in onore di Carlo Amirante,* E.S.I., Napoli, 2013, pp. 57 ss.

per entrare in quello della «personalità», dove risiedono tutte le scelte dell'individuo afferenti al governo della propria esistenza.

La centralità della persona diviene l'anima delle Costituzioni contemporanee, come si evince a chiare lettere, guardando alla nostra realtà, dal dettame dell'art. 2 Cost. e, a seguire, dalla scelta dell'Assemblea costituente di ribadire al successivo art. 32, comma 2, Cost. il divieto di sottoporre chiunque a trattamenti sanitari obbligatori, se non nel ristretto numero di casi previsti dalla legge e fermo restando l'insuperabile limite del rispetto della persona umana. Senza, dunque, la necessità di richiamare il concetto di «autodeterminazione», la sovranità su se stessi irradia il nucleo dei princìpi costituzionali: il personalismo e l'inviolabilità del corpo, figli del secolare *dikat* «che tu abbia il tuo corpo»[6], pervadono e nutrono le prerogative fondamentali riconosciute dall'ordinamento. Posta a monte la centralità dell'individuo, l'*habeas corpus* così si evolve divenendo non più (solo) un'autolimitazione del potere statale, ma ancor di più un «trasferimento di potere, anzi di sovranità»[7] alla persona.

Nel costante dialogo con i «corpi» e i loro titolari, le sfide poste dall'«era della riscoperta del corpo»[8] hanno portato (e porteranno sempre di più) gli ordinamenti ad interpellare se stessi e a dover ribadire l'indiscussa centralità del più volte richiamato principio. In particolare, ciò ha avuto luogo nell'ambito di vicende afferenti all'universo del biodiritto, le quali gravitano, per definizione, attorno ai problemi di tutela della vita, dell'integrità del corpo e della salute.

II. *Habeas corpus* della donna e interruzione volontaria di gravidanza

Innanzitutto, si deve fare riferimento alla scelta di bilanciamento operata dal legislatore con la l. 22 maggio 1978, n. 194 – con la quale si è introdotta in Italia la disciplina dell'interruzione volontaria di gravidanza – dove il richiamo al diritto alla salute della gestante si pone non solo come fondamento dell'accesso alla procedura, ma anche come giustificazione del sacrificio della tutela del concepito. Disancorandosi dalle scelte operate dall'allora modello statunitense[9], il legislatore italiano della fine degli anni '70

[6] Come rilevato da Rodotà, S., «Dal soggetto alla persona. Trasformazioni di una categoria giuridica», *Filosofia politica,* n. 3, 2017, p. 370, all'art. 32 Cost. il legislatore costituente con una «intuizione rivelatrice» ha attribuito «rilievo al rapporto tra persona e corpo».

[7] Rodotà, S., *Il nuovo* habeas corpus, cit., 179. Secondo Zatti, P., «Principi e forme del "governo del corpo"», in S. Rodotà / P. Zatti (diretto da), *Trattato di biodiritto*, tomo I, *Il governo del corpo*, a cura di S. Canestrari / G. Ferrando / C.M. Mazzoni / S. Rodotà / P. Zatti, Giuffrè, Milano, 2011, p. 123, «affermare un "principio" di sovranità riguardo al "proprio" corpo significa affermare un "potere originario", [vorrei dire] "naturale" nel senso in cui si connota una realtà che non è *costituita* dal diritto positivo».

[8] Rodotà, S., «Dal soggetto alla persona», cit., p. 366.

[9] Nella celebre decisione *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, 22 gennaio 1973 (così come in *Doe v. Bolton,* 410 U.S. 179, 22 gennaio 1973), infatti, la Corte suprema degli Stati Uniti aveva postulato la sussistenza di un diritto all'aborto, rinvenendone il fondamento nel diritto alla *privacy,* stabilito dal XIV emendamento,

ha infatti optato per articolare la disciplina dell'interruzione volontaria di gravidanza slegandola dai concetti di *privacy riservatezza* ed *autodeterminazione* e prediligendo la via di fondarla sulla tutela della salute della donna (art. 32 Cost.).

La vita del concepito, invero, può essere legittimamente sacrificata quando si tratta di evitare un pericolo per la vita della gestante ovvero un pericolo di grave pregiudizio alla sua salute fisica o psichica, sulla base di una valutazione medica che tenga conto delle condizioni di vita presenti o future della gestante stessa. Mediante un simile collegamento è possibile ravvisare che, ancor di più della libertà di scelta, è l'intangibilità della sfera corporea della donna che viene ad essere riconosciuta.

Assumendo una simile prospettiva, anche gli insidiosi e ricorrenti tentativi di criminalizzazione dell'aborto ispirati all'idea dell'*equiparazione totale del concepito al nato*, che, da tempo, si manifestano con pervicacia in molti Stati USA[10], trovano quindi un solido argine nel riconoscimento di un diritto fondamentale: l'*habeas corpus* della donna, che non può essere costretta a un proseguimento della gravidanza e a una maternità coatta[11].

Inoltre, se lo sguardo si sposta sulle pagine dei tempi più recenti, l'*overruling* della Corte suprema statunitense è indubbiamente indice di un mutamento «in atto»: una tendenza ad una limitazione stringente all'accesso all'interruzione volontaria di gravidanza che sembrava essere il retaggio di epoche passate o appartenere a tradizioni normative lontane dalle nostre. Il riferimento è – guardando ora all'area europea – ad esempio alla normativa polacca in tema di accesso all'interruzione volontaria di gravidanza, oggetto di più di una condanna da parte della Corte di Strasburgo[12].

---

e ribadendo che da ciò derivava la prevalenza del diritto ad autodeterminarsi della madre rispetto alla vita umana del concepito. Come noto, con la pronuncia *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* del 24 giugno 2022, i giudici supremi statunitensi hanno operato un «ribaltamento» delle conclusioni di *Roe v. Wade*, arrivando, di fatto, a sancire la «fine» del diritto all'aborto sino ad allora conosciuto, da intendersi quale diritto costituzionale tutelabile mediante la c.d. *due process clause*, e rimettendo la scelta della normativa sull'interruzione di gravidanza ai singoli legislatori statali. Sul punto sia consentito il rinvio a Canestrari, S., *Principi di biodiritto penale*, 2.ª ed., Il Mulino, Bologna, 2023, pp. 52 ss.

[10] Una concezione che è stata recepita, ad esempio, nella legge del South Dakota del 2006, abrogata con referendum del 7 novembre 2006, la quale consentiva l'aborto solo per salvare la vita della madre.

[11] Sul problema dell'aborto, si vedano le chiare osservazioni di FerraJoli, L., «Diritti fondamentali e bioetica. La questione dell'embrione», in S. Rodotà / P. Zatti (diretto da), *Trattato di biodiritto*, vol. *Ambito e fonti del biodiritto*, cit., p. 248: «È in questione insomma, ben prima di una *facultas agendi*, un'immunità, un *habeas corpus*, ossia la "libertà personale" sancita come "inviolabile" dall'art. 13 nella nostra Costituzione, che è una "libertà da" "restrizioni", quali sono appunto la coercizione giuridica a diventare madre».

[12] *Cfr.* la storica pronuncia Corte EDU, 20 marzo 2007, *Tysiąc c. Polonia* (ric. n. 5410/03) e, più di recente, Corte EDU, 26 maggio 2011, *R.R. c. Polonia* (ric. n. 27617/04). La Corte costituzionale polacca con la pronuncia del 20 ottobre 2020 è intervenuta limitando ulteriormente le possibilità di accesso all'interruzione volontaria di gravidanza (dichiarando incostituzionale la legislazione laddove consentiva di accedere alla pratica nel caso in cui dagli esami prenatali emergesse l'elevata probabilità di una malattia incurabile o di una menomazione del feto).

La penalizzazione dell'aborto, fondata sull'idea dell'equiparazione totale del concepito al nato – con la conseguente coercizione giuridica della donna a una maternità non voluta e l'induzione all'aumento di pratiche abortive clandestine con l'effetto concreto di rischi per la vita della gestante[13] – contrasta infatti con un diritto fondamentale della donna sul proprio corpo: il suo diritto inviolabile a non essere costretta a diventare madre contro la propria volontà[14].

II.1. La necessità di rimarcare con fermezza la distinzione tra interruzione volontaria di gravidanza e l'aberrante categoria dell'aborto post-nascita

Il riferimento al principio *non contendibile dell'intangibilità del corpo* ci consente di analizzare problematiche ulteriori distinguendo con chiarezza la questione dell'aborto dall'aberrante categoria dell'*aborto post-nascita*.

In un articolo pubblicato su una prestigiosa rivista britannica[15], si è infatti sostenuto che se l'aborto, su richiesta dei genitori, è ritenuto ammissibile in determinate circostanze, allora anche l'infanticidio dovrebbe logicamente essere consentito quando le condizioni siano significativamente simili. L'originalità di questo scritto – rispetto ai noti contributi di Tooley[16] e Singer[17] – consiste nell'aver coniato un termine nuovo, quello, appunto, di «aborto post-nascita», per distinguere la condotta che si intende legittimare dall'infanticidio.

La tesi bioetica che le ragioni ritenute valide per giustificare l'aborto possono essere estese anche al periodo successivo al parto è tuttavia inaccettabile. La sua ricaduta sul piano penalistico sarebbe «raccapricciante». Da questa, nella specie, conseguirebbe che l'uccisione del neonato non dovrebbe essere ricondotta nell'ambito dei delitti di omicidio o di infanticidio, ma in una sfera penalmente lecita definita, come si ricordava poc'anzi, «aborto post-nascita».

Muovendo proprio dalle osservazioni che si sono svolte sin dall'avvio del presente scritto, deve risultare evidente che l'assimilazione tra il contesto post-nascita e l'aborto appare del tutto priva di fondamento; questo, a ben vedere, trova conferma anche nel fatto

[13] In proposito *Cfr.*, ad es., Francescutto, S., «L'aborto ostacolato», *il Mulino,* n. 4, 2017, p. 619, laddove afferma con chiarezza che l'unica conseguenza certa della proibizione dell'aborto o della sua eccessiva limitazione è un aumento degli aborti clandestini con le gravi conseguenze di cui si è detto.

[14] Pertanto, si ritiene che la costituzionalizzazione di un «nuovo diritto» – *id est* il diritto all'aborto – non è necessaria: questo, infatti, trova già fondamento nel testo costituzionale (art. 13 Cost.).

[15] *Cfr.* Giubilini, A., Minerva, F., «After-birth Abortion: Why Should the Baby Live?», *Journal of Medical Ethics*, n. 39(5), 2013, pp. 261-263.

[16] *Cfr.* Tooley, M., «Abortion and Infanticide», *Philosophy and Public Affairs,* n. 24, vol. 2, 972, pp. 37 ss.

[17] *Cfr.* Singer, P., *Practical Ethics*, Cambridge University Press, Cambridge, 1979; trad. it. *Etica pratica*, Liguori, Napoli, 1989.

che, per rafforzare l'analogia – controintuitiva e fallace – tra aborto e infanticidio, gli Autori citati sono costretti ad articolare la loro posizione con un'argomentazione paradossale. Vale a dire, nel caso in cui il bambino risultasse essere «indesiderato», l'aborto post-nascita rappresenterebbe la soluzione preferibile rispetto a quella di un'eventuale adozione del neonato.

A prescindere dai rilievi sulla coerenza logica della tesi qui criticata, può dirsi aberrante l'idea che l'aborto post-nascita sia ammissibile perché non si riconosce comunque al neonato lo *status* di persona e dunque il diritto alla vita. Di fronte ad una simile giustificazione morale del «neonaticidio» il giurista penalista deve reagire con forza: è necessario riaffermare in modo netto che la soglia della nascita è il momento per l'attribuzione della qualità di «uomo» e di un diritto alla vita «non bilanciabile».

Eventuali proposte di liceizzazione dell'infanticidio minerebbero le fondamenta su cui poggiano tutte le carte internazionali, a partire dalla *Dichiarazione universale dei diritti umani* dell'ONU, che fu scritta nel 1948 dopo il nazismo per affermare il valore della dignità umana e riconoscere pari diritti a tutti gli esseri umani.

II.2. **Gestazione per altri e aborto: un improprio parallelismo**

Se la connessione con la sovranità sulla sfera corporea e la sua intangibilità deve essere ribadita con forza in materia di interruzione volontaria di gravidanza – dove occorre rimarcare che l'*habeas corpus* della donna non è contendibile –, vi sono circostanze in cui si corre il rischio di operare scivolose «equiparazioni tematiche».

Il riferimento, in particolare, è alla tendenza ad «assimilare» – peraltro con i pericoli che ne derivano – il discorso relativo alla gestazione per altri con quello concernente l'aborto. Se nel secondo caso siamo dinnanzi a vicende in cui l'unica protagonista, assieme al concepito, è la gestante (dunque la «titolare» del corpo), l'articolazione della gestazione per altri, all'opposto, concerne situazioni «contrattualizzate» in cui il corpo della madre gestante si trova a subire una sorta di «destinazione d'uso». Il che comporta una perdita, per la stessa donna, della piena possibilità di esercitare, nel corso della gravidanza, il suo diritto ad autodeterminarsi, liberamente, sul proprio corpo[18].

[18] Concordo con l'orientamento che ritiene che un'apertura normativa alla gestazione per altri finirebbe per indurre le donne che si trovano in condizioni di vulnerabilità economica ad affittare o vendere parti del loro corpo (da ultimo, per l'interessante prospettiva da filosofa politica dell'Autrice, Pazé, V., *Libertà in vendita*, Bollati Boringhieri, Torino, 2023; sul punto, *Cfr.* anche la mozione del CNB, *Maternità surrogata a titolo oneroso* del 18 marzo 2016, consultabile in https://bioetica.governo.it). Un'analogia con la disciplina dell'interruzione volontaria di gravidanza, proposta talvolta per introdurre una regolamentazione della GPA, appare comunque fallace: il dilagare del fenomeno dell'aborto clandestino e illegale è noto nei Paesi che vietano l'interruzione volontaria della gravidanza, mentre l'esistenza di gruppi di donne che vogliono intraprendere una gravidanza per altri si riscontra soltanto nei Paesi che hanno introdotto un «mercato legale» di tale pratica (*Cfr.* ancora PAZÉ, V., *op. cit.*, spec. 107-110). In ogni caso, a prescindere da una valutazione sul divieto penale della gestazione per altri, non si può certo concordare sulla scelta del legislatore italiano di rendere punibile, secondo la legge penale italiana, la c.d. surrogazione di

L'*habeas corpus* contemporaneo, infatti, può essere richiamato solamente quando si tratta di riconoscere la piena sovranità del singolo «su se stesso»; più difficile è invocarlo a fondamento di processi in cui tale prerogativa viene ad essere inevitabilmente ridotta e vincolata da clausole contrattuali che operano nell'interesse di terzi.

III. *Habeas corpus* e questioni di fine vita: il diritto all'intangibilità del proprio corpo e la legge n. 219 del 2017 («Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento»)

Nel ribadire che il diritto all'intangibilità del corpo e alla sovranità su di esso è un principio non contendibile è necessario sottolinearne, oltre al suo carattere primario, la sua imprescindibile trasversalità: esso non può che rivolgersi ad *ogni persona* e ad *ogni corpo*.

È in tali termini che si è – condivisibilmente – espresso il legislatore nella l. 22 dicembre 2017, n. 219 («Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento»), dove – nel sancire per legge quanto ampiamente condiviso e già ribadito, prima di allora, a livello giurisprudenziale[19] e dottrinale[20]– ha previsto

---

maternità, anche qualora realizzata integralmente all'estero: l'introduzione di un «reato universale» rileva un utilizzo in chiave simbolica ed eticizzante del diritto penale (confermano, tra gli altri, Pulitanò, D., «Sulle attuali politiche del diritto penale», *Sistema penale*, 1 giugno 2023, pp. 13 ss.; Manacorda, S., Colacurci, M., «Il reato universale? Una riflessione critica sul ricorso alla extraterritorialità nel sistema penale italiano», *Arch. pen.* (web), n. 3, 2024, pp. 19 ss.; per un approfondimento delle proposte di legge che miravano ad estendere l'ambito spaziale dell'art. 12, comma 6, l. n. 40/2004, si rinvia, p.t., a Gatta, G.L., «Surrogazione di maternità come "reato universale"? A proposito di tre proposte di legge all'esame del Parlamento», *Sistema penale*, n. 5, 2023, pp. 153 ss.). Come noto, la pratica della gestazione per altri difetta di quella riprovazione in senso universale che dovrebbe giustificare l'estensione extraterritoriale della giurisdizione; inoltre, la nuova normativa rischia di comprimere ulteriormente la tutela del minore nato da tale pratica, in contrasto con le condivisibili indicazioni della Corte europea dei diritti dell'uomo, fatte proprie anche dalla nostra Corte costituzionale.-

[19] Basti ricordare quanto asserito dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 438/2008, dove, ribadendo che il consenso informato è un diritto della persona, se ne è ravvisato il fondamento costituzionale nei già menzionati artt. 2, 13, 32 Cost.

La recentissima sentenza della Corte costituzionale n. 135 del 2024 (sul concetto di trattamenti di sostegno vitale) – si veda la relativa scheda su *www.sistemapenale.it* del 18 luglio 2024 – ribadisce ora con parole chiare (punto 5.2. del *Considerato in diritto*) che, secondo l'art. 32, comma 2, Cost., «[…] nessuno può essere infatti "obbligato" – e tanto meno fisicamente "costretto" – a sottoporsi a un trattamento sanitario sul proprio corpo e nel proprio corpo. L'esecuzione di un tale trattamento violerebbe, oltre che l'art. 32, secondo comma, Cost., l'art. 13 Cost. (sentenza n. 22 del 2022, punto 5.3.1. del *Considerato in diritto*), il cui contenuto minimo di tutela protegge la persona contro ogni forma di coazione sul corpo (sentenze n. 127 del 2022, punto 4 del *Considerato in diritto*; n. 238 del 1996, punto 3.2. del *Considerato in diritto*), nonché lo stesso diritto fondamentale all'integrità fisica della persona, espressamente riconosciuto dall'art. 3 CDFUE, ma riconducibile, assieme, al novero dei "diritti inviolabili della persona" di cui all'art. 2 Cost. e all'area di tutela del diritto alla vita privata proclamato dall'art. 8 CEDU».

[20] Nella letteratura penalistica *Cfr.*, tra gli altri, Seminara, S., «La dimensione del corpo nel diritto penale», in S. Rodotà/P. Zatti (diretto da), *Trattato di biodiritto*, tomo I, *Il governo del corpo*, cit., 189 ss.

che tanto il consenso informato alle cure quanto il diritto, in qualsiasi momento, a rinunciare ai trattamenti sanitari (o a rifiutarli) trovano il loro fondamento negli artt. 2, 13 e 32 Cost. nonché negli artt. 1, 2 e 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea[21]. Si è quindi sancito, nella legge, un diritto universale, che si rivolge a chiunque, indipendentemente dalla sua condizione o stato.

La normativa, infatti, seppur sia diventata nota – soprattutto nel dibattito pubblico – come la «legge sul testamento biologico», ha in realtà una portata che va ben oltre la previsione della disciplina delle disposizioni anticipate di trattamento (DAT), poiché coinvolge l'intera materia del consenso informato, andando a recepire i princìpi di matrice costituzionale che concernono l'alleanza terapeutica, da intendersi come il rapporto di fiducia «medico-paziente». È in virtù di tale assunto che la scelta di non prevedere all'interno della citata legge un diritto all'obiezione di coscienza si manifesta in piena coerenza con la *ratio* della normativa, la quale essendo mossa dall'intento di promuovere e valorizzare la relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico basata sul consenso informato, non nasce dal contemperamento tra valori configgenti. A differenza, quindi, della legge sulla interruzione di gravidanza, nella legge n. 219 del 2017 non è necessario alcun bilanciamento tra beni meritevoli di tutela da parte dello Stato e in collisione tra loro.

Dunque, a mio avviso, la legge n. 219 del 2017 non deve essere modificata, bensì applicata in tutte le sue previsioni normative[22]. E va difesa con convinzione ed energia dai ricorrenti attacchi provenienti da correnti di pensiero di frequente contrapposte.

– laddove parla di diritto inviolabile a non essere sottoposto a terapie mediche contro la propria volontà – (che si richiama altresì per ulteriori riferimenti bibliografici) e Vallini, A., «Il significato giuridico-penale del previo dissenso verso le cure del paziente in stato di incoscienza», *Rivista italiana diritto e procedura penale*, 1998, 1426 ss. Nell'ambito della dottrina giuspubblicistica, si veda, per tutti, Veronesi, P., «Uno statuto costituzionale del corpo», in S. Rodotà/P. Zatti (diretto da), *Trattato di biodiritto*, tomo I, *Il governo del corpo*, cit., pp. 137 ss. anche per altri richiami alla letteratura costituzionalistica.

[21] Sia consentito il rinvio a Canestrari, S., *Principi di biodiritto penale*, cit., 68 ss. oltre che, per uno specifico commento alla normativa richiamata, a ID., «La legge n. 219 del 2017 in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento», *La legislazione penale,* 19 dicembre 2018. Seppur non manchino, in dottrina, voci che sostengono che esiste un (ricavabile) diritto costituzionale all'autodeterminazione, ritengo preferibile rinvenire nell'*habeas corpus* il fondamento costituzionale della libertà di disporre della propria sfera personale e corporea e, di conseguenza, leggere il diritto a rinunciare/rifiutare alle cure nei termini di una sua forma di manifestazione. Aderisce con nettezza a questa impostazione anche la sopra citata sentenza della Corte costituzionale n. 135 del 2024 (v. nota 19).

[22] Anche in questa sede desidero ribadire la mia radicata convinzione che l'indispensabile applicazione, valorizzazione e diffusione dei contenuti e degli istituti contemplati nella legge n. 219 del 2017 possa avere un potente effetto preventivo nei confronti di moltissime richieste di aiuto medico a morire, anche se non di tutte.

Da un lato, il recente disegno di legge Gasparri[23] invoca una duplice modifica del testo: (a) eliminare la chiara e condivisibile presa di posizione sulla qualificazione normativa della nutrizione artificiale e della idratazione artificiale come trattamenti sanitari (art. 1, comma 5), assunta da legislatore del 2017 in piena sintonia con il parere delle principali società scientifiche dei professionisti della salute; (b) introdurre l'obiezione di coscienza per i professionisti sanitari nei confronti dei contenuti della legge (DAT, sedazione palliativa profonda, pianificazione condivisa delle cure, ecc.). Come appare evidente, l'accoglimento di tali proposte di riforma finirebbe per vanificare l'affermazione dei diritti della persona malata contenuti in una limpida ed efficace disciplina organica della relazione di cura e di fiducia tra medico e paziente.

Sul versante opposto, non si può condividere l'idea di una «rilettura» della legge n. 219 del 2017 per aprirne la portata all'aiuto medico a morire, da operarsi attraverso un'assimilazione del rifiuto/rinuncia ai trattamenti sanitari alle fattispecie eutanasiche. Mi limito a sottolineare che una simile equiparazione «non rispetta» e «non rispecchia» l'ampia varietà di motivazioni dei pazienti che rifiutano o rinunciano a trattamenti sanitari anche salvavita, le quali non sono sempre riconducibili ad una volontà di morire.

Non intendo fare riferimento soltanto al rifiuto di sottoporsi alle trasfusioni ematiche per convinzioni religiose; penso alle vicende di tante persone malate che rifiutano trattamenti sanitari *life saving* (ad esempio, l'amputazione dell'arto o altri interventi chirurgici demolitori) o rinunciano al loro proseguimento (come un ulteriore ciclo di chemioterapia) con l'intenzione di garantirsi un percorso di vita, talvolta anche breve, in armonia con la propria sensibilità e con la propria identità personale.

A prescindere dalle motivazioni, occorre essere pienamente consapevoli che, nelle ipotesi in cui il paziente rifiuta o rinuncia al proseguimento di trattamenti sanitari anche necessari alla propria sopravvivenza, il diritto della persona malata assume la consistenza dei diritti dell'*habeas corpus* e trova la sua necessaria e sufficiente giustificazione nel diritto all'intangibilità della propria sfera corporea in tutte le fasi dell'esistenza[24].

L'equiparazione del diritto all'intangibilità corporea al c.d. diritto di morire (comprensivo di suicidio assistito ed eutanasia) determinerebbe un inevitabile ed intollerabile

[23] D.d.l. presentato al Senato in data 26 marzo 2024, S. n. 1083, XIX legislatura, «*Modifiche all'art. 580 del codice penale e modifiche alla legge 22 dicembre 2017, n. 219, in materia di disposizioni anticipate di trattamento e prestazione delle cure palliative»,* in corso di esame in commissione, consultabile in www.senato.it.

[24] Conferma, come detto, la recente sentenza della Corte cost. n. 135 del 2024, in tema di trattamenti di sostegno vitale, commentata da Consulich, F., «La morte medicalmente assistita e la tentazione dell'*overruling*: il significato ambiguo del trattamento di sostegno vitale», *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2024, pp. 1071 ss.

«affievolimento» del primo[25], basti pensare alla necessità di porre nuovamente in discussione la questione dell'obiezione di coscienza dei professionisti della salute[26].

In effetti, le posizioni di chi opera una simile equiparazione nella prospettiva di affermare l'esistenza di un «diritto di morire»[27] rischiano, tra l'altro, di incorrere in un pericoloso contro-effetto: quello di limitare i diritti sanciti dalla legge n. 219 del 2017. In questa prospettiva, si segnala l'impostazione di Massimo Donini, il quale definisce «tre forme di congedo», rispettivamente: «il diritto di rifiutare le cure e di raggiungere così anche un esito terminale (art. 32, comma 2, Cost. e 1, comma 5, l. n. 219/2017); il diritto di essere aiutato a morire mediante tecniche di sedazione profonda continua capaci anche di accelerare il processo terminale (art. 2, comma 2, l. n. 219/2017); il diritto di un aiuto attivo a raggiungere la morte direttamente e per mano propria (Corte cost. n. 242/2019)»[28]. L'Autore prosegue, affermando che «ciò che unisce il *riconoscimento giuridico* (corsivo nel testo) di questi tre diritti quando vengano esercitati con finalità terminale (il che è scontato solo per l'aiuto al suicidio, e salvo che sia richiesto come desiderio di aiuto esistenziale), è la compassione verso il malato che viva sofferenze intollerabili rese possibili dallo stesso stato della medicina, che prolunga artificialmente l'esistenza senza potere eliminare il dolore infinito di certe situazioni patologiche incurabili, anche se non terminali»[29].

In primo luogo, ritengo essenziale rimarcare il fatto che la sedazione palliativa profonda continua è un trattamento sanitario che avvia la persona malata ad una morte

[25] D'altro canto, è stata la stessa Corte costituzionale, nella celebre sentenza n. 242 del 2019, a non riproporre l'idea – prefigurata nella precedente ordinanza n. 207 del 2018 – di introdurre il diritto della persona malata a richiedere l'assistenza al suicidio tramite una modifica della legge n. 219 del 2017. Si sarebbe infatti trattato di un «innesto» di difficile attuazione in un tessuto normativo che si è posto l'obiettivo di valorizzare l'«incontro» tra l'autonomia decisionale del paziente e l'autonomia professionale del medico, con la finalità di superare una pervicace visione paternalistica senza mettere in discussione l'immagine tradizionale del medico costitutiva dello sfondo archetipico della sua professione. Di recente, segnala con incisività la necessità di non disciplinare l'aiuto medico a morire nell'ambito della l. n. 219/2017, in quanto una simile opzione finirebbe per «indebolire l'impianto generale della legge – che deve, invece, essere *in toto* salvaguardata», Pasquino, T., «Sul ruolo delle cure palliative e della terapia del dolore nel fine vita», *Responsabilità medica*, 2022, p. 113.

[26] Si rinvia, oltre che alle osservazioni svolte poc'anzi nel testo, ai contributi richiamati a nota 21.

[27] V., ad esempio, Donini, M., «Il caso Fabo/Cappato fra diritto di non curarsi, diritto a trattamenti terminali e diritto di morire. L'opzione "non penalistica" della Corte costituzionale di fronte a una trilogia inevitabile», in F.S. Marini/C. Cupelli (a cura di), *Il caso Cappato. Riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018*, E.S.I., Napoli, 2019, pp. 113-129 (spec. 121).

[28] Donini, M., «*Libera nos a malo.* I diritti di disporre della propria vita per la neutralizzazione del male», in G. D'Alessandro/O. Di Giovine (a cura di), *La Corte costituzionale e il fine vita. Un confronto interdisciplinare sul caso Cappato-Antoniani*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 228.

[29] *Ibidem.*

naturale e ha come effetto l'annullamento totale della coscienza e un «sonno senza dolore» fino al momento del decesso[30].

In secondo luogo, è necessario avere piena consapevolezza delle conseguenze che potrebbero derivare dal richiamare la *pietas* verso la persona sofferente quale collante delle diverse situazioni impropriamente assimilate. Il rischio è quello di creare una base argomentativa per sostenere una giustificazione «altra» – una sorta di «onere motivazionale» – anche a monte di una richiesta di rifiuto o rinuncia a trattamenti sanitari *life-saving*.

Una simile prospettiva non può essere accolta in quanto si ritiene, all'opposto, che nei casi di richiesta di non attivazione, di sospensione o di interruzione di trattamenti sanitari anche salvavita sul corpo della persona malata – una volta accertato il rifiuto o la rinuncia informati nell'ambito di una approfondita relazione medico-paziente che contempla giustamente anche l'ausilio di servizi di assistenza psicologica (art. 1, comma 5, legge n. 219 del 2017) – non sono necessari ulteriori motivazioni e requisiti. Non è necessario, dunque, alcuno «scrutinio dei cuori» da parte di «agenti compassionevoli», ma una verifica accurata che tutte le informazioni rilevanti siano state comunicate e comprese: la drammaticità delle ragioni che fondano un rifiuto o una rinuncia a trattamenti sanitari necessari alla sopravvivenza comporta che l'investimento emotivo e l'impegno comunicativo, tra i protagonisti della relazione di cura, raggiungano la massima intensità[31].

In definitiva, occorre estrema chiarezza su questo punto. In uno Stato laico, la persona malata ha sempre diritto ad essere curata e (se capace di agire) a rifiutare o rinunciare a trattamenti sanitari anche salva vita: soltanto uno stato etico arriverebbe a

[30] La sedazione palliativa profonda e continua non accelera né ritarda la morte come si desume chiaramente dalla consolidata letteratura specialistica indicata nelle *Linee guida sulla sedazione palliativa dell'adulto*, Siaarti, Sicp, pubblicate nel Sistema Nazionale Linee Guida dell'Istituto Superiore di Sanità, Roma, 11 giugno 2023, con particolare riferimento ai pazienti in fase molto avanzata o terminale di malattia oncologica e cronico-degenerativa. Dunque, «il diritto di dormire per non soffrire prima di morire» (secondo la formula della legge francese Leonetti-Claeys del 2 febbraio 2016) – sancito dall'art. 2, comma 2, della legge n. 219/2017 – non può essere definito un diritto di essere sedato «in forma cripto-eutanasica […] che i vari malati hanno iniziato ad esercitare negli ultimi tempi per non affrontare le lunghe e defaticanti battaglie dei ricorsi amministrativi e giurisdizionali a sostegno delle limitatissime forme di suicidio assistito» (così, invece, Donini, M., «L'inammissibilità del referendum sul fine vita: una politica dei diritti per persone vulnerabili, ma non per quelle vulnerate», *Giurisprudenza costituzionale*, 2022, p. 1197). Pare piuttosto opportuno segnalare che, in Italia, i dati disponibili mostrano da tempo ampie differenze nelle pratiche di erogazione alla sedazione palliativa sia in relazione alle aree geografiche e culturali sia quanto ai diversi *setting* assistenziali – ospedale, *hospice,* assistenza domiciliare (*Cfr.* sul punto le *Linee guida sulla sedazione palliativa dell'adulto,* richiamate *supra*).

[31] L'affermazione che «il tempo della comunicazione tra medico e paziente costituisce tempo di cura» (art. 1, comma 8) si impone, anche in questo contesto, come uno dei passaggi fondamentali della legge n. 219/2017.

spingersi sino a valutare la bontà delle motivazioni del paziente consapevole delle sue decisioni.

Diverse invece sono le coordinate da seguire nel caso della richiesta di aiuto medico a morire (*id est:* morte volontaria medicalmente assistita), dove ritengo che siano assolutamente necessari condizioni e requisiti[32] (v. anche *infra,* § successivo).

Per concludere la riflessione proposta nel presente paragrafo, avendo analizzato alcuni dei «riflessi limitativi» che potrebbero coinvolgere la legge 219 del 2017, ben si comprende perché con energia e preoccupazione segnalo il pericolo di vedere affievolire le conquiste che abbiamo raggiunto con molta fatica e in tanti anni, se non addirittura quello di trovarsi ad assistere al naufragio di buone riforme.

IV. I dilemmi di una disciplina dell'aiuto medico a morire

Una disciplina in materia di aiuto medico a morire esige quindi una decisione da parte del legislatore, che sia figlia di un'autentica opera di bilanciamento, di fronte alla richiesta di essere aiutato a morire indotta da situazioni drammatiche, tra il diritto all'autodeterminazione del paziente e il diritto ad una tutela effettiva delle persone malate in condizioni di sofferenza.

In questa prospettiva, la discussione pubblica dovrebbe assumere come punto di partenza la questione che ho sempre considerato centrale: l'individuazione dei criteri

[32] Su quest'ultimo punto sia consentito rinviare ai miei scritti citati nel presente lavoro (da ultimo, volendo, v. altresì Canestrari, S., «Gli interrogativi di un diritto penale liberale e solidale dinnanzi alle sfide poste dall'aiuto medico a morire», in C. Faralli/S. Canestrari/M. Lanzillotta/L. Risicato (a cura di), *Il punto sull'eutanasia: dal diritto alla letteratura*, Pacini Giuridica, Pisa, 2023, pp. 33 ss. con ulteriori riferimenti bibliografici). L'orientamento dominante della letteratura giuspenalistica condivide questo punto di vista, non riconoscendo un generale «diritto di ciascuno a determinarsi anche in ordine alla fine della propria esistenza». Nella prospettiva ora illustrata, seppur con diverse declinazioni, *Cfr.* altresì, tra gli scritti più recenti, le riflessioni di: Pulitanò, D., «Morte assistita. Forza dei fatti e problemi della politica», *Sistema penale,* 7 luglio 2022; Seminara, S., «Considerazioni sul documento "Disposizioni in materia di aiuto medico a morire"», *BioLaw Journal–Rivista di BioDiritto*, n. 1, 2023, pp. 199 ss.; Consulich, F., «La morte medicalmente assistita e la tentazione dell'*overruling*: il significato ambiguo del trattamento di sostegno vitale», cit., 1071 ss. e Bartoli, R., «Le problematiche del fine vita tra orientamenti della Corte costituzionale e proposta di referendum abrogativo», *Sistema penale*, n. 11, 2021, pp. 5-22. In una diversa prospettiva, si veda, tra gli altri, Tullio Padovani laddove si era espresso a favore dell'ammissibilità della richiesta di referendum sull'abrogazione parziale dell'art. 579 c.p. (Padovani, T., «Riflessioni penalistiche circa l'ammissibilità del referendum sull'art. 579 c.p.», in G. Brunelli/A. Pugiotto/P. Veronesi (a cura di), *La via referendaria al fine vita. Ammissibilità e normativa di risulta del quesito sull'art. 579 c.p.,* Atti del Seminario, Ferrara, 26 novembre 2021, Forum di quaderni costituzionali. Rassegna, I, 2022, pp. 20 ss., pubblicato in www.amicuscuriae.it); a favore dell'ammissibilità del referendum, con argomentazioni coincidenti soltanto in parte con quelle di Padovani, *Cfr.* altresì Donini, M., «Il senso "ammissibile" del quesito referendario sull'aiuto a morire», *Sistema penale,* 30 novembre 2021.

in base ai quali considerare la decisione di chi richiede assistenza al suicidio libera, consapevole e stabile. In numerosi scritti ho affrontato tale problematica e in questa sede mi limito a riproporre in estrema sintesi alcune conclusioni cui sono pervenuto.

(a) Nei casi «tradizionali» di suicidio caratterizzati dalle indecifrabili «ferite dell' anima» – di frequente innescate da esperienze traumatiche: scomparsa di persone care, fallimenti sentimentali, difficoltà economiche, perdita del lavoro, condizioni di vita fortemente disagiate, ecc. – un fecondo dialogo interdisciplinare mi ha condotto a sostenere che non sia possibile stabilire o tipizzare criteri sicuri, né identificare soggetti (periti e/o valutatori) in grado di accertare la «lucidità» e la «stabilità» di una richiesta di agevolazione al suicidio. Di fronte all'ambivalenza, alla mutevolezza di una richiesta di aiuto al suicidio avanzata per ragioni di sofferenza di matrice psicologica o esistenziale da una persona non afflitta da gravi e irreversibili patologie organiche ritengo, dunque, giustificato il divieto di aiuto al suicidio; occorre infatti operare in una prospettiva di prevenzione, in particolare investendo risorse per valorizzare l'attività e il ruolo degli operatori di salute mentale, anche in contesti da troppo tempo colpevolmente trascurati[33].

«Suicidio» e «aiuto medico a morire» (*id est:* morte volontaria medicalmente assistita) non devono essere equiparati: mi preme sottolineare che la diversità tra di essi risiede proprio nella loro «ontologia», da intendersi quale essenza dei due fenomeni in considerazione[34].

A conferma di quanto appena rilevato, anche dalle indagini empiriche emerge che non può esserci una «sovrapponibilità sostanziale» tra i casi di suicidio tradizionale e le cosiddette EAS («*Euthanasia and Assisted Suicide*»). A ben vedere, infatti, la popo-

[33] Si pensi al tragico fenomeno dei suicidi nelle carceri italiane, che dovrebbe sempre sollecitare la nostra sensibilità, con il macabro conteggio quotidiano dei morti (sul tema, il Comitato Nazionale per la Bioetica si era espresso con un importante parere del 25 giugno 2010, *Il suicidio in carcere. Orientamenti bioetici,* pubblicato anche in Canestrari, S., *Bioetica e diritto penale. Materiali per una discussione*, 2.ª ed., Giappichelli, Torino, 2014, pp. 135 ss.).

Di diverso tenore, come appare evidente, la questione relativa alla possibilità di valutare l'esistenza di una specifica forma di «distress psico-esistenziale» che si manifesta in una persona gravemente malata già coinvolta in un percorso clinico di cure palliative. Sul punto, *Cfr.* le considerazioni di Orsi, L., «Uno sguardo medico sull'aiuto a morire», *Bioetica. Rivista interdisciplinare*, 2020, pp. 51 ss.

[34] Canestrari, S., *Ferite dell'anima e corpi prigionieri. Suicidio e aiuto al suicidio nella prospettiva di un diritto liberale e solidale,* Bononia University Press, Bologna, 2021, *passim;* ID., «Gli interrogativi di un diritto penale liberale e solidale dinnanzi alle sfide poste dall'aiuto medico a morire», cit., 35 ss., nonché Canestrari, S., Caproni, M.L., «Suicidio e aiuto al suicidio: diritto e psicoanalisi in dialogo», *disCrimen,* 27 gennaio 2021. In una diversa prospettiva, la recente e approfondita opera monografica dell'illustre filosofo Fornero, G., *Il diritto di andarsene. Filosofia e diritto del fine vita tra presente e futuro,* UTET, Torino, 2023, pp. 65 ss.; 145 ss.; nonché, nell'ambito di un'ampia disamina della mia impostazione, parr. 4.2., 4.3., pp. 133-145; analogamente, v. anche Fornero, G., Rimoli, F., D'Andrea, R., *Diritto di vivere e di morire. Una rivoluzione copernicana. Dialogo tra un filosofo, un costituzionalista e un penalista,* De Agostini, Milano, 2025.

lazione di riferimento dei «suicidi non assistiti» si caratterizza per variabili ben diverse rispetto a quella che si rivolge a pratiche di aiuto medico a morire; da ciò emerge che «suicidi e EAS sono due fenomeni tra loro poco sovrapponibili» e soprattutto che, dal punto di vista empirico, «chi chiede l'accesso alle EAS non sarebbe disponibile a commettere un suicidio non assistito»[35].

(b) Ciò detto, occorre essere pienamente consapevoli che la discussione sugli ambiti di liceità dell'aiuto medico a morire dovrebbe riguardare esclusivamente l'assistenza medica a morire alle persone malate con gravi e irreversibili patologie organiche. In questo contesto è possibile individuare una figura in grado di svolgere il procedimento di verifica, che non può che essere il medico (l'*équipe* medica), con l'ausilio di operatori di salute mentale.

A questo punto, occorre chiedersi in quali costellazioni di casi esistono efficaci criteri di accertamento per valutare la richiesta del paziente – la persona malata in condizioni patologiche gravi, irreversibili e qualificate – di accedere all'aiuto medico a morire.

Per motivi di spazio in questa sede intendo porre in evidenza soltanto alcune delle questioni che ritengo più drammatiche e complesse. Nel caso su cui è stata «modellata» la sentenza n. 242 del 2019 per il medico è stato sicuramente possibile accertare in modo rigoroso una decisione consapevole, libera e stabile di richiedere un aiuto a morire.

Più in generale, con riferimento alle variegate condizioni di un paziente con una malattia grave e irreversibile ma in grado di far cessare da solo la propria esistenza, mi limito qui a sottolineare le difficoltà relative all'accertamento di una decisione libera, consapevole e stabile di richiedere un aiuto medico a morire.

A ben vedere, anche se la verifica di una consapevole e stabile richiesta di avvalersi dell'assistenza medica a morire appare altamente problematica non può certo dirsi preclusa: nello specifico, è necessario tenere sempre presente che la valutazione deve essere effettuata sul caso concreto, evitando «automatismi», analizzando in modo approfondito la storia clinica, le sofferenze fisiche o psicologiche e la capacità decisionale del singolo paziente. In proposito, ritengo comunque decisiva una verifica approfondita sulla circostanza che la richiesta di aiuto medico a morire di «quel paziente» non sia originata dalla mancanza di supporto e assistenza, da un temibile e insidioso «abbandono sanitario».

[35] Colombo, A.D., Dalla Zuanna, G., «La demografia del fine vita», *Rassegna italiana di sociologia*, 2023, pp. 491-534, con ampi riferimenti alle ricerche condotte sui dati olandesi, belgi, svizzeri e degli Stati americani che hanno introdotto le EAS. Gli Autori evidenziano altresì con chiarezza che, nei casi di suicidio propriamente detto, l'azione può essere il frutto di una crisi momentanea o di un episodio di panico (*op. cit.*, p. 35). Sul concetto di suicidio e il suo inquadramento nel sistema penale spagnolo si vedano le profonde e preziose riflessioni del Maestro a cui è dedicato con tanto affetto e profonda stima questo saggio, Romeo CasabonA, C.M., «Suicidio y eutanasia», in C.M. Romeo Casabona (a cura di), *Tratado de Derecho y Envejecimiento*, Fund. Mut. Abog., Wolters Kluwer España, Madrid, 2021, pp. 485 ss.

Si deve comunque prendere atto che i gravi e irreversibili stati patologici sono numerosi e pongono questioni di accertamento delicate, complesse e diversificate: basti pensare alle diverse tipologie di tumore dove le persone malate di frequente alternano sentimenti di disperazione o di rassegnazione ad atteggiamenti «partecipativi» e «combattenti»; oppure alla condizione clinica sempre più diffusa della «polipatologia». A mio avviso, dovrebbe risultare sempre più evidente che l'analisi di queste tematiche richiede un confronto ampio e considerazioni approfondite.

Appare dunque indispensabile un dialogo tra discipline scientifiche, un dibattito pubblico, un confronto (interno alle e) tra le forze politiche, una discussione parlamentare in grado di valorizzare effettivamente le tante competenze specialistiche che devono essere coinvolte. I diversi orientamenti dovrebbero comunque convergere su un aspetto di fondamentale importanza: una richiesta libera e consapevole di aiuto medico a morire è presente solamente in un contesto concreto in cui la persona malata goda di una reale e adeguata assistenza sanitaria (medica, psicologica e psichiatrica) e abbia effettivamente la possibilità – ma non l'obbligo – di accedere a tutte le cure palliative praticabili. Accesso alle cure e supporti adeguati devono essere garantiti a prescindere da quella che sarà la decisione legislativa in materia; una ponderata ed efficace opzione riformatrice presuppone allora una valutazione approfondita della realtà sanitaria del nostro Paese da parte de Parlamento.

V. *Habeas corpus* della persona detenuta in sciopero della fame

Nel riprendere il filo rosso della riflessione, richiamo ancora una volta l'importanza di riconoscere la natura «non contendibile» dell'*habeas corpus*. L'assolutezza di un principio, quale quello dell'intangibilità della sfera corporea, a ben vedere, vive solo se questo «sopravvive» alla realtà dei fatti e se si ha la forza di «pretenderne» la vigenza.

Essere i padroni dei propri corpi e poter scegliere significa avere la possibilità di decidere sui loro destini in conformità con le proprie concezioni morali e i valori con i quali ciascuno definisce la propria esistenza, dall'inizio alla fine[36].

[36] In termini analoghi, Casonato, C., Pugiotto, A., «Il Caso Cospito come sineddoche e il controverso parere del Comitato Nazionale per la Bioetica», *Quaderni costituzionali*, n. 2, 2023, p. 414; v. altresì Botto, M., «Recensione a G. Fornero, Disponibilità e indisponibilità della vita. Una difesa filosofico giuridica del suicidio assistito e dell'eutanasia volontaria [Utet, Milano 2020]», *S&F,* n. 25, 2021, pp. 506 ss., la quale osserva che: «La "corporeità" del singolo – da intendersi come la dimensione empirica che ciascuno ha, in quanto "esistente" – è il mezzo con cui l'individuo, dal momento della nascita, prende contatto con l'esterno, il mondo, l'*altro da sé*. È la libertà "di vivere con se stessi" che fa sì che l'individuo ponga in essere delle scelte, interagisca e segni con le sue decisioni – anche irrimediabilmente – il destino delle vicende e delle esperienze che "cambieranno" *quel corpo* […]».

È questo il cuore argomentativo della minoritaria Posizione (B)[37] del Parere del Comitato Nazionale per la Bioetica (CNB) relativo ai quesiti ministeriali concernenti il cosiddetto «Caso Cospito», dove si è espressa una ferma opposizione al tentativo di «aprire una crepa» nell'applicazione della legge n. 219 del 2017, con riferimento alla drammatica questione dello sciopero della fame nelle carceri.

Occorre infatti ribadire con nettezza che il carattere trasversale del diritto di vivere tutte le fasi della propria esistenza senza subire trattamenti contro la propria volontà, avendo una derivazione logica dal diritto all'intangibilità della sfera corporea di ogni essere umano, si traduce in un'area di libertà «insindacabile», il cui esercizio non può essere limitato da terzi sulla base di una contestazione delle motivazioni che hanno portato il singolo ad operare la sua scelta, né tantomeno in virtù della condizione in cui si trova a vivere[38].

[37] Si veda la Posizione (B) del Parere del Comitato Nazionale per la Bioetica (CNB), *Risposta ai quesiti del Ministero della Giustizia* del 6 marzo 2023, liberamente accessibile e consultabile su https:// bioetica.governo.it. Il documento del CNB – con la parte relativa alle *Riflessioni condivise* e alle diverse posizioni (A) maggioritaria, 19 voti, (B), 9 voti, (C), 2 voti – è stato pubblicato anche su *Sistema penale*, 7 marzo 2023, *Sciopero della fame e interventi salvavita contro la volontà espressa in precedenza dalla persona detenuta: le posizioni emerse in seno al Comitato Nazionale per la Bioetica*, con la scheda di F. Lazzeri. Sottolineo che, oltre ai nove membri del CNB (Canestrari, Caporale, Mori, Savarino, Zuffa, Battaglia, d'Avack, Da Re, Garattini) che hanno sottoscritto la Posizione (B), redatta da chi scrive, la stessa ha ricevuto l'adesione dei membri invitati permanenti della Federazione degli Ordini dei Medici chirurghi e degli odontoiatri, dell'Istituto Superiore di Sanità e della Federazione Nazionale Ordini Veterinari Italiani. *Cfr.*, in senso conforme alla Posizione (B), anche le considerazioni di Casonato, C., Pugiotto, A., «Il Caso Cospito come sineddoche», cit., 414.

[38] Vedi anche *retro* le osservazioni svolte al § III. Così, nella già menzionata Posizione (B), in CNB, *Parere del Comitato Nazionale per la Bioetica (CNB), Risposta ai quesiti del Ministero della Giustizia,* cit., 13 si è concluso rilevando che «non vi sono motivi giuridicamente e bioeticamente fondati che consentano la non applicazione della legge sul consenso informato e le DAT nei confronti di persona detenuta» e ciò vale anche se la stessa ha intrapreso uno sciopero della fame. Sul punto, *Cfr.* le preziose riflessioni di Risicato, L., «Il confine tra ciò che è giusto e ciò che è consentito. Considerazioni a margine del parere del Comitato Nazionale per la Bioetica sul caso Cospito», *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n. 1, 2023, pp. 77 ss.; *Cfr.* altresì Pulitanò, D., «Sciopero della fame e rifiuto di trattamenti salvavita, tra bioetica e diritto», *Diritto penale e processo*, n. 9, 2023, pp. 1117 ss., che non ritiene comunque possibile ricorrere ad una nutrizione artificiale forzata nei confronti della persona detenuta in sciopero della fame. Concorda invece con la Posizione (A) del documento, redatta da Mauro Ronco, Eusebi, L., «Sciopero della fame: è possibile intervenire per evitare la morte?», *disCrimen*, 21 aprile 2023. Secondo la maggioranza del CNB, nel caso di imminente pericolo di vita, quando non si è in grado di accertare la volontà attuale del detenuto, il medico non è esonerato dal porre in essere tutti quegli interventi atti a salvargli la vita (le DAT sono incongrue, e dunque inapplicabili, ove siano subordinate all'ottenimento di beni o alla realizzazione di comportamenti altrui, in quanto utilizzate al di fuori della *ratio* della l. n. 219/2017).

I problemi sollevati dagli scioperi della fame di uno o più soggetti detenuti rilevano, dal punto di vista giuridico, su diversi piani, che coinvolgono anche i presupposti (o meno) per ottemperare alle richieste degli scioperanti e la posizione di garanzia ricoperta dalle autorità penitenziarie: in proposito, *Cfr.*, tra gli

Intraprendere la nutrizione artificiale forzata in carcere, dinnanzi al pericolo di morte di un detenuto che rifiuta liberamente e consapevolmente di nutrirsi, non può dunque dirsi un'opzione accettabile, perché contrasta in primo luogo con il diritto del detenuto di non essere sottoposto a trattamenti sanitari coattivi (artt. 2, 13, 32 Cost.; art. 1, l. 219 del 2017). Inoltre, si pone in antitesi con il diritto alla vita privata tutelato, a livello sovranazionale, dall'art. 8 CEDU, che va letto considerando la consolidata interpretazione della Corte EDU in materia, oltre che, guardando al diritto dell'Unione, con l'art. 3 della Carta di Nizza[39].

Negare che un soggetto sottoposto a restrizione sia libero di autodeterminarsi per la propria condizione è in manifesto contrasto con la finalità rieducativa della pena: il fondamentale principio costituzionale sancito dall'art. 27, comma 3, infatti, muove proprio dall'opposta base di partenza, secondo la quale il detenuto, capace di autodeterminarsi, può risocializzarsi e comprendere il disvalore della propria condotta.

L'idea che aleggia, inoltre, di equiparare il detenuto che rifiuta di alimentarsi all'incapace di intendere e di volere non può essere condivisa[40]: da un lato, anche ammettendo che uno stato di «incapacità» sopraggiunga, si tratterebbe di un indebolimento delle facoltà cognitive che interviene, generalmente, nella fase avanzata dello sciopero della fame[41]; dall'altro, quella di rifiutare il nutrimento è una scelta di protesta

---

altri, nella letteratura giuspenalistica, Fiandaca, G., «Sullo sciopero della fame nelle carceri», *Foro italiano,* II, 1983, pp. 235 ss.; Pulitanò, D., «Sullo sciopero della fame di imputati in custodia preventiva», *Questione giustizia*, 1982, pp. 370 ss.

[39] Si veda Viganò, F., «Diritto penale e diritti della persona», *Sistema penale,* 13 marzo 2023, p. 13. Per un'accurata disamina critica della giurisprudenza in tema di *hunger strike* (sciopero dell'alimentazione, secondo la corretta terminologia della Corte), con particolare riferimento alla recente sentenza dell'8 marzo 2023, *Yakovlyev c. Ukraine* (ric. n. 42010/18), *Cfr.* le riflessioni di Ciuffoletti, S., «Fame, diritto e alimentazione forzata: un'analisi della giurisprudenza CEDU», *Bioetica. Rivista interdisciplinare*, n. 1, 2023, pp. 66 ss., nell'ambito del *Forum* «Analisi della risposta del CNB ai quesiti sul caso Cospito», con interventi anche di: Lorenzo d'Avack (pp. 55 ss.); Enrico Daly (pp. 92 ss.); Grazia Zuffa (pp. 116 ss.) e Maurizio Mori (pp. 128 ss.).

[40] *Cfr.* il documento, frutto delle considerazioni maturate da alcuni componenti del Gruppo di Lavoro *«Un diritto gentile»* e coordinato da Busatta, L., Piccinni, M., Rodriguez, D., Marsico, G., Zatti, P., *Sciopero della fame. I diritti della persona detenuta che rifiuta di alimentarsi e doveri di protezione*, in www.quotidianosanita.it, 22 febbraio 2023, ove si evidenzia che, anzitutto, «il medico ha il dovere di pianificare con la persona detenuta come procedere; ciò è possibile ricorrendo alla pianificazione delle cure (PCC), prevista dall'art. 5 della legge n. 219 del 2017».

[41] In proposito, *Cfr.* la posizione di Zatti, P., «Sciopero della fame e diritti della persona detenuta che rifiuta di alimentarsi», *P&D,* 21 marzo 2023, laddove afferma con chiarezza la possibilità per il detenuto, nel caso di sua incapacità, di esprimere la propria volontà – anche nella forma del rifiuto ai trattamenti sanitari salvavita – mediante le disposizioni anticipate di trattamento (DAT), le quali possono essere disattese soltanto nei casi espressamente previsti dall'art. 4, comma 5, della l. n. 219 del 2017.

maturata e perseguita ben prima di vertere in tale condizione. Sarebbe particolarmente grave invocare la vulnerabilità della persona detenuta per negarne la soggettività[42].

Sia consentito, da ultimo, un riferimento ancora alla questione del «suicidio» e alla sua impropria equiparazione alla condizione del detenuto in sciopero della fame mediante la quale si è operato il tentativo di creare una base argomentativa che giustificasse il ricorso alla nutrizione artificiale forzata. Si ritiene, in proposito, di voler ribadire con fermezza che «il gesto di chi rifiuta di nutrirsi, consistente nella messa a repentaglio della propria vita, è rivolto a finalità diverse rispetto alla morte, esito sì accettato, ma non perseguito», in quanto lo sciopero della fame è per sua stessa natura una «seppur "estrema", modalità di comunicazione»[43], che può essere orientata da motivazioni e scopi diversi (afferenti alla propria condizione personale oppure a carattere generale, fino ad arrivare ad istanze che potremmo qualificare come politiche). Pertanto, qualsiasi equiparazione in tal senso finisce col confondere vicende che *in re ipsa* appartengono a categorie diverse[44] e a uniformare i relativi approcci alla materia, nonché i princìpi che vengono ad essere richiamati.

Il contrasto con la dignità (artt. 2 e 32 Cost.) di un trattamento sanitario contrario alla volontà della persona interessata, traducendosi in una lesione della sua autodeterminazione, della sua libertà morale e della sua integrità fisica, rende il ricorso alla nutrizione artificiale forzata una evidente violazione dei princìpi fondamentali su cui è edificato l'ordinamento italiano. Pertanto, risulta impossibile configurare eventuali «doveri di intervenire» in capo ai medici chiamati a nutrire artificialmente.

In proposito, si deve porre in evidenza – come sottolinea anche la citata sentenza della Corte EDU (*Yakovilev c. Ucraina* dell'8 marzo 2023) – che, diversamente, esiste l'obbligo di accertare una piena comprensione del paziente detenuto delle conseguenze mediche dello sciopero dell'alimentazione, il quale si accompagna al dovere di rispettare il principio di una comunicazione continua tra medico e paziente durante lo sciopero e quello di verificare la volontarietà della scelta (tenendo conto che tale accertamento può risultare particolarmente complesso in situazioni di scioperi della fame collettivi dove

[42] Sul punto *Cfr.*, in commento al citato parere del CNB, l'opinione di Zuffa, G., «Caso Cospito. Sul parere del Comitato Nazionale per la Bioetica», in https://centroriformastato.it, la quale evidenzia e «avanza riserve nell'inquadramento della questione, fra (diritto alla) autodeterminazione alla persona detenuta rispetto alla sua salute e dovere dello Stato di proteggere la salute e la vita di quella stessa persona in quanto a lui affidata. Il fatto stesso che tale dovere di protezione si traduca, come in questo caso, nell'ipotesi di sospendere un diritto fondamentale è indizio di quanto tale cornice etico-concettuale sia debole, per non dire ingannevole».

[43] Si veda la Posizione (B) del *Parere del Comitato Nazionale per la Bioetica (CNB), Risposta ai quesiti del Ministero della Giustizia,* cit., 9.

[44] Come si è già ricordato a nota 33, la questione del suicidio in carcere è stata ampiamente affrontata dal Comitato Nazionale per la Bioetica in un documento ad *hoc*, CNB, *Suicidio in carcere. Orientamenti bioetici* del 25 giugno 2010 (consultabile su https://bioetica.governo.it).

la pressione di altri detenuti può essere un fattore determinante). Ciò posto, ribadisco che la condizione di detenzione non può essere richiamata per giustificare interventi coattivi, in quanto non implica di per sé una riduzione della capacità di assumere un rifiuto informato e consapevole di trattamenti sanitari anche salvavita[45].

A chiusura della presente riflessione, dunque, non può che ribadirsi quanto l'*habeas corpus,* così come i diritti che da esso discendono, attenga al legame inscindibile tra *qualsiasi corpo* e *qualsiasi titolare*[46]. È imprescindibile, dunque, che la persona detenuta che decida di rifiutare di nutrirsi sia sempre assistita dal personale sanitario con ogni azione di sostegno e, qualora si dovesse giungere ad una fase terminale, non sia costretta ad una nutrizione forzata artificiale, ma venga accompagnata verso una morte dignitosa con un'appropriata terapia del dolore e l'erogazione di tutte le cure palliative praticabili[47].

[45] La dottrina più sensibile si oppone con nettezza al ricorso allo stato di necessità per sottoporre la persona detenuta ad una nutrizione artificiale forzata: nell'ambito degli scritti più recenti, Viganò, F., «Diritto penale e diritti della persona», cit., p. 13; Cavaliere, A., «'Diritti' anziché 'beni giuridici' e 'principi' in diritto penale?», *Sistema penale*, n. 10, 2023, p. 78; Risicato, L., *op. cit.*, pp. 77 ss. (laddove riprende anche le considerazioni di Fiandaca, G., «Sullo sciopero della fame nelle carceri», cit., p. 240).

[46] Così, nella già menzionata Posizione (B), in CNB, *Parere del Comitato Nazionale per la Bioetica (CNB), Risposta ai quesiti del Ministero della Giustizia,* cit., 13, si è concluso rilevando che: «Non vi sono motivi giuridicamente e bioeticamente fondati che consentano la non applicazione della legge n. 219 del 2017 ("Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento") nei confronti della persona detenuta e, per le ragioni che si sono esposte, ciò vale anche se questa ha intrapreso uno sciopero della fame». Con la medesima chiarezza *Cfr.* il documento del Gruppo di lavoro *«Un diritto gentile»,* cit., secondo cui «[…] non risultano né nell'ordinamento penitenziario né nelle leggi speciali che regolano lo *status* giuridico delle persone sottoposte a limitazioni delle libertà personale, disposizioni che consentano di procedere alla nutrizione forzata della persona detenuta che rifiuta di alimentarsi. Il mero fatto che un individuo si trovi sottoposto ad una limitazione della libertà personale, perché detenuto, non comprime la sua dignità umana, né trasferisce la disponibilità dei suoi diritti fondamentali in capo alle autorità».

[47] Ritengo fondamentale riportare l'articolo 53 del Codice di Deontologia medica (2014) inerente direttamente al tema: «Il medico informa la persona capace sulle conseguenze che un rifiuto protratto di alimentarsi comporta sulla sua salute, ne documenta la volontà e continua l'assistenza, non assumendo iniziative costrittive né collaborando a procedure coattive di alimentazione o nutrizione artificiale» (sul punto, *Cfr.* anche le considerazioni di Casonato, C., «Salute e carcere: la posizione del Comitato Nazionale per la Bioetica», in G. Fornasari/A. Menghini (a cura di), *Salute e carcere*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2023, pp. 50 ss.). Di estrema importanza anche i punti 5, 6 e 23 della *Dichiarazione di Malta* (1991, aggiornata al 2017) della *World Medical Association* sull'alimentazione forzata. Alla *Dichiarazione di Malta* e alle linee guida concernenti la tortura e i trattamenti crudeli, umani e degradanti di persone detenute fa riferimento anche la citata sentenza della Corte EDU nel caso *Yakovlyev c. Ukraine*: nel 2018 il ricorrente iniziava uno sciopero dell'alimentazione, insieme ad altri detenuti, per protestare contro le condizioni di detenzione subite nel carcere di Zamkova. In seguito, su ordine del Tribunale di Izyaslav, il detenuto veniva sottoposto ad alimentazione forzata per cinque giorni consecutivi: la procedura, secondo il racconto del ricorrente, durava da trenta a novanta minuti, in condizione di contenzione tramite ammanettamento con le mani dietro la schiena e trattenimento a opera di diversi agenti penitenziari, uno

VI. *Habeas corpus* della persona malata e illegittimità della contenzione meccanica

Il principio dell'intangibilità del corpo umano va rimarcato anche di fronte alle «nuove frontiere» della tutela della libertà personale che non coincidono con l'originaria idea dell'*habeas corpus* e si riferiscono a contesti sanitari.

In questa sede ci limitiamo a fare riferimento alla questione della legittimità dell'applicazione di misure di contenzione meccanica (*mechanical restraint*): si tratta dell'utilizzo di dispositivi applicabili al corpo o allo spazio circostante la persona per limitarne la libertà dei movimenti volontari. La contenzione meccanica deve essere ricondotta dunque al *genus* delle misure coercitive, ossia quegli interventi che prescindono o non trovano il consenso del paziente: si fa riferimento alla «legatura», ai mezzi applicati alla persona malata allettata o seduta volti a limitare la libertà di movimento dell'intero corpo o di parti di esso (dai bracciali per immobilizzare polsi e caviglie, dalle fasce addominali per bloccare al letto o alla carrozzina, alle fasce pelviche, ecc.).

I soggetti più esposti alla contenzione meccanica sono i pazienti psichiatrici e gli anziani: l'uso di tali misure coercitive non può essere inquadrato nell'ambito concettuale degli atti medici o sanitari e non persegue finalità terapeutiche[48]: al contrario, la contenzione meccanica è una pratica pericolosa per la salute fisica e mentale. I rischi fisici includono conseguenze osteomuscolari, alterazioni della funzione cardiaca ed epatica e, nei casi più gravi, complicanze tromboembolitiche con esito letale[49]. Per ciò che riguarda i rischi per la salute mentale sono ampiamente documentati i disturbi post-traumatici

---

dei quali inseriva con forza uno speciale tubo di gomma in profondità nella sua gola causandogli gravi dolori e soffocamento.

[48] In questa prospettiva, si segnala, tra le altre pronunce, la nota sentenza Mastrogiovanni (Cass. pen., Sez. V, 7 novembre 2018, n. 50497) che afferma con particolare chiarezza che la contenzione costituisce «un presidio restrittivo della libertà personale che non ha né una finalità curativa né produce materialmente l'effetto di migliorare le condizioni di salute del paziente […] svolgendo una mera funzione di tipo "cautelare", essendo diretta a salvaguardare l'integrità fisica del paziente, o di coloro che vengono a contatto con quest'ultimo, allorquando ricorra una situazione di concreto pericolo per l'incolumità dei medesimi».

In riferimento alla Corte di Strasburgo, la recentissima sentenza *Lavorgna c. Italia* (Corte EDU, 7 novembre 2024, (ric. n. 8436/21), riguardo alla quale si veda la scheda di sintesi su www.sistemapenale.it pubblicata l'8 novembre 2024, *Contenzione meccanica prolungata in una struttura psichiatrica: la Corte EDU condanna l'Italia per violazione dell'art. 3 CEDU*) ha riscontrato unanime – nel caso di un ragazzo diciannovenne, contenuto fisicamente per otto giorni, e nel complesso per ventuno giorni, se si considera anche la contenzione chimica – la violazione dell'art. 3 CEDU sia nel suo profilo sostanziale sia in quello procedurale.

[49] In proposito, si veda lo studio di Kersting, X.A.K., Hirsch, S., Steinert, T., «Physical Arm and Death in the Context of Coercive Measures in Psychiatric Patients. A Systematic Review», *Frontiers in Psychiatry*, 2019, pp. 10 ss.

da stress nelle persone sottoposte a contenzione meccanica e vengono posti in evidenza anche quelli nelle persone che attuano o assistono a pratiche di contenzione[50].

La consapevolezza che la contenzione non costituisce un atto terapeutico assume un significato pregnante e comporta conseguenze di fondamentale importanza: resta escluso, infatti, che essa possa ricadere nell'ambito di applicazione dell'art. 32 Cost. Pertanto, la contenzione può essere ammissibile solamente ove ricorrano i presupposti richiesti dall'articolo 13 Cost., che impone, per qualsiasi restrizione della libertà personale, una riserva di legge, che ha natura assoluta, e una riserva di giurisdizione (che esige un atto motivato dall'autorità giudiziaria). L'art. 13 Cost. infatti «appronta una tutela che è centrale nel disegno costituzionale, avendo ad oggetto un diritto inviolabile, quello della libertà personale, rientrante tra i valori supremi, quale indefettibile nucleo essenziale dell'individuo, non diversamente dal contiguo e strettamente connesso diritto alla vita ed all'integrità fisica, con il quale concorre a costituire la matrice prima di ogni altro diritto, costituzionalmente protetto della persona»[51].

Preso atto dell'assenza di un ancoraggio normativo alla pratica della contenzione[52], la «legatura» del paziente – che può integrare la disposizione incriminatrice del sequestro di persona (art. 605 c.p.)[53] – non può trovare giustificazione nella scriminante dell'adempimento di un dovere (art. 51 c.p.), ma eventualmente in quelle della legittima difesa (art. 52 c.p.) e dello stato di necessità (art. 54 c.p.), nelle ipotesi di soccorso difensivo o di necessità[54].

Sotto il profilo dell'inquadramento normativo, dunque, la contenzione meccanica si pone al di fuori della sfera di liceità. Il discorso non si esaurisce in un'ottica pura-

[50] *Cfr.* Fioritti, A., Marcacci, T., «Coercion in Europe», in A. Molodynski/J. Rugdasa/T. Burns (a cura di), *Coercion in Community Mental Health Care: International Perspectives*, Oxford University Press, Oxford, 2016, pp. 289 ss.

[51] Corte cost., 9 luglio 1996, n. 238; nella successiva giurisprudenza costituzionale *Cfr.* altresì, tra le altre pronunce, Corte cost., 10 aprile 2001, n. 105; Corte cost., 25 luglio 2001, n. 298 e Corte cost., 6 dicembre 2001, n. 388.

[52] Si deve ritenere che l'art. 60 R.D. 16 agosto 1909, n. 615 recante il «*Regolamento sui manicomi e sugli alienati*», che autorizzava la contenzione meccanica del paziente psichiatrico, sia stato abrogato dalla legge 13 maggio 1978, n. 180 (così, di recente, Cass. pen., Sez. V, 20 giugno 2018, n. 50497, in www.penalecontemporaneo.it, 10 dicembre 2018, con nota di F. Lazzeri).

[53] Aggravato, ai sensi dell'art. 61, n. 11-*sexies*, dal fatto di «aver, nei delitti non colposi, commesso il fatto in danno di persone ricoverate presso strutture sanitarie o presso strutture sociosanitarie residenziali o semiresidenziali, pubbliche o private, ovvero presso strutture socio-educative». In giurisprudenza, si è fatto riferimento anche ai reati di violenza privata (art. 610 c.p.), di maltrattamenti contro familiari e conviventi (art. 572 c.p.), di abuso di mezzi di correzione o di disciplina (art. 571 c.p.), riferimenti in Salvi, C., «È il momento di slegare», *Diritto penale e uomo*, 2 febbraio 2022, 1 ss.

[54] Così, con chiarezza, Dodaro, G., «Tutela penale della libertà personale e culture del controllo in psichiatria», *Diritto penale contemporaneo–Rivista trimestrale*, n. 3, 2020, p. 394 s. e, nella giurisprudenza, la già citata pronuncia, Cass. pen., Sez. V, 20 giugno 2018, n. 50497.

mente normativa: in effetti, rappresenta ormai un patrimonio comune l'idea che una visione paternalistica del rapporto tra medico e paziente non sia più sostenibile. Questa relazione deve essere letta con uno sguardo radicalmente diverso rispetto al passato: anzitutto, assegnando un rilievo preminente – in sintonia a quanto avviene, in modo ormai sedimentato, nelle esperienze di cultura angloamericana – all'*habeas corpus*[55].

In questa prospettiva, ha svolto un ruolo di fondamentale importanza il parere del Comitato nazionale per la Bioetica, *La contenzione: problemi bioetici*, del 23 aprile 2015[56]. Per sintetizzare la presa di posizione del CNB ritengo utile riportare testualmente alcune parole del parere, che testimoniano l'importanza di una svolta anche sul piano culturale. In particolare, in un riassuntivo passaggio vi si legge che «il ricorso alle tecniche di contenzione meccanica deve rappresentare l'*extrema ratio* e si deve ritenere che – anche nell'ambito del Trattamento Sanitario Obbligatorio – possa avvenire solamente in situazioni di reale necessità e urgenza, in modo proporzionato alle esigenze concrete, utilizzando le modalità meno invasive e solamente per il tempo necessario al superamento delle condizioni che abbiano indotto a ricorrervi. In altre parole, non può essere sufficiente che il paziente versi in uno stato di mera agitazione, bensì sarà necessaria, perché la contenzione venga "giustificata", la presenza di un pericolo grave e attuale che il malato compia atti auto-lesivi o commetta un reato contro la persona nei confronti di terzi. Nel momento in cui tale pericolo viene meno, il trattamento contenitivo deve cessare».

Nelle raccomandazioni formulate nella parte finale del documento e rivolte anche agli attori istituzionali, in particolare Governo e Regioni, il CNB, dopo aver preso atto e condannato l'applicazione estensiva della contenzione, esorta a: «Predisporre programmi finalizzati al superamento della contenzione nell'ambito della promozione di una cultura generale della cura rispettosa dei diritti, agendo sui modelli organizzativi dei servizi e sulla formazione del personale»[57]. In questa direzione, desidero sottolineare con grande soddisfazione che due Regioni italiane, l'Emilia- Romagna e il Friuli-Venezia Giulia, dopo avere attuato strategie per l'azzeramento della contenzione meccanica nei servizi

[55] Sulla valenza dell'*habeas corpus,* nell'accezione qui accolta in riferimento al contesto sanitario, si consenta di rinviare anche alle mie riflessioni in Canestrari, S., *Principi di biodiritto penale*, 1.ª ed., Il Mulino, Bologna, 2015, pp. 12 ss.; 81 ss.

[56] A tale riguardo, non è secondario sottolineare che tale documento, redatto dalla Prof.ssa Grazia Zuffa e dal sottoscritto, è stato votato all'unanimità, *Cfr.* https://bioetica.governo.it/media/1808/p120_2015_la-contenzione-problemi-bioetici_it.pdf.

[57] Sul punto, *Cfr.* Canestrari, S., «La contenzione: Il parere del Comitato Nazionale per la Bioetica», in Azienda USL di Bologna (a cura di), *Liberi dalla contenzione. Il percorso di superamento della contenzione dell'Azienda USL di Bologna*, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna (RN), 2017, pp. 31 ss.

di psichiatria, hanno esteso l'obiettivo «contenzione zero» a tutta la rete dei reparti ospedalieri e delle residenze per anziani e disabili[58].

In definitiva, il ricorso alla contenzione meccanica non determina l'insorgenza di una responsabilità penale soltanto quando esso possa essere considerato abusivo: la contenzione meccanica, che non può rientrare nell'ambito concettuale degli atti medici, comporta di per sé una violazione dell'*habeas corpus*, dei diritti fondamentali della persona umana.

In chiusura del presente contributo, desidero tracciare una linea che riprenda quanto si è ribadito sin all'inizio della riflessione. Il percorso che si è snodato nelle pagine dello scritto, invero, ha condotto a evidenziare i motivi per cui il giurista penalista continua ad avvertire la necessità di affermare con forza la vigenza di un principio che costituisce una delle fondamenta dello Stato di diritto. La diversità delle situazioni che si sono prese in considerazione – dall'inizio e fine vita, sino allo sciopero della fame dei detenuti e alla contenzione meccanica – consente infatti di rilevare come i contesti in cui la persona corre il pericolo di non vedersi garantito il diritto alla sovranità su se stessa sono molteplici e, pertanto, la difesa *dell'habeas corpus* assume più che mai una valenza concreta e decisiva.

VII. **Bibliografia**

Barbera, Augusto, «Un moderno "Habeas Corpus"?», in AA. VV., *Costituzione, economia, globalizzazione. Liber amicorum in onore di Carlo Amirante*, E.S.I, Napoli, 2013, p. 57.

Bartoli, Roberto, «Le problematiche del fine vita tra orientamenti della Corte costituzionale e proposta di referendum abrogativo», *Sistema penale*, Num. 11, 2021, pp. 5-22.

Botto, Matilde, «Recensione a G. Fornero, Disponibilità e indisponibilità della vita. Una difesa filosofico giuridica del suicidio assistito e dell'eutanasia volontaria [Utet, Milano 2020]», *S&F,* Num. 25, 2021, pp. 502-521.

Busatta, Lucia, Piccinni, Mariassunta, Rodriguez, Daniele, Marsico, Gaia, Zatti, Paolo (coord.), *Sciopero della fame. I diritti della persona detenuta che rifiuta di alimentarsi e doveri di protezione*, in www.quotidianosanita.it, 22 febbraio 2023.

Canestrari, Stefano, *Bioetica e diritto penale. Materiali per una discussione*, 2.ª ed., Giappichelli, Torino, 2014.

— *Principi di biodiritto penale*, 1.ª ed., Il Mulino, Bologna, 2015.

[58] Per ciò che riguarda l'Emilia-Romagna, si veda il documento «*Buone pratiche per la prevenzione della contenzione in ospedale*», approvato il febbraio del 2021 (Bollettino n. 74 del 18 marzo 2021 (Parte Seconda), «Approvazione del documento di indirizzo tecnico alle strutture sanitarie della Regione in materia di buone pratiche per la prevenzione della contenzione», liberamente consultabile su https://bur.regione.emilia-romagna.it/).

Esiste quindi la possibilità di sostenere con forza la praticabilità dell'approccio *No Restraint*, che sembra invece venire oggi posto in discussione in sede parlamentare: al Senato nel mese di settembre del 2024 è iniziata, in sede redigente, la discussione dei disegni di legge presentati da diversi gruppi parlamentari in tema di tutela della salute mentale.

— «La contenzione: parere del Comitato Nazionale per la Bioetica», in Azienda USL di Bologna (a cura di), *Liberi dalla contenzione. Il percorso di superamento della contenzione dell'Azienda USL di Bologna*, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna (RN), 2017, pp. 31-38.
— «La legge n. 219 del 2017 in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento», *La legislazione penale,* 19 dicembre 2018, pp. 1-19.
— *Ferite dell'anima e corpi prigionieri, Suicidio e aiuto al suicidio nella prospettiva di un diritto liberale e solidale*, Bononia University Press, Bologna, 2021.
— *Principi di biodiritto penale*, 2.ª ed., Il Mulino, Bologna, 2023.
— «Gli interrogativi di un diritto penale liberale e solidale dinnanzi alle sfide poste dall'aiuto medico a morire», in Carla Faralli / Stefano Canestrari / Monica Lanzillotta / Lucia Risicato (a cura di), *Il punto sull'eutanasia: dal diritto alla letteratura*, Pacini Giuridica, Pisa, 2023, p. 35-54.
— Caproni, Maria Letizia, «Suicidio e aiuto al suicidio: diritto e psicoanalisi in dialogo», *disCrimen,* 27 gennaio 2021, pp. 1-25.
Casonato, Carlo, «Salute e carcere: la posizione del Comitato Nazionale per la Bioetica», in Gabriele Fornasari/Antonia Menghini (a cura di), *Salute e carcere*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2023, pp. 43-56.
— Pugiotto, Andrea, «Il Caso Cospito come sineddoche e il controverso parere del Comitato Nazionale per la Bioetica», *Quaderni costituzionali*, Num. 2, 2023, pp. 411-413.
Cavaliere, Antonio, «'Diritti' anziché 'beni giuridici' e 'principi' in diritto penale?», *Sistema penale*, Num. 10, 2023, pp. 63-92.
Ciuffoletti, Sofia, «Fame, diritto e alimentazione forzata: un'analisi della giurisprudenza CEDU», *Bioetica. Rivista interdisciplinare*, Num. 1, 2023, pp. 66-91.
Colombo, Asher Daniel, Dalla Zuanna, Gianpiero, «La demografia del fine vita», *Rassegna italiana di sociologia*, 2023, pp. 491-534.
Consulich, Federico, «La morte medicalmente assistita e la tentazione dell'*overruling*: il significato ambiguo del trattamento di sostegno vitale», *Rivista italiana di diritto e procedura penale,* 2024, pp. 1071-1101.
Dodaro, Giandomenico, «Tutela penale della libertà personale e culture del controllo in psichiatria», *Diritto penale contemporaneo–Rivista trimestrale*, Num. 3, 2020, pp. 388-400.
Donini, Massimo, «Il caso Fabo/Cappato fra diritto di non curarsi, diritto a trattamenti terminali e diritto di morire. L'opzione "non penalistica" della Corte costituzionale di fronte a una trilogia inevitabile», in Francesco Saverio MARINI / Cristiano CUPELLI (a cura di), *Il caso Cappato. Riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018*, E.S.I., Napoli, 2019, pp. 113-130.
— «*Libera nos a malo.* I diritti di disporre della propria vita per la neutralizzazione del male», in Giovanni D'Alessandro / Ombretta Di Giovine (a cura di), *La Corte costituzionale e il fine vita. Un confronto interdisciplinare sul caso Cappato-Antoniani*, Giappichelli, Torino, 2020, pp. 205-236.
— «Il senso "ammissibile" del quesito referendario sull'aiuto a morire», *Sistema penale,* 30 novembre 2021, pp. 1-6.
— «L'inammissibilità del referendum sul fine vita: una politica dei diritti per persone vulnerabili, ma non per quelle vulnerate», *Giurisprudenza costituzionale*, 2022, pp. 1189-1201.
Eusebi, Luciano, «Sciopero della fame: è possibile intervenire per evitare la morte?», *disCrimen*, 21 aprile 2023, pp. 1-4.
Facchi, Alessandra, «Sulle radici della proprietà di sé», *Materiali per una storia della cultura giuridica,* Num. 2, 2018, pp. 427-442.

FERRAJOLI, Luigi, «Diritti fondamentali e bioetica. La questione dell'embrione», in Stefano RODOTÀ/ Paolo ZATTI (diretto da), *Trattato di biodiritto*, vol. *Ambito e fonti del biodiritto,* a cura di Stefano RODOTÀ / Mariachiara TALLACCHINI, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 231-258.

FIANDACA, Giovanni, «Sullo sciopero della fame nelle carceri», *Foro italiano,* II, 1983, pp. 235-242.

FIORITTI, Angelo, MARCACCI, Thomas, «Coercion in Europe», in Andrew MOLODYNSKI / Jorun RUGDASA/Tom BURNS (a cura di), *Coercion in Community Mental Health Care: International Perspectives*, Oxford University Press, Oxford, 2016, pp. 289-300.

FORNERO, Giovanni, *Il diritto di andarsene. Filosofia e diritto del fine vita tra presente e futuro*, UTET, Torino, 2023.

FRANCESCUTTO, Sofia, «L'aborto ostacolato», *il Mulino,* Num. 4, 2017, pp. 612-619.

GATTA, Gian Luigi «Surrogazione di maternità come "reato universale"? A proposito di tre proposte di legge all'esame del Parlamento», *Sistema penale*, Num. 5, 2023, pp. 153-156.

GIUBILINI, Alberto, MINERVA, Francesca, «After-birth Abortion: Why Should the Baby Live?», *Journal of Medical Ethics*, Vol. 39, Num. 5, 2013, pp. 261-263.

KERSTING, Xenia A.K., HIRSCH, Sophie, STEINERT, Tilman, «Physical Arm and Death in the Context of Coercive Measures in Psychiatric Patients. A Systematic Review», *Frontiers in Psychiatry*, 2019, pp. 1-19.

LOCKE, John, *Second treatise of government* (1690), Hackett Pub. Co. Inc., Indianapolis, 1980.

MANACORDA, Stefano, COLACURCI Marco, «Il reato universale? Una riflessione critica sul ricorso alla extraterritorialità nel sistema penale italiano», *Arch. pen.* (web), Num. 3, 2024, pp. 1-35

MILL, John Stuart, *Saggio sulla libertà* (1859), trad. it., Il Saggiatore, Milano, 1991.

ORSI, Luciano, «Uno sguardo medico sull'aiuto a morire», *Bioetica. Rivista interdisciplinare*, 2020, pp. 51-71.

PADOVANI, Tullio, «Riflessioni penalistiche circa l'ammissibilità del referendum sull'art. 579 c.p.», in Giuditta BRUNELLI / Andrea PUGIOTTO / Paolo VERONESI (a cura di), *La via referendaria al fine vita. Ammissibilità e normativa di risulta del quesito sull'art. 579 c.p.*, Atti del Seminario, Ferrara, 26 novembre 2021, Forum di quaderni costituzionali. Rassegna, I, 2022, p. 20. Pubblicato in www.amicuscuriae.it

PASQUINO, Teresa, «Sul ruolo delle cure palliative e della terapia del dolore nel fine vita», *Responsabilità medica*, 2022, pp. 113-116.

PAZÉ, Valentina, *Libertà in vendita*, Bollati Boringhieri, Torino, 2023.

PULITANÒ, Domenico, «Sullo sciopero della fame di imputati in custodia preventiva», *Questione giustizia*, 1982, pp. 369-380.

— «Morte assistita. Forza dei fatti e problemi della politica», *Sistema penale,* 7 luglio 2022, pp. 1-13.

— «Sciopero della fame e rifiuto di trattamenti salvavita, tra bioetica e diritto», *Diritto penale e processo*, Num. 9, 2023, pp. 1117-1120.

— «Sulle attuali politiche del diritto penale», *Sistema penale,* 1 giugno 2023, pp. 1-17.

RISICATO, Lucia, «Il confine tra ciò che è giusto e ciò che è consentito. Considerazioni a margine del parere del Comitato Nazionale per la Bioetica sul caso Cospito», *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Num. 1, 2023, pp. 77-89.

RODOTÀ, Stefano, «Il nuovo *habeas corpus*: la persona costituzionalizzata e la sua autodeterminazione», in Stefano RODOTÀ / Paolo ZATTI (diretto da), *Trattato di biodiritto*, vol. *Ambito e fonti del biodiritto,* a cura di Stefano RODOTÀ / Mariachiara TALLACCHINI, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 169-230.

— «Dal soggetto alla persona. Trasformazioni di una categoria giuridica», *Filosofia politica,* Num. 3, 2017, pp. 365-377.

Romeo Casabona, Carlos María, «Suicidio y eutanasia», in Carlos María Romeo Casabona (a cura di), *Tratado de Derecho y Envejecimiento*, Fund. Mut. Abog., Wolters Kluwer España, Madrid, 2021, pp. 483-539.

Rousseau, Jean-Jacques, *Il contratto sociale,* trad. it., Feltrinelli, Milano, 2003.

Salvi, Clementina, «È il momento di slegare», *Diritto penale e uomo*, 2 febbraio 2022, pp. 1-20.

Seminara, Sergio, «La dimensione del corpo nel diritto penale», in Stefano Rodotà / Paolo Zatti (diretto da), *Trattato di biodiritto*, tomo I, *Il governo del corpo*, a cura di Stefano Canestrari / Gilda Ferrando / Cosimo Marco Mazzoni / Stefano Rodotà / Paolo Zatti, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 189-230.

— «Considerazioni sul documento "Disposizioni in materia di aiuto medico a morire"», *BioLaw Journal–Rivista di BioDiritto*, Num. 1, 2023, pp. 199-202.

Singer, Peter, *Practical Ethics*, Cambridge University Press, Cambridge, 1979.

Tooley, Michael, «Abortion and Infanticide», *Philosophy and Public Affairs*, Num. 24, Vol. 2, 972, pp. 37-65.

Vallini, Antonio, «Il significato giuridico-penale del previo dissenso verso le cure del paziente in stato di incoscienza», *Rivista italiana diritto e procedura penale*, 1998, pp. 1426-1436.

Veronesi, Paolo, «Uno statuto costituzionale del corpo», in Stefano Rodotà / Paolo Zatti (diretto da), *Trattato di biodiritto*, tomo I, *Il governo del corpo*, a cura di Stefano Canestrari / Gilda Ferrando / Cosimo Marco Mazzoni / Stefano Rodotà / Paolo Zatti, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 137-172.

Viganò, Francesco, «Diritto penale e diritti della persona», *Sistema penale,* 13 marzo 2023, pp. 1-26.

Zatti, Paolo, «Principi e forme del "governo del corpo"», in Stefano Rodotà / Paolo Zatti (diretto da), *Trattato di biodiritto*, tomo I, *Il governo del corpo*, a cura di Stefano Canestrari / Gilda Ferrando / Cosimo Marco Mazzoni / Stefano Rodotà / Paolo Zatti, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 99-136.

— «Sciopero della fame e diritti della persona detenuta che rifiuta di alimentarsi», *P&D,* 21 marzo 2023.

Zuffa, Grazia, «Caso Cospito. Sul parere del Comitato Nazionale per la Bioetica», in https://centroriformastato.it, 17 marzo 2023, pp. 1-6.

5

EMOCIONES, MOTIVOS Y ATENUACIÓN POR CELO DE LA JUSTICIA

Juan Pablo Castillo Morales*
Profesor de Derecho penal Universidad Alberto Hurtado (Santiago, Chile)

SUMARIO: I. Introducción. II. ¿Obrar por celo de la justicia puede homologarse a un «motivo de particular valor moral o social»? Breve ejercicio de comparación jurídica. II.1. La discusión extrapenal en torno a motivos y emociones. II.2. La referencia a los órdenes social y moral. III. Sobre la necesidad de una teoría general de las emociones a partir de un caso paradigmático. Conclusiones. IV. Bibliografía.

I. Introducción

La circunstancia atenuante de «obrar por celo de la justicia», prevista en el artículo 11.10 Código penal chileno (1874) constituye un producto inédito del legislador penal nacional. Conforme describe su reiterada reconstrucción histórica, no existía en los modelos de referencia —los códigos penales belga y español— ninguna atenuante de estas características. Sobre esta particularidad histórica —sin ninguna incidencia de cara a corolarios interpretativos en torno a su alcance— da cuenta buena parte de la doctrina nacional, la cual le ha destinado un tratamiento que reproduce acríticamente los términos en que se gestó en el seno de la Comisión redactora, obviando otras dimensiones potencialmente claves de la circunstancia.

* En la memoria del profesor Dr. Carlos Romeo Casabona, cuya bondad, humildad, modestia, pero sobre todo temple físico y moral, conocí de primera fuente en noviembre de 2017, en el desértico pueblo de San Pedro de Atacama (Chile). Estas virtudes humanas las corroboré de manera invariable las veces que coincidimos y en todos nuestros intercambios epistolares; especialmente en el último, de 22 de mayo de 2024, con motivo de su última investidura académica. Como se trata de un hecho público y notorio para todos quienes le conocieron, creo no cometer infidencia alguna si desclasifico que entonces le agradecí su infatigable inquietud intelectual, indispensable para el progreso de la humanidad y —agrego yo ahora— manifestación inequívoca de amor a la vida.

El tratamiento dogmático de la atenuante en cuestión es, en efecto, escuálido. Se reduce a una mera enunciación, sin un desarrollo crítico de envergadura, de las dimensiones más evidentes de la circunstancia o de otras que pudiesen entenderse abiertas a la luz de las explicaciones que se esgrimieron cuando se decidió incorporarla en el catálogo atenuante. Esto es lo que pasa, por ejemplo, cuando se discute sobre sus potenciales beneficiarios: funcionarios públicos en general, (solo) funcionarios de la administración de justicia o —conforme sostiene una lectura menos comprometida con el método histórico— cualquier persona independientemente de su condición. Otro tanto acontece con el alcance que cabría atribuir a la voz «justicia». Probablemente la dimensión de la atenuante más rica en cuanto a sus posibles proyecciones ha sido reducida, sin mayor desarrollo crítico, a la idea de que el actuar celoso ha de procurar la imposición de la ley[1], «dar a cada uno lo suyo»[2] o inspirarse, en definitiva, en una «razón justa»[3].

Aunque no ha sido advertido de manera manifiesta en la doctrina chilena, esta última discusión es especialmente determinante de cara a la mayor o menor extensión que se atribuya a la atenuante. Dicho de otra manera: determinar el o los móviles que pueden subsumirse al interior de ella, contribuirá a resolver de manera más precisa el complejo problema que podría suponer un concurso de motivos. Pues bien: porque las respuestas anteriormente sintetizadas no logran, a mi juicio, desentrañar todo el potencial de la atenuante, es que su supuesta incompatibilidad con el amor o la piedad —como, de hecho, ha sido sostenido en la doctrina chilena[4]— debería ser mirada con reserva.

Por último, una última dimensión de la atenuante ha sido abordada con superficialidad: su fundamento. Si bien buena parte de la literatura nacional la inserta en las llamadas «atenuantes pasionales» —rótulo equívoco, dicho sea de paso, si se piensa que no hay elementos que permitan ver en ella la exigencia de una actuación anímicamente perturbada, lo cual la volvería potencialmente compatible con la agravante de la premeditación[5]—, el hecho que no sea aislada la tesis que afirma que, de no haberse incluido, ello no habría representado un problema, por cuanto se habría podido llegar a ella mediante la atenuante incompleta del artículo 11.10.ª, relacionado con el cum-

[1] Etcheberry, Alfredo, *Derecho penal chileno. Parte general*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997, p. 22.

[2] Cury, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, 9.ª ed., Ediciones UC, Santiago, 2009, p. 489.

[3] Garrido, Mario, *Curso de derecho penal chileno. Parte general*, t. II, 3.ª ed., Editorial jurídica de Chile, Santiago p. 193.

[4] Por todos, Mera, Jorge, «Art. 11, 5.ª», en Hernández, Héctor / Couso, Jaime (dirs.), *Código penal comentado. Parte general, doctrina y jurisprudencia*, Abeledo-Perrot, Santiago, 2011, p. 307.

[5] Ya crítico de la terminología, Jimenez de Asúa, Luis, *Crónica del crimen*, Ed. Historia Nueva, Madrid, 1929, pp. 145-147; González, Diego, «Agresiones colectivas con resultado de muerte. Tres aspectos dogmáticos y un comentario crítico sobre la mal llamada justicia paralela», en Márquez María Juliana / Laporta, Mario / Vera, Jaime (coords.), *Sociedad del riesgo y expansión del Derecho penal. Homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo*, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, p. 390.

plimiento de un deber (artículo 10.10, una causa de justificación)[6], pone en entredicho la premisa[7].

La panorámica precedente tiene, sin embargo, causas que las explican. El hecho que no exista una teorización robusta cuando se trata de indagar en los móviles o en las emociones que inciden en la ejecución de un hecho típico y antijurídico tiene —al menos en lo que toca al escenario chileno— causas bien precisas, pero en buena medida injustificadas.

Cualquier estimación de los móviles que llevan a una persona a cometer un ilícito es asociada a formas de Derecho penal de autor. Esto explicaría que, si algún espacio ha de tener, éste se reduzca a la fase de conmensuración judicial de la pena; es decir, cuando la teoría del delito, habiendo acotado al máximo el marco penológico, ya ha entregado la palabra al juez[8]. No habría espacio, por ende, para «apreciaciones antojadizas, ni desigualdades enraizadas en diferencias de credos, razas, educación, ideas políticas, situaciones familiares u otras semejantes»[9]. Sin embargo, como ha sido críticamente advertido, esa parificación de la responsabilidad penal estandarizaría la individualización de la pena, lo cual conduciría a castigar de manera análoga al homicida ocasional —que, pongamos por caso, mató a su víctima en estado de emoción violenta— y a un sicario[10].

A favor de este estado de cosas ha contribuido el éxito que conserva una aproximación del Derecho que insiste ver en él un fenómeno aséptico o de tipo algorítmico[11], más bien reacio a la aceptación del dato de que el conocimiento de las personas responde a la interacción de diferentes sistemas neuronales en que las emociones y los

[6] Así, Vargas, Tatiana, *Manual de derecho penal práctico. Teoría del delito con casos*, 2.ª edición, actualizada, Abeledo-Perrot, Santiago, 2011, pp. 223-224. En la recopilación hecha por Rivera, Hugo, «Obrar por celo de la justicia», en González, Manuel Ángel (ed.), *Circunstancias atenuantes y agravantes en el Código penal chileno*, Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago, 2020, pp. 165-175, se advierte una cantidad no despreciable de casos —considerando la escasa aplicabilidad de la atenuante—, en que la responsabilidad penal de funcionarios policiales que dieron muerte a delincuentes que huían se atenuaba por la circunstancia *de qua.* Para la comodidad del lector, transcribo las normas aludidas: «Art. 11. Son circunstancias atenuantes: 1.º Las expresadas en el artículo anterior, cuando no concurren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos»; «Art. 10. Están exentos de responsabilidad criminal:10.º El que obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo».

[7] Perplejidad genera, de otra parte, la lectura que tras reconocer en ella una referencia al móvil del agente, sostenga que la atenuante se explica por la escasa peligrosidad del sujeto activo y la baja alarma social generada por el delito. Así, por ejemplo, Novoa, Eduardo, *Curso de derecho penal chileno. Parte general*, t. II, 3.ª edición, Editorial jurídica de Chile, Santiago, 2019, p. 40.

[8] Por todos, Veneziani, Paolo, *Motivi e colpevolezza*, Giappichelli, Torino, 2000, p. 193.

[9] Cury, Enrique, ob. cit., pp. 92-93.

[10] Cury, Enrique, ob. cit., pp. 92-93.

[11] Al respecto, una explicación en este sentido desde la teoría pura del Derecho de Kelsen, De Rivacoba, Manuel, «Proyecciones de la Teoría Pura del Derecho en el Pensamiento Penal», en *Apreciación crítica de la teoría pura del Derecho*, Edeval, Valparaíso, 1982, pp. 181-183 y 188 y 190.

motivos —frecuentemente de manera irreflexiva o inconsciente— cumplen un papel fundamental. El escuálido tratamiento de emociones y motivos en la teoría del delito, del que es también testimonio la superficialidad con que se ha tratado la atenuante de obrar por celo de la justicia, se reconduce (o podría reconducirse) al trauma generado por la atracción que este tópico efectivamente tuvo para el positivismo criminológico y las manifestaciones más duras de Derecho penal totalitario del siglo xx[12]. No es casual, en efecto, que en Chile se asocie que el espacio ganado por emociones y motivos en la teoría del delito no sea resultado exclusivo del desarrollo de la teoría normativa de la culpabilidad —lo que es efectivo—, sino también de la progresiva importancia que se atribuye a las consecuencias de la pena impuesta en el desarrollo ulterior del autor, tanto respecto de su propia existencia como del contexto social al que pertenece; es decir, materias de interés criminológico y político-criminal[13].

Sin embargo, la consecuencia metodológica de este mandato de neutralidad, a saber, que procesos cognitivos y esfera emotiva o motivacional constituirían compartimentos estancos, queda en entredicho a la luz de recientes estudios neurocientíficos que acreditan que emociones y racionalidad no se contraponen y que, al contrario, aquéllas cumplen un importante papel motivacional en el comportamiento humano. Las emociones, en consecuencia, pueden influir procesos motivacionales, condicionar las elecciones y modalidades de la acción y la valoración de las posibles alternativas del comportamiento y la realización de la acción[14].

En el caso de la atenuante en estudio, por lo demás, existe un extenso consenso en orden a que no es necesario que el agente actúe perturbado —diversamente de cuanto ocurre con la atenuante del arrebato u obcecación, prevista en el artículo 11.5.ª CP— lo cual favorecería la conjetura. Por lo mismo, para entender el papel que el Derecho concede a las emociones en la atribución de responsabilidad hay que superar la imagen tradicional que las ve como fuerzas ciegas, incontrolables y ajenas a la esfera de la razón[15]. Las emociones y los motivos constituyen ciertamente un concepto extrajurídico, pero su consideración es indispensable para restituir un mínimo de validez empírica a decisiones normativas que, de otro modo, resultarían arbitrarias[16].

El objetivo del presente estudio es cuestionar, a modo de excurso, las causas que explicarían la desatención dogmática por el argumento del móvil y de las emociones (II);

[12] Para una completa reconstrucción histórica del punto, véase, por todos, Perin, Andrea, *Motivi aggravanti e circostanze discriminatorie. Legittimità e limiti della sanzione penale dell'offesa alla pari dignità*, Giappichelli, Torino, 2024, pp. 20-27.

[13] Cury, Enrique, ob. cit., p. 93.

[14] Dova, Massimiliano, *Alterazioni emotive e colpevoleza*, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 28-29.

[15] Infante, Enrico, «Il lucido delirio e il futile motivo. Note in tema di imputabilità», *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n.º 4, 2000, p. 1572.

[16] Dova, Massimiliano, ob. cit., pp. 21-29.

revisar críticamente cómo esta atenuante podría compararse con otras análogas pertenecientes a tradiciones disímiles a la chilena (III); y describir un ejemplo que da cuenta del descuido conceptual resultante de esta desafección dogmática frente al argumento (IV).

II. ¿Obrar por celo de la justicia puede homologarse a un «motivo de particular valor moral o social»? Breve ejercicio de comparación jurídica[17]

II.1. La discusión extrapenal en torno a motivos y emociones

El largo diálogo entre las llamadas teorías mecanicistas («las emociones se nos presentan como algo externo que simplemente nos ocurre») y teorías cognitivistas («somos responsables de nuestras emociones, las cuales pueden ser objeto de educación y valoración») puede ser especialmente fecundo para responder la pregunta de por qué una persona —es decir, por cuáles motivos— ha realizado el hecho constitutivo de delito. Pues bien, si para la tradición cognitivista las emociones no serían meros impulsos, sino respuestas inteligentes en torno a la apreciación de ciertas dimensiones importantes de la vida, de ello puede seguirse, coherentemente, que los estados emotivos y pasionales pueden tener repercusión al momento de medir una *mayor o menor reprochabilidad* (ej., respectivamente, odio o compasión), sin comprometer la capacidad de entender y querer del agente, es decir, su condición de imputable[18]. Dos serían, a mi modo de ver, los corolarios de esta premisa.

Por un lado, la relación específica que se da entre emociones y motivos: una emoción puede ser conceptualizada como el sedimento psicológico del motivo o —todavía más—, como una clase de motivo que dirige y energiza la conducta[19]. En Psicología y Neurociencias, el concepto de motivación designa el estado que modula la acción orientada hacia a algún objetivo[20]. El estado de una persona que está motivada es el impulso para llevar a cabo la acción de que se trate, lo cual exigirá que acomode estados

[17] Para una explicación más pormenorizada, con ulteriores referencias bibliográficas y, especialmente, con argumentos en contra de la tesis que adscribe que el lugar de emociones y motivos sería la antijuridicidad, remito al lector a Castillo, Juan Pablo; Navia, Carlos, «Emociones y motivos: prueba de la efectividad de un enfoque interdisciplinario para los casos de violencia de género», en Perin, Andrea (ed.), *Imputación penal y culpabilidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 444.

[18] Véase, si bien acotado al Derecho penal alemán, Fornasari, Gabriele, *Principî di diritto penale tedesco*, Cedam, Padova, 1993, pp. 331-332.

[19] Similar, Pavez, Valentina, «Discriminación y Derecho penal: un análisis desde la culpabilidad a la discriminación y el juicio de reproche», *Revista de Filosofía y Ciencias Jurídicas*, n.º 3, 2013, p. 59.

[20] Por todos, Simpson, Eleanor H., y Balsam, Peter D., «The Behavioral Neuroscience of Motivation: An Overview of Concepts, Measures, and Translational Applications», *Current topics in behavioral neurosciences*, n.º 27, 2016, pp. 1-11.

internos o externos[21]. Esto es muy evidente, por ejemplo, en el caso del hambre[22]. El hambre puede configurarse como el impulso en tanto estado que hace urgente, para la persona que la padece, satisfacer esa necesidad; es decir, como un estado de valencia negativa, pues hay *algo* (la resolución de una necesidad: saciar el hambre) que debe ser satisfecho. Esto no es así, en cambio, tratándose de las motivaciones que funcionan por estados positivos: un estado puede ser gratificante (o, en general, no-negativo) y aun así tener capacidad de motivar la acción[23]. Esto sienta las bases para entender que, paralelamente, la motivación también puede explicarse por «incentivos», en cuyo caso se nos presenta como un estado que regula los incentivos disponibles para un organismo a llevar a cabo una acción en búsqueda de un placer[24].

En ese marco, el ligamen entre motivación y emoción viene dado por el hecho que ésta puede modular los estados motivacionales. Piénsese en el temor: un estado de temor llevará normalmente a una persona a buscar de manera impulsiva y automática escapar de la amenaza percibida. A la inversa, la emoción también puede modular la motivación por vía positiva. Alguien, en efecto, puede buscar estados que provoquen tranquilidad, es decir, un estado emocional *neutro* o *positivo*, como la alegría o el orgullo[25].

Independientemente del modo específico en que una emoción module la motivación, asumir esa relación exige ver las emociones ya no como meros sentimientos[26], pues de lo contrario estados motivacionalmente complejos quedarían sin respuesta. Piénsese en los celos: éstos pueden contenerse o aminorarse sólo si la percepción en torno a la inseguridad de una relación desaparece y no, en cambio, huyendo de una situación percibida como peligrosa (que es lo que genera el temor). Estas distinciones dan cuenta que las emociones han de ser diferenciadas entre sí no sólo en sus componentes fenomenológicos (es decir, en función de *cómo las siente o percibe* una persona), sino también en el tipo de incentivos, creencias y deseos que involucran. La consideración de creencias y deseos es, en efecto, lo que distingue a las llamadas teorías cognitivistas

[21] En la discusión penal comparada, así, Dova, Massimiliano, ob. cit., pp. 28-29.

[22] Véase el minucioso análisis sobre el hurto famélico que hace Lorca, Rocío; Astudillo, Maira; Manques, Luis Felipe; y Rochow, Diego, «El hurto famélico en las decisiones de los tribunales penales chilenos», *Revista chilena de Derecho*, n.º 2, 2023, pp. 59-89

[23] Véase, por todos, Berridge, Kent. C., *Evolving Concepts of Emotion and Motivation*, Frontiers in Psychology, 2018, n.º 9, 2018, pp. 1-20. Disponible en: https://doi.org/10.3389/fpsyg.2018.01647 [última consulta: 01 de noviembre de 2024].

[24] Una síntesis de este planteamiento, de parte de uno de sus principales teóricos, puede verse en Deci, E. L., y Ryan, R. M., *Self-determination theory: A macrotheory of human motivation, development, and health*, Canadian Psychology, 2008, vol. 49, n.º 3, pp. 182-185. Disponible en:https://doi.org/10.1037/a0012801 [última consulta: 01 de noviembre de 2024].

[25] No obstante esta estrecha relación, es conveniente distinguir entre motivación y emoción, ya que no toda emoción motiva; al contrario, también puede reducir la motivación. Piénsese en la tristeza en contextos clínicos de depresión: acá la motivación está reducida y lleva a una persona a no actuar.

[26] Así, en la discusión penal, Infante, Enrico, ob. cit., p. 1572.

de la emoción. Conforme a esta tradición de pensamiento, las emociones tendrían una estructura análoga a creencias y deseos, lo cual explica que aquéllas se conciban como estados susceptibles de evaluación racional y que —precisamente por eso— puedan participar de la deliberación racional. Como obstáculo, esta aproximación no explica de manera satisfactoria las emociones que se presentan de manera rápida y automática, o los casos de emociones recalcitrantes que permanecen no obstante cambios de creencia del agente[27].

Por lo anteriormente advertido, la tesis acá defendida ve en la emoción (en tanto impulso del motivo) estados complejos con componentes cognitivos y somáticos[28]. Dicho de manera más esquemática: una comprensión de la emoción donde, junto a la tradición cognitivista, también incide en su delimitación el aspecto somático (dimensión especialmente trabajada por las llamadas teorías mecanicistas de la emoción)[29]. Sólo de este modo sigue siendo posible concebir las emociones como un estado rico y complejo que puede conducir a motivaciones específicas y heterogéneas, pues no toda emoción motiva de igual manera[30]. Todavía más: no todo episodio emocional genera el mismo grado o tipo de motivación. Esto se debe fundamentalmente al hecho de que las emociones son *una* dimensión de la motivación, del que también participan creencias y patrones de conducta.

[27] Al respecto, véase ya Vincent, Jean Didier, *Biología de las pasiones*, Anagrama, Barcelona, 1987, *passim.*

[28] Véase al respecto, Scherer, Klaus R. *What are emotions? And how can they be measured?*, Social Science Information, 2005, vol. 44, n.º 4, pp. 695 y ss. Disponible en: https://doi.org/10.1177/0539018405058216 [última consulta: 01 de noviembre de 2024]; Scarantino, Andrea, «The Motivational Theory of Emotions», en Jacobson, D. y D'arms, J. (eds.), *Moral Psychology and Human Agency*, Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 156-185; Scarantino, Andrea, *Do Emotions Cause Actions, and If So How?*, Emotion Review, 2017, vol. 9, n.º 4, pp. 326-334. Disponible en: https://doi.org/10/gfkznt [última consulta: 01 de noviembre de 2024] y Moors, Agnes, Ellsworth, Phoebe C., Scherer, Klaus R. y Fridja, Nico H., *Appraisal Theories of Emotion: State of the Art and Future Development*, Emotion Review, 2013, vol. 5, n.º 2, pp. 119-124. Disponible en https://doi.org/10.1177/1754073912468165 [última consulta: 01 de noviembre de 2024].

[29] Para una revisión de los primeros pasos de esta aproximación, véase la fundamental obra de Descartes, René, *Las pasiones del alma*, Madrid, Tecnos, 2006, *passim.* Una descripción desde la Filosofía del Derecho de esta aproximación se encuentra en la clarificadora explicación de González Lagier, Daniel, «Los presupuestos de la responsabilidad por nuestras emociones», *Doxa*, n.º 32, 2009, p. 439. Con mayor extensión, González Lagier, Daniel, *Emociones, responsabilidad y derecho*, Barcelona, Marcial Pons, pp. 10-16; sobre el impacto de esta aproximación en el campo estrictamente penal, véase la completa revisión de Kahan, Dan y Nussbaum, Martha, *Two Conceptions of Emotion in Criminal Law*, Columbia Law Review, 1996, n.º 2, pp. 269-374. Disponible en: https://core.ac.uk/download/pdf/72825924.pdf [última consulta: 01 de noviembre de 2024].

[30] Nussbaum, Martha, *El ocultamiento de lo humano: repugnancia, vergüenza y ley* (trad. Gabriel, Zadunaisky), Katz, Buenos Aires, 2006, p. 39.

El segundo corolario es que permite identificar la ubicación de motivos y emociones en la teoría del delito. Si el *desideratum* del Derecho penal consiste en tratar de personalizar en la mayor medida posible el juicio de reproche, la discusión filosófica acá sintetizada constituye una herramienta particularmente útil. Que un motivo para delinquir (o la emoción que energiza y dirige la conducta) pueda subsistir con la condición de imputable del sujeto (piénsese en las emociones violentas o, en la terminología del CP, el *arrebato u obcecación*), pero que, según sea su intensidad, tenga también la potencialidad de hacerla desaparecer (piénsese en el *trastorno mental transitorio*)[31] constituye una pista determinante de cara al lugar que tendría al interior de la teoría del delito: la culpabilidad y, específicamente, la parte motivadora del juicio de reproche[32]. Precisamente por esto la motivación no ha de ser identificada con la intención, esto es, el componente *volitivo* del dolo[33]. El dolo, en tanto voluntad consciente de la realización del hecho, puede coexistir con las emociones y motivaciones psicológicas más variadas: odio, venganza, codicia, compasión, amor, etc.[34]. Estas causas psíquicas que producen el querer o la aceptación del resultado típico quedan siempre fuera del esquema normativo al que pertenece el dolo, que es —no ha de perderse de vista— es un concepto *jurídico*[35].

[31] En el sistema penal chileno, el arrebato u obcecación constituye una circunstancia atenuante, mientras que el trastorno mental transitorio una de las tres hipótesis de inimputabilidad (junto a la «locura o demencia» y a la minoría de edad). Lo señalado en el texto es posible, en efecto, mediante una interpretación *evolutiva* del llamado trastorno mental transitorio (artículo 10.1, segunda parte). Así, Guzmán, José Luis, *Estudios y defensas penales*, LegalPublishing, Santiago, 2007, p. 385; a nivel comparado, Vitelli, Stefano «Sui complessi rapporti tra motivi abietti o futili e vizio parziale di mente», *Sistema penale*, n.º 12, 2019, p. 82. Véase, recientemente, Castillo, Juan Pablo y Martinez, Victoria: «Parricidio, cuidados e inimputabilidad», en *El Mercurio Legal*, 16/10/2024.

[32] Así, Cury, Enrique, ob. cit., p. 264, nota 69 y Novoa, Eduardo, *Grandes procesos. Mis alegatos*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2011, p. 214. Dicho emplazamiento —atribuible al neokantismo alemán— fue posible una vez que el motivo comenzó a ser perfilado como una cadena de componentes ideológicos anclados en otros de signo emocional, «que dan tono y forma al conjunto», como sostienen en nuestro medio Guzmán, José Luis y Fornasari, Gabriele, «La agravante de delinquir por discriminación. Un estudio comparativo del efecto penal de la intolerancia en Chile e Italia», *Revista de Derecho penal y Criminología*, n.º 13, 2015, pp. 12-15. Indirectamente, a propósito de la distinción entre motivo y dolo eventual, Veneziani, Paolo, ob. cit., p. 248.

[33] Perini, Sara, «I motivi a delinquere», en Pittaro, Paolo (ed.), *Scuola Positiva e sistema penale: quale eredità?*, Edizioni Università di Trieste, Trieste, p. 68.

[34] Así, indirectamente, Radbruch, Gustav, «El delincuente por convicción» (trad. José Luis Guzmán), *Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología*, 2005, pp. 1-5. Disponible en: http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-r4 [última consulta: 01 de noviembre de 2024]; desde la Psicología, en este mismo sentido, Wolf, Werner, *Introducción a la Psicología* (trad. Pascual del Romeral, Federico), México, FCE, 1953, p. 136. Veneziani, Paolo, ob. cit., p. 91; Madera, Michele, «I motivi a delinquere», *Rivista penale*, n.º 3, 2005, pp. 258; Pavez, Valentina, ob. cit., 60.

[35] Zaffaroni, E. Raúl, «Observaciones sobre la delincuencia por odio en el Derecho Penal argentino», en García, Carlos (ed.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, t. II, Edisofer, Madrid,

Dos prevenciones: la escisión conceptual entre motivo (y la emoción que lo impulsa o incentiva) y dolo no debe conducir, sin embargo, a negar los vínculos que existen entre uno y otro. Asimismo, su reconocimiento como parte integrante de la culpabilidad tampoco supone que se esté atribuyendo algún espacio a una culpabilidad por formas de conducción vital. La culpabilidad normativamente entendida debe siempre atender al reproche de un autor específico, al cual es posible exigirle que actúe conforme a la valoración de bienes que cumplen las normas jurídicas. Si esto es así, el móvil constituye una pieza indispensable para modular la culpabilidad[36]; es decir, una garantía frente a una *normativización* excesiva o estandarización rígida del juicio de reproche[37]. Dicho de otra manera: no considerar la cuestión motivacional supone que la culpabilidad del agente en un caso específico no contará con una modulación personalizada o circunscrita a los contornos subjetivos de esa concreta situación. Negar esta evaluación, por el contrario, conduciría *siempre* a una lectura fuertemente *mecanicista* de motivos y emociones, toda vez que unos y otras, al disponer de leyes propias, no serían susceptibles de control, quedando al margen de consideraciones de tipo cultural. Por el contrario, la evaluación de la información psíquica del agente explica que los motivos que llevan a una persona a delinquir puedan juzgarse a la luz del cuadro ético-social en que el hecho típico y antijurídico tiene lugar, distinguiéndose según si el motivo produce por lo general comportamientos socialmente reprochables o no[38].

Dos ejemplos para constatar lo anterior: enhorabuena, los celos comienzan progresivamente a dejar de ser concebidos como una manifestación inofensiva de una cierta forma de concebir el honor masculino, para pasar a ser vistos —allí donde se esgrimen como explicaciones psicológicas de la violencia machista— como un móvil «abyecto y fútil». Esto es así, especialmente, cuando se reconocen ciertos rasgos de posesividad hacia la víctima y/o cuando expresan, de parte del autor, un «espíritu punitivo» frente a comportamientos percibidos como actos de insubordinación[39]. Por otra parte, la actual

---

2008, pp. 1742-1743; Ossandon, María Magdalena, «La faz subjetiva del tipo de parricidio», *Revista de Derecho* (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), n.º 34, p. 443.

[36] Guzmán, José Luis; Fornasari, Gabriele, ob. cit., p. 16; Cadoppi, Alberto; Veneziani, Paolo, *Elementi di diritto penale*. *Parte generale*, 7.ª edición, CEDAM, Padova, 2018, p. 331.

[37] En la discusión comparada, adscribe a estos, Merli, Antonella, «Violenza di genere e femminicidio», *Diritto penale contemporaneo*, 2015, n.º 1, pp. 455-456; POGGI, Francesca, «Sobre el concepto de violencia de género y su relevancia para el Derecho», *Doxa*, 2019, n.º 42, pp. 384-385.

[38] Así, ya Dolcini, Emilio, *La commisurazione della pena. La pena detentiva*, CEDAM, Padova, 1979, pp. 333-334; Veneziani, Paolo, ob. cit., p. 167.

[39] Melchionda, Alessandro, «Omicidio ed assolzione “per gelosia”. Dai motivi aggravanti, alle psicopatie invalidanti, nel focus delle “impugnazioni mediatiche”», *Archivio penale*, 2021, n.º 1, p. 4; Alvarado, Agustina, «Arrebato u obcecación», en González, Manuel (coord.), *Circunstancias atenuantes y agravantes en el Código penal chileno*, Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago, pp. 98-99; Wolf, Werner, ob. cit., 144-145. Una descripción de la evolución en el plano legislativo en esta línea se advierte

aproximación cultural en torno al denominado homicidio *por piedad* —graficada en proyectos de ley que buscan ya no la mera atenuación de la pena para quien la practica— podría ser concebida también como testimonio del valor atribuido al motivo o emoción experimentado por quien, colocado en ese trance, contribuye a la producción del resultado mortal[40].

Lo anterior significa que, cuando no se trata de estados fenoménicos puros, las emociones y los motivos pueden ser objeto de calificación. Así, en nuestra pareja de ejemplos, los celos pueden estimarse *irracionales* —si, por ejemplo, no tienen elementos de hecho que los expliquen—; o *excesivos* —si se experimentan luego de una conducta inocua de la persona con que se mantiene una relación—. Por su parte, la «piedad» ante el sufrimiento ajeno bien puede juzgarse de *justificada* si se basa, por ejemplo, en una creencia asimismo justificada. Que en todos estos casos podamos calificar estas emociones de «inadecuadas», «no-razonables» o «justificadas» (no, por cierto, en el sentido técnico de la expresión) se debe a que sobre ellas se despliega un juicio normativo que considera que se ha trastocado una suerte de normalidad social o cultural, en que está inserto el estándar del «hombre o mujer razonable».

Esta conclusión intermedia exige, sin embargo, tener en cuenta lo siguiente. Si, de un lado, la estimación de los móviles y las emociones experimentadas por el agente sirve para contener el riesgo de caer en una culpabilidad normativizada al extremo, la evocación del criterio del «hombre/mujer razonable» o «agente-modelo», bien podría contribuir a borrar con el codo lo escrito con la mano. Bien visto el asunto, sin embargo, esto no sería así desde el momento que en dicha estimación las circunstancias concomitantes del caso concreto ——normalmente irrepetibles— entran en juego[41]. Estas fungen como datos externos sobre los cuales se puede reconstruir el proceso motivacional del agente específico, sin las mediaciones impuestas por el tipo penal, de modo tal de comprobar y valorar por qué el hecho ha sido realizado. Recurrir a elementos materiales y externos deviene inevitable para la formación del convencimiento judicial respecto del móvil, especialmente si se considera la incapacidad del juez de captar el fuero íntimo

---

en Bonini, Sergio, «Sulla tutela penale di vittime fragili. Questioni sospese in materia di atti persecutori e di femminicidio (dopo il d.l. 93/2013)», *L'indice penale*, Año XVII, n.º 2, 2014, pp. 667-668.

[40] En el medio chileno, ya Cousiño, Luis, *Derecho penal. Parte general*, t. III, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992, p. 266, donde sostiene: «No hay dudas que, en los casos de auténtica eutanasia la conmoción psíquica emocional es de tal intensidad que anula toda libertad de elección y por ende de voluntad por lo tanto la absolución por no exigibilidad de otra conducta que importa la ausencia de culpabilidad representa una solución jurídica y no graciosa del problema».

[41] A favor, Amato, Giovanna «Diritto penale e fattore emotivo: spunti di indagine», *Rivista italiana di medicina legale*, n.º 2, 2013, pp. 664-665; Poli, Pier Francesco, «Sull'aggravante dei futili motivi», *Diritto penale contemporáneo*, 2012, pp. 4-5. Disponible en: https://cutt.ly/cb1amD5 [última consulta: 01 de noviembre de 2024].

del sujeto[42]. Dicho en otros términos: las circunstancias se *subjetivizan* en el sentido que deben representar, en la consciencia del autor, momentos motivantes respecto de la realización del delito[43]. Conviene advertir, sin embargo, que estas circunstancias externas nunca valen por sí solas, pues si no media un esfuerzo orientado a establecer las efectivas motivaciones del hecho, se puede terminar favoreciendo fórmulas presuntivas o caer —ahora sí— en formas de culpabilidad de autor. En síntesis: los datos psíquicos motivacionales que se presentan en el caso concreto, en su diversa relevancia normativa, se conjugan a la luz de un juicio de mayor o menor reprochabilidad que responde a una comparación de dichos datos con la *motivabilidad* abstracta de un agente-modelo «puesto» en la situación del agente concreto[44].

Lo que advierto en la atenuante de obrar por celo de la justicia es que —por tratarse de una atenuante referida a la culpabilidad— el proceso motivacional está fuera de la tipicidad dolosa y del injusto, ubicándose entre los elementos pertinentes al autor, jurídicamente relevantes para conmensurar la pena. Teniendo esto a la vista, la dimensión que sigue quedando abierta es el catálogo de motivos o emociones susceptibles de quedar comprendidos en ella. Al efecto puede resultar orientadora la discusión sostenida en tradiciones dogmáticas que, en lo tocante a la atenuante en cuestión —sea por razones cronológicas o de decisión política al respecto—, no han sido consideradas por la doctrina chilena.

II.2. **La referencia a los órdenes social y moral**

Concedida, por tanto, carta de ciudadanía a la estimación del móvil y de las emociones, es posible plantearse la inquietud de si la atenuante en examen admite una explicación desde esa base. Esta hipótesis de trabajo, sin embargo, no es una novedad. De manera prácticamente unánime, se la estima como una atenuante inspirada en el móvil «valioso» del agente[45], expresivo de «amor a la justicia»[46], con un «positivo valor social, jurídico o ético», «generalmente aprobado por la conciencia ética o jurídica de

[42] Así, por ejemplo, Zaffaroni, E. Raúl, ob. cit., p. 1746.

[43] No por nada Reinhard Frank comenzó a emplear la fórmula «motivación normal» para referirse a lo que en las primeras ediciones de su *Comentario* denominó «circunstancias concomitantes» (*begleitende Umstände*). Véase, Cury, Enrique, ob. cit., p. 396. Por su parte, Madera, Michele, ob. cit., p. 258, en este mismo sentido, afirma que «el motivo […] debe tener necesariamente un origen, es endógeno en el sentido que nace en el mismo sujeto y está vinculado a circunstancias externas, con las cuales no debe confundirse».

[44] Veneziani, Paolo, ob. cit., pp. 157 y 168; Pulitanò, Domenico, *Diritto penale*, 6.ª edición, Giappichelli, Torino, 2015, pp. 284-285.

[45] Novoa, Eduardo: *Curso de Derecho penal chileno. Parte general*, t. I, 3.ª ed., Editorial Jurídica de Chile, 3.ª ed., 2019, p. 416.

[46] Cury, Enrique, ob. cit., pp. 488-489.

un pueblo»[47] o de «particular trascendencia ética, al contrario de lo que sucede con las otras atenuantes motivacionales»[48].

Los órdenes en referencia —el jurídico, social y ético— engarzan de manera muy límpida con cuanto hemos afirmado: a saber, de que la evaluación de la información psíquica del sujeto activo referida a los motivos que la llevan a delinquir pueda juzgarse a la luz del cuadro ético-social, distinguiéndose según si el motivo produce, por lo general, comportamientos socialmente reprochables o no[49]. En auxilio de las dificultades que la apelación a estos órdenes trae consigo —obstáculos no solo atribuibles a que el Derecho penal, conforme a la pretensión del Iluminismo dieciochesco, ha de diferenciarse de la moral[50], sino a su falta de estabilidad en el tiempo—, viene la constatación de que, ampliando el panorama comparado, se trata de una atenuante que puede homologarse a otras que aluden *expressis verbis* a los órdenes en cuestión. Es lo que pasa, por ejemplo, con la atenuante genérica prevista en el artículo 62.1 del Código penal italiano (1930), que conmensura a la baja la responsabilidad penal cuando el agente actúa «por motivos de particular valor moral o social».

Tomando en cuenta las resistencias históricas en contra de la estimación de motivos y emociones en la teoría del delito, una apreciación panorámica de esta figura permite advertir que sus nudos críticos son menos ostensibles de lo que se podría intuir. Por de pronto, la definición misma de lo que ha de entenderse por «motivos de particular valor moral o social» no es, en sí mismo, un obstáculo de envergadura. Conforme a una descripción estándar —ciertamente sintetizada— los motivos de particular valor *moral* son aquellos que, en la normalidad de los casos, determinan acciones moralmente nobles y que la conciencia ética humana —o de un pueblo, en un determinado momento histórico— aprueba; es decir, el motivo inspirado en razones que se corresponden a una ética que mueva a hombres y mujeres a los valores más elevados. El motivo de particular valor *social*, a su turno, es aquel que corresponde a las directrices, concepciones y finalidades de la comunidad organizada, valoradas positivamente por la misma; es decir, el motivo inspirado en razones sentidas a la luz de las necesidades de la comunidad

[47] Novoa, Eduardo, *Curso de derecho penal chileno*. *Parte general*, t. II, 3.ª ed., Editorial jurídica de Chile, 2019, Santiago, p. 40.

[48] Garrido, Mario, ob. cit., pp. 193-194.

[49] De esta opinión, ya Malinverni, Alessandro, *Scopo e movente nel diritto penale*, Unione Tipografico Editrice, Torino, 1955, 182 y ss.

[50] Guzmán, José Luis, «Pena natural y conmensuración de la pena», en Couso, Jaime / Hernández, Héctor / Londoño, Fernando (eds.), *Justicia criminal y dogmática penal en la era de los derechos humanos. Estudios en Homenaje a Jorge Mera*, Thomson Reuters, Santiago, 2021, p. 287; en un sentido similar, Fiore, Carlo; Fiore, Stefano, *Diritto penale. Parte generale*, UTET, Milano, 2016, p. 505.

civil[51]. Se trata de una atenuante que sistemáticamente se concibe como la contracara de la agravante del motivo abyecto y fútil (previsto en el artículo 61.1 del CP italiano)[52].

La descripción antes aludida, sin embargo, no es particularmente certera en cuanto a sus contornos. No siempre es tarea sencilla determinar las coordenadas de la «moralidad» o «sociabilidad» o, más específicamente, el contenido de los elementos normativos extrajurídicos que determinan que el motivo sea de particular valor moral o social. El problema, empero, es susceptible de solución allí donde exista un marco axiológico de referencia, que es, precisamente, lo que ocurre en Italia, cuya Constitución no sólo es rica en principios penales[53], sino también en valores que pueden orientar la lectura de disposiciones preliminarmente ambiguas o abiertas[54]. Por ejemplo: si se reconoce una actuación ilícita inspirada, no obstante, en un motivo de particular valor social cuando un piquete de trabajadores en huelga impide mediante la violencia el acceso a una fábrica *para que* su dueño disponga mecanismos de seguridad que contribuyan a evitar —o cuanto menos disminuir— más muertes laborales, es porque existe un diseño constitucional que prevé el respeto a la seguridad humana como límite a la libertad de iniciativa económica privada (artículo 41, incisos 1.º y 2.º). De otra forma: si la misma Constitución diseña un cuadro político y social enmarcado en el método democrático, en el pluralismo de los partidos políticos y en el reconocimiento de la iniciativa económica privada, no puede atribuirse, por tanto, un particular valor social a homicidios, secuestros o atentados contra la propiedad cometidos con el objetivo de eliminar a los adversarios políticos o suprimir la propiedad privada de los medios de producción[55].

[51] Véase, por todos, Veneziani, Paolo, ob. cit., p. 234.

[52] Ya, Bettiol, Giuseppe, *Diritto penale*, 8.ª edición, CEDAM, Padova, 1973, p. 495; Padovani, Tulio, *Diritto penale*, 2.ª edición, Giuffrè, Milano, 1993, p. 329.

[53] Al respecto, véase, por todos, Fornasari, Gabriele: «Los principios penales en la Constitución. Un esquema de la experiencia italiana», en Guzmán, José Luis (ed.), *El derecho penal en la Constitución. Principios y garantías penales en el constitucionalismo* comparado, Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago, pp. 15 y ss.

[54] Véase, Veneziani, Paolo, ob. cit., pp. 234-235; Padovani, Tulio, ob. cit., p. 329.

[55] Si, en cualquier caso, la Constitución guardase silencio en determinadas materias, nada impediría que se descifre el valor social o moral del motivo a partir de principios reconocidos en la normativa internacional. En el caso italiano esto se apreció de manera paradigmática con la atribución de valor del ambiente, algo que el constituyente de 1948 —preocupado seguramente de otras urgencias— no incorporó de manera explícita en el entramado axiológico de la Constitución. De este modo, nada impediría a reconocer la atenuante si para evitar que una fábrica contaminante opere un grupo de personas coacciona a los trabajadores de dicha fábrica. Marinucci, Giorgio y Dolcini, Emilio, *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, 5.ª edición, actualizada por Emilio Dolcini y Gian Luigi Gatta, Giuffrè, 2015, p. 562; similar, Mantovani, Ferrando, *Diritto penale*, Cedam, Padova, 2015, pp. 411-412; similar, Caringella, Francesco; Della Valle, Francesca; De Palma, Michele, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Dike, Roma, 2016, pp. 1321-1322.

Cualquiera sea el cuadro de referencia, lo determinante es que la atenuante no opera por la mera estimación del agente o la propia opinión del sujeto[56]; como matiz, sin embargo, tampoco es indispensable que la moralidad o sociabilidad del motivo sea compartida por la totalidad de la comunidad de referencia: los parámetros de valoración de los motivos han de ser pluralistas. Es necesario que objetivamente, en el hecho, subsistan elementos de moralidad o utilidad social que reverberan en el ánimo del imputado[57]. Es indispensable, en seguida, que el agente tenga conciencia del motivo por el que actúa; de ahí se sigue su incompatibilidad con los delitos imprudentes. El motivo, por tanto, no puede ser ignorado por el agente o considerado por error inexistente. El sujeto —como mucho— puede considerar erróneamente que ese motivo, conforme a la valoración legal, no constituye uno de particular valor moral o social, lo que no excluiría la posibilidad de configuración de la atenuante; hipótesis exactamente opuesta a la del agente que cree erróneamente que el motivo por el cual actúa sea de particular valor moral o social en circunstancias que, conforme a parámetros objetivos, no lo es[58].

Como con agudeza ha sido anotado, una de las razones que ha conducido a que la jurisprudencia en torno a esta atenuante sea escasa (algo análogo a lo que ocurre en Chile con la atenuante de obrar por celo de la justicia) es la confusión —muy frecuente en la práctica— entre el valor moral y/o social de la *conducta* y el valor moral o social del *motivo*[59]. Dicho de otra manera: una de las causas que ha incidido en su poco rendimiento es que el valor moral o social del motivo se determina en función del valor que, en esas precisas dimensiones, tendría la conducta[60], obviando que acá no se cuestiona la tipicidad y antijuridicidad del hecho, sino sólo su culpabilidad. Para decirlo en jerga dogmática: el motivo social o moralmente valioso estaría siempre por debajo de la adecuación social, que exige la conformidad de fines y medios de acción respecto a las exigencias de la vida colectiva[61].

Teniendo claro, por ende, que se trata de dos espacios de valoración distintos, esta atenuante no tiene un campo de acción predeterminado *a priori*: es compatible con buena parte de los delitos, incluso con algunos particularmente graves, como el homicidio[62]. Lo

[56] Así, ya Malinverni, Alessandro, ob. cit., pp. 180-181.

[57] Bettiol, Giuseppe, ob. cit., p. 495.

[58] Mantovani, Ferrando, ob. cit., p. 411; Cadoppi, Alberto; Veneziani, Paolo, ob. cit., p. 433.

[59] Da cuenta de esta orientación de la Corte suprema italiana, entre otros, Caringella, Francesco; Della Valle, Francesca; De Palma, Michele, ob. cit., pp. 1321-1322.

[60] Mantovani, Ferrando, ob. cit., p. 411; Pulitanò, Domenico, ob. cit., p. 390.

[61] Fiore, Carlo; Fiore, Stefano, ob. cit., p. 505.

[62] Fiandaca, Giovanni; Musco, Enzo, *Diritto penale, Parte generale*, Zanichelli, Bologna, 2011, pp. 435-436; en el mismo sentido, Bettiol, Giuseppe, ob. cit., p. 496. Conforme apunta Bettiol, el honor —en tanto motivo de particular valor moral o social— no estaría constitutivamente presente solo en el infanticidio, ciertas hipótesis de aborto, homicidios o lesiones «por causa de honor», sino que «puede ser asumido como circunstancia atenuante respecto de cada delito.

determinante, en definitiva, será que en la estructura de la circunstancia, compuesta de un componente subjetivo —el motivo— y otro objetivo —el parámetro de calificación del motivo—, exista una relación de congruencia, empíricamente demostrable entre la acción y el resultado[63]. Esta relación se determinará, por ejemplo, mediante el control que se haga —siempre de manera particular, evitando valoraciones preconcebidas— de la relación de proporcionalidad entre el motivo alegado y el hecho cuya realización el motivo impulsa[64]. Eso ha conducido, por ejemplo, a negar la atenuante en casos donde es posible rastrear elementos incompatibles con ella, como el homicidio de una niña que padecía una enfermedad terminal a manos de su madre, quien se valió, sin embargo, de medios especialmente crueles e intentó fallidamente suicidarse. Esto último fue implícitamente entendido como una prueba de la ausencia de cualquier componente altruista del hecho[65]. De hecho, en materia de eutanasia *pietatis causa*, existe una interesante interpretación del alcance que tendría el intento fallido de suicidio del cónyuge que mata a su consorte irreversiblemente enfermo y que sufre los tormentos y dolores de una enfermedad terminal: el suicidio fallido sería prueba de un dolor «común», con lo que el motivo altruista/compasivo desaparecería o, cuanto menos, se vería seriamente disminuido. En fin, razonamientos análogos se aprecian cuando se ha rechazado la atenuante en un caso de «eutanasia por piedad» dado el componente egoísta que estaba en la base del hecho[66]; o, en fin, en una hipótesis de parricidio omisivo de unos padres que por motivos religiosos se opusieron a la transfusión de sangre que necesitaba su hija.

III. Sobre la necesidad de una teoría general de las emociones a partir de un caso paradigmático. Conclusiones

Tal como como adelanté, establecida la impropiedad de la confusión entre la conducta —acción u omisión— social o moralmente valiosa (o, *lato sensu*, «justa», en la terminología del artículo 11.10.ª CP), y el motivo justo o moral o socialmente valioso, permanece abierto el problema de qué motivos específicos o emociones podrían quedar comprendidas en la atenuante. El deslinde entre conducta y motivo justos pareciera ofrecer una pista elemental al respecto: a saber, que sería incorrecta la asociación, de un lado, entre motivo valioso y «defensa» y, de otro, motivo no valioso y «agresión»[67]. No es tarea compleja imaginar hipótesis en que, por ejemplo, el amor materno, móviles ecológicos «antinucleares», el pacifismo, el patriotismo o, en general, cualquier móvil

63 Fiandaca; Giovanni; Musco, Enzo, ob. cit., p. 435.
64 Veneziani, Paolo, ob. cit., pp. 238 y 253.
65 Véase, Veneziani, Paolo, ob. cit., p. 252.
66 Marinucci, Giorgio y Dolcini, Emilio, ob. cit., pp. 561-562.
67 Véase, ya Malinverni, Alessandro, ob. cit., pp. 71-72.

altruista, se traduzca en acciones constitutivas de «agresiones» o, en general, como conductas proactivas y no reactivas.

En el caso nuestro —como adelanté— el interrogante pasa por determinar qué móviles o emociones (en plural) —asumiendo que pueda tratarse de una atenuante más rica y versátil— pueden subsumirse dentro de la voz justicia; de ahí, por de pronto, la circunspección que me merece la exclusión que, en el marco de un tratamiento dogmáticamente escuálido de la atenuante, se haga del amor o de la piedad[68]. Admitido, por ende, que bajo la voz «justicia» cabe un catálogo no cerrado de motivos, sensible a las variaciones valorativas de una comunidad determinada, la discusión estrictamente penal ha de centrar la mirada en su axiología y en el impacto que ésta tiene en la culpabilidad como elemento de la teoría del delito.

La necesidad de contar con una teoría de las emociones o, cuanto menos, con criterios claros de identificación respecto de su específica proyección y alcance punitivo —atenuante, agravante o eximente— es especialmente necesario si se aspira a hacer referencia a ellas como parte integrante de la culpabilidad. Su incipiente desarrollo, en cambio, da cuenta de cómo, *prima facie*, es posible advertir un tratamiento descuidado en el plano conceptual. Una demostración de lo anterior está graficada en el paradigmático caso del homicidio consentido —hijo *H*, acatando la orden del padre *P*, comete homicidio en su contra para poner término a los dolores de un tumor cerebral que la morfina no logra aplacar—, tradicionalmente abordado como uno en que entraría en juego la «piedad» y la «compasión», como si se tratase de emociones intercambiables[69].

La compasión —que no sería una exigencia moral— consiste, simplemente, en la simpatía en el dolor ajeno; no exige que quien la experimenta comparta las causas del sufrimiento o que quien sufre el mal está padeciendo una desgracia. Desde esta perspectiva, la compasión sería incluso compatible con la creencia de que el mal padecido por el otro podría ser incluso merecido; lo determinante en la compasión —no presente en la piedad, por ejemplo—, estriba en no ver el sufrimiento del otro como un hecho indiferente y a quien lo padece como una cosa[70]. De otro lado, ver en la compasión la emoción experimentada en un caso como el descrito plantearía otra dificultad. Si la compasión es, en efecto, una «respuesta emocional ante los aprietos de otra persona» y que, a diferencia de la clemencia, «reconoce que los acontecimientos fuera de nuestro control desempeñan un papel importante en llevar a la persona a la situación negativa que inspira

[68] Véase, *supra*, texto y nota 4.

[69] Así, por ejemplo, Marinucci, Giorgio y Dolcini, Emilio, ob. cit., pp. 561-562.

[70] Guzmán, José Luis, «Pena natural y conmensuración de la pena», en Couso, Jaime / Hernández, Héctor / Londoño, Fernando (eds.), *Justicia criminal y dogmática penal en la era de los derechos humanos. Estudios en Homenaje a Jorge Mera*, Thomson Reuters, Santiago, 2021, p. 289.

la emoción dolorosa»[71], no queda del todo claro cómo un caso como el descrito, que se traduce en la ayuda que el hijo presta al padre a cumplir su deseo, pueda subsumirse en el seno de una emoción donde precisamente esta dimensión —la ayuda— *no* constituiría algo esencial[72]; o todavía más, que sea la emoción que subyazca en un episodio que, por su naturaleza y efectos (la muerte del padre) sea manifiestamente incompatible con «la recuperación del estado humano del que se encuentra en desdicha»[73].

Estas consideraciones son muestra de las complejidades asociadas a la concesión de un espacio, al interior de la teoría del delito, de las emociones y los motivos para delinquir. Estas dificultades, sin embargo, no deben conducir a que una mejor solución sería —usando como pretexto una pretendida seguridad jurídica— su exclusión sin distinciones. Una solución de este tenor implicaría renunciar a individualizar y personalizar el juicio de reproche penalmente relevante. Cuando se evoca el carácter *personalísimo* de la responsabilidad penal, se está aludiendo, en efecto, a una culpabilidad que se expresa en términos de reproche y que varía de persona en persona, según la actitud de la consciencia, de los motivos y fines. En síntesis: la consideración de los motivos y emociones busca no sólo acentuar el carácter ético del Derecho penal —que subyace (o debería hacerlo) en las exigencias éticas objetivas tuteladas por la norma penal—, sino reconocer la *eticidad* de la persona humana manifestada en la actitud de consciencia y en la elección de las motivaciones de la acción[74].

IV. Bibliografía

Alvarado, Agustina, «Arrebato u obcecación», en González, Manuel (coord.), *Circunstancias atenuantes y agravantes en el Código penal chileno*, Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago, pp. 73-99.

Amato, Giovanna «Diritto penale e fattore emotivo: spunti di indagine», *Rivista italiana di medicina legale*, n.º 2, 2013, pp. 661-680.

Berridge, Kent. C., *Evolving Concepts of Emotion and Motivation*, Frontiers in Psychology, 2018, n.º 9, 2018, pp. 1-20. Disponible en: https://doi.org/10.3389/fpsyg.2018.01647 [última consulta: 01 de noviembre de 2024].

[71] Nussbaum, Martha, *La ira y el perdón. Resentimiento, generosidad y justicia*, Fondo de Cultura Económica, México, 2018, p. 320.

[72] Nussbaum, Martha, *La ira y el perdón. Resentimiento, generosidad y justicia*, Fondo de Cultura Económica, México, 2018, p. 48

[73] Guzmán, José Luis, «Pena natural y conmensuración de la pena», en Couso, Jaime / Hernández, Héctor / Londoño, Fernando (eds.), *Justicia criminal y dogmática penal en la era de los derechos humanos. Estudios en Homenaje a Jorge Mera*, Thomson Reuters, Santiago, 2021, p. 292.

[74] Así, paradigmático, Bettiol, Giuseppe, «Sul diritto penale dell'atteggiamento interiore», *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1971, pp. 7-9; Perini, Sara, ob. cit., 66-67 y Zaffaroni, E. Raúl, ob. cit., p. 1745, aunque desconociendo la expurgación que hizo Bettiol de la ascendencia nazi del concepto de *Gesinnung*, p. 1745.

BETTIOL, Giuseppe, *Diritto penale*, 8.ª edición, CEDAM, Padova, 1973.

— «Sul diritto penale dell'atteggiamento interiore», *Rivista italiana di diritto e procedura penale,* 1971, 3-15.

Bonini, Sergio, «Sulla tutela penale di vittime fragili. Questioni sospese in materia di atti persecutori e di femminicidio (dopo il d.l. 93/2013)», *L'indice penale*, Año XVII, n.º 2, 2014, pp. 667-699.

CADOPPI, Alberto; VENEZIANI, Paolo, *Elementi di diritto penale*. *Parte generale*, 7.ª edición, CEDAM, Padova, 2018.

CARINGELLA, Francesco; DELLA VALLE, Francesca; DE PALMA, Michele: *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Dike, Roma, 2016, pp. 1321-1322.

CASTILLO, Juan Pablo, «Problemas dogmáticos y vacíos metodológicos del artículo 390 *quinquies* del Código Penal. propuestas de corrección interpretativa», en Scheechler, Christian (ed.), *El delito de femicidio en la legislación chilena*, Ediciones Der, Santiago, 2021, pp. 341-363.

CASTILLO, Juan Pablo y MARTINEZ, Victoria: «Parricidio, cuidados e inimputabilidad», *El Mercurio Legal*, 16/10/2024.

CASTILLO, Juan Pablo; NAVIA, Carlos, «Emociones y motivos: prueba de la efectividad de un enfoque interdisciplinario para los casos de violencia de género», en Perin, Andrea (ed.), *Imputación penal y culpabilidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 437-464.

COUSIÑO, Luis, *Derecho penal. Parte general*, t. III, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992.

CURY, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, 9.ª edición, Ediciones UC, Santiago, 2009.

DE RIVACOBA, Manuel, «Proyecciones de la Teoría Pura del Derecho en el Pensamiento Penal», en *Apreciación crítica de la teoría pura del Derecho*, Edeval, Valparaíso, 1982, pp. 181-192.

DECI, E. L., y RYAN, R. M., *Self-determination theory: A macrotheory of human motivation, development, and health*, Canadian Psychology, 2008, vol. 49, n.º 3, pp. 182-185. Disponible en:https://doi.org/10.1037/a0012801 [última consulta: 01 de noviembre de 2024].

DESCARTES, René, *Las pasiones del alma*, Tecnos, Madrid, 2006.

DOLCINI, Emilio, *La commisurazione della pena. La pena detentiva*, CEDAM, Padova, 1979

DOVA, Massimiliano, *Alterazioni emotive e colpevoleza*, Giappichelli, Torino, 2019.

— *Eccesi emotivi e responsabilità penale: la controversa sentenza della corte d'assise d'appello di Bologna*, Diritto penale contemporaneo. Disponible en: https://cutt.ly/xb2YThp [última consulta: 01 de noviembre de 2024].

ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho penal chileno. Parte general*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997.

FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo: *Diritto penale, Parte generale*, Zanichelli, Bologna, 2011.

FIORE, Carlo; FIORE, Stefano: *Diritto penale. Parte generale*, UTET, Milano, 2016.

FORNASARI, Gabriele, *Principî di diritto penale tedesco*, Cedam, Padova, 1993.

— «Los principios penales en la Constitución. Un esquema de la experiencia italiana», en GUZMÁN, José Luis (ed.), *El derecho penal en la Constitución. Principios y garantías penales en el constitucionalismo* comparado, Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago, pp. 15-34.

GARRIDO, Mario, *Curso de derecho penal chileno. Parte general*, t. II, 3.ª ed., Editorial jurídica de Chile, Santiago, 2007.

GONZALEZ, Diego, «Agresiones colectivas con resultado de muerte. Tres aspectos dogmáticos y un comentario crítico sobre la mal llamada justicia paralela», en MÁRQUEZ, María Juliana / LAPORTA, Mario / VERA, Jaime (coords.), *Sociedad del riesgo y expansión del Derecho penal. Homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo*, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, pp. 367-394.

GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, «Los presupuestos de la responsabilidad por nuestras emociones», *Doxa*, n.º 32, 2009, pp. 439-458.

— *Emociones, responsabilidad y derecho*, Marcial Pons, Barcelona.

Guzmán, José Luis, *Estudios y defensas penales*, LegalPublishing, Santiago, 2007.

— «Pena natural y conmensuración de la pena», en Couso, Jaime / Hernández, Héctor / Londoño, Fernando (eds.), *Justicia criminal y dogmática penal en la era de los derechos humanos. Estudios en Homenaje a Jorge Mera*, Thomson Reuters, Santiago, 2021, pp. 275-300.

Guzmán, José Luis y Fornasari, Gabriele, «La agravante de delinquir por discriminación. Un estudio comparativo del efecto penal de la intolerancia en Chile e Italia», *Revista de Derecho penal y Criminología*, n.º 13, 2015, pp. 3-33.

Infante, Enrico, «Il lucido delirio e il futile motivo. Note in tema di imputabilità», *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n.º 4, 2000, pp. 1566-1591.

Lorca, Rocío; Astudillo, Maira; Manques, Luis Felipe; y Rochow, Diego, «El hurto famélico en las decisiones de los tribunales penales chilenos», *Revista chilena de Derecho*, n.º 2, 2023, pp. 59-89.

Madera, Michele, «I motivi a delinquere», *Rivista penale*, n.º 3, 2005, pp. 257-263.

Malinverni, Alessandro, *Scopo e movente nel diritto penale*, Unione Tipografico Editrice, Torino, 1955.

Marinucci, Giorgio y Dolcini, Emilio, *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, 5.ª edición, actualizada por Emilio Dolcini y Gian Luigi Gatta, Giuffrè, Milano, 2015.

Mantovani, Ferrando, *Diritto penale*, CEDAM, Padova, 2015.

Melchionda, Alessandro, «Omicidio ed assolzione "per gelosia". Dai motivi aggravanti, alle psicopatie invalidanti, nel focus delle "impugnazioni mediatiche"», *Archivio penale*, 2021, n.º 1, pp. 1-17.

Mera, Jorge, «Art. 11, 5.ª», en Hernández, Héctor / Couso, Jaime (dirs.), *Código penal comentado. Parte general, doctrina y jurisprudencia*, Abeledo-Perrot, Santiago, 2011. pp. 292-295.

Merli, Antonella, «Violenza di genere e femminicidio», *Diritto penale contemporaneo*, n.º 1, 2015, pp. 430-468.

Moors, Agnes, *Flavors of Appraisal Theories of Emotion*, Emotion Review, 2014, n.º 6, pp. 303-307. Disponible en: https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/1754073914534477 [última consulta: 01 de noviembre de 2024].

Moors, Agnes, Ellsworth, Phoebe C., Scherer, Klaus R.,y Fridja, Nico. H., *Appraisal Theories of Emotion: State of the Art and Future Development*, Emotion Review, 2013, vol. 5, n.º 2, pp. 119-124. Disponible en https://doi.org/10.1177/1754073912468165 [última consulta: 01 de noviembre de 2024].

Novoa, Eduardo, *Curso de Derecho penal chileno. Parte general*, t. I, 3.ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2019

— *Curso de derecho penal chileno. Parte general*, t. II, 3.ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2019.

— *Grandes procesos. Mis alegatos*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2011.

Nussbaum, Martha, *El ocultamiento de lo humano: repugnancia, vergüenza y ley* (trad. Gabriel, Zadunaisky), Katz, Buenos Aires, 2006.

— *La ira y el perdón. Resentimiento, generosidad y justicia*, Fondo de Cultura Económica, México, 2018.

Jimenez de Asúa, Luis, *Crónica del crimen*, Editorial Historia Nueva, Madrid, 1929.

Kahan, Dan y Nussbaum, Martha, *Two Conceptions of Emotion in Criminal Law*, Columbia Law Review, 1996, n.º 2, pp. 269-374. Disponible en: https://core.ac.uk/download/pdf/72825924.pdf [última consulta: 01 de noviembre de 2024].

Ossandon, María Magdalena, «La faz subjetiva del tipo de parricidio», *Revista de Derecho* (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), n.º 34, pp. 415-457.

Padovani, Tulio, *Diritto penale*, 2.ª edición, Giuffrè, Milano, 1993.
Pavez, Valentina, «Discriminación y Derecho penal: un análisis desde la culpabilidad a la discriminación y el juicio de reproche», *Revista de Filosofía y Ciencias Jurídicas*, n.º 3, 2013, pp. 55-72.
Perin, Andrea, *Motivi aggravanti e circostanze discriminatorie. Legittimità e limiti della sanzione penale dell'offesa alla pari dignità*, Giappichelli, Torino, 2024.
Perini, Sara, «I motivi a delinquere», en Pittaro, Paolo (ed.), *Scuola Positiva e sistema penale: quale eredità?*, Edizioni Università di Trieste, Trieste, pp. 61-74.
Poggi, Francesca, «Sobre el concepto de violencia de género y su relevancia para el Derecho», *Doxa*, 2019, n.º 42, pp. 285-307.
Poli, Pier Francesco, *Sull'aggravante dei futili motivi*, Diritto penale contemporáneo, 2012, pp. 4-5. Disponible en: https://cutt.ly/cb1amD5 [última consulta: 01 de noviembre de 2024].
Pulitanò, Domenico, *Diritto penale*, 6.ª edición, Giappichelli, Torino, 2015.
Radbruch, Gustav, *El delincuente por convicción* (trad. José Luis Guzmán), Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología, 2005, pp. 1-5. Disponible en: http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-r4 [última consulta: 01 de noviembre de 2024].
Rivera, Hugo, «Obrar por celo de la justicia», en González, Manuel Ángel (ed.), *Circunstancias atenuantes y agravantes en el Código penal chileno*, Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago, 2020, pp. 165-175.
Scarantino, Andrea, «The Motivational Theory of Emotions», en Jacobson, D. y D'Arms, J. (eds.), *Moral Psychology and Human Agency*, Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 156-185.
— *Do Emotions Cause Actions, and If So How?*, Emotion Review, 2017, vol. 9 n.º 4, pp. 326-334. Disponible en: https://doi.org/10/gfkznt [última consulta: 01 de noviembre de 2024].
Scherer, Klaus R. *What are emotions? And how can they be measured?*, Social Science Information, 2005, vol. 44, n.º 4, pp. 695 y ss. Disponible en: https://doi.org/10.1177/0539018405058216 [última consulta: 01 de noviembre de 2024].
Simpson, Eleanor H., y Balsam, Peter D., «The Behavioral Neuroscience of Motivation: An Overview of Concepts, Measures, and Translational Applications», *Current topics in behavioral neurosciences*, n.º 27, 2016, pp. 1-11.
Vargas, Tatiana, *Manual de derecho penal práctico. Teoría del delito con casos*, 2.ª edición, actualizada, Abeledo-Perrot, Santiago, 2011.
Veneziani, Paolo, *Motivi e colpevolezza*, Giappichelli, Torino, 2000.
Vincent, Jean Didier, *Biología de las pasiones*, Anagrama, Barcelona, 1987.
Vitelli, Stefano «Sui complessi rapporti tra motivi abietti o futili e vizio parziale di mente», *Sistema penale*, n.º 12, 2019, pp. 77-89.
Wolf, Werner, *Introducción a la Psicología* (trad. Pacual del Ronral, Federico), México, FCE, 1956.
Zaffaroni, E. Raúl, «Observaciones sobre la delincuencia por odio en el Derecho Penal argentino», en García, Carlos (ed.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, t. II, Edisofer, Madrid, 2008, pp. 1735-1748.

6

LA NORMATIVIZACIÓN DEL DERECHO PENAL: BALANCE DE UN DEBATE

JOAQUÍN CUELLO CONTRERAS
Catedrático de Derecho penal Universidad de Extremadura

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. FASES DEL DEBATE. II.1. Órigenes del debate. II.2. Recepción del debate. II.3. Reacciones al debate. III. EXPOSICIONES. IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

A medida que la concepción normativa del derecho penal, de Jakobs, fue tomando cuerpo en sus escritos (y los de sus discípulos) posteriores a la publicación de Derecho penal, PG (1.ª ed., 1985; 2.ª ed., 1991)[1], aunque también antes, se produjo, con el paso del siglo, un amplio debate en la doctrina penal alemana y española, en torno a la normativización (y sus límites) de la dogmática jurídico-penal.

En el debate, aún no cerrado, se ha reactualizado, como término de comparación, el que supuso en su día la normativización de la dogmática que inició Roxin, a partir de los años sesenta del siglo pasado, frente al finalismo de Welzel, que habría venido practicando desde 1930[2], al parecer de Roxin, una dogmática excesivamente apegada al ser, que él quiso combatir orientándola a la política criminal[3].

A partir de ahí, lo que el normativismo de Jakobs ha evidenciado es que hay diversas maneras de normativizar. De las que las más representativas (aunque también hay otras), las de Roxin y Jakobs, han obligado a acuñar los términos de normativismo monista o

[1] Traducción española, de 1995: *Derecho penal Parte General. Fundamento y Teoría de la imputación* (traducción Cuello Contreras / Serrano González de Murillo), Marcial Pons. Original alemán: *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen ud die Zurechnungslehre*, de Gruyter, 2.ª ed.

[2] «Kausalität und Handlung» (1930), «Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht» (1938), «Studien zum System des Strafrecht» (1939), en Welzel, H., *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphiosophie*, de Gruyter, 1975.

[3] *Política criminal y sistema de Derecho penal* (trad. Muñoz Conde), Bosch, 1972. Original alemán: *Kriminalpolitik und System des Strafrecht*, de Gruyter, 1970 (2.ª ed. 1973).

radical (Jakobs) y normativismo dualista o funcional (Roxin)[4], que tienen muchas cosas en común, pero también profundas discrepancias.

Los dos modelos normativistas, a mayor abundamiento, han hecho causa belli (entre ellos) del respeto (o no respeto) a determinadas estructuras del ser (denostadas en las premisas de partida de ambos), límite que no se puede sobrepasar. Reintroduciendo en el debate, de camino, al finalismo, que ve así revitalizado su empeño original de practicar una dogmática respetuosa con la estructura del ser, compatible, según los finalistas, con su naturaleza última normativa[5].

En esta ocasión, sólo se trata de presentar una muestra de lo que no puede ser sino un esbozo de balance, para cuyo definitivo trazado quizá sea todavía pronto. Pero no conviene dejar pasar la oportunidad de sintetizar los términos de la ardua polémica sobre la normativización del derecho penal y sus límites; para lo que merece la pena revisar críticamente ensayos que se escribieron a lo largo de las diversas facetas atravesadas por tan apasionante debate, que permiten adivinar, tras el mismo, cómo puede el debate verse superado fructíferamente (en el sentido de haber aprendido mucho de él) en el futuro inmediato del siglo XXI.

II. Fases del debate

II.1. Orígenes del debate

Para caracterizar los *orígenes del debate* sobre la normativización de la dogmática penal nada mejor que acudir a ensayos de Jakobs, Roxin y Armin Kaufmann, que son exposiciones paradigmáticas del normativismo radical y moderado, respectivamente, y del finalismo, las tres posiciones sobre las que ha girado el debate acerca de la normativización. En este sentido, el ensayo de Jakobs, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*[6], de 1996, es la exposición más clara, concisa y madura del funcionalismo penal, que había venido construyendo durante mucho tiempo. El de Roxin, *Política criminal y Dogmática penal hoy en día*[7], de 2002, ocasión de recordar cómo construyó él su modelo normativista, a partir de los años sesenta del siglo pasado,

[4] *Vid.* Silva Sánchez, J. M., Introducción a: Schünemann (comp.), *El sistema moderno del Derecho penal: Cuestiones fundamentales. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50.º aniversario*, Introducción, traducción y notas de Silva Sánchez, Tecnos, 1991 (original alemán: 1984), p. 20 s.

[5] *Vid.* supra nota 2.

[6] Traducción Cancio Meliá y Feijóo Sánchez, Civitas, 1996. Original alemán (ampliado en la traducción): «Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und "alteuropäischem" Prinzipiendenken. Oder: Verabschiedung des "alteuropäischen" Strafrecht?», *Zeitschrift für der gesamte Strafrechtswissenschaft*, 107 (1995), pp. 843 ss.

[7] Traducción Abanto Vásquez, en: Roxin, C., *La teoría del delito en la discusión actual*, Grijley. 2007, pp. 41 ss. Original alemán «Kriminalpolitik und Strafrechtsdogmatik heute», en Schünemann, ed.: *Strafrechssystem und Betrug. Sutudien zun Wirtschfatsstrafrecht*, tomo 7, 2002, pp. 21 ss.

en polémica con Welzel y el sistema finalista, inspirándose en la idea de política criminal; y de mostrar cómo confronta con Jakobs. El ensayo de Kaufmann, en fin, *Problemas del conocimiento jurídico ejemplificados en el Derecho penal*[8], de 1962/67, aunque no escrito expresamente para polemizar sobre el normativismo que nos ocupa, constituye una joya no traducida al castellano hasta ahora[9] y apenas citado en España, en el que al tiempo que se reflexiona sobre el conocimiento que puede proporcionar la ciencias del derecho penal, como sucede con el debate sobre normativización, se contiene la presentación más breve y exacta del conocimiento seguro, el ontológico o de la realidad, el que debe respetar sí o sí el legislador (sólo lo dominable por el hombre puede ser objeto de normación, quintaesencia del finalismo), y el axiológico, al que sólo podemos aproximarnos (aunque nunca renunciar a él).

II.2. **Recepción del debate**

Los ensayos de Schünemann, Silva Sánchez, Peñaranda Ramos y Gracia Martín, constituyen muestras representativas de la *recepción del debate* sobre el normativismo, iniciada sobre las bases de los escritos programáticos de la fase anterior. Concretamente, los de Schünemann, *La relación entre ontologicismo y normativismo en la Dogmática jurídico-penal*[10], de 2001, y Silva Sánchez, *Política criminal en la Dogmática: Algunas cuestiones sobre su contenido y límites*[11], de 1997, tienen el mérito indiscutible de haber sido los primeros en plantear respuestas al debate que, por fuerza, habría de originar la formulación definitiva del normativismo radical, de Jakobs, frente al normativismo moderado, de Roxin, y la tradición dogmática anterior a ambos normativismos, representada, entre otras tendencias, por el finalismo de Welzel y su escuela. Ambos ensayos, tomando la clara referencia del normativismo moderado de Roxin, anuncian los términos del debate posterior de una manera muy ilustrativa, en la que predomina la idea de corregir posibles excesos del normativismo radical y buscar puntos de encuentro que permitan superar el debate entablado. Por su parte, los ensayos de Peñaranda

[8] Original alemán: «Probleme rechtswissenschaftlichen Erkennens am Beispiel des Strafrechts», en *Wissenschaft und Verantwortung*. Universitätstage 1962, de Gruyter, 1962, p. 145 ss.; nota complementaria: «Das Transpositive im positiven Recht», *Der katholische Gedanke*, 1967, p. 1 ss. Reedición: KAUFMANN, A., *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert. Gesammelte Aufsätze und Vorträge*, ed. Dornseifer y otros, Heymanms, 1982, pp. 7 ss.

[9] *Vid.* KAUFMANN, A., «Problemas del conocimiento jurídico ejemplificados en el Derecho penal», trad. de Serrano González de Murillo, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, 2025 (en preparación).

[10] Traducción Mariana Sacher. Original escrito expresamente para: *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, Congreso internacional Facultad de Derecho de la UNED, noviembre 2000. UNED Actas y Congresos, 2001, pp. 643 ss.

[11] En: Silva Sánchez, ed., *Política criminal y nuevo Derecho Penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*, Bosch, 1997, pp. 17 ss.

Ramos, *Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas en las actuales concepciones de la pena y del delito*[12], 2000, y Gracia Martín, *El finalismo como método sintético real-normativo para la construcción de la teoría de la responsabilidad penal*[13], 2005, constituyen aportaciones esenciales al debate sobre el normativismo desde los planteamientos del normativismo radical y el finalismo, respectivamente. El ensayo de Peñaranda se encuadra en la introducción del sistema de Jakobs en la dogmática española, ante la que es presentado exhaustiva y críticamente (por Peñaranda y sus colegas de la Universidad Autónoma de Madrid)[14], rebatiendo críticas desmesuradas de primera hora a Jakobs, al tiempo que realizando críticas que se le pueden hacer y merece la pena depurar de su pensamiento, introduciéndolas en el sistema funcionalista sin que se resienta. El de Gracia Martín, por su parte, contiene una defensa apasionada del finalismo frente a los dos normativismos, en el aspecto suscitado por el debate normativista sobre la forma de obtener conocimiento dogmático, que él asocia única y exclusivamente con la premisa básica del finalismo, de Welzel, entre realidad y norma. Todo ello con un claro afán polémico enriquecedor.

II.3. **Reacciones al debate**

Finalmente, los ensayos de Mir Puig, Vives Antón y el mío propio, representan *reacciones al debate sobre la normativización* de la dogmática penal, que apuntan ya al futuro tras el mismo. Así, la aportación de Mir Puig, *Límites del normativismo en Derecho penal*[15], de 2005, en la línea de Schünemann y Silva, traza una línea de evolución que, a diferencia de aquellos, quiere ver superado el finalismo por el normativismo de Roxin, desde los tiempos del primer debate Welzel-Roxin, y, ahora, el normativismo radical, por su desapego de lo cultural que condiciona y colma el arraigo que necesita siempre el sistema penal (viendo por ahí puntos de encuentro con el finalismo y el normativismo radical). El ensayo de Vives Antón, *Las dogmáticas funcionalistas*[16], de 1996, constituye una profunda crítica a los dos normativismo, moderado y radical, y al finalismo, desde una posición doctrinal basada en la negación del carácter científico de

[12] En Gómez-Jara Díez (coord.), *Teoría de sistemas y Derecho penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*, Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 253 ss. Original publicado en: Doxa, 23, 2000, pp. 289 ss.

[13] En: *El horizonte del finalismo y el «derecho penal del enemigo»,* Tirant lo Blanch, 2005, pp. 41 ss.

[14] *Vid.* Peñaranda / Suárez / Cancio, «Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs», Introducción a: Jakobs, *Estudios de Derecho penal* (traducción de Peñaranda / Suárez / Cancio), UAM ediciones/Civitas, 1997, pp. 17 ss.

[15] En: *Revista Electrónica de Ciencia penal Criminología*, 2005 = *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, ed. Jorge Barreiro y otros, Civitas, 2006, pp. 665 ss.

[16] En: Vives Antón, T. S., *Fundamentos del Sistema Penal*, 2.ª ed., 2011 (1.ª 1996), Tirant lo Blanch, pp. 441 ss.

la dogmática penal en que surgen los enfoques metódicos a debate. La dogmática, como su propio nombre traiciona, no puede ser entendida como ciencia estricta, y debe ser superada por una teoría que, en la línea wittgensteiniana, se base en el uso del lenguaje (teoría significativa de la acción) a la luz de las normas constitucionales (restrictivas del ius puniendi), en que Vives y sus discípulos están empeñados. En mi ensayo, *Neofinalismo y normativismo: condenados a entenderse*[17], 2005, he procurado argumentar la necesidad de tener en cuenta los dos normativismos y el finalismo, para hacerse una idea cabal de lo que ha de ser la dogmática penal en el siglo XXI, que atienda a la necesidad de orientar el derecho penal a los fines normativos a los que sirve y, a la vez, a las capacidades individuales del destinatario de sus normas, en ningún caso incompatibles.

III. **Exposiciones**

a. Entender el delito como afirmación del infractor frente a la norma social y la pena como confirmación de la vigencia de la norma frente al infractor, piedra angular de la concepción de Jakobs[18], constituye un intento de fundamentación última y unitaria del Derecho penal como no se conocía en la ciencia penal desde los tiempos de Hegel y la teoría de la retribución. De ahí su impacto.

Este planteamiento es tan abstracto que requiere comprobar la existencia de una relación real entre el subsistema penal y el sistema social total (la omisión, por ejemplo, en derecho penal, es defraudación de una expectativa de evitación de algún riesgo social, no mera ausencia de acción)[19] y que ambos, sistema penal y sistema social total, están en equilibrio, esto es, que el Derecho penal no es lacayo de la sociedad (que imponga, p. ej., una norma penal aterrorizadora)[20] pero se atenga a la configuración que la sociedad, políticamente organizada, posea en cada momento[21].

Mientras que las reglas de funcionamiento de la sociedad de carácter instrumental se aseguran cognitivamente (si una casa se construye mal, se cae)[22], las reglas constitutivas de esa misma sociedad, como las que protege el Derecho penal, necesitan garantizar su vigencia mediante sanción (construir una casa en suelo no urbanizable, requiere amenaza de sanción)[23]. De ahí la función capital de la pena como reforzamiento de la vigencia de la noma.

[17] En: *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2.ª época, 16, 2005, pp. 1 ss.
[18] *Derecho penal funcional*, p.17 s.
[19] *Idem*, pp. 20 s.
[20] *Idem*, pp. 24, 37.
[21] *Idem*, p. 24
[22] *Idem*, p. 27.
[23] *Idem*, p. 28.

Con consecuencias para el subsistema persona como destinataria de la comunicación que hace que la sociedad funcione[24]. La principal de las cuales es la responsabilidad por el rol[25] (responsable del vertido contaminante es el ingeniero que lo ordena, no el operario que lo ejecuta). La persona libre (elemento añadido por Jakobs al funcionalismo, ajeno al reconocimiento de la libertad)[26] se define también socialmente[27]. La culpabilidad es un concepto social, ajustado a la sociedad en funcionamiento para la que debe valer. Que exista o no un tratamiento para la anomalía del infractor, va a influir en que se impute responsabilidad o no[28]. Lo mism0o ocurre con el dolo. El dolo no es una relación psicológica del sujeto con el hecho, sino imputación normativa por lo que se conoció o porque se debió conocer la norma que prohibía el hecho[29] (dolo indirecto) (el conductor que por indiferencia ha salpicado al peatón no merece que la imputación del daño sea sólo a título de imprudencia).

b. También por vía normativa comenzó a desarrollar en 1962 su sistema Roxin, criticando los anteriores, el causalista y el finalista, por su apego excesivo al naturalismo, y orientando desde 1970 el derecho penal a la política criminal (protección de bienes jurídicos y fines de la pena), en un sistema que garantice el principio de legalidad en la tipicidad (en la que también, después, ha incluido fructíferamente la imputación objetiva), resuelva en la antijuridicidad la colisión de bienes jurídicos y oriente la culpabilidad a los fines de la pena[30].

Roxin, sin embargo, a diferencia de Jakobs, siempre se atuvo a configurar el sistema sin prescindir de las estructuras de la realidad a normar[31]. Por eso, nunca cayó en la tentación de prescindir del sujeto a la hora de elaborar la culpabilidad jurídico-penal. Como tampoco lo hizo al acuñar el otro concepto fundamental de su sistema, constituido por la dañosidad social; de manera que, pese a hacer de la imputación objetiva el eje del injusto, no prescinde sin embargo del tipo subjetivo o dolo.

Según Roxin, si Jakobs asigna al sistema penal únicamente la función de estabilizar el orden social, lo está anteponiendo a la libertad del ciudadano[32]; y si bien reconoce la libertad cuando el orden social lo permite, con lo que llega a soluciones correctas en

[24] *Idem*, pp. 29 ss., 50 ss.
[25] *Idem*, p. 50.
[26] *Idem*, pp.16, 29 ss.
[27] *Idem*, p. 31.
[28] *Idem*, pp. 32 s.
[29] *Idem*, p 55 ss. 56.
[30] *Política criminal y sistema de Derecho penal*, pp. 43 ss.
[31] «Einige Bemerkungen zum Verhältnis von Rechtsidee und Rechtsstoff», *Gedächnisschrift für Gustav Radbruch*, ed. Arthur Kaufmann, Vandenhoeck & Rumrecht, 1968, pp. 260 ss.
[32] *Teoría del delito*, pp. 53 s.

la culpabilidad y en la imputación objetiva por la competencia[33], lo limita a cuando el contexto social lo propicie, siendo así que el respeto a la Constitución obliga a anteponer sus principios (Derechos fundamentales y humanos, Estado de Derecho, principio de culpabilidad, etc.) a las tendencias puntuales de cada momento que puedan vulnerarla[34]. Lo que puede ocurrir con el binomio culpabilidad-prevención, si se antepone ésta a aquélla (vulneración del principio de culpabilidad)[35].

Lo que le reprocha Roxin a Jakobs es que no respete límites (necesarios) de la normativización (deseable), también de la culpabilidad. Algo de lo que Roxin cuidó desde la fecha antes indicada. Y que ahora amplía, al socaire de los posibles excesos funcionalistas, con una serie de topoi a los que denomina «importancia de los objetos»[36], esto es, hechos de la realidad previa a la normación, que pueden condicionarla. Tales hechos u objetos, que, por aparecer asociados al naturalismo, que tanto Roxin como Jakobs combatieron desde el principio, por contrapuestos a lo normativo —si bien Roxin los admitió (como límites de la normativización), Jakobs, no—, son los que ahora Roxin recuerda y amplía. Con el ejemplo elocuente del dominio del hecho como denominador común de formas esenciales de la autoría, síntesis de una realidad vaga, no previamente definida con exactitud, sistematizada de forma orientada[37].

c. Kaufmann, que parte de la positividad como característica esencial del Derecho, además de la justicia, o necesidad de que el Derecho, además de positivo, ha de ser justo[38], se enfrenta al problema de su interpretación, para aplicarlo al caso concreto, y decidir cuál de las interpretaciones que caben es la correcta, por justa; obteniéndose con ello el conocimiento genuino del Derecho[39], si es que eso es posible.

El hecho de que el análisis de un ordenamiento jurídico que se precie nos permita concluir que protege la vida humana, no impide que las numerosas excepciones que ese ordenamiento prevea, como ocurre, p., ej. en la legítima defensa[40], suscite grandes dificultades a la hora de resolver el alcance de tales excepciones. Todo lo cual permite llegar a la conclusión de que no podemos alcanzar la última seguridad sobre la decisión correcta[41]; lo que no quiere decir, a su vez, que debamos renunciar a intentarlo.

[33] *Idem*, p. 54.
[34] *Idem*, p. 55.
[35] *Idem*, pp. 55 s.
[36] *Idem*, p. 56.
[37] *Idem*, pp. 62 s.
[38] *Strafrechswissenschaft*, p. 7.
[39] *Idem*, p. 9.
[40] *Ibidem*.
[41] *Idem*, p. 12.

Armin Kaufmann apunta[42] que quizá debamos conformarnos con un *principio equilibrador de plausibilidad*, aunque los contenidos igualmente plausibles se excluyan mutuamente. Quizá sea más fácil conformarnos al menos con el criterio negativo de lo que bajo ningún concepto podemos admitir[43], en lugar de buscar el más plausible de dos que colisionan.

Kaufmann se concentra en la búsqueda de la interpretación correcta del Derecho y la obtención del Derecho supra-positivo[44] para, siguiendo a Welzel, separar las doctrinas de las estructuras lógico-objetivas y de la «naturaleza de las cosas», confundidas en la tradición iusfilosófica, poniendo de relieve que una cosa son las valoraciones jurídicas, cuestión axiológica no resoluble, y otra el objetivo de la valoración específica, el fin de la regla respectiva[45]. Que el Derecho no quiere que se produzcan muertes humanas a través de acciones dominables por el hombre, no es una cuestión axiológica, sino de naturaleza lógico-objetiva[46]. Lo mismo ocurre con la culpabilidad[47]. Que sólo pueda pronunciarse la culpabilidad cuando el sujeto pudo comportarse de otro modo, es independiente del modelo de persona que se tenga por parte de la sociedad, los tribunales o los ciudadanos[48]. Lo primero puede verificarse, lo segundo, no. Si sólo queremos castigar a culpables, hemos de respetar la estructura lógico-objetiva de la culpabilidad[49].

d. Schünemann[50], que en 1984/1991 consideraba el normativismo de Jakobs y el de Roxin como variantes del normativismo (monista, el uno, dualista, el otro), opuestos al ontologismo de Welzel[51], pone en relación, ahora[52], el cambio normativista que supuso Roxin, frente a Welzel, con la diferencia que media entre ese normativismo de Roxin y el posteriormente desarrollado por Jakobs, viendo, en 2001, un abismo entre el normativismo monista de Jakobs con el ontologismo de Welzel y con el normativismo dualista de Roxin[53]; en tanto que no es tan contundente ya, como lo fue en 1991, con el ontologismo de Welzel[54].

[42] *Idem*, p. 16, nota (3).
[43] *Ibidem*.
[44] *Idem*, pp. 17 ss.
[45] *Idem*, p. 17.
[46] *Idem*, pp. 17 s.
[47] *Idem*, p. 18.
[48] *Idem*, pp. 18 s.
[49] *Idem*, p. 19.
[50] *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal*, p. 645, con referencia a SCHÜNEMANN, en Schünemann, comp., *Sistema moderno del derecho penal*, «Introducción al razonamiento sistemático en derecho penal», pp. 31 ss.
[51] *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal,* pp. 644 s.
[52] *Idem*, pp. 643 s.
[53] *Idem*, pp. 644 s.
[54] *Ibidem*.

Jakobs, según Schünemann[55], habría absolutizado la prevención general al margen de todo empirismo, concibiendo el sistema penal como exigencia absoluta de reafirmación del ordenamiento jurídico, en el que el rol de la persona lo es todo y el sujeto individual nada[56]; prescindiendo del mundo natural y de los fines sociales. Todo lo contrario que Roxin. Lo que lleva a Schünemann a criticar conceptos fundamentales de Jakobs[57], como el de competencia, que reduce la persona a funcionalidad, o el de dolo, reducido a imprudencia dirigida, que no cuenta para nada con la dirección del hecho.

En cambio, continúa Schünemann[58], el finalismo, que tanto supuso de superación del naturalismo y de normativismo incipiente, a través de la adecuación social, entre otras cosas, más lo que sus herederos han introducido, de cuño normativista, en que avanzar, reduce la discrepancias con Roxin a las no admisión de las imputación objetiva, conformándose con el alcance del dolo (desvío)[59].

Llegando a formular dos tesis sobre el entrelazamiento entre ontologismo y normativismo, según las cuales (1) ontologismo y normativismo no se excluyen entre sí, sino que se complementan, y (2) los argumentos dogmáticos de una y otra procedencia se entrelazan como «una rueda dentada»[60]. Con lo cual, ciertamente, no se puede evitar del todo la ambigüedad (Bedeutungskern/Bedeutungshof), pero sí la arbitrariedad[61].

e. Silva Sánchez denomina a la evolución de Roxin[62], desde *Política criminal,* como normativismo relativizado por una determinada ontología, opuesto a un normativismo, como el de Jakobs, principalista, que no trata de mediar entre la estabilización de la sociedad y el sujeto libre (anteponiendo lo primero a lo segundo). Lógica objetiva funcionalista de los valores versus lógica intersubjetiva de los valores[63]. Monismo normativista (Jakobs) versus dualismo normativista (Roxin)[64], con límites externos, este último, de base ontológica en la elaboración funcional del sistema penal (que Silva Sánchez cree Jakobs puede llegar a compartir por vía de pre-comprensión de la realidad)[65].

Destacando entre los límites del normativismo el respeto al sujeto individual a la hora de establecer las reglas de imputación de la responsabilidad[66]; que sería el punto

55 *Idem*, p. 646.
56 *Idem*, p. 648.
57 *Idem*, pp. 649 ss.
58 *Idem*, pp. 653 s.
59 *Idem*, p. 654.
60 *Idem*, pp. 660 s.
61 *Idem*, p. 657.
62 *Política criminal y nuevo Derecho penal*, pp. 18. 21 s.
63 *Idem*, pp. 21 ss.
64 *Idem*, pp. 23 s.
65 *Idem*, p. 24.
66 *Idem*, pp. 27 ss.

de encuentro entre el normativismo dualista de Roxin, la tradición del derecho penal y el normativismo monista de Jakobs, por vía de consenso inter-subjetivo[67]. Alertando sobre el peligro de relativización que supone hacer depender las estructuras vinculantes del ser de un consenso inter-subjetivo, que no desdice de lo decisiva que ha sido esa aportación a la cultura penal del siglo XX y XXI[68].

f. Peñaranda, que asocia la radicalidad del funcionalismo de Jakobs con la prevención general positiva[69], depurada de ejercicio de la fidelidad al Derecho, que sostuvo anteriormente, circunscrita ahora a reforzamiento de la vigencia de la norma, y con la concepción de la teoría del delito como culpabilidad[70], que absorbe a los restantes elementos de la teoría, limita la influencia del funcionalismo a sustituir la idea de comportamiento como base del sistema por la de sentido o significado que explica la pena (la pena significa)[71], junto a la sustitución de la idea de bien jurídico por la de quebrantamiento de la norma[72].

Frente a las críticas sufridas inicialmente por Jakobs, que al seguir el funcionalismo de Luhmann habría optado por la defensa autoritaria y acrítica del orden social establecido, en detrimento de la resocialización y otros equivalentes funcionales de la pena (incluido su mero pronunciamiento), sostiene Peñaranda[73] que junto a la influencia de Luhmann en el pensamiento de Jakobs, aparecen otras, como las de Hegel y la teoría del daño moral, del siglo XIX, junto con el rechazo del ontologicismo de Welzel, que impiden llegar a la conclusión extraída por los críticos[74]. Lo cual, sin embargo, no permite evitar del todo la objeción a la abstracción y el formalismo jakobsiano[75].

Para paliarla, sostiene Peñaranda[76] que la fundamentación del sistema penal no le corresponde al derecho penal, sino al sistema político, p. ej., el alemán, por lo que se refiere al Derecho penal alemán, de donde se derivan los fundamentos de legitimación valorativa del mismo Derecho penal, que reconoce Jakobs[77], rebatiendo en su nombre las teorías absolutas de la pena, oponiéndose a la criminalización de las actitudes internas y orientando la pena a la idea de resocialización.

67 *Idem*, pp. 28 s.
68 *Idem*, pp, 29.
69 *Teoría de sistemas y Derecho penal,* pp. 254. 258 s., 260 s.
70 *Idem*, pp, 261 s.
71 *Idem*, pp, 260 s.
72 *Idem*, p. 263.
73 *Idem*, pp, 264 s.
74 *Idem*, pp, 265 ss.
75 *Idem*, pp, 268 s.
76 *Idem*, pp, 269 ss.
77 *Idem*, pp, 271 ss.

Más difícil de rebatir le resulta a Peñaranda la critica a por qué no bastaría el pronunciamiento de la condena en un derecho penal simbólico, como el de Jakobs[78]; no valiendo el argumento de éste, según el cual los costes de la infracción y sus alternativas deben recaer sobre el infractor.[79] Lo que no se compadece con que también supone costes para la sociedad[80]: esperar a la infracción para intervenir, supone fomentar la libertad del ciudadano, para que se abstenga libremente de delinquir.

Lo que a su vez conecta con la mayor critica de Peñaranda a Jakobs[81]: que se desentienda de la obligación de justificar el deber de soportar la pena por el infractor (a pesar de que lo admitió al principio: ejercicio de la fidelidad al Derecho). De manera que si la pena se mide por el daño a la sociedad, no por la ventaja del delincuente, exige un mal[82]. Por eso, la norma penal tiene que ser también norma de conducta (no sólo vigencia contra-fáctica)[83]; dicotomía con la que Luhmann se debatió. Lo que Peñaranda argumenta con la concepción de von Hirsch[84], según la cual la necesidad de pena se dirige también al ciudadano fiel, para enseñarle a respetar la norma. La norma penal, en suma, empleando la terminología de Kant,[85] se dirige, al mismo tiempo, al hombre nouménico (lo principal en el normativismo) y al hombre fenoménico (sensible).

g. Gracia Martín sostiene que el finalismo es un método óntico-axiológico, real-normativo, para fusionar realidad y valor desde la función y los fines del derecho penal,[86] frente a otras dogmáticas, basadas en un relativismo analítico que no permite avanzar en el conocimiento del derecho, cosa que sólo ocurre con el finalismo, como evidencia su teoría del injusto[87].

Si la premisa básica del derecho penal es que la norma se cumpla, hay que apelar al deber y a la libertad (no bastando la causalidad), lo que remite a la capacidad del hombre de actuar finalmente y obligarse ético-socialmente[88]; de ahí las estructuras ónticas vinculantes para el legislador (libre para todo lo demás), de la finalidad de la acción y la capacidad de auto-determinación (a las que sumar la participación: sólo posible en la acción final)[89].

78 *Idem*, pp, 273 ss.
79 *Idem*, p, 275
80 *Idem*, pp, 275 s.
81 *Idem*, pp, 276 ss.
82 *Idem*, p. 277.
83 *Idem*, pp, 278 ss.
84 *Idem*, pp, 280 ss., 282.
85 *Idem*, p, 289.
86 *Horizonte del finalismo*, p. 42.
87 *Idem*, p. 43.
88 *Idem*, pp 45 s., 47.
89 *Idem*, pp. 48

Tras rebatir[90] las críticas de Roxin y Jakobs a Welzel, de establecer de forma avalorativa la materia jurídica, y criticar[91] a su maestro Cerezo, por separar la parte objetiva de la subjetiva del hecho, a valorar en la culpabilidad, no en el injusto, lo que para él es incompatible con el fenómeno unitario de la finalidad, pasa Gracia[92] a evidenciar el abismo absoluto que media entre el injusto finalista y los restantes modelos de injusto normativistas (imputación objetiva), ante la imposibilidad de construir un tipo de injusto finalista (único compatible con la estructura directiva de la norma) sobre cualquier otro modelo que no sea el final sin caer en contradicciones (la dogmática normativista de la imputación objetiva se vería obligada a acoger el dolo como fundamento de la imputación objetiva)[93].

El intento de muchos, de ver una conexión entre la adecuación social de Welzel y la imputación objetiva, lo descarta Gracia[94], ya que, siguiendo a su discípula Rueda Martín[95], la inadecuación social no remite a un criterio puramente objetivo, al margen de la finalidad; por lo que también la acción debe estar orientada al fin social adecuado, lo que no ocurre cuando el púgil se ha excedido –llevado por la ira– hasta matar; lo que convierte lo adecuado del boxeo en conducta delictiva[96].

h. Mir Puig[97], siguiendo a Alcácer Guirao[98], critica a Jakobs por no completar el sistema penal con datos de la realidad ni fundamentos de política jurídica, conformándose con apreciaciones subjetivas, al amparo de una pretendida afirmación simbólica de la norma a través de la pena[99].

Para armonizar, dentro de su ambigüedad, lo naturalístico, ontológico, etc. y lo normativo, valorativo, etc., los hechos (naturales y sociales) y lo normativo, se vale Mir[100] de Searle, según el cual (1) los hechos sociales poseen una naturaleza física, (2) las normas jurídicas, reguladoras de hechos institucionales, asignan significado a los

[90] *Idem*, pp. 49 ss.

[91] *Idem*, pp. 53 ss., 57.

[92] *Idem*, pp. 61 ss.

[93] *Idem*, pp. 67 ss., 71.

[94] *Idem*, pp. 75 ss., 83 s.

[95] *La teoría de la imputación objetiva del resultado en los delitos dolosos de acción (Una investigación, a la vez, sobre los límites ontológicos de las valoraciones jurídico-penales, en el ámbito de lo injusto).* Bosch, 2001, pp. 265, 280, 282 ss.

[96] *Idem*, pp. 83 s.

[97] *H-Rodríguez Mourullo*, pp. 665 ss.

[98] Alcácer Guirao, R., «Facticidad y normatividad. Notas sobre la relación entre ciencias sociales y Derecho penal», *Anuario de Derecho penal*, LVII, 1999, pp. 177 ss.

[99] *H-Rodríguez Mourullo,* pp. 666, nota (5).

[100] *Idem*, pp. 672 ss., 674.

hechos, como la cualidad de delito a determinadas conductas, (3) la persona es soporte físico y mental del hecho social.

Lo que aplicado, al sistema persona, resulta inviable en el modelo de Jakobs, por limitarse a la afirmación de la norma, sin trascender más allá, al servicio del ciudadano, en un modelo democrático[101].

El modelo propugnado por Mir, inspirado en Searle, obliga a establecer dos niveles de conexión entre el Derecho y su legitimación[102]: pues a la pretensión del normativismo de Roxin frente al ontologismo de Welzel (primer debate normativista), reivindicación de lo normativo frente a lo ontológico[103], debe añadirse el de la limitación de lo normativo por lo cultural (segundo debate normativista)[104], si bien intuye que lo normativo relativo, que él preconiza, en la línea de Roxin, es conciliable con el normativismo puro de Jakobs, adoptando la forma de relación entre subsistemas diferentes[105]. La limitación inherente al normativismo relativo que preconiza Mir Puig, incluye también la relación sistema normativo /sistema psico-físico[106]. Reconociendo por esta vía la «parte de verdad» que corresponde al finalismo, que no es otra que la de las estructuras ónticas de la acción y la culpabilidad.[107]

i. Vives Antón[108], que distingue entre funcionalismo teleológico (Roxin) y funcionalismo estratégico (Jakobs), los caracteriza unitariamente por entender todas las categorías penales desde los fines de la pena[109].

La superación del dualismo entre derecho penal y política criminal (de von Liszt) en Roxin, la ejemplifica Vives en el dolo[110], con el dolo eventual como decisión por la lesión del bien jurídico; pero como quiere conservar la semántica subjetivista del finalismo, no opera sólo con criterio normativo[111]. Lo que después Vives criticará desde la perspectiva gramatical (*Vid.* infra).

Roxin define el injusto como lesión del bien jurídico[112], pero lo extiende a lo útil[113]. El bien jurídico sirve a la configuración del injusto material[114]; pero al ampliarse éste

101 *Idem*, pp. 675.
102 *Idem*, pp. 676.
103 *Ibidem*.
104 *Ibidem*.
105 *Idem*, pp. 677.
106 *Idem*, pp. 678.
107 *Idem*, pp. 681.
108 *Fundamentos del sistema penal*[2], p. 443.
109 *Ibidem*.
110 *Idem*, p. 447.
111 *Ibidem*.
112 *Ibidem*.
113 *Ibidem*.
114 *Ibidem*.

al tipo total de injusto (incluyendo las causas de justificación, con sus respectivos elemento objetivo y subjetivo, etc.)[115], obliga a extenderlo, más allá del bien jurídico, a la infracción de un deber normativo[116]. Amalgama que hay que orientar a los fines de la pena[117]. Lo mismo, más acentuado, ocurre con la culpabilidad, no limitada ya a la libertad como capacidad de actuar de otra manera[118]. Lo que lleva a Vives a concluir que, por esta vía, tenía que haber desembocado Roxin en la concepción hegeliana de la acción (culpable); lo que no ha hecho, a diferencia de Jakobs.[119]

Respecto al funcionalismo estratégico, de Jakobs, entiende Vives[120], que la infracción de la norma como defraudación de la expectativa contra-fácticamente estabilizada, es lo más parecido a la concepción kelseniana de la norma fundamental, aplicada al sistema, que, como autopoiético, se justifica circularmente, de forma tautológica[121]. La prevención general positiva, por su parte, sustituida la retribución por la exclusión social, también muestra su inspiración hegeliana,[122].

La crítica de Vives a Jakobs, la hace por una vía semejante a la de Roxin, gramaticalmente, a pesar de ser funcionalismos tan distintos[123]:

Vives habla de incongruencia gramatical en Roxin para referirse a que, al intentar orientar el sistema penal tanto a los fines de la pena como a la Constitución, es imposible armonizar ambas pretensiones, debido a la orientación utilitarista de la pena en la teoría de sus fines y la dignidad del hombre, que inspira la Constitución[124]. Es cierto que Roxin llega a veces a resultados satisfactorios[125]. Pero cuando eso ocurre es que no ha sido suficientemente funcionalista; y un criterio, de los que dice seguir (orientación a la Constitución), ha suplido al otro (pena como fin empírico de la sociedad)[126]. Lo que puede ilustrarse también con el tipo (funciones epistemológica, axiológica y directiva, tan diversas entre sí)[127].

Sí es consecuente con el funcionalismo, a diferencia de Roxin, Jakobs, porque aplica, correcta, aunque no ductivamente, al sistema penal el modelo de Luhmann[128]; lo

115 *Idem*, p. 447 s.
116 *Idem*, p. 448.
117 *Ibidem*.
118 *Ibidem*.
119 *Idem*, p. 449.
120 *Idem*, pp. 450 ss.
121 *Idem*, p 452.
122 *Idem*, p. 454.
123 *Idem*, pp. 455. ss.
124 *Idem*, p. 456.
125 *Idem*, p. 457.
126 *Ibidem*.
127 *Ibidem*.
128 *Idem*, pp. 457 s.

que hace conforme a oraciones de deber (pese a que, según Luhmann, también podría hacerse conforme a otras propiedades: utilidad, p. ej.)[129]. Lo que caracteriza a Jakobs, según Vives Antón[130], es que se inspira también en el injusto personal de Welzel, pese a su rechazo expreso[131].

En este sentido, concluye Vives[132], Jakobs no es consecuentemente funcionalista[133]. El único funcionalista consecuente es Luhmann. Pero tropieza con el problema de la ausencia de una norma fundamental, un valor absoluto o una voluntad ordenadora, que saque de la circularidad característica de los sistemas autopoiéticos[134]. Problema del origen del conocimiento[135] que Vives Antón, siguiendo a Wittgenstein, quiere resolver por la vía del significado de las palabras a través de la doctrina de la acción significativa.

j. Es imposible construir modelos normativos del derecho penal, necesarios, sin tener en cuenta los elementos esenciales derivados de la acción dominable que su autor pudo evitar (estructuras lógico-objetivas)[136], que no alteran la naturaleza normativa del derecho penal.[137]

La negación de las estructuras lógico-objetivas de la acción y la culpabilidad, por parte del normativismo, se basa en un equívoco[138], probablemente provocado por el mismo Welzel, que arranca de la crítica de Roxín a la acción final, a pesar de que Armin Kaufmann había mostrado ya que su función se limita a algo tan elemental como que la ciencia penal no puede dar un paso sin poner en relación la norma que quiere aplicar con la realidad a la que debe ser aplicada[139].

El hecho de que no cabe concebir la tentativa sin el plan del autor, el dominio del hecho (de la causalidad) sea fundamental para explicar formas esenciales de la autoría y no quepa pensar la omisión penalmente relevante sino como omisión de la acción que habría evitado la lesión de forma equivalente a la acción que la produce[140]; tales conceptos básicos de la teoría del delito, entre otros que se podrían aducir, son todos muestra del papel esencial de la acción dominable en ella[141].

129 *Idem*, p. 457.
130 *Idem*, p. 458.
131 *Ibidem*.
132 *Idem*, p. 459.
133 *Ibidem*.
134 *Ibidem*.
135 *Ibidem*.
136 Cuello Contreras, J., *RDPC*, 16, 2.ª época, 2005, p. 11.
137 *Ibidem*.
138 *Idem*, p. 15.
139 *Ibidem*.
140 *Idem*, pp. 18 ss., 20 ss., 23 ss.
141 *Idem*, pp 25 s.

Lo objetivo y lo subjetivo, lo normativo y lo ontológico, ambas dicotomías, enlazadas dialécticamente, son esenciales para comprender la función normativa del Derecho penal, que tiene que estar anclado en la realidad[142].

IV. Conclusiones

El rico y fructífero debate así entablado sobre la normativización del derecho penal, permite sintetizar las siguientes conclusiones que pueden ser útiles para intentar adivinar qué derroteros seguirá transitando la teoría del delito en el futuro inmediato.

1. La mayor parte de los posicionamientos doctrinales seleccionados (los de Roxin, Schünemann, Silva Sánchez, Mir Puig e, incluso, el propio Peñaranda Ramos, uno de los introductores de Jakobs en España), como, en general, la doctrina que se ha ocupado del pensamiento normativista de Jakobs, insisten en oponerse al normativismo radical de este autor, enfatizando que se coloca en una posición de partida sumamente abstracta, que obliga a asumir la función del sistema penal al servicio del sistema social total sin ningún tipo de control sobre su eficacia desde el punto de vista de las comprobaciones empíricas (¿es realmente eficaz el sistema penal en la lucha contra la criminalidad?) ni las garantías del ciudadano, a cuyo servicio está concebido el sistema penal desde hace mucho tiempo en la tradición jurídico-penal europea.

2. Los introductores del funcionalismo de Jakobs en España (Peñaranda, Peñaranda / Suárez / Cancio), aunque se vieron obligados a exponer inicialmente su pensamiento «a la defensiva», en el momento en que se inicia esta fase del debate sobre la normativización del derecho penal, frente a la avalancha de críticas suscitadas por los escritos de este autor al principio de su difusión entre nosotros, en el marco de la discusión sobre los fundamentos del sistema penal, en la época, dominada por el normativismo moderado de Roxin, salen airosos (algo meritorio y bien argumentado), aunque escriben más acuciados por hacerle un sitio a Jakobs en debate penal tan rico como el alcanzado en la ciencia penal europea con el paso del siglo, que por poder reivindicar sin complejos lo que este pensamiento podía enriquecer tal debate. Lo que no ha impedido, sin embargo, el auge ingente que ha experimentado en España e Hispanoamérica la influencia de Jakobs a través de sus posteriores aportaciones (*Normativización de la dogmática jurídico-penal*, 2003)[143], y las de sus discípulos, con Pawlik (*Das Unrecht des Burgers*), recientemente traducida al castellano[144], a la cabeza, que han seguido en su línea, radicalmente normativa, ajenos al debate que aquí nos ocupa.

[142] *Idem*, p. 27.

[143] *Sobre la normativización de la dogmática jurídico penal*, trad. Cancio Meliá y Feijoo Sánchez, UAM /Civitas, 2003.

[144] Pawlik, M., *El injusto del ciudadano. Fundamentos de la teoría general del delito*, trad. Coca Vila / Lerman / Orozco López, Atelier/Externado, 2023. Original alemán: *Das Unrecht des Bürgers. Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenslehre*, Mohr Siebeck, 2013.

3. Todos los pronunciamientos (menos los de Peñaranda, Peñaranda / Suárez / Cancio) fijan uno de los límites al puro normativismo de Jakobs en determinadas características del ser, de la materia a regular, que la función normativa genuina del Derecho penal debe respetar siempre. Algunos, especialmente Schünemann, no tienen empacho en recuperar para esa finalidad limitadora de los nomativo al finalismo, de donde siempre han provenido las más genuinas consideraciones sobre la necesidad de respetar estructuras lógico-objetivas, que caracterizó el debate doctrinal durante muchos años, desde que Welzel lo fundó, especialmente con Roxin (debate en torno al primer normativismo). Otros, el propio Roxin, niegan que el límite empírico al normativismo coincida con el ontologismo welzeliano. Como Mir Puig, que tiene por superada la consideración finalista en ciencia penal, tras el debate con el primer normativismo de Roxin, y ahora toca superar el normativismo radical con la apelación a la cultura de Occidente. Si bien reconoce, lo que no es poco, las estructuras ontológicas de la acción y la culpabilidad. Silva Sánchez pasa de puntillas sobre esta cuestión, aunque reconoce la aportación finalista, lamentando, como Mir Puig, que el finalismo (Armin Kaufmann) no reconociera más estructuras vinculantes[145]. Y Peñarandas / Suárez / Cancio, también[146]; aunque reconocen un elemento subjetivo de la tentativa, finalista a su pesar, como diría Vives Antón.

4. Solo Gracia Martín niega todo normativismo que no sea el que se solidifica con el ontologismo, totalmente autosuficiente, en la impronta que dio Welzel al finalismo desde un principio. Con una prueba demoledora de cualquier otro normativismo (el puro, de Jakobs, y el relativo, de Roxin), dada por la inescindibilidad del elemento objetivo y el elemento subjetivo en el injusto, que hace inviable la consideración normativista, pura y relativa, caracterizadas por objetivar el injusto. Lo que no deja de ser una incongruencia por parte de Roxin, en su pretensión de respetar la «importancia de los objetos» (en este caso el objeto psíquico, de naturaleza subjetiva), temática en la que ahora no podemos entrar[147].

5. Quien más diáfano resulta en la vuelta a asumir los planteamientos ontológicos tradicionales del finalismo, es Schünemann; lo que resulta elocuente, habida cuenta de su militancia, muy activa, en el normativismo relativo de Roxin, a cuya difusión en la ciencia penal a lo largo de muchos años ha sido el máximo contribuyente (junto con Roxin). Dicha voluntad de síntesis contrasta, sin embargo, con su clara hostilidad al normativismo puro de Jakobs, en un ejercicio palmario de marcar las diferencias con

[145] *Política criminal y nuevo Derecho penal,* p. 29, nota (59).

[146] Peñaranda / Suárez / Cancio, en Estudio preliminar a Jakobs, *Estudios de Derecho Penal*. pp. 66 s.

[147] Cuello Contreras, J., *Lo normativo, lo objetivo y lo subjetivo en la evolución de la teoría del delito de las últimas décadas* (manuscrito inédito).

lo próximo para evitar la «angustia de las influencias» (Bloom)[148], muy semejante a la que en su día llevó a Roxin a marcar las diferencias con el finalismo.

6. Quien más votos hace por la síntesis entre ambos normativismos (el puro y el relativo) y el ontologismo, es Silva Sánchez. Con un ensayo de vía de acceso a través de la pre-comprensión de la realidad, para ponerse de acuerdo sobre cómo regularla. E, incluso un guiño al finalismo, instándole a proponer más estructuras lógicas, reconociendo implícitamente que son las que mejor permiten atajar el relativismo de la mera inter-subjetividad; aspecto en el que también insiste Gracia Martin.

7. Existe la posibilidad de diluir el debate sobre el normativismo, recordando la tesis de Armin Kaufmann, de hace mucho tiempo, anterior al debate que ahora nos ocupa, sobre la doble naturaleza del conocimiento jurídico-penal, ontológico y axiológico a la vez, que da lugar a dos metodologías, más estricta, una, y más abierta, otra, de cuyo feliz ensamblaje, nada fácil, por cierto, depende que la ciencia penal se haga acreedora a ser tenida como auténtica ciencia. Como existe la posibilidad de renunciar a la idea de cientificidad del derecho penal y conformarse con el uso prudente de las palabras con que se pronuncia el Derecho, al estilo de lo que ocurre desde antaño en el Derecho anglosajón, como pretenden Vives Antón y sus discípulos[149]. Posibilidades, las enunciadas, que amplían, enriqueciéndolo, el horizonte desde el que contemplar el debate sobre la normativización del derecho penal.

8. Todo parece apuntar a que el debate seguirá abierto. Puede que ni se tematice en lo sucesivo, como evidencian los desarrollos posteriores del pensamiento de Jakobs y sus seguidores, especialmente influyente en la ciencia penal de habla española. Pero cabe pensar, también, que el debate se reabra en cualquier momento. Entonces, quizá, la experiencia anterior estimule a pensar que los tres modelos, el del normativismo radical, de Jakobs, el del normativismo moderado, de Roxin, y el del finalismo renovado, son necesarios para concebir el sistema penal en el siglo XXI. *No pudiéndose prescindir de lo aportado por ninguno de ellos*. El sistema penal tiene que partir del marco más amplio que quepa concebir, para entenderlo como forma de protección de la sociedad. Ese nivel de abstracción sólo lo proporciona el modelo sistémico de Jakobs, con sus característicos conceptos del delito y la pena como afirmación del infractor contra el orden social, el delito, y la autoafirmación de la sociedad frente al infractor, a través de la pena. La abstracción en la que deliberadamente se coloca el normativismo puro, obliga a buscar la necesaria concreción de delito y pena en lo que ha sido la tradición jurídica europea, de concebirlos al servicio del fin social del Derecho penal, de luchar

[148] Bloom, H., *La angustia de las influencias*, trad. Francisco Rivera, Monte Avila. 1977. 2.ª ed. 1991.

[149] Cuerda Arnau, M. L., «La función de la dogmática (Una crítica desde la concepción significativa de la acción)», *Estudios de Derecho penal. Homenaje al Profesor Santiago Mir Puig*, coord., Silva Sánchez y otros, Bdef, 2017, 485 ss.

eficazmente contra la criminalidad y preservar las garantías del ciudadano implicado en un proceso penal, cuyo modelo más representativo ha sido y es el de Roxin, caracterizado precisamente como un modelo normativo al servicio de los ciudadanos. Y ambos modelos normativos, el más abstracto y el que concretiza más, necesitan como referencia imprescindible de todo proceso de ideación y aplicación del Derecho la contemplación de la realidad a regular, que pasa por conocer cómo es, para poder orientarla a través del comportamiento humano dirigido por el Derecho; temática que estuvo en la eclosión del finalismo de Welzel, que tanto contribuyó para tenerla en cuenta en el proceso de normación, y, ahora, dada la abstracción que ha supuesto el normativismo de Jakobs, vuelve a cobrar actualidad, alimentando al menos un debate fructífero. La integración será difícil, dado lo desencontrado de las posiciones. Pero vale la pena seguir debatiendo, como ya se hace desde posiciones contrapuestas. Y vale la pena ensayar puntos de encuentro, que quizá permitan una síntesis superior en un nuevo modelo que integre los anteriores.

7

PROBLEMAS JURÍDICO-PENALES DE LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA EN EL ÁMBITO DE LAS ACTIVIDADES SANITARIAS

MIRENTXU CORCOY BIDASOLO*
Catedrática de Derecho Penal
Universidad de Barcelona

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. I.1. Derecho a la libertad de conciencia. I.2. Libertad de conciencia y libertad religiosa. II. LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA EN EL ÁMBITO DE LA ACTIVIDAD MÉDICA. II.1. Alcance y límites de la objeción de conciencia. II.2. Supuestos de objeción de conciencia en el ámbito médico. III. LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA COMO EJERCICIO DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE CONCIENCIA. IV. REQUISITOS PARA SU EFICACIA. V. DEBER JURÍDICO DE ACTUAR COMO REQUISITO PARA EL DERECHO A LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA. CONCEPTO Y LÍMITES. VI. CONCLUSIONES. VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

I.1. Derecho a la libertad de conciencia

I.1.1. En un Estado Social y Democrático de Derecho los ciudadanos están sujetos al cumplimiento de la Ley. De ello se derivan una serie de deberes jurídicos que estos deben de cumplir en el desarrollo de determinadas actividades o en unas concretas circunstancias. En una sociedad en la que conviven personas de diferentes ideologías y creencias, teniendo todas ellas derecho a ser respetadas en sus convicciones —derecho constitucional a la libertad religiosa y de conciencia—, el cumplimiento de estos

* Agradezco la invitación a participar en este Libro Homenaje a CARLOS ROMEO CASABONA, quien ha sido pionero en adoptar una visión más compleja del Derecho, en general, y del Derecho penal, en particular. Su enfoque multidisciplinar y novedoso ha sido un referente para avanzar en una mirada diferente y trasversal de cuestiones que requieren de conocimientos tanto médicos como de las nuevas tecnologías. Por ello no es casual que haya elegido tratar la problemática de la objeción de conciencia en la actividad sanitaria como tema para este merecido homenaje.

deberes suscita conflictos de intereses con otros deberes que colisionan entre si. En este contexto de respeto a las minorías, la objeción de conciencia se suscita cuando el cumplimiento de un deber jurídico entra en conflicto con el ejercicio de la libertad ideológica y de creencias de la persona obligada por ese deber. La pretensión del Estado de asegurar jurídicamente el principio de igualdad determina que todos los ciudadanos tengan derecho a un trato igualitario y, por consiguiente, derecho a exigir que se cumplan determinados deberes. El incumplimiento de un deber ético por razones de conciencia no suscita un problema de objeción de conciencia, en sentido estricto, porque no necesita justificarse para que sea lícito, mientras que admitir la eficacia de la objeción de conciencia supone legitimar la realización de un comportamiento en principio ilícito, en cuanto supone la infracción de un deber. De ello se deriva una primera distinción: a) objeción de conciencia, en sentido estricto: incumplimiento de un deber jurídico; b) objeción de conciencia, en sentido amplio: incumplimiento de un deber, ya sea ético o jurídico. En estas líneas nos ocuparemos especialmente del primero ya que es el único que suscita un conflicto legal de intereses. Ello no excluye el problema ético que se plantea cuando se incumple un deber ético por razones éticas.

I.1.2. La objeción de conciencia puede tener efectividad jurídica, legitimando lo ilícito —el incumplimiento de un deber jurídico—, cuando la realización de esas actividades a las que se está jurídicamente obligado entra en conflicto con el derecho fundamental al ejercicio de la libertad de conciencia, es decir, cuando el cumplimiento del deber jurídico implica una agresión a las convicciones ideológicas del obligado jurídicamente. Pero es que, además, el derecho a la libertad de conciencia está avalado por el principio de igualdad, principio que sólo se cumple, desde una perspectiva material, cuando se respetan las diferencias que surgen como consecuencia del ejercicio de la libertad ideológica de todos los partícipes en la vida social. Admitir la objeción de conciencia implica el respeto del pluralismo ideológico y de los principios de libertad y tolerancia. La efectividad de este pluralismo ideológico requiere acudir al principio de igualdad para que cualquier creencia o ideología sea respetada paritariamente por el Derecho.

I.1.3. Cuando entra en conflicto el derecho a la libertad ideológica con un determinado deber jurídico de actuar o de omitir, los principios de libertad e igualdad se encuentran en ambos lados de la balanza. El Estado, en cuanto Estado de Derecho, está obligado a respetar la libertad de conciencia de todos los ciudadanos, mientras que el Estado, en cuanto Estado Social y Democrático, está obligado a asegurar igualitariamente los derechos que corresponden a los ciudadanos y, en consecuencia, a obligar coactivamente a que se cumplan. Por consiguiente, la persona que resultaría afectada por el incumplimiento del deber jurídico, como consecuencia del ejercicio del derecho a la libertad ideológica de otra, tiene derecho, en base al principio de igualdad material, a que esa actividad sea realizada.

I.2. **Libertad de conciencia y libertad religiosa**

I.2.1. En ningún caso puede entenderse la libertad como un derecho absoluto puesto que el ejercicio de la libertad de una persona tiene como primer límite el ejercicio de la libertad de terceros y de su derecho a un trato igualitario. Incluso desde las posturas que preconizamos la libertad como derecho prioritario, incluso por encima de la vida, no es posible negar que, especialmente, quienes ejercen su actividad profesional dentro de la Administración Pública están obligados a cumplir con los deberes que les vienen impuestos como consecuencia del ejercicio de esa actividad, en el cumplimiento de los fines a los que el Estado está obligado.

I.2.2. El ejercicio de la objeción de conciencia, con carácter general, se deriva del derecho fundamental a la libertad de conciencia, art. 16.2 CE, y su ejercicio suscita un conflicto entre deberes y derechos que debe resolverse de acuerdo con los principios que rigen el estado de necesidad o el ejercicio de un derecho, esencialmente, atendiendo al principio de proporcionalidad a través de la ponderación de los intereses en juego. La libertad ideológica tiene muy diversas facetas entre las que se encuentran la libertad de conciencia y la libertad religiosa. Para dotar de contenido material al derecho a la libertad ideológica es necesario que de la titularidad de ese derecho se derive un derecho a actuar conforme a esas ideas y, en el caso del ejercicio de la objeción de conciencia, se derivaría un derecho a no conducirse conforme a deber. El ordenamiento jurídico debe contemplar este principio constitucional de la libertad ideológica a través de la protección del ciudadano para que pueda actuar conforme a sus principios, dentro de los límites que marca el derecho a la libertad ideológica de las otras personas. El respeto de los principios de libertad y tolerancia determinan la obligación de respetar a las minorías y, en consecuencia, la defensa del pluralismo ideológico. Sin embargo, tampoco esa obligación de respeto es absoluta ya que puede estar limitada por otros derechos constitucionalmente protegidos, especialmente cuando los derechos afectados son los de terceros ajenos a la objeción de conciencia. En este sentido es paradigmática la conocida STS de 27 junio de 1997, en la que se condena, por homicidio doloso en comisión por omisión, a los padres de un chico de trece años que murió, aparentemente, por no haber recibido transfusiones de sangre, transfusiones a las que, tanto los padres como el menor, se opusieron por ser Testigos de Jehová. Posteriormente, el Tribunal Constitucional, en la STC 154/2002, de 13 de julio, consideró que el menor de 13 años al negarse a la transfusión ejerció su derecho a la libertad religiosa. El Constitucional parte del reconocimiento del derecho a la libertad religiosa, no sometido a «más límites que los que imponen el respeto a los derechos fundamentales ajenos y otros bienes jurídicos protegidos constitucionalmente». Pero no atribuye ese derecho sólo a los adultos, sino que, de acuerdo con la Constitución y los Convenios internacionales sobre derechos humanos, considera que «los menores de edad son también titulares del derecho a la libertad religiosa y de culto». La razón por la que el Tribunal Constitucional considera que no hubo una actuación ilícita por parte de los padres al negarse a la transfusión

se fundamenta en considerar que los menores también tienen derecho a la libertad de conciencia y, por consiguiente, que su negativa a la transfusión era válida para excluir el deber de actuar de los profesionales sanitarios.

II. La objeción de conciencia en el ámbito de la actividad médica

II.1. Alcance y límites de la objeción de conciencia

1.1. Concretando la objeción de conciencia al ámbito de la actividad médica, este problema se suscita cuando terceras personas, profesionales o no profesionales sanitarios, se niegan a que un paciente reciba un tratamiento por razones de conciencia, especialmente, cuando ese paciente es un menor. Dentro del ejercicio de la medicina existen muchos supuestos en los que surgen problemas de objeción de conciencia relacionados con un deber de actuar del médico, entre los que podemos citar el aborto y la eutanasia, que son los más debatidos, la esterilización de disminuidos psíquicos, la cirugía transexual, los trasplantes, la fertilización *in vitro*… En la actualidad, en la regulación sobre la interrupción voluntaria del embarazo y la eutanasia se ha recogido la posibilidad de objetar en conciencia. Con más claridad y desarrollo en esta última, ya que especifica que solo puede ser individual, por ser ejercicio de un derecho subjetivo, y que, en ningún caso puede impedir el derecho a la ayuda a morir[1].

1.2. Junto a estos casos en los que la objeción de conciencia está referida al incumplimiento de un deber jurídico de actuar, se plantean otros opuestos en los que la objeción de conciencia afecta a un presunto deber de actuar del profesional sanitario en contra de la voluntad del paciente, así, por ejemplo, en temas relacionados con la eutanasia pasiva y el rechazo al tratamiento. La solución a la que se debe llegar en relación con el alcance del derecho a la objeción de conciencia en uno y otro grupo de supuestos es absolutamente divergente, por cuanto, el derecho a la objeción de conciencia puede generar un derecho a no actuar, pero nunca un derecho a actuar en contra de la voluntad del paciente. En estos casos el problema más grave se suscita cuando el paciente no puede consentir, por ser menor, incapaz o estar inconsciente. El art. 9.3. Ley 41/2002, «de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica», regula el consentimiento por representación en el art. 9.3., limitando, en su apartado 5, la eficacia del consentimiento por representación con una cláusula general: «*La prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre*

[1] En la LO 3/2021, reguladora de la eutanasia, se especifica, en su art. 3.f., que la objeción de conciencia debe de ser «individual», lo que se reitera en el art. 16.1, mientras que en el art. 14 se advierte que la objeción de conciencia no puede menoscabar el derecho a la ayuda a morir.

en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal. El paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario».

1.3. Por consiguiente, entre los problemas de objeción de conciencia en el ámbito sanitario, hay que diferenciar dos supuestos: 1.º El paciente quiere que se le aplique un determinado tratamiento y el médico se niega por razones de conciencia —objeción de conciencia del sanitario—; 2.º El paciente se niega a ser tratado, por razones de conciencia, y el médico quiere imponer el tratamiento, contra la voluntad del paciente —objeción de conciencia del paciente—. En este segundo grupo de casos, en general, se produce una doble objeción de conciencia, del facultativo y del paciente. Del facultativo en la creencia de que en conciencia tiene el deber de actuar y del paciente que, por razones de conciencia, en el ejercicio de su libertad, no quiere ser tratado —rechazo al tratamiento—. En estos supuestos el facultativo no tiene derecho a alegar el ejercicio de la libertad de conciencia para imponer un tratamiento, excepto en casos muy concretos. Supuestos previstos en los apartados 2, 3 y 4 del art. 9. Ley 41/2002: a) cuando exista peligro para la salud pública: b) en supuestos de urgencia; y c) cuando el paciente es menor o no tiene capacidad de consentir. En estos dos últimos supuestos se mantiene la exigencia de consentimiento que se traslada por ley a los familiares del paciente. Regulación que ya estaba prevista en el art. 10 Ley General de Sanidad de 1985. Por consiguiente, excepto en esos casos, no existe un deber jurídico que obligue al facultativo a actuar en el ejercicio de su profesión y ni tan siquiera un deber deontológico, por cuanto los actuales Código Deontológicos limitan el deber genérico de actuar del médico cuando existe peligro para la vida y la salud a aquellos supuestos en los que existe consentimiento o, en todo caso, en los que por las circunstancias concurrentes no hay posibilidad de que se otorgue ese consentimiento.

II.2. **Supuestos de objeción de conciencia en el ámbito médico**

2.1. La objeción de conciencia en el ámbito de la actividad médico-quirúrgica se suscita, especialmente, en ocho ámbitos: 1.º Aborto; 2.º Eutanasia; 3.º Transfusiones de sangre; 4.º Esterilización de deficientes mentales; 5.º Reproducción asistida; 6.º Interrupción de tratamientos médicos o quirúrgicos; 7.º Aplicación de tratamientos paliativos del dolor que producen a corto plazo la muerte; 8.º Alimentación forzada a personas anoréxicas. De estos supuestos, respecto a las consecuencias jurídicas de la objeción de conciencia del médico, debemos diferenciar entre aquellos en los que el paciente es quién desea ser tratado y el médico no quiere por razones de conciencia respecto de los que el paciente se niega conscientemente a ser tratado o quiere ser tratado de otra forma, por razones ideológicas o de ejercicio de su libertad individual y el médico se niega a acatar la voluntad del paciente, también por razones de conciencia. En estos últimos supuestos la situación es diferente cuando quien se niega a ser tratado es menor de edad o incapaz, puesto que puede no concurrir la capacidad de consentir libre y válidamente.

2.2. Otro grupo de casos, en los que se ha suscitado la objeción de conciencia en el ámbito sanitario, tienen su origen en la voluntad de protección de intereses generales por parte del profesional sanitario. Profesional que rechaza una determinada forma de ejercicio de la actividad médico-quirúrgica, en el contexto de la sanidad pública, cuando se siguen tratamientos extremadamente caros sin una clara finalidad terapéutica y, en especial, en materia de trasplantes, puesto que en esos casos la utilización de órganos con fines puramente de experimentación, sin posibilidades de salvar la vida o mejorar la salud del trasplantado. Ello implica una lesión de las expectativas de los demás pacientes que esperan y deben ser trasplantados y tendrían posibilidades de mejorar su esperanza de vida. A priori, no puede negarse el derecho a objetar en conciencia por el uso arbitrario de medios públicos, por cuanto, el interés en el cuidado de los recursos públicos perfectamente puede formar parte del ejercicio de la libertad ideológica de una persona. Por último, también cabe hablar de objeción de conciencia en los supuestos de huelgas de hambre, en relación con la alimentación forzada de quien está ejerciendo su derecho a la huelga[2].

III. La objeción de conciencia como ejercicio del derecho a la libertad de conciencia

III.1. Como ya se avanzaba, la objeción de conciencia no es un derecho fundamental, por cuanto se deriva del derecho fundamental a la libertad ideológica o religiosa, reconocido en el art. 16.1. CE. En consecuencia, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, la objeción de conciencia puede ser ejercida con independencia de que exista regulación positiva que desarrolle ese derecho en un determinado ámbito, por cuanto, en materia de derechos fundamentales la Constitución es directamente aplicable. Aplicando esta doctrina, para que pueda ejercerse la objeción de conciencia no es necesario que la ley expresamente así lo contemple ni que implícitamente se desprenda de la regulación positiva, como sucede en el aborto y en la eutanasia.

[2] El tratamiento diferenciado de estos supuestos se debe a que en estos casos se plantean algunos aspectos singulares, como puede ser el hecho de que el problema se suscite en el ámbito penitenciario y se haya alegado que en esos casos existe un deber específico de proteger la vida de los reclusos por parte de los funcionarios penitenciarios, incluidos los sanitarios que ejercen su profesión en la cárcel. Sobre los problemas de la huelga de hambre desde una perspectiva política, *Vid.* Climent Durán, Carlos, «Sobre la asistencia médica a reclusos en huelga de hambre», *Revista General de Derecho*, N.º 552, 1990, p. 6431; desde perspectivas penales y constitucionales la bibliografía es numerosa, *Vid.* por todos, Díez Ripollés, José Luis, «La huelga de hambre en el ámbito penitenciario», *Cuadernos de política criminal*, N.º 30, 1986, 603 ss.; Luzón Peña, Diego, «Estado de necesidad e intervención médica (o funcionarial, o de terceros) en casos de huelgas de hambre, intentos de suicidio y de autolesión: algunas tesis», *La Ley*, N.º 1, 1988, 992-1003; Silva Sánchez, Jesús M.ª, «Aspectos de la comisión por omisión: fundamentos y formas de intervención: el ejemplo del funcionario penitenciario», *Cuadernos de Política Criminal*, N.º 38, 1989, 367-404.

III.2. No obstante, existe otra doctrina constitucional según la cual no se reconoce un derecho fundamental a la objeción de conciencia, ejercitable incluso en ausencia de regulación legal en base a encontrarnos en un Estado de Derecho en el que todos estamos obligados a acatar la Ley. Sin embargo, en el supuesto del aborto y, en general, en los casos de objeción de conciencia que se suscitan, o puedan suscitarse, en la actividad sanitaria no existe una confrontación expresa del derecho a la libertad ideológica con otros derechos constitucionales, porque no surge ninguna cuestión relativa a desobediencia civil[3]. Quien objeta en relación con un tratamiento médico no lo hace como demostración de su voluntad de no acatar el Ordenamiento Jurídico, tal y como sucede en la desobediencia civil, sino que el objetor sanitario se ve abocado a desobedecer determinadas leyes por ser discordantes con su conciencia. La objeción de conciencia no tiene por qué suponer una postura de resistencia frente al Estado y, en consecuencia, no parece adecuado considerar que sólo está justificada cuando está regulada positivamente.

III.3. Un sector doctrinal y jurisprudencial, diferencia el tratamiento de la objeción de conciencia en los supuestos de aborto legal en base a entender que en el caso de interrupción voluntaria del embarazo la objeción de conciencia no supone exclusivamente el ejercicio de la libertad ideológica de quien objeta sino también del derecho a la vida. Mantener esta interpretación supone entender que el derecho al aborto no existe de forma autónoma, sino que es una excepción al derecho general a la vida, previsto en el art. 15. CE[4], y tiene como consecuencia defender que, en el caso del aborto, el derecho a la objeción de conciencia es un derecho fundamental derivado de los arts. 15 y 16. CE, prácticamente carente de límites. Esta argumentación es muy simplista pues, aun reconociendo el derecho a la vida del *nasciturus*, no puede obviarse la existencia de otro derecho como es el derecho constitucional al libre desarrollo de la personalidad de la embarazada. Por consiguiente, aceptando la tesis del derecho a la vida del *nasciturus,* el conflicto de intereses se plantea respecto del ejercicio de la libertad ideológica del personal sanitario y el derecho a la vida del *nasciturus*, por un lado, y el derecho al ejercicio del libre desarrollo de la personalidad de la embarazada, interés general al que hay que añadir los diversos intereses que se protegen en cada una de las indicaciones previstas para el aborto legal, ya sea por estar en peligro la vida o salud de la embarazada —en la indicación terapéutica—, la salud futura del *nasciturus* —en la indicación

[3] *Cfr.* Peces Barba, Gregorio, «Desobediencia Civil y Objeción de Conciencia», *Anuario de Derechos Humanos*, N.º 5, 1988-1989, 164 ss., concibe la objeción de conciencia como un problema más político que ideológico y, consecuentemente, considera que la objeción de conciencia es una especie dentro del género de la desobediencia civil, negando, en consecuencia, eficacia a la objeción de conciencia.

[4] Esta es la conclusión que cabe sacar de la STC 53/1985, en la que se afirma que «la vida del *nasciturus* es un bien, no sólo constitucionalmente reconocido, sino que encarna un valor central del ordenamiento constitucional», lo que implica que el aborto sólo está permitido —despenalizado— en casos muy graves.

eugenésica— o la libertad y dignidad de la embarazada en los plazos, ya que en ese caso el derecho a la vida del *nasciturus* tiene un menor peso. Por consiguiente, en la objeción de conciencia respecto de la realización de prácticas legales de interrupción del embarazo no pueden utilizarse criterios ni principios distintos de los que sirven en otros supuestos de objeción de conciencia. En otras palabras, no es válido afirmar que en relación con la interrupción voluntaria del embarazo la objeción de conciencia es un derecho fundamental, que se deriva directamente de los artículos 15. y 16. CE, y negar esta naturaleza jurídica del derecho a la objeción de conciencia en otros supuestos.

III.4. En el caso de la eutanasia la situación es más simple ya que se suscita el conflicto exclusivamente entre el ejercicio de la libertad de creencia/religiosa del facultativo y el derecho a la libertad del paciente. El problema se debería plantear únicamente cuando el enfermo no está en situación de decidir libremente y no ha previsto un documento de voluntades anticipadas. En la LO 3/2021, de regulación de la eutanasia, conforme a la Exposición de Motivos, con la posibilidad de objeción de conciencia, se garantiza la seguridad jurídica y el respeto a la libertad de conciencia del personal sanitario llamado a colaborar en el acto de ayuda médica para morir, entendiendo el término médica implícito en la Ley cuando se habla de ayuda para morir, en un sentido genérico que comprende el conjunto de prestaciones y auxilios asistenciales que el personal sanitario debe prestar, en el ámbito de su competencia, a los pacientes que soliciten la ayuda necesaria para morir. La objeción de conciencia se define en el art. 3 f), como «derecho individual de los profesionales sanitarios a no atender aquellas demandas de actuación sanitaria reguladas en esta Ley que resultan incompatibles con sus propias convicciones.» Para garantizar el acceso a la prestación de la ayuda a morir en el art. 14, se establece que «el acceso y la calidad asistencial de la prestación no pueden resultar menoscabados por el ejercicio de la libertad de conciencia sanitaria o por el lugar donde se realiza. No podrán intervenir en ninguno de los equipos profesionales quienes incurran en conflicto de intereses ni quienes resulten beneficiados de la práctica de la eutanasia»[5].

III.5. Si partimos, por tanto, de que la posibilidad de objetar en conciencia es una consecuencia ineludible del ejercicio del derecho constitucional a la libertad ideológica, la objeción de conciencia tiene naturaleza jurídica de derecho constitucional. No

[5] Art. 16 LO 3/2021. Objeción de conciencia de los profesionales sanitarios. 1. Los profesionales sanitarios directamente implicados en la prestación de ayuda para morir podrán ejercer su derecho a la objeción de conciencia. El rechazo o la negativa a realizar la citada prestación por razones de conciencia es una decisión individual del profesional sanitario directamente implicado en su realización, la cual deberá manifestarse anticipadamente y por escrito. 2. Las administraciones sanitarias crearán un registro de profesionales sanitarios objetores de conciencia a realizar la ayuda para morir en el que se inscribirán las declaraciones de objeción de conciencia para la realización de la misma y que tendrá por objeto facilitar la necesaria información a la administración sanitaria para que esta pueda garantizar una adecuada gestión de la prestación de la ayuda para morir. El registro se someterá al principio de estricta confidencialidad y a la normativa de protección de datos de carácter personal».

obstante, y como en el caso de cualquier otro derecho constitucional, el ejercicio del derecho tiene como límite el ejercicio del derecho a la libertad, o de otros derechos, por terceros. En consecuencia, el alcance de la objeción de conciencia, en cuanto ejercicio del derecho a la libertad, tendrá como primer y fundamental límite el ejercicio de la libertad por terceros. La existencia de este límite esencial al derecho a la objeción de conciencia determina que este derecho no puede alegarse para realizar conductas que supongan una intromisión en la esfera de libertad de terceras personas, siempre y cuando con esa actividad no se persiga preservar la vida, salud o libertad de otra/s persona/s. Por consiguiente, la objeción de conciencia sólo tiene capacidad de legitimar, en una u otra medida, la omisión de conductas que, en principio, se estaría obligado legalmente a realizar. En relación con la actividad sanitaria, esta limitación de la eficacia del derecho a la objeción de conciencia determina que, excepto en los casos de peligro para la vida o salud de terceros, no quepa alegar este derecho para justificar una intervención sanitaria contra la voluntad del paciente.

III.6. En los problemas de objeción de conciencia relacionados con la sanidad, cuando en la ponderación de intereses en juego nos decantemos por negar eficacia a la objeción de conciencia, los delitos que, en principio, se pueden cometer son delitos contra la libertad —coacciones—, delitos contra la salud —lesiones—, delitos de omisión pura —denegación de asistencia facultativa— o delito de aborto. En estos casos, cuando de la ponderación de intereses se desprenda que la conducta es antijurídica, el autor, cuando haya actuado u omitido en conciencia será un delincuente por convicción. Podría entenderse que el hecho de que haber actuado por motivos de conciencia implica que su culpabilidad está disminuida ya que existe una anormalidad motivacional que puede tener eficacia para excluir o atenuar su culpabilidad por la concurrencia de una causa de exclusión de la culpabilidad. En los casos en los que no quepa apreciar una causa de exclusión de la culpabilidad completa, por faltar algún requisito no esencial del miedo insuperable, siempre cabe aplicar la atenuante de obcecación como muy cualificada.

IV. Requisitos para su eficacia

IV.1. Cuando la objeción de conciencia está expresamente regulada se prevén los requisitos que deben concurrir para que el ejercicio de la libertad de conciencia tenga efectos jurídicos. La eficacia de la objeción de conciencia tiene como presupuesto que realmente el objetor tenga las convicciones que afirma tener. En segundo lugar, se requiere que la objeción de conciencia haya sido declarada y se establecen los requisitos, formalidades y plazos para poder ejercer ese derecho. Entre estos requisitos, el más discutido es el del plazo para poder solicitar la declaración de objetor puesto que ello implica negar el ejercicio de ese derecho cuando la objeción de conciencia es posterior al momento previsto en la regulación positiva.

IV.2. En el caso del aborto, en los países, en que está expresamente regulada la objeción de conciencia, también están previstos los requisitos y la forma en que debe

de ejercerse ese derecho a la libertad ideológica[6]. Como presupuesto para que exista un conflicto que deba de ser tomado en consideración por el derecho, es necesario que el interés que se pretende tutelar sea legítimo lo que excluiría de la objeción de conciencia todos los casos en los que por razones ideológicas se utiliza la violencia directamente contra bienes jurídicos como la vida, la salud, la libertad o la propiedad. Son distintos los supuestos en los que la vida, la salud o la libertad del propio objetor pueden verse indirectamente afectados por el respeto de un interés que se fundamenta en sus creencias. En los casos en los que el titular del bien jurídico afectado es el propio objetor no existe un deber de terceros en intervenir para salvaguardar ese bien jurídico y, por tanto, nadie puede alegar que tiene un deber jurídico de actuar para evitar esa lesión. En el ámbito sanitario son supuestos de esta clase los relativos al rechazo al tratamiento, en los cuales el profesional sanitario no sólo no debe, sino que ni tan siquiera puede intervenir contra la voluntad del paciente, con la salvedad de que éste sea un menor o un incapaz. Cuando el paciente no desea ser tratado, el facultativo no puede alegar el ejercicio de su derecho a la libertad ideológica para intervenir, porque no tiene un deber jurídico de actuar y, en consecuencia, hacerlo determina una lesión directa de la libertad del paciente. El conflicto es diferente cuando es el paciente quien necesita de la colaboración del profesional sanitario para poder ejercer su derecho a disponer del bien jurídico. En concreto, el problema se centra en el alcance de la objeción de conciencia del profesional sanitario a participar en actos relacionados directamente con la disponibilidad sobre la propia vida. No parece discutible que en la medida en que se permita la eutanasia también deberá admitirse la posibilidad de que el facultativo pueda objetar al respecto y negarse a participar en esa actividad, siempre con los límites que deberán fijarse para evitar que esa objeción imposibilite el ejercicio del derecho a disponer de su vida, por parte del paciente[7].

[6] En Francia, la Ley de 31 de diciembre de 1979, art. 162. 8., establece que el médico no está nunca obligado a acceder a una petición de interrupción de embarazo ni a practicarla, pero debe informar desde la primera visita a la interesada. En este precepto la objeción de conciencia se extiende a las comadronas, enfermeros, auxiliares médicos, o cualesquiera persona de las que están obligadas a atender una interrupción de embarazo; en Italia, Ley de 22 de mayo de 1978, art. 9, también se extiende la posibilitar de objetar al personal sanitario y, tanto, del proceso de certificación de la indicación como de la propia intervención quirúrgica, siempre que previamente se haya declarado con carácter general su oposición a la práctica del aborto. Una regulación similar es la de Portugal con la nueva Ley, de 10 de abril de 2007, y, en general, en todos los países europeos se reconoce la cláusula de conciencia a participar en la interrupción voluntaria del embarazo, excepto en Suecia y España.

[7] En este sentido, en los manifiestos sobre el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia realizados por el Grupo de Estudios de Política Criminal, «*Una alternativa al tratamiento jurídico de la objeción de conciencia*», Málaga 1995, p. 37, en relación con la «*Objeción de Conciencia del personal sanitario en relación con los supuestos de disponibilidad de la propia vida*», se afirma que el médico objetor deberá de poner en conocimiento del centro que una persona solicita ayuda para morir para que se le facilite otro facultativo y que la Administración sanitaria competente garantizará que en la red pública

IV.3. Para que la objeción de conciencia tenga efectos jurídicos es necesario, además, que efectivamente la conducta ilícita esté vinculada con las creencias que fundamentan la objeción. Por ello, no se justifica en medida alguna que se cometa un delito, o incumpla un deber jurídico, alegando problemas de conciencia cuando las creencias alegadas no generan un deber moral o el presunto objetor no las tiene realmente. Es la llamada objeción de conciencia de conveniencia alegando falsos motivos de conciencia para beneficiarse[8]. Dado que la Constitución, art. 16.2., permite no declarar sobre la propia religión o creencias se suscita un problema jurídico-moral de intervención en la esfera íntima de la persona. Por la doctrina se ha propuesto probar la existencia o inexistencia del deber a través de criterios objetivos como la inquebrantabilidad de la convicción en el tiempo y a pesar del castigo, la vida anterior, su pertenencia a determinados grupos religiosos…

IV.4. Respecto del momento en que la persona tiene que declararse objetor, para que su objeción surta efectos legales, en la sanidad no parece posible negar la posibilidad de una objeción de conciencia sobrevenida por dos razones: a) atendiendo a la duración del ejercicio de la profesión, el sanitario puede evolucionar en sus creencias; b) en el ámbito sanitario son múltiples las variables que en el caso concreto se plantean, por la diversidad de problemas que existen en una situación que en abstracto es idéntica, como puede ser el aborto, la esterilización de disminuidos psíquicos o la fecundación *in vitro*… En el caso concreto pueden concurrir circunstancias que convierta el supuesto en sustancialmente diferente. Se trata de la llamada objeción de conciencia parcial que puede ser sobrevenida, en base a esas especiales circunstancias concurrentes.

IV.5. Esta situación afecta también al requisito de la declaración previa y general de la objeción de conciencia porque en estos casos, al tratarse de una objeción de conciencia sobrevenida, el sujeto no conocía que se podía plantear un caso en el que su conciencia le impedía actuar conforme al deber jurídico. El requisito de la declaración de conciencia previa y general, formalizada en un registro, estaría justificado por las indispensables necesidades de organización de los centros sanitarios, tendente a poder asegurar al máximo la previsión de poder cumplir con los deberes de asistencia que tienen asignados. Sin embargo, esta exigencia de declaración previa y su registro es muy contestado por los profesionales sanitarios y en algunas normativas legales o

---

preste servicio personal no objetor para asegurar la efectiva realización de los derechos relativos a la disponibilidad de la propia vida.

[8] No es admisible la objeción del facultativo que se declara objetor al aborto en un Hospital de la Seguridad Social y por las tardes colabora en un centro dedicado a la interrupción voluntaria del embarazo, como sucedió en Italia. Por ello, la Ley italiana, de 22 de mayo de 1978, establece en su art. 9, que la objeción de conciencia se entiende revocada, con efecto inmediato, si quien la ha declarado toma parte en procedimientos o intervenciones para la interrupción del embarazo previstos en la presente ley, excepto en los casos de urgencia por peligro para la vida.

deontológicas el criterio es que la declaración de objeción de conciencia se haga en el caso concreto y a la persona interesada.

IV.6. Entre las razones a las que obedece esta reticencia a la declaración previa, formal y general de conciencia, se encuentran, junto a las que ya hemos referido de la objeción de conciencia parcial y sobrevenida, las que están relacionadas con los problemas de naturaleza laboral en los que puede verse involucrado el objetor, que puede verse afectado en sus condiciones laborales por esa causa, que es el problema que en la práctica más se suscita. Es cierto, que la empresa, pública o privada, está obligada a respetar el ejercicio de un derecho fundamental como es la libertad ideológica, pero ello no puede ir en detrimento del derecho de los ciudadanos a disfrutar de los servicios sanitarios. Por consiguiente, el derecho del sanitario a objetar en conciencia sin ser modificadas sus condiciones laborales dependerá de las posibilidades objetivas que existan en el caso concreto para que la presencia del objetor no perturbe el funcionamiento de los servicios[9]. En consecuencia, en los supuestos en los que, por las dimensiones del centro, sólo se pueda contar con un especialista, éste no podrá ser objetor, lo que es también aplicable al personal sanitario auxiliar. El actuar en conciencia puede suponer un coste económico y profesional para el objetor, pero ese coste no puede ser asumido por terceros, en forma de una peor asistencia. Por ello, en la práctica, el interés general puede hacer inevitable la discriminación o el rechazo pese a que se admita la eficacia de la objeción de conciencia sanitaria.

IV.7. La «objeción de conciencia parcial» supone que el objetor no rechaza cumplir una determinada actividad con carácter genérico sino sólo cuando se dan determinadas circunstancias. Son supuestos en los que no concurren claramente todos los requisitos para que exista un deber jurídico de actuar. En el ámbito sanitario tendremos claros ejemplos tanto en el aborto como en la esterilización de disminuidos psíquicos o en las fertilizaciones *in vitro*. Así, por ejemplo, en el aborto cuando no concurren las indicaciones o concurren de forma muy disminuida. En el caso de la indicación terapéutica, por ejemplo, cuando el peligro para la salud de la embarazada consiste en una cierta depresión, que en ningún caso se puede calificar de grave, o en el supuesto de la indicación eugenésica cuando las taras del feto consistan, por ejemplo, en faltarle la

[9] En este sentido, la STS de 20 de enero de 1987, Sala 3.ª, Cont-Adm. (RJ 1987/18), respeta la decisión empresarial de trasladar a varias Ayudantes Técnico Sanitarias del servicio de ginecología a otros distintos, al entender que existía un criterio objetivo atendible puesto que su negativa a participar en la interrupción voluntaria del embarazo «implicaba la imposibilidad de colaborar en las tareas normales del departamento en el cual se hallaban inscritas, con perturbación previsible cuando se presentaren tales casos»; aun cuando en la, STSJ Aragón, de 18 de diciembre de 1991, la resolución es contraria a la anterior y favorable al médico anestesista que había sido trasladado a otro centro por su condición de objetor, en realidad los criterios en los que se fundamenta son análogos a los de la resolución anterior, por cuanto, basa su fallo en que en el servicio de origen los anestesistas que permanecieron eran «excesivos en relación con el número de abortos realizados».

mitad de la falange del dedo índice, o porque habiéndose superado los plazos legales, por dificultades derivadas de saturación del servicio, el presunto feto nace vivo y es necesario matarlo. En estos supuestos, el presupuesto sobre el que se objeta es distinto porque es discutible que concurran las circunstancias frente a las que existe un deber jurídico de actuar por parte del facultativo y, por consiguiente, ya no se suscita una situación de conflicto de intereses en los mismos términos generales. En este contexto la posibilidad de dotar de completa eficacia a la objeción de conciencia sobrevenida, aun cuando no esté registrado como tal, está absolutamente justificado, por cuanto, el objetor no era un objetor al aborto legal sino un objetor a la interrupción del embarazo en situaciones que rozan, si no entran de lleno, en el ámbito de la ilegalidad. Lo mismo es aplicable a supuestos de esterilización en los que la presunta disminuida psíquica no lo es tanto y no desea ser esterilizada.

V. Deber jurídico de actuar como requisito para el derecho a la objeción de conciencia. Concepto y límites

V.1. En relación con la actividad médica, existe un deber de asistencia sanitaria respecto de quién se encuentra en una situación de peligro para su salud o su vida, plasmado por primera vez como deber cuya infracción tiene relevancia penal en el Código Penal de 1995, art. 196. De acuerdo con este precepto, para que surja el deber de asistencia facultativa es necesario que el facultativo esté obligado a realizar esa asistencia. En orden a la relevancia jurídico-penal de la conducta del profesional sanitario, se equipara la no asistencia con el abandono de la asistencia ya iniciada. El primer problema que nos suscita este precepto, y cuya solución afecta directamente al problema de la objeción de conciencia en el ámbito de la actividad sanitaria, se plantea sobre cuándo se puede afirmar que el profesional sanitario está obligado a actuar. Una primera interpretación sería entender que, para que surja la «obligación», ha de existir un deber legal de realizar la asistencia, lo que reduce el ámbito de vigencia del deber de asistencia facultativa a la medicina pública o de seguro privado. Desde una interpretación más amplia existiría deber siempre que una persona necesitase asistencia facultativa y se encontrase desamparada, sin embargo, en estos casos la existencia de un deber jurídico de actuar es más discutible, puesto que el propio precepto de denegación de asistencia facultativa limita el deber jurídico-penal de actuar a la existencia de un previo deber jurídico «estando obligado».

V.2. Por otro lado, y desde criterios generales de exigibilidad, esta segunda interpretación es rechazada por la doctrina mayoritaria pues supondría una exasperación del deber del facultativo que se encontraría siempre en posición de garante ante una persona en peligro. La limitación del deber de asistencia en base a la existencia de una obligación previa puede determinar la limitación del deber de actuar del sanitario en aquellos supuestos en los que su deber de actuar se encuentre en conflicto con el ejercicio de otro derecho, como sería el derecho a la libertad de conciencia o ideológica. Esta interpretación supone, sin embargo, dar preferencia en todo caso al derecho a la libertad

ideológica sobre el deber de asistencia, con lo que no se atiende a una ponderación de los derechos y deberes en conflicto en el caso concreto, como sería lo adecuado. No obstante, en relación con el delito de denegación de asistencia facultativa, y en consecuencia con los problemas de objeción de conciencia sanitaria que puede plantear, no cabe olvidar que para que este delito concurra es necesario que exista peligro grave para la salud del paciente, por lo que en los supuestos de negativa del facultativo a realizar interrupciones del embarazo, exceptó cuando exista peligro grave para la vida o salud de la madre, a practicar esterilizaciones o fecundaciones *in vitro*…, el conflicto que se suscita carece, en principio, de relevancia jurídico-penal, por cuanto el incumplimiento del facultativo no constituiría en ningún caso delito.

V.3. No obstante, esta afirmación debe ser matizada, por cuanto, en el concepto de salud se incluye la salud psíquica, salud psíquica que puede verse gravemente afectada por la no realización de una de estas intervenciones. Por consiguiente, en la medida en que el incumplimiento por el profesional sanitario de su deber de asistencia implique un riesgo grave para la salud psíquica del paciente, sí que concurrirían los elementos típicos del delito de denegación de asistencia facultativa y, en consecuencia, la ponderación de intereses se tendría que plantear entre el derecho a la libertad ideológica y la comisión de un delito. En estos casos, sin negar eficacia general a la objeción de conciencia, si existe riesgo grave para la salud psíquica del paciente, y la intervención no puede ser llevada a efecto por otro facultativo, la conducta de quien se niega sería antijurídica.

V.4. Por consiguiente, en el supuesto de que concurran las circunstancias típicas necesarias para que surja el deber de asistencia facultativa, art. 196 CP, este deber jurídico-penal se encuentra limitado, pero no excluido, desde la perspectiva de la objeción de conciencia, por el ejercicio del derecho a la libertad de conciencia, derecho constitucional, que recibe a su vez protección penal en los arts. 522 al 526 CP. En el supuesto de la denegación de asistencia facultativa, con riesgo grave para la salud, el conflicto se suscita entre el derecho a la libertad de conciencia y el derecho a la salud, con lo que los términos de ponderación de intereses son distintos. En la STS 1993/3152, 25 marzo 1993, se afirma que de lo dispuesto en el art. 20. 4.º CE resulta que las libertades no son absolutas en cuanto encuentran su límite en los derechos reconocidos en el mismo Título de la Constitución, siendo necesario en cada caso, objeto de enjuiciamiento, realizar una imprescindible y casuística ponderación de las circunstancias concurrentes para determinar a cuál de los derechos en colisión debe de darse preferencia. En el ámbito sanitario no hay que olvidar que es presupuesto para la realización de una actividad médica la existencia de consentimiento informado del paciente[10], consentimiento que

[10] *Cfr.* Corcoy Bidasolo, Mirentxu, «Consentimiento y disponibilidad sobre bienes jurídicos personales: en particular, eficacia del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico», *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos: (Libro Homenaje al profesor Doctor Don Ángel Torío López)*, 1999, 261-284, fundamentando, en base a una nueva comprensión del derecho a la vida y la salud,

determina incluso su licitud. La ausencia de consentimiento implica no sólo ausencia de deber de actuar en el sanitario, sino que la realización de un tratamiento contra la voluntad del paciente supone, al menos, la comisión de un delito de coacciones o incluso una conducta típica de lesiones[11].

V.5. El derecho del paciente a la elección de terapia tiene como consecuencia lógica el derecho a negarse al tratamiento cuando, por algún motivo racional, los facultativos se nieguen a aplicar la terapia elegida o cuando el paciente no desee ser tratado. El médico no está obligado a aplicar terapias alternativas, si tiene el convencimiento de su falta de adecuación para tratar esa enfermedad, pero no puede obligar al paciente a someterse a la terapia que él, personalmente, considera más adecuada. En estos casos, en el ámbito de la sanidad pública, la Ley establece que el paciente debe solicitar el alta voluntaria.

VI. Conclusiones

VI.1. Con carácter general, y en base a los requisitos necesarios para que la objeción de conciencia legitime la infracción de un deber jurídico, ya sea excluyendo totalmente la relevancia jurídica del incumplimiento, ya sea justificándolo o, en último término, exculpando total o parcialmente al objetor, es presupuesto necesario que efectivamente exista ese deber de actuar. Este presupuesto adquiere una especial importancia en la actividad sanitaria por la creencia tradicional de la existencia de un deber jurídico ilimitado de actuar siempre que con ello se persiga salvar la vida o mejorar la salud del paciente. Lo expuesto en las líneas anteriores trata de centrar el problema al limitar la obligación de actuar a los casos en los que el paciente consiente en el tratamiento, que

---

como expresión fáctica del derecho al libre ejercicio de la personalidad, que la actividad médica sólo puede ejercerse previa la existencia de un consentimiento informado del paciente. En el mismo sentido, con distintas fundamentaciones, Jorge Barreiro, Agustín, «La relevancia jurídico-penal del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico», *Cuadernos de Política Criminal*, N.º 16, 1982, 7 ss.; Romeo Casabona, Carlos, *El médico y el Derecho penal*, 1981, 9 ss.; Asúa Batarrita, Adela / De la Mata Barranco, Norberto, «Delito de coacciones y tratamiento médico realizado son consentimiento o con consentimiento viciado», *La Ley*, N.º 3, 1990, 865-873.

[11] *Cfr.* Corcoy Bidasolo, Mirentxu, «Fin de la vida. Regulación de la eutanasia y muerte digna», en Royes, Albert (coord.) *Morir en libertad*, Edicions de la Universitat de Barcelona, Barelona, 2016, 125 ss., puesto que, a partir de entender la salud como bienestar físico y psíquico de una persona, el concepto de salud se subjetiviza y depende de cuáles sean los intereses preponderantes de esa persona, por lo que una intervención contra su voluntad puede suponer una lesión típica al determinar un menoscabo de la salud del intervenido desde su propia concepción de la salud. Así, por ejemplo, aquella persona que consienta en una operación de cáncer de laringe en que únicamente se le extirpen las cuerdas más dañadas pero que en ningún caso se le deje sin posibilidad de hablar, conociendo y asumiendo, la mucha mayor probabilidad que ello le determina la muerte, si el médico no cumple su voluntad se puede interpretar que comete un delito de lesiones. Ello con independencia de que el médico, en ese supuesto, puede estar incurso en un error vencible o invencible sobre los presupuestos de una causa de justificación, en concreto sobre la existencia de un deber de actuar en estado de necesidad.

son los únicos en los que existe un deber de actuar, y, por consiguiente, respecto de los que puede suscitarse un problema de objeción de conciencia. Cuando el paciente no desea ser tratado, al no existir un deber jurídico de actuar, el facultativo no puede acudir al derecho a la objeción de conciencia para intervenir en contra de la voluntad del paciente.

VI.2. En consecuencia, el facultativo, por razones de conciencia, no puede imponer tratamientos al paciente, aun cuando sea con el fin de mejorar su salud o alargar la vida, porque en esos casos no concurriría ningún supuesto de justificación, por ejercicio de un derecho proveniente de profesión, ni una causa de inexigibilidad, de miedo insuperable, porque la actuación del médico supone una injerencia en la esfera íntima de la persona al lesionar «directamente» el bien jurídico-penal de la libertad. En consecuencia, el facultativo no puede alegar la causa de justificación de ejercicio de un derecho proveniente de profesión, porque no existe tal derecho. Alegar en estos casos la existencia de un error de prohibición es difícilmente aceptable, por cuanto, en la actualidad está ampliamente reconocido, el derecho del paciente a decidir, reconocimiento tanto en el nivel legislativo, como en el deontológico y el informativo o divulgativo. La profesión médica conoce perfectamente el significado de la exigencia de consentimiento informado, para poder llevar a efecto un tratamiento, tanto quirúrgico como diagnóstico, y, en consecuencia, la inexistencia de un deber jurídico de actuar cuando no concurre.

VI.3. Por el contrario, la objeción de conciencia del profesional sanitario respecto de la realización de actividades que, ya sea con carácter general, ya sea en determinados supuestos, lesionan su derecho a la libertad ideológica debe ser reconocida, con ciertos límites generales y otros particulares, dependiendo de la concreta situación de conflicto. En estos supuestos, como pueden ser la realización de abortos legales, de esterilizaciones, de cirugía transexual, de fecundación *in vitro* o, en el caso, de que se permita, la eutanasia activa, no existe un deber jurídico-penal del facultativo de actuar, por no concurrir situaciones de peligro grave para la salud del paciente, y, por consiguiente, la objeción de conciencia surte efectos laborales. Ello implica que, por el hecho de actuar en el ejercicio de un derecho, el profesional sanitario no puede ser discriminado y sólo se podrá modificar su situación laboral cuando objetivamente ello sea necesario para cumplir con las necesidades del servicio.

VII. Bibliografía

Asúa Batarrita, Adela / De la Mata Barranco, Norberto, «Delito de coacciones y tratamiento médico realizado son consentimiento o con consentimiento viciado», *La Ley*, N.º 3, 1990.

Climent Duran, Carlos, «Sobre la asistencia médica a reclusos en huelga de hambre», *Revista General del Derecho*, 1990.

Corcoy Bidasolo, Mirentxu, «Consentimiento y disponibilidad sobre bienes jurídicos personales: en particular, eficacia del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico», en *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos: (Libro Homenaje al profesor Doctor Don Ángel Torío López)*, 1999.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, «Fin de la vida. Regulación de la eutanasia y muerte digna», en Royes, Albert (coord.) *Morir en libertad*, Edicions de la Universitat de Barcelona, Barelona, 2016.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, «La huelga de hambre en el ámbito penitenciario», *Cuadernos de política criminal*, N.º 30, 1986.

ESCOBAR ROCA, Guillermo, «La objeción de conciencia del personal sanitario», en Casado, María (coord.), *Bioética Derecho y Sociedad*, Trotta, Madrid, 1998.

JORGE BARREIRO, Agustín, «La relevancia jurídico-penal del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico», *Cuadernos de Política Criminal*, N.º 16, 1982.

LUZÓN PEÑA, Diego, «Estado de necesidad e intervención médica (o funcionarial, o de terceros) en casos de huelgas de hambre, intentos de suicidio y de autolesión: algunas tesis», *La Ley*, N.º 1, 1988.

NAVARRO VALLS, Ramón / MARTÍNEZ TORRÓN, Javier, *Las objeciones de conciencia en el Derecho español y comparado*, McGraw Hill, Madrid, 1997.

PECES BARBA, Gregorio, «Desobediencia Civil y Objeción de Conciencia», *Anuario de Derechos Humanos*, N.º 5, 1988-1989.

ROMEO CASABONA, Carlos, *El médico y el Derecho penal*, J.M. Bosch, 1981.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús M.ª, «Aspectos de la comisión por omisión: fundamentos y formas de intervención: el ejemplo del funcionario penitenciario», *Cuadernos de Política Criminal*, N.º 38, 1989.

TAMARIT SUMALLA, Josep María, *La libertad ideológica en el Derecho penal*, PPU, Barcelona, 1989.

8

LA INDETERMINACIÓN DE LA LEY DE AMNISTÍA, OTRO MOTIVO DE INCONSTITUCIONALIDAD

Antonio Cuerda Riezu
Catedrático de Derecho Penal
Universidad Rey Juan Carlos

«*Conozco demasiado a los hombres para ignorar*
que con frecuencia el ofendido perdona,
pero que el ofensor no perdona jamás»,
Jean-Jacques Rousseau

A mi querido compañero
Carlos Romeo Casabona

SUMARIO: I. Presupuestos. II. Mi tesis: la indeterminación de algunos supuestos de la ley de amnistía. III. Posibles réplicas a mi tesis y refutación de las mismas. IV. Los efectos de una amnistía indeterminada. V. Bibliografía.

I. **Presupuestos**

Tengo que advertir que no creo que la Constitución prohíba la amnistía de manera abstracta, como he intentado demostrar hace ya algún tiempo[1], pero sí pienso que *esta* Ley de amnistía, regulada por la Ley Orgánica 1/2024, de 10 de junio, incurre en algunos motivos de inconstitucionalidad. Ley que, por cierto, no es una simple isla en el océano, sino que más bien es un paso más —no sabemos si el último o el «penúltimo»— en el desarrollo de medidas de indulgencia contra los implicados en los intentos de independencia de Cataluña. Igual que estos han denominado *procés* —léase *prusés* por los no catalanohablantes— a tales tentativas, habría que hablar de un verdadero proceso de

[1] Cuerda Riezu Antonio, «Intentando deshacer tópicos sobre la prerrogativa de gracia en Derecho penal», en Cuerda Riezu, Antonio (dir.), *El Derecho penal ante el fin de ETA*, Edit. Tecnos, Madrid, 2016, pp. 113-196, especialmente 144-149.

clemencia, condicionado por los vaivenes políticos de los partidos Junts per Catalunya y Esquerra Republicana de Catalunya para contrarrestar las posiciones adoptadas por nuestros tribunales de justicia. Un primer escalón en esas medidas de clemencia fue el indulto en 2021 a los condenados por el Tribunal Supremo[2]. Pero el segundo fue la abolición del delito de sedición y la reforma de los tipos de malversación a finales de 2022, delitos por los que precisamente los independentistas habían sido condenados, si bien esta iniciativa quedó un tanto velada, puesto que ni siquiera aparece en el título de la ley que la llevó a cabo, como si el legislador tuviera vergüenza y no quisiera mostrar sus verdaderas intenciones[3]. El que me ocupa ahora, el tercer paso, es la Ley de amnistía de junio de 2024. Precisamente uno de los problemas políticos del asunto catalán es que no conocemos hasta dónde están dispuestos a llegar el PSOE y Sumar en su dinámica de concesiones, por lo que resulta dudoso si tras este paso no seguirán otros.

Del ámbito territorial de aplicación, la Ley no dice nada, por lo que se podrá amnistiar un hecho cometido tanto en Sitges, como en Badajoz o en San Petersburgo, siempre que España tenga una genérica jurisdicción conforme a las reglas generales. El ámbito temporal de la disposición es amplísmo, puesto que se incluye cualquier hecho iniciado previamente, sin ningún límite máximo, al genérico *dies a quo* (1 de noviembre de 2011), siempre que concluya después de esa fecha; y también se pueden amnistiar los hechos iniciados antes del *dies ad quem* (13 de noviembre de 2023), cuando concluyan después de tal término, sin que tampoco se fije ningún límite máximo[4]. En cuanto al ámbito objetivo, son susceptibles de amnistía —entre otros— los delitos imprudentes de homicidio, aborto, lesiones al feto y lesiones a los ya nacidos[5], así como los delitos de terrorismo siempre que cumplan las condiciones de no constituir infracciones graves e intencionadas de tortura o contra la vida, ni tampoco infracciones de los derechos comprendidos en el Derecho internacional humanitario, genéricamente y sin mayor concreción[6].

No pongo en duda que haya existido un conflicto político que esta Ley pretende remediar, hasta el punto de que su Preámbulo menciona hasta seis veces esta expresión. Pero desde el punto de vista de aplicación de la legalidad penal y procesal no ha existido ningún conflicto, sino simplemente la actuación normal y ordinaria de los órganos judi-

[2] Véanse en el BOE n.º 149, de 23-6-2021.

[3] Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre, de transposición de directivas europeas y otras disposiciones para la adaptación de la legislación penal al ordenamiento de la Unión Europea, y reforma de los delitos contra la integridad moral, desórdenes públicos y contrabando de armas de doble uso (BOE n.º 307, de 23-12-2022).

[4] Art. 1.3 LOA.

[5] Art. 2 a) LOA, *a contrario sensu*.

[6] Art. 2 c) LOA, *a contrario sensu*.

ciales, que consideraron que unas conductas eran delictivas y que como consecuencia los responsables de las mismas merecían pena por ellas.

Estoy convencido de que la Ley de amnistía incurre en el motivo de inconstitucionalidad de infringir el principio de igualdad del art. 14 de la Constitución, tema desarrollado por muchos autores, con razón a mi entender, y que incluso plantea el Tribunal Supremo en su Auto de 10 de julio de 2024 como cuestión de inconstitucionalidad. Por poner un ejemplo de discriminación, la protección de los intereses económicos o financieros merece muy distintas soluciones en atención al titular de esos intereses: si se trata de las víctimas, se mantiene su indemnización en virtud de la responsabilidad civil del culpable, aunque aquellas tendrán que promoverla mediante un nuevo, largo y costoso proceso civil[7]; pero si se trata del Estado —es decir: de todos los españoles—, la amnistía hace desaparecer cualquier resarcimiento, salvo que haya recaído sentencia o resolución administrativa firme[8]; ahora bien, si el titular es la Unión Europea, entonces el hecho no solo no puede ser amnistiado, sino que además generará, como cualquier otro delito, responsabilidad civil que se declarará en un proceso penal[9]. Pero no quiero detenerme en este motivo de inconstitucionalidad, sino desarrollar otro, al que me referiré enseguida.

II. Mi tesis: la indeterminación de algunos supuestos de la Ley de amnistía

Hasta donde he sido capaz de abarcar, solo he encontrado dos antecedentes de esta idea de la indeterminación de la Ley de amnistía. Por un lado, en el autor Álvarez Royo Villanova[10] y por otro, en la Comisión de Venecia[11]. Mi intención es profundizar algo más en este punto de vista.

Una de las subgarantías que se incluyen en el derecho fundamental del principio de legalidad penal es el mandato de certeza dirigido al legislador: en el momento de crear normas penales, este debe formularlas con la mayor claridad posible[12]. Y esto es decisivo no solo para los ciudadanos, en la medida de que solo mediante reglas claras

[7] Art. 8.2 LOA.

[8] Art. 8.1 LOA.

[9] Art. 2 e) LOA.

[10] Royo Villanova, S., «La Proposición de Ley de amnistía y el imperio de la ley», en M. Aragón / E. Gimbernat / A. Ruiz Robledo (dirs.), *La amnistía en España. Constitución y Estado de Derecho*, edit. Colex, A Coruña, 2024, pp. 288-289.

[11] Comisión Europea para la Democracia por el Derecho (Comisión de Venecia), *Opinión adoptada en su 138.ª Sesión Plenaria (Venecia, 15-16 de marzo de 2024)*, apartados 75 y 76, en general, y 94, 95, 96 y 102, respecto a la proposición de Ley.

[12] Para más detalles sobre esta subgarantía, *Cfr.* Cuerda Riezu, A., *Sobre la ley penal (De lege poenali),* Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 126-137. *Cfr.* asimismo, y como más recientes, las SSTC 24/2004, de 24 de febrero, FJ 2; 82/2005, de 6 de abril, FJ 5; 36/2018, de 13 de abril, FJ 2; 150/2020, de 22 de octubre, FJ 3; 121/2021, de 2 de junio, FJ 12.1; 93/2024, de 19 de junio, FJ 3 (y otras similares respecto al caso de los ERE).

tienen estos la posibilidad de saber lo que está o no está prohibido, y en su caso con qué pena; sino también para los jueces, porque si las normas penales no cumplen con la exigencia de certeza, ellos mismos experimentarán la tendencia a incumplir su papel de aplicadores de la ley, empleando su propio criterio con el fin de remediar la oscuridad o las lagunas de la ley; no cabe duda de que esta forma de proceder infringiría el principio de separación de poderes.

En la Ley se imponen varios supuestos de amnistía fundamentados únicamente en la intención, en el fin o en el propósito de alcanzar metas del proceso independentista, esto es, en elementos puramente subjetivos y sin que la Ley exija ninguna concreta base objetiva. Cualquier hecho típico, que no esté excluido por el art. 2, y que persiga alguna de esas intenciones, fines o propósitos queda entonces amparado por la amnistía y, por lo tanto, exento de responsabilidad penal. Esto es lo que ocurre con los arts. 1.1 a) (salvo una matización relativa al delito de malversación), 1.1 b) (salvo otros matices relativos al delito de usurpación de funciones y otra vez al delito de malversación) y 1.1 f) de la Ley.

Algunos ejemplos en los que es dudoso si pueden ser amnistiados:

En los disturbios producidos en Cataluña tras la Sentencia del Tribunal Supremo que condenó a los independentistas del *procés* y que se hizo pública el lunes 14 de octubre de 2019, hubo saqueos y pillaje en establecimientos comerciales, como ocurrió en Media Markt de Plaza Cataluña de Barcelona, donde se sustrajeron patinetes eléctricos y móviles de última generación[13]. ¿Cabe amnistiar estos hechos? Pues habrá tribunales que los consideren como actos conexos con otros dirigidos hacia el fin de reivindicar la independencia de Cataluña y otros que no lo consideren así, al reputarlos actos vandálicos contra la propiedad sin ninguna conexión ideológica con ese fin. Desde luego, la norma no lo aclara.

En Tarragona, el mismo 14 de octubre de 2019 ante una manifestación en la calle contra la Sentencia, una mujer que llevaba una bandera española imprecó a los manifestantes diciéndoles que pisaban suelo español. Uno de los partidarios de la independencia le arrancó violentamente la bandera, y al intentar la mujer recuperarla, el violento reaccionó con lo que la mujer calló al suelo[14]. Aunque afortunadamente no le pasó nada a esa mujer, imaginemos que se le hubiera provocado imprudentemente una fractura de cadera. La amnistía sería igualmente dudosa: para denegar la amnistía algún tribunal podría decir que la imprudencia es incompatible con el propósito de fomentar la independencia de Cataluña; pero también cabría la opinión de que un hecho es el objetivo de ese manifestante de alcanzar la independencia y otro muy distinto la provocación imprudente de unas lesiones, y que por tanto respecto a estas sí cabe ampararlas con la

[13] *Vid.* diario *ABC*, de 20-10-2019.

[14] *Vid.* diario *El País*, de 15-10-2019.

amnistía, pues no están expresamente excluidas en el art. 2 LOA. Nuevamente la Ley de amnistía no nos sirve de ayuda.

Adelanto la conclusión: en mi opinión los supuestos de amnistía reconocido en la Ley, únicamente basados en el propósito, infringen la subgarantía de determinación o certeza y por lo tanto vulneran el derecho fundamental a la legalidad penal del art. 25.1 de la Constitución. Con otras palabras: son inconstitucionales.

III. Posibles réplicas a mi tesis y refutación de las mismas

Una primera réplica que se me podría dirigir, podría ser la siguiente: Antonio, no tienes razón, porque con la amnistía no estamos ante una norma penal completa y prohibitiva, con sus elementos objetivos y subjetivos, sino ante una simple regla de extinción de la responsabilidad penal, que, puesto que favorece al delincuente, puede consistir solamente en un propósito o una finalidad.

Frente a esto tengo que alegar, de entrada, que el propio Tribunal Constitucional confirma la idea de que las normas sobre extinción de la responsabilidad penal también afectan a las normas penales prohibitivas, porque cuando ha examinado la normativa autonómica que autorizaba las asociaciones de cannabis, normativa que entonces pretendía incluir una exclusión de la responsabilidad penal en el delito de tráfico de drogas, ha llegado a la conclusión de que se trataba de «una regulación con incidencia innegable sobre la delimitación del tipo penal correspondiente»[15].

En segundo término, las reglas sobre la extinción de la responsabilidad criminal [art. 130.1 del Código Penal (CP)], como ocurre igualmente con las llamadas eximentes del art. 20 del CP, han de tener una base objetiva para ser claras e inteligibles, porque están trazando la frontera entre lo punible y lo impune. Imaginemos que se añadiera una nueva causa de extinción de la responsabilidad penal consistente en «por actuar con el propósito de lograr la independencia de Cataluña». Pues bien, en tal caso y ante hechos semejantes, unos jueces la estimarían y otros no, precisamente por la ausencia en la Ley de toda referencia objetiva. Cuando se establece una regla de extinción de responsabilidad penal, se formula *a contrario sensu* una regla sobre lo que sigue siendo punible; pero, con un criterio completamente subjetivo, la frontera entre lo que merece pena y lo que no, resultaría plenamente difusa: una verdadera lotería.

Y por último, todas y cada una de las causas de extinción de la responsabilidad penal incluidas hasta ahora en el art. 130.1 CP comprenden elementos objetivos, como es el caso de la muerte del reo, del cumplimiento de la condena, de la remisión de la pena, del perdón de la persona ofendida, o del paso del tiempo en las hipótesis de prescripción del delito y de prescripción de la pena o medida de seguridad. Resultaría

[15] STC 144/2017, de 14 de diciembre, FJ 3; similar la STC 100/2018, de 19 de septiembre, FJ 5.

sistemáticamente sorprendente que se incluyera una nueva causa para la que solo bastara el propósito o intención del autor.

Otros podrían contradecirme por la vía de los antecedentes históricos, en el siguiente sentido: lo que dices —argumentarían— olvida que el Real Decreto-Ley 10/1976, de 30 de julio, amnistía todos los delitos y faltas de intencionalidad política y de opinión, salvo que hayan puesto en peligro o lesionado la vida o la integridad de las personas o el patrimonio económico de la Nación a través del contrabando monetario[16]; pero la Ley 46/1977, de 15 de octubre, de Amnistía, va aún más allá que la disposición anterior, pues abarca «Todos los actos de intencionalidad política, cualquiera que fuese su resultado, tipificados como delitos y faltas realizados con anterioridad al día quince de diciembre de mil novecientos setenta y seis»[17]. Queda pues extinguida la responsabilidad criminal incluso de actos de homicidio o de lesiones, dolosos o imprudentes, o del patrimonio de la Nación. El único criterio es pues el subjetivo: la intencionalidad política.

Ahora bien, por mucho que esas disposiciones permitieran negociar el texto de la Constitución e implantaran los cimientos de nuestra democracia, que los implantaron, no se regían por la posterior Ley Fundamental de 1978 y por lo tanto no pueden ser parámetro de constitucionalidad de la actual Ley de amnistía. Aquellas normas podían conformarse con menos que lo que ahora es exigible para una Ley que declara extinguida la responsabilidad penal de actos cuyo propósito era la independencia de Cataluña.

Quienes discreparan contra mi tesis, todavía podrían objetar que el elemento subjetivo del propósito o finalidad de pretender la independencia de Cataluña bastaría para la extinción de la responsabilidad penal, porque en todo caso su prueba estará sometida a los cánones del derecho fundamental a la presunción de inocencia, debiendo, si así lo consideran oportuno, las partes acusadoras acreditar que tal propósito o finalidad no había existido al cometer el hecho enjuiciado. Y si convencía de ello al tribunal, este debería optar por no aplicar la Ley de amnistía y mantener o imponer la condena correspondiente.

Es cierto que, como consecuencia del derecho fundamental a la presunción de inocencia, cualquier elemento del hecho delictivo tiene que ser probado en el juicio, y por lo tanto esto también rige para los elementos subjetivos. Pero igualmente es verdad que la acreditación de los elementos subjetivos implica una considerable dificultad, y precisamente por ello, los tribunales suelen a veces recurrir, cual válvula de escape, a la estimación de los elementos subjetivos cuando pretenden condenar y a la desestimación de esos mismos elementos subjetivos cuando su intención es absolver. Y modificar esa conclusión de existencia o inexistencia de los elementos subjetivos, asumida por los

[16] BOE n.º 186, de 4-8-1976. El Real Decreto-Ley 19/1977, de 14 de marzo, sobre medidas de gracia (BOE n.º 65, de 17-3-1977), modifica el anterior Real Decreto-Ley 10/1976, de 30 de julio, amnistiando también los delitos que hubieran puesto en peligro la vida.

[17] BOE n.º 248, de 17-10-1977.

tribunales de instancia, supone nuevas dificultades procesales en los tribunales superiores: estos tendrán que celebrar un nuevo juicio y una nueva audiencia al reo, para poder valorar todas las pruebas y, en su caso, llegar a una condena o a una absolución, a lo que hay que añadir que tal juicio no es posible en el recurso de casación[18].

¿Cómo podrá la acusación demostrar que el acusado no tenía el propósito de alcanzar la independencia de Cataluña y convencer al tribunal de ello? Desde luego no lo tendrá fácil, además de que cualquier duda sobre los datos fácticos beneficiará al reo (*in dubio pro reo*) y facilitará en consecuencia la aplicación de la amnistía.

Sigo pues pensando, en conclusión, que la fundamentación de algunos supuestos de amnistía únicamente en elementos subjetivos, genera una indeterminación de la ley que es contraria al principio de legalidad penal.

IV. Los efectos de una amnistía indeterminada

Para el beneficiado por la amnistía, el efecto preventivo especial del Derecho penal es inexistente. Aunque los independentistas puedan tener dudas y alguna que otra zozobra en el momento de que el tribunal valore si la Ley es aplicable o no, una vez aplicada, no tendrán ningún temor a volver a repetir los hechos anteriores. De ahí que tenga todo el sentido la frase, muchas veces pronunciada por ellos, de *ho tornarem a fer* (lo volveremos a hacer). Mientras que los indultos a los condenados por sedición se otorgaron con la condición de que el indultado no volviera a cometer delitos graves durante los siguientes seis años[19], la amnistía no prevé el sometimiento a tal condición, aunque en este caso hubiera sido plenamente razonable. Por mucho que en el puro nivel de los conceptos la amnistía se conciba como un olvido total del hecho y sin posibilidad de someterlo a condiciones, nada le impedía al legislador —con su amplísima potestad legislativa solo sometida a la Constitución— supeditar la amnistía a un período de tiempo sin la comisión de delitos. En tal caso, se habría garantizado un efecto preventivo especial, ante la amenaza de sufrir condena por los hechos amnistiados si se incumpliera la condición.

Desde la perspectiva de la víctima del hecho, hecho que después merece la amnistía, aquella se quedará sin la posibilidad de acreditar la infracción y el sufrimiento que ha padecido, lo que suele ser un interés general de las víctimas, y —para más inri— tendrá

[18] Sobre estos aspectos y con más detalle me remito a mi siguiente trabajo: Cuerda Riezu Antonio, «Dolo conforme a la Constitución y ausencia de dolo como válvula de escape de los tribunales», en Gómez Tomillo, Manuel / Javato Martín, Antonio María / De Pablo Serrano, Antonio / Mateos Bustamante, José (coords.), *Liber amicorum en homenaje a la profesora Mercedes Alonso Álamo*, Ediciones Universidad de Valladolid, Valladolid, 2024, pp. 131-140.

[19] La misma condición de no volver a cometer delitos dolosos durante tres o cinco años, según la gravedad de la pena, impuso el art. 5 del Decreto de 31 de octubre de 1958 (BOE 267, de 7-11-1958), que reconoció un indulto general —y similar por tanto a la amnistía— con motivo de acceso al pontificado de Juan XXIII.

que asumir además las costas de su letrado y procurador. Parece imaginable que todo ello le generará una considerable frustración. Todo proceso penal supone para la víctima una renuncia a la venganza privada, en cuanto acepta someterse a un mecanismo estatal rodeado de garantías para el acusado, que puede desembocar en la condena o en la absolución. Pero con la amnistía, el afectado se queda —por decirlo coloquialmente— «con las ganas». Y si pretende un resarcimiento, ya he indicado antes que tendrá que lidiar con un nuevo, largo y costoso proceso civil, lo que puede comportar un efecto desaliento.

Para los ciudadanos en general, la función preventivo general de la pena se desvanece. Se inclinarán a contemplar la amnistía como un cambalache entre políticos, como la retribución de los votos necesarios para obtener la investidura del Presidente del Gobierno. Pensarán que basta con tener escaños en el Congreso de los Diputados para sostener que bueno, ya vendrá luego «el tío Paco con las rebajas». Y además se preguntarán por qué no han merecido el mismo tratamiento otros hechos punibles que pudieran tener como finalidad la independencia del País Vasco, de Galicia, de Canarias o de cualquier otra Comunidad Autónoma. Puedo imaginarme también la reacción de otros reclusos, compañeros de celda o de módulo de los independentistas amnistiados, pues seguramente ellos habrán contemplado la liberación de estos como una medida excluyente, que a ellos no les beneficia, lo que posiblemente sentirán como una injusticia. No podemos olvidar que las amnistías de 1977 dieron lugar a unas gravísimas protestas en las cárceles de los llamados «presos comunes», que tampoco entendían que respecto a ellos se mantuvieran las penas de un Código Penal que consideraban abusivo y desproporcionado en general y no solo para las infracciones de intencionalidad política.

Los órganos judiciales que tienen que aplicar esta Ley de amnistía, en varios casos indeterminada, si no la cuestionan ante el Tribunal Constitucional o ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, tenderán a asumir una función que no les es propia, la de utilizar su propio criterio al suplir la falta de certeza de la ley y convertirse así en Parlamento, tergiversando la separación de poderes. Un mal asunto.

V. Bibliografía

Comisión Europea para la Democracia por el Derecho (Comisión de Venecia), *Opinión adoptada en su 138.ª Sesión Plenaria (Venecia, 15-16 de marzo de 2024).*

Cuerda Riezu, Antonio, «Intentando deshacer tópicos sobre la prerrogativa de gracia en Derecho penal», en Cuerda Riezu, Antonio (dir.), *El Derecho penal ante el fin de ETA*, Edit. Tecnos, Madrid, 2016, pp. 113-196.

— *Sobre la ley penal (De lege poenali),* Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022.

— «Dolo conforme a la Constitución y ausencia de dolo como válvula de escape de los tribunales», en Gómez Tomillo, Manuel / Javato Martín, Antonio María / De Pablo Serrano, Antonio / Mateos Bustamante, José (coords.), *Liber amicorum en homenaje a la profesora Mercedes Alonso Álamo*, Ediciones Universidad de Valladolid, Valladolid, 2024.

Royo Villanova, S., «La Proposición de Ley de amnistía y el imperio de la ley», en M. Aragón / E. Gimbernat / A. Ruiz Robledo (dirs.), *La amnistía en España. Constitución y Estado de Derecho*, edit. Colex, A Coruña, 2024, pp. 287292-289.

9

HACIA UNA PROHIBICIÓN MUNDIAL DE LA PENA DE MUERTE CON ESTATUS DE *JUS COGENS*[*]

José Luis de la Cuesta Arzamendi
Catedrático de Derecho Penal
Universidad del País Vasco (UPV/EHU)
Presidente honorario de la Asociación Internacional de Derecho Penal

SUMARIO: I. Preliminar. II. Una cuestión de derechos humanos. III. ¿Una norma internacional de *ius cogens*? III.1. El Manifiesto de la Red Académica Internacional para la Abolición de la Pena de Muerte. III.2. *Ius cogens*: de la Convención de Viena de 1969 al Proyecto de Conclusiones de la Comisión de Derecho Internacional (2022). III.2.1. *Concepto.* III.2.2. *Consecuencias.* III.2.3. *Criterios de identificación.* III.3. Reconocimiento directo o indirecto. IV. Consideraciones finales. V. Bibliografía.

I. Preliminar

Subraya *Amnesty International*[1] que si en 1977, fecha de lanzamiento de su «campaña global contra la pena muerte», la generalidad de los países contaban en sus legislaciones con la pena de muerte —siendo sólo 16 los abolicionistas—, al concluir 2022, los países abolicionistas llegaban a 112, debiendo sumarse a esta cifra los 9 países retencionistas solo para algunos delitos, como los cometidos en tiempos de guerra, y los 23 que, aun cuando mantuvieran la pena de muerte en su legislación, llevaban al menos una década sin realizar ejecuciones[2].

Ese mismo año disminuyó —aunque solo «ligeramente»— el número anual de sentencias condenatorias (2.106 nuevas condenas en 52 países). Esto no se vio desgraciadamente acompañado por una reducción del número de ejecuciones conocidas, que

[*] El presente trabajo se enmarca dentro del Grupo GICCAS (IT-1486-22), del que el autor es Coinvestigador principal.

[1] Amnesty International, *Informe Global…,* ob. cit., p. 6 ss.

[2] «Abolicionistas de facto» para las Naciones Unidas —Heyns, C. / Probert, T., «The right to life…, ob. cit., p. 220—, por entender que la continuidad en el tiempo (diez años) puede servir como un fuerte indicador del estatuto abolicionista permanente de un Estado. Schabas, W.A., «Chapter 11…, ob. cit., pp. 217 ss.

aumentó un «53 % respecto al total registrado en 2021», afectando «al menos» a 883 personas en 20 países. Son 5 los países que integran el «núcleo duro», aplicándola «de forma regular y vehementemente»[3]: por este orden, China, Irán, Arabia Saudí, Egipto y los EE.UU. de América. Al finalizar 2022, la suma acumulada de personas condenadas se elevaba a 28.282 (más del 95 % hombres).

El 15 de diciembre de 2022, en la 54.ª sesión plenaria, se aprobó por la Asamblea General de las Naciones Unidas (A/RES/77/222) una nueva «Moratoria del uso de la pena de muerte». Prescindiendo de otros antecedentes, tras varios intentos fallidos a fines del siglo xx, fue en 2007 cuando las NN.UU., con 104 votos favorables[4], aprobaron la primera resolución (A/RES/62/149) en «el camino hacia la moratoria universal de la pena de muerte»[5]. La resolución ha venido a reiterarse bienalmente a partir de 2008 (A/RES/63/168) y, aunque «no resuelva completamente el problema de la pena de muerte»,[6] ni sea formalmente vinculante (incluso para los Estados que la respaldan), alcanza un relevante significado simbólico, al contar con un firme y creciente respaldo estatal ratificado cada dos años.

El último texto, aprobado en 2022, fue propuesto por Australia y Costa Rica en nombre de un Grupo de Trabajo Interregional. Copatrocinado por 79 estados, recibió 125 votos favorables (dos votos más que en 2020 y cuatro más que en 2018), frente a 37 votos en contra (uno menos que en 2020, pero dos más que en 2018) y 22 abstenciones (24 en 2020); en esta ocasión se sumaron a los votos favorables países que en 2020 bien se habían abstenido (como Ghana, Liberia y Myanmar), no votaron (Palau y Solomon Islands) o, incluso, lo hicieron en contra (Uganda)[7].

Contando con el «histórico»[8] respaldo de casi dos tercios de los miembros de las Naciones Unidas[9], muestra inequívoca del paulatino, aunque lento, incremento del compromiso internacional contra la pena de muerte, y en la línea abierta por la Octava moratoria, la Resolución 77/222, añadió a las referencias incluidas por vez primera en

[3] Schabas, W.A., «Hard-core executioners», ob. cit., p. 24.

[4] Frente a 54 en contra y 29 abstenciones, siendo 5 Estados los ausentes en el momento de la votación.

[5] Arroyo Zapatero, L. «El camino…, ob. cit., pp. 81 ss.

[6] Heyns, C. / Probert, T., «The right to life…, ob. cit., p. 219.

[7] Por su parte, Papua Nueva Guinea pasó de votar en contra a la abstención. Vanuatu y Venezuela estuvieron ausentes por primera vez, cuando siempre habían votado a favor, y la República Democrática del Congo votó por primera vez en contra. https://worldcoalition.org/2022/12/20/9th-resolution-for-a-moratorium-on-the-death-penalty-the-trend-is-growing/ [Última consulta: 13 de junio de 2024].

[8] Comunicado conjunto de los Ministros de asuntos exteriores de Australia y Costa Rica, que dirigieron el debate sobre la moratoria, https://deathpenaltyinfo.org/news/u-s-votes-no-as-record-number-of-nations-adopt-un-resolution-for-global-moratorium-on-the-death-penalty [Última consulta: 13 de junio de 2024].

[9] https://www.amnesty.org/es/documents/act50/6323/2022/en/ [Última consulta: 13 de junio de 2024].

2020[10] nuevas menciones específicas a «los efectos negativos que la imposición de la pena de muerte tiene sobre los derechos de los niños y jóvenes cuyos padres o cuidadores se enfrentan a la pena de muerte, así como de otros miembros de la familia». Además, subrayó la necesidad de mayor transparencia e información —tanto sobre la aplicación de la pena de muerte como acerca de los procesos penales— y de aseguramiento de «las garantías de un juicio justo (…) sin discriminación de ningún tipo», así como de proporcionar «a las personas condenadas a muerte acceso a la información sobre el método de ejecución, en particular sobre los procedimientos específicos que habrán de seguirse» (Exh.7. i) y de mejorar «las condiciones de detención» de los sometidos a enjuiciamiento o a la espera de juicio por hechos susceptibles de ser castigados con la pena capital (Exh.7. k).

También se mantuvo en el texto la alusión a la reafirmación del «derecho soberano de todos los países a establecer su propio ordenamiento jurídico y, en particular, a determinar las sanciones jurídicas que sean apropiadas, con arreglo a las obligaciones que les corresponden en virtud del derecho internacional». Introducida como primer punto de la Resolución en 2020 (a través de una enmienda aprobada por 96 votos a favor, frente a 69 en contra y 17 abstenciones) buscaba apaciguar las tensiones surgidas en el seno del Tercer Comité por las controversias en torno a la naturaleza de la materia: un asunto doméstico, de política penal, sujeto a la soberanía nacional, o un tema de derechos humanos que, por tanto, concierne a la comunidad internacional en su conjunto.

II. Una cuestión de derechos humanos

El debate es fundamental. Como subraya el Presidente de la Comisión Internacional contra la Pena de Muerte[11], aun cuando también desde la perspectiva de la política penal son muchos y muy contundentes los argumentos desplegados contra la pena de muerte, la experiencia de las últimas décadas pone de manifiesto cómo fue el cambio de enfoque —de «herramienta de control del delito» a «cuestión de derechos humanos»— lo que precisamente facilitó en relevantes países (Canadá, Francia, Alemania y el Reino Unido) llegar a la abolición.

Para la visión tradicional, «reduccionista»[12], el debate sobre la legitimidad de la pena de muerte pertenece al plano interno, por ser inherente a la soberanía estatal el derecho a legislar en materia penal, que comprende —incuestionablemente, se afirma—

[10] A la discriminación contra la mujer; la aplicación contra menores, reclamando en particular restringirla cuando no pueda determinarse la edad; al derecho a conocer la fecha y el lugar de la ejecución, permitiendo a familiares y representantes una última visita o comunicación con el condenado, al igual que inhumar el cuerpo (o ser informados de su localización); al papel de las instituciones nacionales de derechos humanos y de la sociedad civil.

[11] Mayor Zaragoza, F., «La abolición…, ob. cit., p. 25.

[12] Pillay, N. / Dreifuss, R., «Countries…, ob. cit.

la determinación tanto de los comportamientos a castigar como de las correspondientes respuestas punitivas y/o sancionatorias. Establecido lo anterior, siendo justicia y prevención los cometidos primordiales confiados al sistema de justicia penal, la cuestión que se suscita es la necesidad o no de la pena capital para alcanzarlos.

Así lo afirman cuantos, desde las teorías absolutas de la pena, colocando en la retribución el sentido de justicia, entienden que lo justo es responder al delito con un mal proporcional. Ahora bien, la pena capital plantea muchos problemas, «por exceso y por defecto», no solo respecto de la «proporcionalidad en sentido estricto», sino también de la «proporcionalidad en sentido amplio»[13]. De otra parte, el respeto del criterio retributivo debería llevar a reservar la previsión, imposición y ejecución de la pena de muerte para los delitos más reprobables: es decir, para los supuestos más graves y violentos de delitos doloso contra la vida y no en crímenes no-letales[14].

La restricción en los delitos susceptibles de pena capital no es, sin embargo, lo que precisamente caracteriza a las legislaciones de los países retencionistas, donde no pocas veces constituye la respuesta «usual» para hechos como el tráfico de drogas ilícitas[15], incurriendo en «grave violación»[16] de lo dispuesto por el artículo 6(2) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: este ordena que allí donde se mantenga la pena de muerte sea sólo para «los más graves delitos», que el punto 1.º de las «Salvaguardias para garantizar la protección de los derechos de los condenados a la pena de muerte», incluidas como Anexo de la Resolución, identifica con aquellos «delitos intencionales que tengan consecuencias fatales u otras consecuencias extremadamente graves»[17].

También desde las teorías relativas hay quien justifica la pena capital, cuya eficacia intimidatoria y ejemplarizante es subrayada en la línea de la prevención general negativa. El problema es, no obstante, la falta de evidencias efectivas de la afirmada eficacia disuasoria de la pena de muerte respecto de los criminales más graves[18] y, en general, para el control de los delitos, que tampoco los más modernos análisis econométricos[19] logran superar, a pesar de lo cual no dejan de seguir particularmente presentes en el debate público y político de algunos países, como los USA[20].

[13] Alonso Álamo, M., «La pena de muerte…, ob. cit., p. 33.

[14] Lines, «A 'Most Serious Crime'?…», ob. cit., pp. 21 ss.

[15] De la Cuesta, «Pena de muerte y drogas…», ob. cit., pp. 297 s.

[16] Arroyo Zapatero, «Pena de muerte y tráfico de drogas…», ob. cit., p. 109.

[17] Resolución del Consejo Económico y Social (E/RES/1984/50), hecha suya por la Asamblea General Res. 39/118 en1984. Sobre el modo en que se produjo la inserción del último inciso, Schabas, *The Abolition…,* ob. cit., p. 169 s.

[18] Por todos, Fattah, «The use…», ob. cit., p. 726.

[19] Para los cuales por cada ejecución se llegaría a evitar una media de 18 homicidios/asesinatos. Dezhbakahsh / Rubin / Shepherd, «Does Capital Punishment…», ob. cit., pp. 344 s.

[20] Albrecht, «Pena de muerte…», ob. cit., p. 65 s.

En cualquier caso, si la defensa de la pena de muerte se hace desde la afirmación de su necesidad por razones retributivas y, sobre todo, preventivas, las posiciones contrarias unen a los argumentos derivados de las insuficiencias o falta de evidencias indicadas, otros que denotan la incompatibilidad de esta pena con postulados tenidos por elementales para la política criminal y penal contemporáneas[21]. Y es que, como defienden destacados autores[22], la función de la pena capital tiene mucho que ver con las frustraciones, sentimientos de inseguridad e incertidumbre derivadas de la aparente incapacidad del sistema de contener determinados hechos criminales. Estas frustraciones y sentimientos se ven agravados cuanto mayor es la falta de confianza hacia las instituciones y el propio Estado[23]. Frente a ellos la pena de muerte acaba presentándose como una reacción mucho más irracional que racional: funcionando en un plano de «*prevención simbólica*»[24], como una respuesta cargada de crueldad e inhumanidad y alto contenido socialmente desmoralizador; una «medida»[25] aplicada de manera selectiva, desigual y discriminatoria, imposible de justificar desde los fines o funciones de la pena y solo explicable, a la postre, «en términos biopolíticos»: esto es, en la lógica «del derecho penal del enemigo y del populismo punitivo»[26]. Todo lo cual impide aceptar que su abolición sea un tema «de opinión» y no una cuestión «de principio»[27], pues, por su injusticia radical «envenena todo el océano de la justicia penal»[28] y se opone al «progreso de los derechos humanos en el mundo»[29], de aquí la imposibilidad de su admisión por cualquier sistema penal que coloque al principio de humanidad entre sus postulados elementales. Centrado en la exigencia de respeto de la dignidad y valor central de la persona en el seno de una sociedad democrática, el principio de humanidad prohíbe, como es sabido[30], la sumisión del delincuente a cualquier tipo de tortura y/o pena o tratamiento cruel, inhumano o degradante, desplegando sus efectos y consecuencias,

[21] De la Cuesta, «Pena de muerte:…», ob. cit., pp. 89 ss.

[22] Fattah, «The use…», ob. cit., p. 729.

[23] Albrecht, «Pena de muerte…», ob. cit., p. 71.

[24] Alonso Álamo, M., «La pena de muerte…», ob. cit., p. 51.

[25] A juicio de Alonso Álamo («La pena de muerte…», ob. cit., p.33), «en rigor, una medida de seguridad o neutralización». Defiende hace tiempo, con todo (y con razón), nuestro homenajeado la conveniencia de «eliminación de tintas esencialmente defensistas, aflictivas o represivas en el campo de las medidas», lo que le lleva a proponer la desaparición de este ámbito de aquellas medidas cuyo «alto componente aflictivo» genera una «clara confusión con la pena» (Romeo Casabona (1986), p.181), así como a manifestar su preocupación y crítica por la creciente penetración, en el campo de las penas, de «modelos monistas», caracterizados por «la (con)fusión entre pena y medida y la sustitución de la culpabilidad por la peligrosidad criminal», Romeo Casabona (2020), pp.1397 y 1403 ss.

[26] Alonso Álamo, M., «La pena de muerte…», ob. cit., p. 34.

[27] Hood, R. / Hoyle, C., *La pena de muerte…,* ob. cit., pp. 743 ss.

[28] Beristain Ipiña, A., *Protagonismo…,* ob. cit., p. 188.

[29] Mayor Zaragoza, F., «La abolición…», ob. cit., pp. 17 ss.

[30] De la Cuesta Arzamendi, J.L., «El principio de humanidad…», ob. cit., pp. 209 ss.

junto a otros planos de la política criminal, de manera especial en relación con las penas y consecuencias jurídicas del delito.

Las colisiones con el principio de humanidad de la aplicación de la pena de muerte no han sido precisamente difíciles de detectar[31]: abstracción hecha de las prácticas violentas o intimidatorias de obtención de confesiones o declaración en hechos susceptibles de ser castigados con pena de muerte, destacan en todo caso los métodos de ejecución, así como el deterioro físico y psicológico de los internados en el corredor de la muerte. Caracterizados por su crueldad e inhumanidad (así como por su aplicación discriminatoria), estos tratos cumplen los requisitos materiales establecidos por la Convención de 1984 para el concepto internacional mínimo de tortura o de las penas o tratos crueles o inhumanos internacionalmente proscritos; ahora bien, el art. 1 de la Convención excluye, formalmente, aquellos «dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o (…) inherentes o incidentales a éstas».

En un mundo globalizado, donde la incidencia de la normativa internacional incluso a la hora de la definición de los comportamientos delitos resulta ampliamente reconocida como oportuna y necesaria, no parece, con todo, razonable aceptar que una previsión legal interna pueda operar como vía legitimadora de cualquier pena, de aquí que la legitimidad aludida deba entenderse a la luz de la normativa internacional; es, en este sentido, muy relevante la exigencia adicional incluida en el art. 2.2. de la Convención contra la tortura de la OEA, que excluye del ámbito de las sanciones legítimas aquellos casos que supongan «la realización de los actos o la aplicación de los métodos a que se refiere el presente artículo». En esta misma línea debe interpretarse el inciso «con arreglo a las obligaciones que les corresponden en virtud del derecho internacional» recogido a partir de 2020 en el primero de los puntos de las Resoluciones bienales aprobadas por la Asamblea General (Moratoria) al afirmar el «derecho soberano de todos los países a establecer su propio ordenamiento jurídico y, en particular, a determinar las sanciones jurídicas que sean apropiadas». De aquí que a quienes —como los países retencionistas— defienden que la determinación de las penas apropiadas es un asunto estrictamente doméstico, deba responderse que no de un modo absoluto o exclusivo, por existir reglas internacionales que establecen obligaciones que los Estados, en todo caso, han de respetar. Y entre ellas ocupan, como es obvio, una posición especialmente destacada las relativas a los derechos humanos y el principio de humanidad, que impiden aceptar como «legítimas» aquellas penas que, por su producción sistemática de sufrimientos físicos o mentales de la mayor gravedad, se presentan intrínseca e equívocamente con un contenido de crueldad e inhumanidad que domina su realidad sustancial[32].

[31] Rodley, N.S., «The Death Penalty…», ob. cit., pp. 212 s.

[32] De la Cuesta Arzamendi, J.L., «La tortura…», op. cit., p. 153.

III. ¿UNA NORMA INTERNACIONAL DE *IUS COGENS*?

Que «la abolición mundial es necesaria para la mejora de la dignidad humana y el desarrollo progresivo de los derechos humanos»[33] es algo que va abriéndose paso progresivamente como argumento de peso decisivo en la lucha contra la pena capital. En este marco, es de la incompatibilidad radical de la pena de muerte con el principio de humanidad (y no sólo a la hora de su aplicación), de donde mayores consecuencias cabe derivar de cara al logro de la abolición global y completa de una pena que, frente a la prohibición incondicional de la tortura, goza todavía de una significativa tolerancia internacional.

Caracteriza, en efecto, a la prohibición internacional de la tortura su condición de norma imperativa, esto es, perteneciente al llamado *ius cogens*, un concepto «crecientemente invocado»[34], a través del cual se identifica un conjunto de normas jurídicas que, por los valores que incorporan, alcanzan internacionalmente «una importancia particular»[35], traducida en su imposición a los Estados y demás sujetos del Derecho internacional sin necesidad «de una inequívoca manifestación de voluntad»[36] por parte de estos.

III.1. El Manifiesto de la Red Académica Internacional para la Abolición de la Pena de Muerte

El convencimiento de la existencia de «pruebas cumulativas» para la calificación de la abolición de la pena de muerte, como «una nueva norma global» (punto 11) y su integración como norma imperativa de Derecho internacional general *(ius cogens*) se erigen, junto a la demanda de «abolición global de la pena de muerte, que no tiene cabida en nuestro mundo actual» (punto 14), en foco central del Manifiesto de la Red Académica Internacional para la Abolición de la Pena de Muerte, preparado con motivo del 8.º Congreso Mundial contra la Pena de Muerte (Berlín, 15-18 Noviembre 2022)[37].

Compartimos los firmantes[38] que «la pena de muerte no es una forma justificable de retribución ni a título gubernamental ni social (…), nunca se ha llegado a demostrar que tenga un efecto disuasorio especial para la prevención o reducción de la delincuencia mayor que el de las penas de reclusión» (punto 8) y ha de ser calificada «ahora como una violación de la inalienable dignidad y los derechos del ser humano» (punto 6), sin que «ningún proceso judicial con pena de muerte respete de forma coherente las

[33] https://www.ohchr.org/es/topic/death-penalty [Última consulta: 10 de junio de 2024]
[34] Wood, M., «Values…», ob. cit., p. 8.
[35] Garibian, S. / Puppo, A., «Acerca de la existencia…», op. cit., p. 28.
[36] Garibian, S. / Puppo, A., «Acerca de la existencia…», op. cit., p. 13.
[37] *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.ª época, núm.29 (enero 2023), pp. 423-427.
[38] *Ibidem*, p. 427.

protecciones legales necesarias para satisfacer un proceso penal justo según el artículo 14 del PIDCP» (punto 7).

En cuanto a «los modos de ejecución», los «amplios conocimientos empíricos» disponibles[39] prueban «el evidente fracaso de los procedimientos que en su día se presentaron como los más humanos» y ponen de manifiesto cómo, incapaces de «aislar al condenado del impacto psicológico y fisiológico de la pena de muerte», incurren «sistemáticamente en la producción inhumana de dolor y sufrimiento» (punto 9), suponiendo «intrínsecamente una invasión cruel e inhumana de la persona condenada» con «consecuencias negativas en las familias y la comunidad, constitutivo todo ello de tortura» (punto 10).

Múltiples son los elementos que, conforme al Manifiesto, permiten «visibilizar la inhumanidad de la pena de muerte», sus «consecuencias contraproducentes e inhumanas» y su «efecto embrutecedor en la sociedad» (punto 5) en el mundo actual, donde «más de dos tercios de los Estados» se han incorporado a la posición abolicionista, abriendo sin duda un «nuevo momento en la promoción de la sinergia global para la abolición» (punto 3). Todo lo cual lleva, en este «momento histórico», a afirmar, desde «una posición de legitimidad normativa», que «la pena de muerte es una violación per se de los derechos humanos» (punto 11), y su «proscripción (…) de los sistemas punitivos una exigencia basada en el derecho a la vida y en el derecho a no someter a seres humanos a torturas o tratos inhumanos» (núm.13).

En coherencia con lo anterior, dado que la «reflexión (…) sobre la sanguinaria historia de la relación del poder soberano con la pena capital» obliga a «utilizar nuestras mejores herramientas interpretativas en el marco del PIDCP para resaltar lo que es legítimo en la aplicación del castigo por parte de un gobierno» (punto 4), y puesto que «la excepción temporal del artículo 6(2) del PIDCP» no puede identificarse[40] con un permiso para los Estados retencionistas de «seguir utilizando la pena de muerte a perpetuidad de forma justificada» (punto 2), considera oportuno el Manifiesto dar un paso más, que permita «a las personas bajo la jurisdicción de Estados retencionistas beneficiarse de este avance interpretativo» y, en línea con los resultados de «las principales investigaciones», concluir y proclamar que la pena de muerte (punto 12):

a. «No es una función justificable por un gobierno legítimo;

b. Viola los derechos humanos; y, por lo tanto;

c. Contraviene las normas imperativas del Derecho internacional general (*ius cogens*)».

[39] Particularmente, aunque no solo, en lo que se refiere al corredor de la muerte y métodos de ejecución Arroyo Zapatero, L., «La prohibición…», ob. cit., pp. 15 ss.

[40] Máxime a la vista de lo resaltado «de forma contundente a través del artículo 6(6)» (punto 2).

III.2. *Ius cogens*: de la Convención de Viena de 1969 al Proyecto de Conclusiones de la Comisión de Derecho Internacional (2022)

III.2.1. *Concepto*

Criticado por su ambigüedad[41], es a través del art. 53 de la Convención de Viena de 1969 que el concepto de *ius cogens*, nacido en el pensamiento de los publicistas occidentales, se define por primera vez en derecho convencional como «una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter», lo que se traduce en un «límite a la libertad convencional de los Estados»[42]: la nulidad de «todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general», una nulidad que igualmente conlleva la nulidad y terminación de aquel tratado anterior que resulte en oposición a una norma imperativa nueva (art. 64).

Con posterioridad a la Convención de Viena, la Comisión de Derecho Internacional, en su Proyecto de Artículos sobre la responsabilidad internacional de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, asume que se trata de un concepto (el de norma imperativa de derecho internacional general) aplicado «en contextos que no se limitan a la validez de los tratados»[43] y objeto de reconocimiento «en la práctica internacional, en la jurisprudencia de las cortes y tribunales internacionales y nacionales y en la doctrina jurídica»[44]. El artículo 26 del texto de 2001 reflejaba, en consecuencia, el principio de obligado «cumplimiento de normas imperativas», cerrando el paso a la posibilidad de que la aplicación de alguna de las causas de exclusión de la ilicitud pueda llevar a justificar o excusar la violación por un Estado de una obligación impuesta por «una norma imperativa de derecho internacional general». Por su parte, el Capítulo III de la Parte Segunda se centró en las «violaciones graves de obligaciones emanadas de normas imperativas del derecho internacional general» —esto es, las constitutivas de un «incumplimiento flagrante o sistemático de la obligación por el Estado responsable» (art. 40)— obligando a los Estados a «cooperar para poner fin por medio ilícitos» (art. 41.1), no reconocer como lícita ninguna situación derivada de ella, ni «prestar(á) ayuda o asistencia para mantener esa situación» (art. 41.2); todo ello «sin perjuicio de las demás consecuencias enunciadas en esta parte y de toda otra consecuencia que una violación a la que se aplique el presente capítulo pueda generar según el derecho internacional».

41 Garibian, S. / Puppo, A., «Acerca de la existencia…», *op. cit.,* p. 13.
42 Garibian, S. / Puppo, A., «Acerca de la existencia…», *op. cit.,* p. 29.
43 Doc. NN.UU. A/56/10 (2001), pp. 90-91. Comentario 5 al Proyecto de Artículo 26.
44 Doc. NN.UU. A/56/10 (2001), 120. Comentario 2 al Proyecto de Artículo 40.

A partir de su 67.º período de sesiones (2015), la Comisión vuelve de nuevo sobre el tema del *ius cogens*, aprobando en 2022 («en segunda lectura»)[45] un Proyecto de Conclusiones —a leer «con sus comentarios»—[46] titulado «Identificación y consecuencias jurídicas de las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*»[47]. Elevado a la Asamblea General —con su anexo, y acompañado de una recomendación en la que se incluía la conveniencia de velar por su «máxima difusión posible» para atraer «la atención de los Estados y de todos cuantos pudieran estar llamados a identificar normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)* y a aplicar sus consecuencias jurídicas»—[48], su consideración por la Asamblea General fue postergada en 2022 y retomada en otoño de 2023 para, en un «nuevo giro problemático»[49], tomar nota y agradecer el trabajo de la Comisión, pero sin incluir el Proyecto como anexo de una Resolución, ni animar a su amplia difusión.

Prescindiendo de lo acertado o no de la preferencia por la rúbrica Proyecto de «conclusiones»[50] —frente a la de Proyecto de «artículos», más habitual en los trabajos de la CDI—, el texto viene mereciendo una valoración general positiva, al proponer un «enfoque sistemático y riguroso» para la identificación de las normas de *jus cogens* y las consecuencias de las mismas y, a juicio de muchos, puede contribuir a «reforzar la estabilidad y el Estado de Derecho internacional»[51].

El Proyecto parte de la definición del artículo 52 de la Convención de Viena (Conclusión 3, con variaciones no relevantes)[52] y declara que las normas imperativas de derecho internacional *(ius cogens)*

- «reflejan y protegen valores fundamentales de la comunidad internacional»[53], resultan «universalmente aplicables»[54], y se presentan como «jerárquicamente superiores a otras normas de derecho internacional» (Conclusión 2);

[45] Doc. NN.UU. A/77/10 (2022), p. 11.

[46] «Como ocurre siempre con la labor de la Comisión». Comentario 1 a la Conclusión 1. Doc. NN.UU. A/77/10 (2022), p. 18.

[47] Doc. NN.UU. A/77/10 (2022)

[48] Párrafo núm. 41. Doc. NN.UU. A/77/10 (2022), p. 11.

[49] Jalloh, C.C., «The International Law…», ob. cit., p. 128.

[50] Objeto de críticas por aludir más a una recopilación de postulados o principios, que al establecimiento de un conjunto de disposiciones «generadoras de obligaciones jurídicamente vinculantes». Gutiérrez Espada, C., *De la alargada…»,* ob. cit., p. 98; con todo, Wood, M., «Values…, ob. cit., p. 6.

[51] Por todos, Wood, M., «Values…», ob. cit., p. 16.

[52] Ver Comentario 1 a la Conclusión 3. Doc. NN.UU. A/77/10 (2022), p. 29.

[53] Que «no son estáticos y pueden evolucionar con el tiempo» y tienen un contenido «por lo general de carácter humanitario», pero «también pueden fundamentarse en otros valores, siempre que sean compartidos por la comunidad internacional». Comentario 7 a la Conclusión 2. Doc. NN.UU. A/77/10 (2022), p. 24.

[54] Lo que supone «que sean vinculantes para todos los sujetos de derecho internacional a los que están dirigidas, incluidos los Estados y las organizaciones internacionales». Comentario 10 a la Conclusión 2. Doc. NN.UU. A/77/10 (2022), p. 24.

- «generan obligaciones para con la comunidad internacional en su conjunto (obligaciones *erga omnes*)[55], en relación con las cuales todos los Estados tienen un interés jurídico», reconociéndose a todo Estado el «derecho a invocar la responsabilidad de otro Estado por la violación de una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)*, de conformidad con las normas sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos» (Conclusión 17); y
- quedan blindadas frente la alegación de «ninguna circunstancia que excluya la ilicitud en virtud de las normas sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos», que no han de resultar aplicables a aquellos hechos estatales que no sean conformes con las obligaciones derivadas de cualquier norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)* (Conclusión 18).

III.2.2. ***Consecuencias***

Siguiendo el criterio de la Convención de Viena, y sin perjuicio de que lo esperado sea la no celebración por los Estados de instrumentos contrarios a las mismas[56], la consecuencia primordial de la oposición con una norma de *ius cogens* (Conclusión 10) es la nulidad: esto es, la falta de fuerza jurídica del tratado, algo «poco frecuente(s)» en la práctica, como reconoce el Comentario 2 a la Conclusión 10[57].

La nulidad es aplicable tanto a los tratados posteriores a la norma imperativa de derecho internacional general, como a los anteriores a la misma; pero mientras que en los tratados posteriores la nulidad afecta a la «totalidad» del tratado, sin admitir una división de sus disposiciones (Conclusión 11.1), tratándose de un instrumento anterior se autoriza la continuidad de la vigencia de las normas «separables del resto del tratado en lo que respecta a su aplicación», siempre que «se desprenda del tratado o conste de otro modo que la aceptación de dichas disposiciones no ha constituido para las partes una base esencial de su consentimiento en obligarse por el tratado en su totalidad» y que «la continuación del cumplimiento del resto del tratado no sea injusta» (Conclusión 11.2): esto es, que no altere fundamentalmente «al equilibrio esencial de los derechos y obligaciones creados», algo a valorar —cuando resulte «pertinente y necesario»— atendiendo igualmente a sus efectos fuera del círculo estricto de las partes[58].

[55] Recuerda, con todo, el Comentario 3 a la Conclusión 17, «que no todas las obligaciones *erga omnes* emanan de normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*». Doc. NN.UU. A/77/10 (2022), p. 72.

[56] Comentario 1 a la Conclusión 10. Doc. NN.UU. A/77/10 (2022), p. 52.

[57] Doc. NN.UU. A/77/10 (2022), p. 53.

[58] Comentario 7 a la Conclusión 11. Doc. NN.UU. A/77/10 (2022), p. 56.

La nulidad derivada de la oposición del tratado con una norma de *ius cogens* precedente lleva aparejada la obligación de las partes de «eliminar en lo posible[59] las consecuencias» de los actos realizados con base en disposiciones contrarias a la norma imperativa y «ajustar sus relaciones mutuas» a la norma de *ius cogens* afectada (Conclusión 12.1); no obstante, en el caso de los tratados terminados con anterioridad, los derechos, obligaciones o situaciones jurídicas creados por ellos no se verán afectados, si bien solo podrán «en adelante mantenerse (…) en la medida en que su mantenimiento no esté por sí mismo en oposición con la nueva norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)*» (Conclusión 12.2).

La regla de la nulidad es igualmente aplicable a las reservas (Conclusión 13), a las normas de derecho internacional consuetudinario[60] (Conclusión 14), a las obligaciones creadas por actos unilaterales de un Estado (Conclusión 15) y a las obligaciones creadas por resoluciones, decisiones u otros actos de organizaciones internacionales que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)* (Conclusión 16)[61].

Las consecuencias jurídicas mencionadas son solo, y como advierte el Comentario 6 a la Conclusión 1, las consecuencias jurídicas «generales»[62]. Se añaden a ellas, como «consecuencias particulares» (Conclusión 19), «tres obligaciones muy interrelacionadas entre sí»[63]: la obligación de cooperación entre los Estados «para poner fin, por medios lícitos, a toda «violación grave»[64] por un Estado de una obligación que emane de una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)*» (Conclusión 19.1); la imposibilidad de reconocimiento «como lícita(s)» de las situaciones generadas; y la prohibición de cualquier forma de «ayuda o asistencia para mantener esa situación» (Conclusión 19.2). Todo ello, «sin perjuicio de las demás consecuencias que cualquier violación por un Estado de una obligación que emane de una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)* pueda generar según el derecho internacional» (Conclusión 19.4).

Se añade, además, un conjunto de disposiciones sobre: el deber de interpretación y aplicación de las normas de derecho internacional en consonancia con las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens)*, en particular, en los supuestos

[59] Lo que, para el Comentario 4 a la Conclusión 12, viene a reflejar que no se trata de «una obligación de resultado, sino de comportamiento». Doc. NN.UU. A/77/10 (2022), pp. 57 s.

[60] Sin que pueda aplicarse «la regla del objetor persistente» (Comentario 12 a la Conclusión 14). Doc. NN.UU. A/77/10 (2022), pp. 64 s.

[61] Echa, en todo caso, en falta una referencia al efecto vinculante de las normas de *ius cogens* respecto del Consejo de Seguridad, Wood, M., «Values…», ob. cit., p. 15.

[62] Doc. NN.UU. A/77/10 (2022), p. 19.

[63] Ferrer Lloret, J., «Las 'consecuencias…», ob. cit., p. 155.

[64] Lo que se identifica con el «incumplimiento flagrante o sistemático de esa obligación por el Estado responsable» (Conclusión 19.3).

en que «parezca que puede haber oposición» (Conclusión 20); el procedimiento recomendado para el tratamiento de los supuestos de invocación de nulidad de una norma de derecho internacional por su oposición a la norma de *ius cogens*, (Conclusión 21); y la no afectación por el Proyecto de Conclusiones de «las consecuencias que determinadas normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)* puedan generar de otro modo según el derecho internacional» (Conclusión 22).

III.2.3. ***Criterios de identificación***

Establecido lo anterior, la clave reside en la identificación de las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*. El tema se regula en la Segunda Parte del Proyecto de Conclusiones, dedicado a la definición de los «Criterios para la identificación de una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)*». Se liga ahí la identificación al cumplimiento de dos «criterios» («acumulativos») (Conclusión 4), estableciéndose «un enfoque en dos etapas»[65]:

- Primeramente, «probar que la norma en cuestión es una norma de derecho internacional general»: esto es, que forma parte de «aquellas normas de derecho internacional» que, como expresa la Corte Internacional de Justicia, «deben aplicarse en condiciones iguales a todos los miembros de la comunidad internacional»[66].
- A continuación, demostrar «que la comunidad internacional de Estados en su conjunto acepta y reconoce que la norma tiene carácter imperativo».

«Criterio pertinente para la identificación» es, en efecto (Conclusión 7.1), la aceptación y reconocimiento por la comunidad internacional de Estados en su conjunto, a quien corresponde «aceptar y reconocer el carácter imperativo de una norma»[67]. En consecuencia, y sin perjuicio de la utilidad de las aportaciones de otros actores (hasta de «los hechos y la práctica de las organizaciones internacionales») —cuyo «papel auxiliar» es reconocido por la Comisión en otros temas y que pueden servir «para dar contexto y contribuir a la evaluación»—, para el Proyecto de Conclusiones, en el momento presente, «las posiciones de entidades distintas de los Estados no son suficientes por sí mismas para establecer la aceptación y el reconocimiento necesarios para elevar una norma de derecho internacional general al rango de imperativa»[68].

[65] Comentario 6 a la Conclusión 4. Doc. NN.UU. A/77/10 (2022), p. 32. Entendiendo que, a pesar del interés que presenta el enfoque, por servir de «orientación metodológica fundamental», falta «un procedimiento más estricto y claro en relación con los subelementos de las dos etapas», CERHA (2022), pp.15 s.

[66] Comentario 2 a la Conclusión 5. Doc. NN.UU. A/77/10 (2022), p. 33.

[67] Comentario 1 a la Conclusión 7. Doc. NN.UU. A/77/10 (2022), p. 41.

[68] Comentario 5 a la Conclusión 7. Doc. NN.UU. A/77/10 (2022), p. 43.

Obviamente, la aceptación y reconocimiento deben resultar probados, sin que baste con el señalamiento de «la importancia o el papel de una norma para demostrar el carácter imperativo de esta»[69]. Las pruebas pueden sustentarse en el «derecho internacional consuetudinario» y apoyarse también en «las disposiciones de los tratados y los principios generales del derecho», los cuales pueden igualmente «servir de base de las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*» (Conclusión 5).

En cuanto a los medios de prueba, admite la Conclusión 8 «una gran variedad de formas»: en principio, «cualquier material que pueda expresar o reflejar las opiniones de los Estados sería pertinente como prueba de aceptación y reconocimiento»[70]. De forma no limitativa se alude, en todo caso, a declaraciones, dictámenes oficiales, correspondencia diplomática, normas constitucionales, actos legislativos y administrativos. sentencias judiciales, tratados, resoluciones de organizaciones internacionales o aprobadas en una conferencia intergubernamental, otras conductas estatales…, «materiales que expresan o reflejan las opiniones de los Estados»[71] y están llamados a ser sopesados y evaluados «conjuntamente, en su contexto, para determinar si ponen de manifiesto la aceptación y el reconocimiento por la comunidad internacional de Estados en su conjunto del carácter imperativo de la norma en cuestión»[72].

Al lado de lo anterior, y como «medios auxiliares de determinación del carácter imperativo de las normas de derecho internacional general», la Conclusión 9 menciona, (igualmente sin carácter exhaustivo)[73]: «las decisiones de las cortes y tribunales internacionales, en particular las de la Corte Internacional de Justicia», así como, «cuando proceda, las decisiones de cortes y tribunales nacionales». Se añaden además, como medios auxiliares, «la labor de los órganos de expertos establecidos por Estados o por organizaciones internacionales[74] y la doctrina de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones» (Conclusión 9.2), cuya «pertinencia» necesariamente se sujeta a «factores, como el razonamiento seguido en la labor o los escritos y la medida en que las opiniones expresadas son aceptadas por los Estados y son corroboradas, ya sea por otras formas de prueba enumeradas en el proyecto de conclusión 8 o por decisiones de cortes y tribunales internacional»[75].

Por último, aunque no en importancia, el que la aceptación y reconocimiento por la comunidad internacional de Estados haya de ser «en su conjunto» no significa que

[69] Comentario 2 a la Conclusión 4. Doc. NN.UU. A/77/10 (2022), p. 31. Ver también Conclusión 6.

[70] Comentario 2 a la Conclusión 8. Doc. NN.UU. A/77/10 (2022), p. 44.

[71] Comentario 5 a la Conclusión 8. Doc. NN.UU. A/77/10 (2022), p. 45.

[72] Comentario 8 a la Conclusión 8. Doc. NN.UU. A/77/10 (2022), p. 47.

[73] Comentario 12 a la Conclusión 9. Doc. NN.UU. A/77/10 (2022), p. 52.

[74] Lo que viene a suponer que se excluye de la categoría de órganos de expertos a las organizaciones de carácter privado que no cuenten con «un mandato intergubernamental». Comentario 8 a la Conclusión 9. Doc. NN.UU. A/77/10 (2022), p. 50.

[75] Doc. NN.UU. A/77/10 (2022), pp. 49 s.

deba hacerse «por todos los Estados»; tampoco basta con «una simple 'mayoría' de Estados»[76]. Lo que se exige es un doble requisito, cuantitativo y cualitativo: el respaldo de «una mayoría muy amplia» que, por reflejar «diferentes regiones, sistemas jurídicos y culturas»[77], pueda asimismo cualificarse de suficientemente «representativa» (Conclusión 7.2).

III.3. **Reconocimiento directo o indirecto**

El repaso de los «exigentes»[78] criterios de identificación definidos por el Proyecto de Conclusiones permite deducir no pocas de las dificultades a las que, para hacerse efectiva, habrá de enfrentar la propuesta del Manifiesto de reconocimiento de la prohibición de la pena de muerte como norma internacional de *ius cogens*. Siendo el avance en el movimiento de abandono de la pena capital por los Estados, en las últimas décadas, impresionante e incuestionable, las dudas pueden centrarse no tanto en el hecho de su aceptación por una mayoría significativa representativa de «diferentes regiones, sistemas jurídicos y culturas», asimilable a «la comunidad internacional de Estados en su conjunto», cuanto en el reconocimiento del carácter imperativo de la norma, «que no admite acuerdo en contrario» y es solo susceptible de ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter. No todos los supuestos de abolición son *de iure,* esto es, el resultado de una decisión estatal aprobada formalmente a nivel legislativo; también hay Estados en los que la abolición se presenta como una situación de hecho. Además, en algunos países abolicionistas continúan abiertos espacios a la aplicación de la pena de muerte en circunstancias especiales, en la línea admitida por el art. 2.1. del propio Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Esta disposición, tras establecer que «no se admitirá ninguna reserva al presente Protocolo», permite una «excepción» para las reservas presentadas a la hora «de la ratificación o la adhesión» concernientes a «la aplicación de la pena de muerte en tiempo de guerra»: a los condenados «por un delito sumamente grave de carácter militar cometido en tiempo de guerra»[79].

[76] Comentario 7 a la Conclusión 7. Doc. NN.UU. A/77/10 (2022), p. 43.

[77] Comentario 8 a la Conclusión 7. Doc. NN.UU. A/77/10 (2022), p. 44.

[78] Comentario 6 a la Conclusión 4. Doc. NN.UU. A/77/10 (2022), p. 32.

[79] De aquí la presencia en varias legislaciones abolicionistas de previsiones legislativas (hasta constitucionales) que autorizan la pervivencia de la pena de muerte en el marco de la legislación penal militar para tiempos de guerra. Este es el caso de España, que aun cuando (por LO 11/1995) abolió ya las previsiones del Código Penal Militar relativas a la pena de muerte en tiempo de guerra, debería derogar la todavía vigente previsión del artículo 15 de la Constitución con objeto de reforzar la irreversibilidad de aquella decisión y en línea con el compromiso adquirido con la ratificación del Protocolo europeo n.º 13 sobre la abolición de la pena de muerte en cualquier circunstancia. De la Cuesta Arzamendi, J.L., «Hacia la abolición…», ob. cit., p. 804.

Tampoco la labor de las organizaciones internacionales se tiene por sí misma como suficiente para el reconocimiento como *ius cogens* de una determinada norma, aun cuando pueda servir de manera complementaria o auxiliar para la prueba del requerido reconocimiento y aceptación por parte de la comunidad internacional. Las últimas llamadas bienales a la moratoria por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas —que muestran el creciente respaldo por la comunidad internacional de Estados—, recogen, por su parte, y como se ha visto, una referencia al «derecho soberano de todos los países a establecer su propio ordenamiento jurídico y, en particular, a determinar las sanciones jurídicas que sean apropiadas»… Y si bien el reconocimiento de ese derecho tiene lugar «con arreglo a las obligaciones que les corresponden en virtud del derecho internacional» —una previsión que permite entender que existen límites internacionales aplicables al ejercicio de ese derecho soberano—, no debería olvidarse que su inclusión en 2020 buscó rebajar las tensiones suscitadas en el Comité, y fue mantenida en 2022.

En suma, sin perjuicio de los sólidos y relevantes argumentos desplegados contra la pena de muerte y aun cuando su posible realización «en un futuro no muy lejano» fuera anunciada por William A. Schabas ya en 1997[80], no parece que vaya a ser fácil asistir a un reconocimiento oficial directo del carácter de *ius cogens* internacional de la prohibición de la pena de muerte en un mañana cercano.

Otra cuestión es si la elevación al nivel de norma imperativa internacional de la prohibición de la pena de muerte puede producirse atacando a la «pena capital indirectamente»[81]: por la vía de alguna de las prohibiciones que internacionalmente han alcanzado ya el carácter de *ius cogens*.

El Comentario de 2001 al Proyecto de Artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos de la Comisión de Derecho Internacional de 2001 consideró pertenecientes a la restrictiva categoría de *ius cogens* «las prohibiciones de agresión, genocidio, esclavitud, discriminación racial, delitos contra la humanidad y tortura y el derecho a la libre determinación»[82]. Por su parte, el Proyecto en curso, aun cuando advierte de entrada que no es su cometido la identificación de las normas de carácter imperativo[83], alude en el Proyecto de Conclusión 23 a la incorporación como Anexo de una «lista no exhaustiva de normas a las que la Comisión de Derecho Internacional se ha referido anteriormente como normas que han obtenido dicho estatus». La previsión, «redactada con cautela»[84], remite a una relación —sin «orden determinado»

[80] Schabas, W.A., *The Abolition…»,* ob. cit., p. 20; ver también Schabas, W.A., *The Death Penalty…,* ob. cit.

[81] Schabas, W.A., *The Abolition…»,* ob. cit., p. 19.

[82] Comentario 5 al Proyecto de Artículo 26. Doc. NN.UU. A/56/10 (2001), p. 91.

[83] Comentario 3 a la Conclusión 23. Doc. NN.UU. A/77/10 (2022), p. 92.

[84] Wood, M., «Values…», ob. cit., p. 14.

alguno—[85] de «tipos de normas que se han identificado habitualmente como normas de carácter imperativo». Un listado para cuya elaboración no se ha respetado «la metodología establecida en los proyectos de conclusión 4 a 9»[86] y criticado por su falta de necesidad o carácter inapropiado —hasta para alguno desafortunado, por «introducir un innecesario elemento de controversia»—[87], pero que no excluye la existencia de otros supuestos de normas de *ius cogens* fuera de la lista, ni pretende llegar a cubrir todos los casos a los que la Comisión haya podido referirse alguna vez como tales[88].

Integran la lista incluida en el Anexo:

a) La prohibición de la agresión;

b) la prohibición del genocidio;

c) la prohibición de los crímenes de lesa humanidad;

d) las normas básicas del derecho internacional humanitario;

e) la prohibición de la discriminación racial y del *apartheid*;

f) la prohibición de la esclavitud;

g) la prohibición de la tortura;

h) el derecho a la libre determinación.

Incluida en el Anexo «la prohibición de la tortura», la cuestión que se suscita es si cabe aprovechar su presencia como cauce para dar cobertura a la pena de muerte, cuya radical incompatibilidad con los derechos humanos y el principio de humanidad es ampliamente subrayada por los autores y va incorporándose a documentos internacionales de diversa naturaleza.

El punto presenta el mayor interés, pues, como recuerda Bessler[89], «es hora de que los legisladores y juristas —y los países civilizados del mundo— se unan y consideren las penas de muerte y las ejecuciones como lo que son: actos de tortura…» En esta línea, el Manifiesto —que no duda en emplear la calificación de tortura para caracterizar cuanto menos a los métodos de ejecución— mantiene, como se ha visto, que «la pena de muerte es una violación *per se* de los derechos humanos» (punto 11), reclamando su «proscripción (…) de los sistemas punitivos» como «exigencia basada en el derecho a la vida y en el derecho a no someter a seres humanos a torturas o tratos inhumanos», explícitamente calificados como «parte integrante del *ius cogens*» (núm. 13).

La conexión entre la pena de muerte y el fenómeno de la tortura ha sido igualmente central en los trabajos de los dos últimos Días internacionales contra la Pena de Muerte: centrado, el Vigésimo (2022), en poner de manifiesto la relación entre el uso de la pena de muerte y la tortura y otras penas o tratamientos crueles inhumanos y degradantes

[85] Comentario 16 a la Conclusión 23 Doc. NN.UU. A/77/10 (2022), p. 96.

[86] Comentario 3 a la Conclusión 23. Doc. NN.UU. A/77/10 (2022), p. 92.

[87] Wood, M., «Values…», ob. cit., p. 15.

[88] Comentario 4 a la Conclusión 23. Doc. NN.UU. A/77/10 (2022), p. 93.

[89] Bessler, J.D., *The death penalty…»,* ob. cit., p. xxii.

internacionales, y el Vigesimoprimero (2023), en la identificación de la pena de muerte con una «tortura irreversible»[90].

Como es sabido, el concepto internacional de tortura se encuentra fijado en la Convención aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1984 (A/RES/39/46), que contiene una definición internacional en sentido estricto (artículo 1). Esta excluye del ámbito de aplicación de la definición (inciso final, art. 1.1) «los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas» (comentado *supra*) y distingue la tortura de otros actos constitutivos de «tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes», contemplados por el art.16,l.

Pues bien, a la vista de lo anterior y frente a los intentos estatales reiterados dirigidos a «elevar el listón» aún más a través de una «reinterpretación de la definición de tortura» y de sus requisitos[91], sería razonable en este marco defender una identificación de la prohibición internacional con la interdicción de las manifestaciones más graves «de crueldad y brutalidad inhumana»[92], comprensiva igualmente, por tanto, de las penas o tratamientos crueles e inhumanos cuya incardinación en la tortura, como fenómeno, no resulta problemática desde otras perspectivas. En esta línea, el art. 2 de la Convención interamericana de 1985 define la tortura como «todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin», incluyendo igualmente en este concepto «la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica». La Convención interamericana también excluye del «concepto de tortura las penas o sufrimientos físicos o mentales que sean únicamente consecuencia de medidas legales o inherentes a éstas», pero añade acertadamente la siguiente previsión «siempre que no incluyan la realización de los actos o la aplicación de los métodos a que se refiere el presente artículo».

En el Proyecto de Conclusiones la cuestión no ha quedado, en todo caso, cerrada. Observa, en efecto, el Comentario 5 a la Conclusión 23 que de la presencia en el anexo de las prohibiciones indicadas no cabe deducir, por el momento, consecuencias específicas en cuanto a su extensión, pues ha tenido lugar «sin tratar de abordar ningún aspecto de su contenido» y «sin intentar definir el alcance, el contenido o la aplicación de las normas señaladas»[93].

[90] https://worldcoalition.org/campagne/21st-world-day-against-the-death-penalty/ [Última consulta: 12 de junio de 2024]

[91] Kleinlein, T., «Change of Peremptory Norms…», ob. cit., p. 2.

[92] Bessler, J.D., *The death penalty…»,* ob. cit., p. xxv.

[93] Doc. NN.UU. A/77/10 (2022), p. 93.

Sigue, por tanto, siendo amplio el campo abierto, entre otras, a las aportaciones de los «órganos de expertos establecidos por Estados o por organizaciones internacionales», así como para «la doctrina de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones», a los que el Proyecto de Conclusiones —y sin «pretende(r) restar importancia a sus contribuciones»—[94] contempla como posible «medio auxiliar para determinar el carácter imperativo de las normas de derecho internacional general» (Conclusión 9.2).

IV. Consideraciones finales

Aun cuando su consecución tenga necesariamente que esperar, por su propia naturaleza y alcance el reconocimiento efectivo de la prohibición de la pena de muerte como una norma internacional imperativa (*ius cogens*) supondría, indudablemente, la culminación definitiva, en el plano normativo, de los esfuerzos por su abolición global.

Presupuesto de lo anterior, el convencimiento por parte de la comunidad internacional y de los Estados acerca de la crueldad de la pena de muerte y su contradicción radical con los derechos humanos y el principio de humanidad —que se encuentra en la base de la «significativa»[95] renuncia a la pena de muerte por parte de los Estatutos de los Tribunales Penales Internacional *ad hoc* de la Ex-Yugoslavia y para Ruanda, al igual que en la Corte Penal Internacional— se presenta como un necesario paso hacia la abolición global y un objetivo más alcanzable a corto plazo. Urge, en este sentido, su extensión y pleno reflejo a todos los niveles, pasando de los documentos de trabajo y declaraciones públicas a los textos oficiales de las organizaciones internacionales, así como trabajar en los instrumentos internacionales venideros: por ejemplo, dirigidos a cerrar el paso a la excepción que todavía admite el art. 2.1. del Segundo Protocolo Facultativo, ya que «es en tiempos de guerra cuando se producen los mayores abusos de la pena de muerte»[96]. No es esta, con todo, una tarea sencilla, como pone de manifiesto la experiencia europea —un ejemplo[97] de abandono incondicional de la pena de muerte, como demuestran el Protocolo 13 del Consejo de Europa[98] y el artículo 2.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, asimilada a los Tratados por el artículo

[94] Recuerda el Comentario 1 a la Conclusión 9, que lo que se busca simplemente es destacar que pueden servir de medios facilitadores de la identificación de «la aceptación y el reconocimiento», pero sin constituir una prueba «en sí mismos». Doc. NN.UU. A/77/10 (2022), p. 47.

[95] Schabas, W.A., *The Abolition…»,* ob. cit., p. 258.

[96] Schabas, W.A., *The Abolition…»,* ob. cit., p. 369.

[97] Sin perjuicio de Oceanía, el continente más avanzado en el camino hacia la abolición: la legislación de 13 de sus 14 Estados miembros no contempla la pena de muerte, con la excepción de Tonga, que mantiene una moratoria pero no ha condenado ni ejecutado a nadie desde 1982. Menjíbar, «El "efecto dominó"…», ob. cit.

[98] Yorke, «The Evolving Human Rights Discourse…», ob. cit., pp. 57 ss.

6.1 del Tratado de Lisboa—[99], donde el reconocimiento explícito como inherentemente inhumana de la pena de muerte, incluido por vez primera en la Resolución 727 de la Asamblea Parlamentaria (1980), no llegó a recibir «respaldo legislativo por el Comité de Ministros», ni a través del Protocolo 13[100].

V. Bibliografía

Albrecht, Hans-Jörg, «Pena de muerte, Efecto disuasorio y formulación de políticas», en Luis Arroyo Zapatero *et al* (eds.), *Pena de muerte: una pena cruel e inhumana y no especialmente disuasoria*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2014, pp. 55-72.

Alonso Álamo, Mercedes, «La pena de muerte como pena cruel y derecho penal del exceso», en Luis Arroyo Zapatero *et al.* (eds.), *Pena de muerte. Una pena cruel e inhumana y no especialmente disuasoria*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2014, pp. 37-54.

Amnesty International, *Informe Global de Amnistía Internacional 2022. Condenas a muerte y ejecuciones 2022,* London 2023. Disponible en: https://www.amnesty.org/es/documents/act50/6548/2023/es/ [Última consulta: 12 de junio de 2024].

Arroyo Zapatero, Luis, «El camino hacia la moratoria universal de la pena de muerte», en Luis Arroyo Zapatero *et al.* (eds.), *Contra el espanto. Por la abolición de la pena de muerte,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 81-97.

— «La prohibición de las penas crueles e inhumanas y la abolición universal de la pena de muerte», *Revista de Occidente*, n.º 385, 2013, p. 5-26.

— «Pena de muerte y tráfico de drogas», en Luis Arroyo Zapatero *et al.* (eds.), *Pena de muerte. Una pena cruel e inhumana y no especialmente disuasoria*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2014, pp. 99-109.

Behrnann, Christian / Yorke, Jon, «The European Union and the Abolition of the Death Penalty», *Pace International Law Review. Online companion,* vol.4,1, 2013, pp. 1-78. Disponible en: https://digitalcommons.pace.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1038&context=pilronline [Última consulta: 12 de junio de 2024].

Beristain Ipiña, Antonio, *Protagonismo de las víctimas de hoy y mañana (Evolución en el campo jurídico penal, prisional y ético)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

Bessler, John D., *The death penalty as torture: from the dark ages to abolition*, Carolina Academic Press, Durham, North Carolina, 2016.

Cerha, Laurin, «Peremptory norms of general international law (*ius cogens*) – An analysis of the practical merits of the International Law Commission's Draft Conclusions regarding the identification of peremptory norms of general international law» (paper), University of Vienna, 2022, pp. 1-15. Disponible en: https://www.postgraduatecenter.at/fileadmin/user_upload/pgc/1_Weiterbildungsprogramme/International_Legal_Studies/Downloads/Student_Papers/Sem_Law_of_the_ILC_Research_Paper_Jus_Cogens_Laurin_Cerha_30_1_2022.pdf [Última consulta: 12 de junio de 2024].

[99] El cual dispone directamente: «Nadie podrá ser condenado a la pena de muerte ni ejecutado». Behrnann / Yorke, «The European Union…», ob. cit., pp. 18 s.

[100] Yorke, «Inhuman punishment…», ob. cit., pp. 84 y 87.

De la Cuesta Arzamendi, José Luis, «La tortura como abuso de poder: aspectos penales», en Antonio Beristain y José Luis de la Cuesta (dirs.), *La Criminología frente al abuso de poder*, San Sebastián, 1992, pp. 149-162.

— «El principio de humanidad en Derecho Penal», *Eguzkilore, XXX Aniversario de la Fundación del IVAC/KREI. Homenaje a nuestro fundador el Profesor Dr. Dr. h.c. Antonio Beristain,* 23, 2009, pp. 209-225.

— «Pena de muerte y drogas», en Francisco Muñoz Conde *et al.* (dirs), *Un Derecho penal comprometido. Libro homenaje al Prof.Dr. Gerardo Landrove Díaz,* Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 2011, pp. 295-307.

— «Pena de muerte: hacia su abolición global», *Nuevo Foro Pena*l, 80, vol. 9, enero-junio 2013, pp. 82-93.

— «Hacia la abolición universal de la pena de muerte: desarrollos recientes», en Rosario de Vicente Martínez *et al.* (eds.), *Libro Homenaje al Profesor Luis Arroyo Zapatero: Un derecho penal humanista*, vol. II, Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional / Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2021, pp. 803-814.

Dezhbakahsh, Hashem / Rubin, Paul H. / Shepherd, Joanna M., «Does Capital Punishment Have a Deterrent Effect? New Evidence from Postmoratorium Panel Data», *American Law and Economics,* 5, 2003, pp. 344-376.

Doc. NN.UU. A/56/10.—Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 53 período de sesiones (23 de abril a 1.º de junio y 2 de julio a 10 de agosto de 2001), *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, vol.II, segunda parte, 2001.

Doc. NN.UU. A/77/10, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional*, 73 período de sesiones (18 de abril a 3 de junio y 4 de julio a 5 de agosto de 2022) (A/77/10), Naciones Unidas, Nueva York, 2022.

Fattah, Ezzat A., «The use of the death penalty for drug offences and for economic crime. A discussion and a critique», *Revue Internationale de Droit Pénal*, 58, 3-4, 1987, pp. 723-735.

Ferrer Lloret, Jaume, «Las 'consecuencias particulares' de las violaciones de graves normas de *ius cogens*, en el Proyecto de la CDI de 2022: ¿desarrollo progresivo del Derecho Internacional?», *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 39, 2023, pp. 149-207.

Garibian, Sévane / Puppo, Alberto, «Acerca de la existencia del ius cogens internacional: una perspectiva analítica y positivista», *Isonomía*, n.36, abril, 2012, pp. 7-47.

Gutiérrez Espada, Cesáreo, *De la alargada sombra del ius cogens,* Comares, Granada, 2021.

Heyns, Christof / Probert, Thomas, «The right to life and the progressive abolition of the death penalty», en United Nations. OHCHR, *Moving away from the Death Penalty. Arguments, Trends and Perspectives,* United Nations, New York, 2015, pp. 214-227.

Hood, Roger / Hoyle, Carolyn, *La pena de muerte. Una perspectiva mundial,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

Jalloh, Charles C., «The International Law Commission's Seventy-Fourth (2023) Session: General Principles of Law and Other Topics», *The American Journal of International Law*, vol. 118: 1, 2024, pp. 120-144. Disponible en: https://www.cambridge.org/core/journals/american-journal-of-international-law/article/international-law-commissions-seventyfourth-2023-session-general-principles-of-law-and-other-topics/EC79880F4882C6309E4E679989A2B817 [Última consulta: 12 de junio de 2024].

Kleinlein, Thomas, «Change of Peremptory Norms of General International Law (*Jus Cogens*)», ESIL Reflections, vol.12, Iss.5, 2023, pp. 1-11. Disponible en: https://esil-sedi.eu/wp-content/

uploads/2023/12/ESIL-Reflection_Kleinlein-Vol.12-Issue-5.pdf [Última consulta: 12 de junio de 2024].

Lines, Rick, «A 'Most Serious Crime'? – The Death Penalty for Drug Offences in International Human Rights Law», *Amicus Journal*, 21, 2010, pp. 21-28.

Mayor Zaragoza, Federico, «La abolición de la pena de muerte: una cuestión de respeto por los derechos humanos», en Luis Arroyo Zapatero *et al.* (eds.), *Pena de muerte y Derechos Humanos: hacia la abolición universal,* Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2014, pp. 29-36.

Menjíbar, Diego, «El "efecto dominó" de África: cuantos más países abolen la pena de muerte, más se suman», *El País*, 09 AGO 2023. Disponible en: https://elpais.com/planeta-futuro/2023-08-09/el-efecto-domino-de-africa-cuantos-mas-paises-abolen-la-pena-de-muerte-mas-se-suman.html [Última consulta: 12 de junio de 2024].

Pillay, Navi / Dreifuss, Ruth, «Countries Cheer Gains to Ending the Death Penalty Globally, but Foes Harden Their Stance», *Passblue.com*, 2020. Disponible en: https://www.passblue.com/2020/12/17/many-countries-cheer-gains-to-ending-the-death-penalty-globally-but-foes-harden-their-stance/ [Última consulta: 12 de junio de 2024].

Rodley, Nigel S., «The Death Penalty as a human rights issue», en United Nations OHCHR, *Moving away from the Death Penalty. Arguments, Trends and Perspectives,* New York, 2015, pp. 204-213.

Romeo Casabona, Carlos María, *Peligrosidad y Derecho Penal Preventivo*, J.M.Bosch, editor, Barcelona, 1986.

— «La confusión entre pena y medida: sus efectos para el régimen de garantías», Javier de Vicente Remesal *et al.* (dirs.), *Libro homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario*, vol. II, Reus, Madrid, 2020, pp.1395-1405.

Schabas, William A., *The Death Penalty As Cruel Treatment And Torture: Capital Punishment Challenged in the World's Courts*, Northeastern University Press, Boston, 1996.

— *The Abolition of the Death Penalty in International Law*, 1.ª ed., Cambridge University Press, 1997; 3.ª ed., Cambridge University Press, 2002.

— «Hard-core executioners», en Luis Arroyo *et al.* (eds.), *Pena de muerte. Una pena cruel e inhumana y no especialmente disuasoria*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2014, pp. 23-27.

— «Chapter 11: International law and the abolition of the death penalty», en Carol S. Steiker / Jordan M. Steiker (eds.), *Comparative Capital Punishment* Edward Elgar Publishing, 2019, pp. 217-231.

Wood, Michael, «Values in the international Community: *Jus cogens* in light of the International Law Commission's 2022 Conclusions», *KFG Working Paper Series*, No 61, Berlin Potsdam Research Group, «The International Rule of Law. Rise or Decline?», Berlin, may, 2023, pp. 1-17. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4472704 [Última consulta: 12 de junio de 2024].

Yorke, Jon, «The Evolving Human Rights Discourse of the Council of Europe: Renouncing the Sovereign Right of the Death Penalty», en Jon YORKE (ed.), *Against the Death Penalty*. *International initiatives and implications,* Routledge, London, 2008, pp. 43-73.

— «Inhuman punishment and abolition of the death penalty in the Council of Europe», en Luis Arroyo *et al.* (eds.), *Towards universal abolition of the death penalty*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 79-117.

10

LA PREVENCIÓN DE ERRORES DE MEDICACIÓN MEDIANTE LA INTERVENCIÓN PENAL Y OTRAS MEDIDAS EXTRAPENALES*

PROF. DR. DR. H. C. JAVIER DE VICENTE REMESAL
Cartedrático de Derecho Penal (emérito)
Universidad de Vigo

Este artículo fue elaborado con mi mayor afecto con la finalidad inicial de que se publicase en el Liber Amicorum a Carlos María Romeo Casabona, con motivo de su jubilación. Pero nuestro querido Carlos se nos ha ido inesperada y dolorosamente entre tanto. Con mucho pesar y todo mi cariño quiero contribuir con este trabajo a lo que ahora será su libro In memoriam.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: PRECISIONES TERMINOLÓGICAS Y MAGNITUD DEL PROBLEMA DE LOS ERRORES DE MEDICACIÓN. II. FASES DEL PROCESO DE MEDICACIÓN E INCIDENCIA DE LOS ERRORES. III. TAXONOMÍA DE TIPOS DE ERRORES DE MEDICACIÓN. IV. LA PREVENCIÓN DE ERRORES DE MEDICACIÓN MEDIANTE LA INTERVENCIÓN PENAL Y OTRAS MEDIDAS EXTRAPENALES: GRUPOS DE CASOS Y CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN: PRECISIONES TERMINOLÓGICAS Y MAGNITUD DEL PROBLEMA DE LOS ERRORES DE MEDICACIÓN

La prevención de los errores de medicación es una de las principales metas perseguidas por la Organización Mundial de la salud en el marco de la seguridad del paciente. En el año 2005 la OMS se puso como reto mundial la prevención de las infecciones, centrada en la higiene de manos; en 2008, la prevención de errores en la cirugía y, en 2017, el tercer reto mundial que se ha marcado la OMS es éste, de la prevención de los errores de medicación, proponiéndose reducirlo a la mitad en pocos años.

* El presente trabajo se inscribe en el marco del Proyecto de Investigación «La progresiva relajación de garantías penales en la elaboración del sistema y en diversos sectores. Vindicación del refuerzo de los límites al ius puniendi», Retos nacional, AEI. Referencia: PID2019-1085567RBC21, IPs: Miguel Díaz y García Conlledo / María A. Trapero Barreales.

El tratamiento con medicamentos constituye en la práctica médica un ámbito especialmente relevante en lo que se refiere al peligro de producción de errores médicos y de eventos adversos y a la magnitud de estos. Aparte del coste humano que suponen, se calcula que los errores de medicación ascienden a unos 42.000 millones de dólares al año, lo que representa casi un 1 % del gasto sanitario mundial.

Además de la posibilidad de afectar a numerosas víctimas (se estima que uno de cada siete pacientes que recibe tratamiento con medicamentos en hospitales experimenta un error médico)[1], puede originar asimismo consecuencias extraordinariamente graves si el fallo no se detecta a tiempo; y especialmente cuando recae sobre medicamentos de alto riesgo[2]. Así lo demuestran, entre otros, los tristemente famosos casos de la *Talidomida-Contergan*, que en los años 1960 causó la muerte de unos 2.500 recién nacidos y malformaciones muy graves a otros 4.500 aproximadamente[3]; el del fármaco anticolesterol *Lipobay*, de la farmacéutica Bayer AG, que en el año 2002 causó 104 muertes; o más recientemente, en 2006, en Londres, el del fármaco contra la esclerosis múltiple que tras haberse probado sólo en monos causó la muerte de seis personas en las que se experimentó[4].

En el concepto error de medicación —EM— (*medication error, ME*) se incluye todo error que se produce en cualquiera de los procesos del sistema de utilización de medicamentos (*drug-use-system error*). Se entiende por error de medicación cualquier evento prevenible que puede causar un daño al paciente o conducir a un uso inapropiado de la medicación mientras ésta está bajo el control del profesional de la salud, del paciente o del consumidor. Dichos eventos pueden estar relacionados con la práctica profesional, con los productos, procedimientos y sistemas, incluyendo la prescripción, la comunicación, el etiquetado, el embalaje o envasado, la nomenclatura, la composición, la dispensación, distribución, administración, educación, vigilancia o seguimiento y uso[5].

[1] Agency for Healthcare Research and Quality (AHRQ), 20 Tips To Help Prevent Medical Errors, 2011, p. 1.

[2] Sobre los medicamentos de alto riesgo, sus posibles consecuencias y sobre las estrategias para la prevención de errores, *Cfr.* Salazar / Domínguez-Gil / Moreno, Seguridad de medicamentos. Prevención de errores de medicación, Farmacia Hospitalaria, Vol. 26. N.º 4, Arán. Ed., 2002, p. 250-254.

[3] Son muy numerosos los trabajos dedicados por la doctrina al caso Contergan, y especialmente en el marco de la relación de causalidad. *Cfr.* Cancio, El caso Contergán cuarenta años después. Revista Liberdades, n.º 7, mayo-agosto 2011, p. 63-76, con amplias referencias doctrinales.

[4] Sobre los casos citados, aparte de otros, *Cfr.* Mayer, Strafrechtliche Produktverantwortung bei Arzneimittelschäden: Ein Beitrag zur Abgrenzung der Verantwortungsbereiche im Arzneiwesen aus strafrechtlicher Sicht. Springer-Verlag, 2007, p. 8 ss. Son asimismo famosos, en el marco de la denominada responsabilidad por el producto, en Alemania, los casos del spray para cuero (Lederspray-Urteil del BGH de 6 julio 1990, BGHSt 37, 106), del Xylamon y Xyladecor (Holzschutzmittel-Urteil del BGH de 2 agosto 1995, BGH 2 StR 221/94), y en España, el caso de la colza (STS 23.4.1992; *Cfr.* Paredes / Rodríguez, El caso de la colza. Responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos, Tirant lo Blanch, 1995).

[5] Se adopta aquí la definición del National Coordinating Council for Medication Error Reporting and Prevention (NCC MERP). La siguen también Otero / Codina / Tamés / Pérez, Errores de medica-

Los EM constituyen a veces únicamente un daño potencial (*potencial adverse drug event, pADE)*, cuando, por diversas razones (suerte, descubrimiento a tiempo, etc.) no llegan a causar daño. Producido éste integran lo que se denomina —ADE— (*Adverse drug event, ADE*): cualquier daño, grave o leve, asociado al uso de un medicamento[6].

En el largo *iter* que recorren los procesos de medicación, la taxonomía de los posibles errores[7] puede resumirse sintéticamente así: (i) los errores pueden afectar a diversos aspectos: dosis (omitida, duplicada o errónea); medicamento (omitido o erróneo); horario; intervalo posológico; vía de administración (IV, IM, oral, otras); velocidad de administración; método de administración; condiciones de preparación (mezclas IV, etc.); duplicidad; duración del tratamiento. (ii) pueden presentarse en las siguientes fases: prescripción; transcripción; validación; preparación; dispensación; administración; seguimiento; (iii) sus causas pueden radicar, entre otras, en: falta de conocimientos sobre el medicamento; falta conocimientos sobre paciente; incumplimiento de normas/protocolos; fallos de memoria/descuidos; prescripción ilegible/incompleta; identificación del paciente; revisión de prescripción; transcripción en la unidad de hospitalización; transcripción en el servicio de farmacia; preparación en la unidad de hospitalización o en el servicio de farmacia; revisión de la dispensación; seguimiento inadecuado.

La relevancia de los errores de medicación es, como se ha apuntado, muy importante tanto desde el punto de vista cuantitativo como cualitativo. Si bien la mayoría de los EM no derivan en la causación de un daño (ADE), ello no merma la importancia del problema, habida cuenta de la frecuencia (alrededor del 5,5 %) de los errores de medicación[8]. Estudios realizados al efecto[9] destacan que los ADEs causan anualmente

---

ción: estandarización de la terminología y clasificación. Farmacia Hospitalaria, Vol. 27. n.º 3, Arán Ed. 2003, p. 137-149; Contreras / Rodríguez, Errores de Medicación. Boletín de Farmacovigilancia, n.º 7, Mayo 2016, p. 1-8.

[6] Dentro de los ADE debe hacerse, sin embargo, para evitar equívocos, la siguiente distinción: ADE prevenible (*preventable ADE*) es el daño causado por el uso de un medicamento como resultado de un error (por ejemplo, paciente que recibió una dosis normal de medicamento pero el medicamento estaba contraindicado en este paciente). ADE no prevenible (*non-preventable ADE*) es un daño inducido por el fármaco que ocurre con el uso apropiado de la medicación (por ejemplo, anafilaxis de la penicilina en un paciente y el paciente no tenía antecedentes de una reacción alérgica)

[7] Existen estudios que desglosan dicho *iter* hasta el más mínimo detalle Así, el realizado por el NCC MERP. Lo siguen, entre otros, Otero / Codina / Tamés / Pérez, Errores de medicación: estandarización de la terminología y clasificación. Farmacia Hospitalaria, Vol. 27. n.º 3, Arán Ed. 2003, p. 137-149; Climente / Jiménez, Manual para la Atención Farmacéutica. 3.ª ed., 2005, p. 29-30

[8] A estos resultados llegan en su estudio Bates / Boyle / Vander Vliet / Schneider / Leape, Relationship between medication errors and adverse drug events. Journal of General Internal Medicine (J Gen Intern Med.) 1995, Apr;10(4):199-205.

[9] *Cfr.* Kohn / Corrigan / Donaldson, To err is human: building a safer health system. Comite on Health Care in America. Institute of Medicine. Washington (DC): National Academy Press; 1999; *von Eiff,* Schriftenreihe: Gesundheitswirtschaft Krankenhaus-Management, Medizinrecht, Gesundheitsöko-

en EEUU más 7.000 muertes y que los costes económicos añadidos por errores de medicación se estiman en 2.000 millones de dólares[10]. En España tienen una repercusión asistencial y económica semejantes[11].

Una previa visión global de las características de estos errores —coincidentes en gran medida con lo que reflejan otros estudios, por ejemplo, el de *Bates et al*.—[12]., puede extraerse de los siguientes datos de un estudio elaborado por *Otero et al*[13]. sobre errores de medicación, en el cual, en la fase de validación de la taxonomía se recogieron 423 EM en los cuatro centros hospitalarios que integraron el grupo de trabajo. De los EM registrados, el 78,0 % no llegaron a producir daño al paciente; el 9 % le causaron daños, de diferente gravedad, y el 0,5 % (en 2 casos) causaron a muerte del paciente. La mayoría de los errores registrados se originaron en el proceso de prescripción (47,0 %), al que siguieron por orden de frecuencia los procesos de transcripción (16,1 %), dispensación (13,2 %) y administración (10,4 %). En el referido estudio de *Bates* estos porcentajes varían sensiblemente: prescripción (56 %), transcripción (6 %), dispensación (4 %) y administración (34 %).

Los tipos de errores observados con más frecuencia fueron por medicamento erróneo (34,0 %) y por dosis incorrecta (28,3 %). Un 53,2 % de los errores tipificados como medicamento erróneo consistieron en la transcripción, dispensación o administración de

---

nomie Herausgeber Prof. Dr. Dr. Wilfried von Eiff. BAND 2 Wilfried von Eiff (Hrsg.) Risikomanagement Kosten-/Nutzen-basierte Entscheidungen im Krankenhaus 2., erweiterte Auflage, 2007.

[10] Ya en el año 1999 el Institute of Medicine (IOM) publicó en el informe *To Err is Human* que alrededor de 98.000 estadounidenses pueden morir anualmente debido a errores médicos y un número significativo de estas muertes se puede atribuir a errores de medicación. Asimismo, en su informe de 2006 *Preventing Medication Errors*, el *IOM* estima que los daños causados por errorees de medicación afecta a más de 1,5 millones de personas anualmente. *Cfr.* Institute of Medicine, Preventing Medication Errors, 2007, p. 105 ss.

[11] *Cfr.* Otero / Martín / Robles / Codina, Errores de Medicación. en: *Gamundi* (ed.) Farmacia Hospitalaria. Tomo I. Documentos formativos. Sociedad Española de Farmacia Hospitalaria; 2002. p. 713-747 (713). Asimismo observa el Estudio ENEAS, de 2005, que entre las causas principales de los eventos adversos producidos en los ingresos hospitalarios ocupan el primer lugar (con un 37,4 % de los casos) las relacionadas con los medicamentos; e igualmente en el ámbito de atención primaria (47,8 %). *Cfr.* Aranaz (Dir.), Aibar / Vitaller / Ruiz (Colbrs.) Estudio Nacional sobre los Efectos Adversos ligados a la Hospitalización. ENEAS 2005. Informe. Febrero 2006. Ministerio de Sanidad y Consumo. Plan de Calidad para el Sistema Nacional de Salud. 2006, pp. 3, 33, 98. Y se calcula que en España los ingresos hospitalarios debidos a errores de medicación están entre un 4,7-5,3 %, con un coste medio por estancia de 3.000 euros. *Cfr.* Complejo Hospitalario de Albacete. Área del Medicamento. Servicio de Farmacia. Prevención de errores de medicación. BIM (1) 2006, p. 1.

[12] Bates / Cullen / Laird *et al*., Incidence of adverse drug events and potential adverse drug events. Implications for prevention. ADE Prevention Study Group. Journal of the American Medical Association (JAMA), 1995 Jul 5;274(1):29-34.

[13] Otero / Codina / Tamés / Pérez, Errores de medicación: estandarización de la terminología y clasificación. Farmacia Hospitalaria, Vol. 27. n.º 3, Arán Ed. 2003, p. 137-149.

un medicamento diferente al prescrito, un 16,9 % en la selección de un medicamento no indicado para el diagnóstico que se pretendía tratar y un 8,4 % en duplicidad terapéutica.

En cuanto a los factores de riesgo, de los 423 EM registrados, el primer lugar, con un 56,8 % correspondió a factores humanos. Dentro de ellos, los más frecuentes fueron la falta de conocimiento o información sobre los medicamentos (110; 38,6 %), los lapsus y despistes (70; 24,6 %), los errores de cálculo en la dosis o en la velocidad de infusión (32; 11,2 %) y la sobrecarga de trabajo (21; 7,4 %). En segundo y tercer lugar, si bien prácticamente a la par, se encuentran (con un 15,3 %) los errores debidos a problemas de etiquetado, diseño o envasado de los medicamentos y (con un 15,1 %) los derivados de problemas de interpretación de las prescripciones. Se advierte asimismo en el estudio otro dato importante: que se registraron diversos factores asociados a los sistemas de trabajo que contribuyeron a la aparición de 116 de los errores registrados, concurriendo en 13 de ellos más de un factor contribuyente. La falta de normalización de procedimientos de trabajo (36,4 %) seguido de factores relacionados con el personal (21,7 %) y con sistemas de comunicación o información deficientes (18,6 %) constituyeron los factores más frecuentemente descritos.

Sobre la base de las características propias de los errores de medicación, que pueden aparecer en cualquiera de los momentos de su larguísimo *iter* y en el cual intervienen múltiples sujetos, el objetivo de este trabajo es analizar dicha taxonomía señalando en los diferentes grupos de casos que la integran las causas en que radican los errores y las medidas o estrategias extrapenales para su prevención. Asimismo se pretende analizar si y en qué medida puede resultar operativa la intervención penal sobre la base de los datos facilitados por la taxonomía de los errores de medicación, y cuáles son los obstáculos a dicha intervención tanto en el ámbito de la tipicidad como de la antijuridicidad.

II. Fases del proceso de medicación e incidencia de los errores

1. El error de prescripción *(prescribing error)* consiste en la selección inapropiada de un fármaco, frente al correcto que correspondería sobre la base de las indicaciones, contraindicaciones, alergias conocidas, terapia existente sobre medicamentos, y otros factores. Asimismo en la prescripción de dosificación inapropiada (forma de dosificación, cantidad, concentración o tasa de administración) o en la prescripción de vía de administración inadecuada[14]. Los errores de prescripción pueden consistir también en fallos de comunicación oral o escrita: por ejemplo, escritura ilegible ("letra de médico") o utilización inadecuada de abreviaturas.

[14] Incluyendo también las instrucciones inadecuadas para el uso de la medicación prescrita por el médico o profesional autorizado *Cfr.* Feinberg, en: ASCP. Guidelines on Preventing Medication Errors in Pharmacies and long-term care Facilities through Reporting and Evaluation (American Society of Consultant Pharmacists), 1993, p. 10.

En un estudio realizado por *Leape et al*.[15], cuyo objetivo era identificar y evaluar los fallos del sistema que subyacen a los errores que causan eventos adversos de medicamentos (ADE) y posibles ADE se comprobó que un elevado porcentaje de dichos errores se debió sobre todo a la falta de conocimiento adecuado del medicamento por parte de los médicos y a la insuficiente disponibilidad de información sobre el paciente, y que podía haberse disminuido con un mejor sistema de información y documentación. Por otra parte, señalan *Bates et al*.[16], que su posibilidad de interceptación es mucho mayor cuanto antes se detectan en el proceso.

2. A la prescripción médica sigue la fase de transcripción/validación, en la que de diferentes formas puede incurrirse en errores en la relación con el personal del servicio de farmacia que valida la prescripción, como con el personal de enfermería o directamente con el propio paciente. Por ejemplo, el fallo de no enviar o enviar con retraso la orden a farmacia o el error en la identificación del paciente[17]. Pero al igual que en la fase de prescripción, los EM consisten fundamentalmente en fallos de comunicación, oral o escrita: así, error en el mismo proceso de transcripción, o error en la interpretación de la orden médica.

Aunque muchos de estos errores son triviales y tampoco causan daños de forma inmediata, pueden causarlos, y muy graves, si el *iter* del medicamento sigue adelante. De ahí que existan, como veremos, numerosas recomendaciones expresas —muchas de ellas de carácter internacional— para evitar estas fuentes de peligro en la comunicación.

3. En la fase de preparación/dispensación del medicamento, realizada generalmente en el servicio de farmacia del centro, se procede a la adquisición y almacenamiento de fármacos, a procesar la prescripción, a elaborar y preparar los medicamentos y a la dispensación de los mismos. Esta fase tampoco está exenta de posibles errores, que pueden consistir en la no dispensación de la orden de medicación, por olvido o extravío, entre otras causas, o en su dispensación tardía. Pero los casos más frecuentes en esta fase son los de medicación dispensada incorrectamente, sin que ello se deba (salvo en algún caso) a una interpretación errónea de la orden de tratamiento. Dicha incorrección

[15] *Cfr.* Leape / Bates / Cullen *et al.* Systems analysis of adverse drug events. ADE Prevention Study Group. Journal of the American Medical Association (JAMA), Jul 5; 274 (1), p. 35-43. En este estudio se apreció que el 78 % de los errores médicos se debían a fallos del sistema y que todos ellos podían disminuirse sustancialmente con un mejor sistema de información y documentación. Asimismo, que en el 29 % de los casos el error radicaba en la falta de conocimiento adecuado del medicamento por parte de los médicos

[16] Bates / Cullen / Laird *et al*., Incidence of adverse drug events and potential adverse drug events. Implications for prevention. ADE Prevention Study Group. Journal of the American Medical Association (JAMA), 1995 Jul 5;274(1):29-34, con el llamativo resultado de 48 % en la fase de prescripción (*ordering stage*), frente al 0 % en la fase de administración.

[17] *Cfr.* Complejo Hospitalario de Albacete. Área del Medicamento. Servicio de Farmacia. Prevención de errores de medicación. BIM (1) 2006, p. 1.

puede consistir, por ejemplo, en un etiquetado incorrecto o incompleto del medicamento, lo cual puede generar errores en el cálculo de dosificación. O en cuanto al envasado, en la dispensación de un medicamento diferente, pero de apariencia muy semejante[18]. También en esta fase, debido a la frecuencia y relevancia de los posibles errores ella, existen también expresas y extensas recomendaciones preventivas tanto a nivel internacional, como nacional y dentro de los propios hospitales o centros[19].

4. La fase de administración**,** realizada fundamentalmente por el personal de enfermería, consiste, en síntesis, en aplicar el medicamento correcto al paciente correcto y en la forma y tiempo adecuados. La posibilidad de comisión de errores en esta fase y dónde pueden radicar se deduce claramente de las principales recomendaciones al uso para su prevención[20]. A saber, antes de llevar a cabo el tratamiento farmacológico debe comprobarse fundamentalmente lo siguiente: que el medicamento seleccionado es el correcto; que la dosis es la adecuada; que se aplica al paciente indicado; que la vía de aplicación es la idónea y que dicha medicación se realiza en el momento adecuado, con la documentación correcta. En consecuencia, se puede incurrir en errores en la selección del medicamento, en la aplicación de dosis, en la identificación del paciente, en la vía de administración, en el momento de administración, y en la documentación de la aplicación.

5. La fase de seguimiento o vigilancia consiste, entre otras cosas, en monitorizar y documentar la respuesta del paciente, identificar y notificar los errores de medicación y, en su caso, reevaluar la selección del fármaco, dosis, frecuencia y duración del tratamiento. En esta fase están implicados no sólo los profesionales sanitarios sino también el propio paciente, no siendo infrecuentes los casos de eventos adversos motivados por la propia intervención, inadecuada, del paciente[21].

[18] Valverde / Otero / Moreno, Seguridad de medicamentos. Prevención de errores de medicación, Farmacia Hospitalaria, Vol. 27, n.º 2, Arán Ed., 2003, p. 121-126, donde se recogen asimismo distintas fuentes sobre recomendaciones para la prevención de estos errores.

[19] Entre otras muchas, las numerosas recomendaciones del NCC-MERC sobre errores de embalaje, etiquetado, dispensación y administración (*Packaging, Labeling, Dispensing and Administration Errors*).

Cfr. NCC-MERP, Recommendations / Statements, http://www.nccmerp.org/recommendations-statements

[20] *Cfr.* NCC-MERP, Recommendations / Statements, http://www.nccmerp.org/recommendations-statements

[21] Estas acciones u omisiones inadecuadas del paciente pueden radicar asimismo en la ausencia o insuficiencia de información necesaria facilitada al paciente desde el punto de vista de la seguridad (*Patientenaufklärung/ Sicherungsaufklärung*). Pues la información al paciente tiene una doble finalidad: por una parte, prepararlo para la intervención o el tratamiento y evitar así, preventivamente, que aparezcan eventos adversos y, por otra parte, informarle sobre la forma de actuar en el caso de que posteriormente se presenten, por ejemplo, efectos secundarios como consecuencia del tratamiento con medicamentos. *Cfr.* Hart, Ärztliche Aufklärung bei der Arzneimittelbehandlung – System und neuere Rechtsprechungsentwicklungen insbesondere beim medizinischen Erprobungshandeln, en: Klusen / Fliessgarten / Nebling (Hrsg.) Informiert und selbstbestimmt. Der mündige Bürger als mündiger Patient, Nomos, 2009,

III. Taxonomía de tipos de errores de medicación

Veamos a continuación, a modo de ejemplos y resumidamente, qué tipos de errores de medicación en concreto[22] pueden producirse en las diferentes fases anteriormente expuestas.

1. Los errores de medicación pueden referirse directamente al propio medicamento, que resulta inadecuado (medicamento erróneo) o no autorizado *(unauthorized drug error)*[23] debido a los posibles fallos cometidos en alguna fase del proceso. Los casos más habituales son —como se ha indicado— los de prescripción de medicamento erróneo y los de transcripción, dispensación, o administración de un medicamento diferente al prescrito, como consecuencia —por una parte— de un deficiente análisis o conocimiento del medicamente en lo que se refiere, por ejemplo, a una posible alergia a ese medicamento o similares o en general a su patología y que por ello el medicamento puede resultar contraindicado o no autorizado, o —por otra parte— porque el propio medicamento no es el adecuado para el diagnóstico que se pretende tratar, o tiene interacciones contraindicadas con otros medicamentos que se deben aplicar al paciente, o no es necesario, o supone una duplicidad terapéutica, es decir, la prescripción no beneficiosa de dos o más medicamentos de administración sistémica con el mismo principio activo y/o la misma acción farmacológica en el tratamiento de un mismo paciente.

2. En la cadena del tratamiento farmacológico pueden cometerse errores de medicación consistentes en omisión de medicamento o dosis (*omission error)*. Y dicha omisión

---

p. 297-311; *del mismo*, Patientensicherheit, Fehlermanagement, Arzthaftungsrecht – zugleich ein Beitrag zur rechtlichen Bedeutung von Empfehlungen. Medizinrecht, 2012, p. 13.

[22] Se sigue aquí en parte la taxonomía de la American Society of Health-System Pharmacists (ASHP) Guidelines on Preventing Medication Errors in Hospitals. American Society of Health-System Pharmacists, 2018, pp. 1-67 y la taxonomía del NCC MERP (*Taxonomy of Medication Errors*), publicada en 1998 y ampliamente seguida en todo el mundo. Así, en España por la Fundación Española de Farmacia Hospitalaria y por muchos estudios especializados. Por ejemplo, por el Grupo Ruiz-Jarabo en el año 2000. *Cfr.* Otero *et al. en representación del Grupo de Trabajo Ruiz-Jarabo 2000,* Actualización de la clasificación de errores de medicación del grupo Ruiz-Jarabo 2000, Revista Farmacia Hospitalaria, 2008; vol. 32 (1), p. 38-52 (p. 40). *Cfr.* asimismo, entre otros muchos, Dos Santos / Rotta / Goldim, Medication errors: classification of seriousness, type, and of medications involved in the reports from a University Teaching Hospital. Brazilian Journal of Pharmaceutical Sciences, vol. 49, n. 4, oct./dec., 2013, p. 793-802.

[23] Se entiende por *Unauthorized drug error* en sentido estricto la administración al paciente de medicamentos no autorizados por el prescriptor legítimo para el paciente, si bien, en un sentido más amplio suelen incluirse aquí también los casos en que, por error, se administra a un paciente el medicamento recetado para otro paciente. El error también puede consistir en la administración de un medicamento deteriorado o caducado (*Deteriorated drug error*) y que por tal motivo su integridad física o química de dosificación ha sido alterada y resulta peligrosa. Pero su incidencia es muy pequeña. *Cfr.* Dos Santos / Rotta / Goldim, Medication errors: classification of seriousness, type, and of medications involved in the reports from a University Teaching Hospital. Brazilian Journal of Pharmaceutical Sciences, vol. 49, n. 4, oct./dec., 2013, p. 793-802. (p. 798), en cuyo estudio (N=114) reportó un 0 %.

puede producirse en diferentes fases del proceso: omisión en la prescripción (falta de prescripción de un medicamento necesario), omisión en la transcripción/validación/dispensación y omisión en la administración. Respecto de una prescripción correcta se puede incurrir en el error de no aplicar el medicamento en absoluto o de no administrar una dosis prescrita al paciente antes de la siguiente si la hubiere. Constituyen excepciones la negativa de un paciente a tomar la medicación y la no administración de la dosis debido a contraindicaciones reconocidas. Asimismo pueden producirse, y con cierta frecuencia, errores de dosificación incorrecta (*improper dose error*)[24] consistentes en la administración al paciente de una dosis mayor o menor que la ordenada por el médico, o en la administración de dosis extra o duplicadas, es decir, de una o más unidades de dosificación, además de las ordenadas. Dichos errores son especialmente relevantes en niños y en pacientes de edad avanzada[25].

3. Las actuaciones incorrectas en este contexto también comprenden los denominados errores en la forma de dosificación (*wrong dosage-form error)*[26], es decir, la administración al paciente de un producto farmacéutico en una forma de dosificación diferente a la ordenada por el médico. Los errores en la administración de dosis tienen su origen en algunos casos en errores en el cálculo de contenido de elementos ya en el momento de elaboración del medicamento, y sobre todo por no especificar la formulación de liberación controlada. Para su prevención es esencial que los servicios de farmacia, una vez detectados, lo comuniquen inmediatamente e introduzcan las correcciones oportunas. Y para anticiparse a ese momento se consideran fundamentales los registros informáticos, los códigos de barras de dispensación y administración de medicamentos y en la medida de los posible la incorporación de farmacéuticos en la atención del paciente[27]. Asimismo, se incluye en este contexto el error en la frecuencia

[24] *Cfr.* American Society of Health-System Pharmacists (ASHP) Guidelines on Preventing Medication Errors in Hospitals. American Society of Health-System Pharmacists, 2018, pp. 1-67.

[25] *Cfr.* Zakharov / Tomas / Pelclova, Medication errors—an enduring problem for children and elderly patients, Ups J Med Sci. 2012 Aug; 117(3): 309-317. Published online 2012 Aug. doi: 10.3109/03009734.2012.659771. Según este estudio, referido al periodo 2000-2010, de un total de 44.344 llamadas al Centro de Información Toxicológica relacionadas con productos farmacéuticos, los errores más comunes fueron: dosis inadecuada (60,9 %), medicación incorrecta (19,3 %) o vía de administración errónea (12,9 %). Las enfermeras que administran los medicamentos son responsables del 43.0 %, los médicos que prescriben los medicamentos del 36.8 % y los farmacéuticos que dispensan los medicamentos del el 20.2 % de los errores. De 25 pacientes con intoxicaciones farmacológicas graves, 60.0 % eran niños menores de 5 años tratados con productos farmacéuticos que afectaban el SNC y 28.0 % pacientes mayores de 60 años con aplicación crónica de teofilina, digoxina o litio.

[26] *Cfr.* Lesar, Prescribing Errors Involving Medication Dosage Forms, J Gen Intern Med. 2002 Aug; 17(8): 579-587. doi: 10.1046/j.1525-1497.2002.11056.x.

[27] *Cfr.* Lesar, Prescribing Errors Involving Medication Dosage Forms, J Gen Intern Med. 2002 Aug; 17(8): 579-587. doi: 10.1046/j.1525-1497.2002.11056.x. En su estudio, entre los errores de prescripción clínicamente significativos que implican formas de dosificación de medicamentos, ocupan el

de administración (*wrong time error*) que consiste en administrar el medicamento sin respetar el intervalo temporal predefinido en la programación (generalmente con un margen de una hora, anterior o posterior) o en función de la ingesta de alimentos. Es uno de los más frecuentes que se cometen por el personal de enfermería, a quien compete generalmente la administración de medicamentos[28]. A ello contribuye en alta medida el no mantener el medicamento dentro de su envase, con su prospecto y es especialmente frecuente en residencias de mayores. Un medio eficaz para prevenir estos errores es la aplicación de un sistema automatizado de dispensación de medicamentos.

En estrecha relación con este error se encuentra también el error en la preparación (*wrong drug preparation error*) que consiste en manipularlo incorrectamente antes de su administración. Por ejemplo, su dilución o reconstitución incorrecta, o la mezcla de medicamentos incompatibles. Estos errores tienen especial relevancia en la medicación administrada por vía intravenosa, por ser un proceso complejo que requiere una preparación adecuada del fármaco antes de la administración y porque las consecuencias del error pueden derivar en la muerte del paciente. El seguimiento escrupuloso de las pautas adecuadas, la concienciación de la gravedad del problema, la necesidad de capacitación del personal de enfermería y la cooperación y roles activos de todos los profesionales implicados son la mejor forma de prevenir dichos errores[29].

4. Se considera, en general, error de dispensación (*dispensing error*) el hecho de dispensar un medicamento equivocado. Sus categorías concretas son múltiples: no dispensar el medicamento prescrito por el médico (*omission error*), no dispensarlo a tiempo, dispensarlo para el paciente equivocado (o para la sala incorrecta), con la forma de dosificación incorrecta, con la información incorrecta en la etiqueta, con omisión de advertencias adicionales, etc[30]. Dichos errores de dispensación radican a veces en errores en el envasado y/o almacenamiento, por haber realizado un etiquetado incorrecto o inade-

---

primer lugar, con el 69,7 % de los casos, los errores de dosificación derivados de no especificar la formulación de liberación controlada.

[28] *Cfr.* Van den Bemt / Robertz / Pels, Medication Administration Errors in Nursing Homes Using an Automated Medication Dispensing System. J Am Med Inform Assoc. 2009 Jul-Aug; 16(4): 486-492. doi: 10.1197/jamia.M2959. En su estudio observaron 2.025 administraciones de medicamentos a 127 clientes, en las que apreciaron 428 errores (21,2 %), siendo los dos tipos más frecuentes el uso de técnicas de administración incorrectas (especialmente la falta de supervisión de la ingesta de medicamentos) y los errores de tiempo incorrectos (administrar el medicamento con más de una hora de diferencia, anterior o posterior, a lo correcto).

[29] Ong / Subasyini, Medication errors in intravenous drug preparation and administration. Med J Malaysia. 2013;68(1): 52-57.

[30] Ampliamente, sobre los numerosos tipos de error de dispensación, sobre su incidencia y sobre las propuestas para su prevención, *Cfr.* Cheung / Bouvy / De Smet, Medication errors: the importance of safe dispensing. Br J Clin Pharmacol. 2009 Jun; 67(6): 676-680.

cuado de la medicación o procedido a un almacenamiento inadecuado del producto[31]. Esto es lo que sucede —como veremos más adelante— en los casos Armil y Methergín.

5. Se considera que los errores en la técnica de administración (*wrong administration technique*) es uno de los tipos de error de medicación más graves en el sistema de salud[32] y constituye —como veremos en el caso Vincristina— el problema más importante en la administración intravenosa (IV) de medicamentos[33]. Consisten, en términos generales, en el uso de un procedimiento inapropiado o de una técnica inadecuada en la administración de un fármaco y, en particular, entre otros, en las técnicas incorrectas de inyección subcutánea, o en la administración de vacunas, o la administración por vía errónea (intramuscular IM en lugar de intravenosa IV, intravenosa en lugar de oral), o el error en la velocidad de administración. Salvo en algunos casos, generalmente son realizados por el personal de enfermería[34] que administra medicamentos en la unidad de atención al paciente, aunque también se producen errores en la técnica de administración en otras fases del uso de la medicación e involucran a otros profesionales y lugares de atención médica.

Las causas más comunes radican en el déficit de rendimiento, el incumplimiento de los procedimientos o protocolos y en el déficit de conocimiento. De ahí que entre las medidas más adecuadas para prevenir dichos errores estén las de educar y capacitar al personal de atención médica sobre técnicas de administración adecuadas.

6. Finalmente son posibles asimismo errores en la fase de seguimiento del tratamiento de medicación. Suelen producirse sobre todo por la actuación del facultativo: por ejemplo, por monitorización insuficiente del tratamiento, relativa a la revisión de si el régimen prescrito sigue siendo el más conveniente (falta de revisión clínica, falta de controles analíticos, etc.). Pero dichos errores también pueden venir determinados, y no es infrecuente, por el modo de proceder inadecuado del paciente respecto del cumplimiento del régimen de la medicación prescrita. (*non-compliance*)[35]

[31] Con mayor amplitud sobre dichas causas, *Cfr.* Otero *et al. en representación del Grupo de Trabajo Ruiz-Jarabo 2000,* Actualización de la clasificación de errores de medicación del grupo Ruiz-Jarabo 2000, Revista Farmacia Hospitalaria, 2008; vol. 32 (1), p. 38-52 (p. 50).

[32] Así lo advierten Santell / Cousins, Medication errors involving wrong administration technique, Jt Comm J Qual Patient Saf. 2005 Sep;31(9):528-532.

[33] Así lo aprecian en su estudio Westbrook / Rob / Parry, Errors in the administration of intravenous medications in hospital and the role of correct procedures and nurse experience. BMJ Qual Saf 2011;20:1027-1034 (p. 1031). doi:10.1136/bmjqs-2011-000089.

[34] Walker / Carlton / Holden / Stone, The Intersection of Patient Safety and Nursing Research, en: Fitzpatrick (ed.) Annual Review of Nursing Research: Focus on Patient Safety, Volume 24, 2006, p. 13.

[35] *Cfr.* Barber, Should we consider non-compliance a medical error? Quality & Safety in Health Care, 2002;11:81-84.

IV. La prevención de errores de medicación mediante la intervención penal y otras medidas extrapenales: grupos de casos y conclusiones

La taxonomía expuesta de los errores de medicación ofrece datos esenciales para analizar la necesidad de la intervención penal, así como la posibilidad de que se lleve a cabo, habida cuenta de las dificultades ante las que se encuentra el Derecho penal como consecuencia de los límites que debe respetar, tanto en general como en particular en este marco de los errores de medicación. Y dichos datos son también muy relevantes para reflexionar sobre la eficacia preventiva de la respuesta penal en comparación con otras medidas extrapenales.

Los casos célebres al principio referidos sobre fármacos (para mujeres embarazadas, anticolesterol y contra la esclerosis múltiple) ponen de manifiesto que en determinadas circunstancias es necesario recurrir a la intervención penal para prevenir las consecuencias derivadas de los errores de medicación. Pero dicha necesidad no puede derivarse del frecuentemente sobredimensionado y sesgado tratamiento mediático de los errores médicos, como respuesta de satisfacción al mismo, sino del cumplimiento de los requisitos que la intervención penal requiere. A tal efecto —tanto en general como en este marco de los errores de medicación, pero con peculiaridades propias en éste— es determinante no sólo la concurrencia de los elementos objetivos del tipo (y entre ellos la gravedad de resultado causado: muerte, lesiones, malformaciones, etc.) sino también, en la parte subjetiva, excluido prácticamente siempre el dolo, la infracción del deber objetivo de cuidado; requiriéndose además la inexistencia de causas de justificación, cuya concurrencia es, por otra parte, lo normal en el ejercicio de la práctica médica.

En los casos referidos se cumplen estos requisitos, si bien, como veremos a continuación, también se reflejan en ellos los principales problemas que se plantean en este contexto en la teoría del delito. Lo cual es, por otra parte, común en todos los casos de responsabilidad penal por errores de medicación. Para su referencia posterior, tomemos además como ejemplos, en nuestra jurisprudencia, los que podríamos denominar: caso Armil (almacenamiento y etiquetado incorrectos), caso Vincristina (error de vía de administración), caso Zanosar (error de dosificación), caso Methergín (confusión de paciente, precariedad laboral e inadecuada planificación en RRHH), caso Nolotil y caso Farmapén (no comprobación de alergia, trabajo en equipo y principio de confianza), todos ellos con la fatal consecuencia de la muerte del paciente.

Caso Armil[36]: Se había roto un frasco que contenía un producto muy tóxico, Armil, y como la administración no lo sustituyó, se habilitó para contener dicho producto un frasco vacío de los que contienen suero glucosado, para alimentación de los recién nacidos. Aunque se le dejó la etiqueta original se le pegó encima del lateral un pedazo de esparadrapo sobre el que se escribió la palabra Armil, que con el tiempo se fue borrando

[36] STS 18 octubre 1982. RJ\1982\5647.

por el uso. Esto lo sabían todos los A. T. S. y auxiliares de clínica que allí prestaban sus servicios. Cuando una madre solicitó alimento para su bebé, la procesada preparó, sin apercibirse de ello, un biberón con Armil, que la madre dio al bebé, muriendo éste al día siguiente. Se condenó a la enfermera como autora de un delito de imprudencia temeraria con resultado de muerte a la pena de seis meses y un día de prisión menor.

Caso Vincristina[37]: el médico administró a la paciente por vía intratecal (en la médula ósea) una medicación denominada vincristina, que debía ser inyectada por vía venosa. Como consecuencia de los hechos la enferma sufrió un deterioro neurológico progresivo y falleció. Se condenó al médico como autor de un delito de homicidio por imprudencia grave a un año de cárcel y un año de inhabilitación. Y a la enfermera por una falta de homicidio por imprudencia leve a una multa de 600 euros.

Caso Zanosar[38]: en un tratamiento de quimioterapia se administró al paciente una dosis de Zanosar diez veces superior a la prescrita, causándole la muerte. En los hechos intervinieron, sin respetar los protocolos, la farmacéutica Felicísima y las enfermeras Sagrario, Angustia y Azucena. Se condenó a Felicisima como autora de un delito de imprudencia grave con resultado de muerte a la pena de un año y tres meses de prisión; a Sagrario y a Angustia como autoras de un delito de imprudencia grave con resultado de muerte a la pena de un año de prisión; y a Azucena como autora de una falta de imprudencia leve con resultado de muerte, a la pena de 30 días de multa con una cuota diaria de seis euros.

Caso Methergín[39]: un fármaco, Methergín, que debía aplicarse a la madre, se le aplicó por error al recién nacido, causándole la muerte. El medicamento, que se guardaba en la nevera destinada a cuidados de recién nacidos, fue a buscarlo la enfermera Débora, que era la profesional de menor cualificación y experiencia profesional que asistió al parto y que acababa de ser contratada para una sustitución. Ella misma se lo inyectó al recién nacido[40]. La enfermera fue absuelta en 1.ª Instancia y por la AP.

Caso Nolotil[41]: El paciente fallece por ser alérgico al medicamento que se le inyectó, nolotil, debido a que el médico no prestó atención al informe en el que figuraba la alergia; informe que la hija del enfermo había entregado a un ATS y éste se lo entregó a su vez al especialista. El ATS (que según parece tampoco había leído el informe), inyecta el fármaco al paciente siguiendo las instrucciones del médico. El Juzgado de Instancia

[37] Este caso, acontecido en León en 2006 (Juzgado de lo Penal número 2 de León), constituye uno de los supuestos de errores de medicación de mayor alarma, que ha dado lugar a publicar alertas especiales para su prevención. Así, en España por el Instituto para el Uso Seguro de los Medicamentos (ISMP).

[38] SAP Valencia, sec. 3.ª, 26 julio 2013, 587/2013.

[39] SAP A Coruña (Sección 2.ª), de 30 diciembre 2013, núm. 776/2013 de 30 diciembre. JUR 2014\37270.

[40] *Cfr.* Antequera, Reflexiones sobre la responsabilidad penal en la administración de medicamentos por la enfermera. A propósito de un caso. ENE, Revista de Enfermería. v. 8, n. 1, mayo 2014.

[41] SAP Ourense, de 7 octubre 1998, núm. 132/1998, ARP\1998\3821.

había condenado a ambos: al médico por imprudencia grave y al ATS por imprudencia leve. La AP mantiene la condena al médico como autor de homicidio por imprudencia grave, pero absuelve al ATS.

Caso Farmapén[42]: El médico especialista le dijo al médico interno residente (MIR), con quien pasaba consulta por primera vez, que para aliviar los dolores del enfermo le aplicasen ampicilina o penicilina, pero sin advertir que era alérgico a la estreptomicina, lo cual sabía el especialista, porque conocía al paciente. El MIR, tras recibir tan ambiguas y escuetas instrucciones, sin cuidarse a su vez de pedir las necesarias aclaraciones, incluso la del nombre del fármaco conocido comercialmente, prescribió que se le inyectase Farmapén, por ser antibiótico adecuado a la dolencia y aplicado en ocasiones en el departamento, trasladando la orden por escrito al libro de enfermeras. La que se encontraba de servicio, inyectó el Farmapén al paciente, los que provocó casi inmediatamente su muerte. La SAP condenó al médico especialista y al residente, como autores de una falta de simple imprudencia —del art. 586 del CP anterior a la reforma de 2015— a sendas penas de multa de 18.000 pts. y reprensión privada. Presentado recurso, la STS declara no haber lugar al mismo.

A diferencia de lo que sucede en todos los ejemplos expuestos, la taxonomía de los errores de medicación ha dejado claro, por el contrario, que dichos errores no derivan en un resultado de lesión en la gran mayoría de los casos. Sin embargo, no cabe duda de que entrañan un riesgo que si no se corrige a tiempo puede derivar en graves consecuencias. De ahí que la discusión de la función del Derecho penal en la (desde *Ulrich Beck*[43]) denominada sociedad del riesgo, con el recurso a los delitos de peligro, sea preciso extenderla también —para su detenido análisis, en el que ahora no puedo entrar sin sobrepasar los límites de esta publicación— a este ámbito de los errores de medicación, como sucede ya con determinados delitos relacionados con medicamentos que ponen en peligro (mediante conductas dolosas, art. 361 ss., o imprudentes, art. 367) la salud pública colectiva, diferenciada de la propia e individual de cada sujeto[44]. Al hilo del análisis del problema de la causalidad en el caso Contergan se plantea asimismo *Cancio* si para el tratamiento de estos riesgos por el sistema penal sólo queda el camino de aprehenderlos en la fuente, comenzando así la era de los delitos de peligro abstracto[45].

Ciertamente, entre ambos grupos de casos existe una gran diferencia en cuanto a la justificación del recurso a los tipos de peligro: justificable en los primeros, cuando

[42] STS 15-1-1986, RJ\1986\138

[43] Beck, Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne. Suhrkamp, Frankfurt a. M. 1986.

[44] *Cfr.* Ruiz, La reforma penal de los delitos contra la salud pública como respuesta a las innovaciones científicas y tecnológicas. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2016, núm. 18-19, p. 1-23.

[45] *Cfr.* Cancio, El caso Contergán cuarenta años después. Revista Liberdades, n.º 7, mayo-agosto 2011, p. 63-76 (75).

la intervención anticipada pretende prevenir resultados que, de materializarse, podrían ser catastróficos, pero no tan justificable en los segundos, en los errores de medicación en la práctica médica, a los que aquí nos referimos. Ahora bien, si la intervención del Derecho penal frente a los errores de medicación sólo es posible cuando el daño se ha producido, habrá que reconocer que la respuesta siempre llega demasiado tarde.

El tema de la responsabilidad penal por daños derivados de errores de medicación afecta a problemas dogmáticos básicos de la teoría del delito, en gran parte coincidentes con los que se plantean en la denominada responsabilidad por el producto, pero también diferenciados de ellos en atención a las características propias de la ciencia médica y su práctica[46]: su carácter de ciencia no exacta y la finalidad curativa, entre otras. Dichos problemas afectan a la mayoría de los elementos del tipo y a la antijuridicidad.

Los elementos de la parte objetiva del tipo que plantean mayores dificultades son fundamentalmente la verificación empírica de la relación de causalidad y la apreciación normativa de la imputación objetiva del resultado. Entre otras razones, por la dificultad de reconducir un daño concreto a un medicamento concreto, por las diferentes reacciones que pueden tener los pacientes frente a un mismo medicamento, y por la gran separación espacio-temporal que suele existir entre el factor causante del daño y la entrada del mismo[47].

Pero las limitaciones de la intervención penal también se deben a las dificultades de determinar la autoría y la participación y a las consecuencias que de ello se derivan por tratarse de hechos prácticamente siempre imprudentes. Por una parte, de la dificultad de determinar en muchos casos el grado de intervención en el hecho, especialmente problemática por la habitual concurrencia de múltiples personas en el largo *iter* que recorre el medicamento hasta la causación del daño: no sólo el personal médico o auxiliar que interviene más directamente, sino también, por ejemplo, el personal de farmacia, sin olvidar la extraordinaria frecuencia y relevancia que en estos casos tiene la actuación

[46] En el mismo sentido, MAYER, Strafrechtliche Produktverantwortung bei Arzneimittelschäden: Ein Beitrag zur Abgrenzung der Verantwortungsbereiche im Arzneiwesen aus strafrechtlicher Sicht. Springer-Verlag, 2007, p. 12.

[47] La determinación de la responsabilidad penal por muerte, lesiones, malformaciones, etc., atribuidas a errores de medicación tropieza con dificultades de prueba ya en la propia relación de causalidad entre la ingesta o aplicación del medicamento y los resultados de lesión. Y suele ser uno de los problemas centrales que se plantean en estos casos (así, en los casos Contergan, la colza y Xylamon/Xyladecor). Pues, como he indicado, los diversos productos químicos que integran la composición del producto, la reacción diferenciada de los pacientes que han ingerido el mismo medicamento y la distancia temporal entre la ingestión o aplicación y la aparición de los resultados (en la cual pueden haber aparecido otros factores causales o cocausales) dificultan que haya una certeza absoluta sobre la verificación científico-natural de dicha relación, dando lugar a la discusión de si debe considerarse suficiente a estos efectos una certeza subjetiva.

imprudente del propio paciente[48]. La necesaria individualización de la responsabilidad penal, frente a la posibilidad de prescindir de ello en la responsabilidad patrimonial de la administración, conlleva la difícil tarea de la prueba. Y por otra parte —y en estrecha relación con lo anterior— las limitaciones también derivan de la aplicación del principio de división del trabajo y del principio de confianza.

Si se rechaza el concepto unitario de autor también en los hechos imprudentes (admitiendo la posibilidad de diferenciar también en ellos entre autores y partícipes, lo cual entiendo lo más correcto) y se considera que la participación imprudente es impune, resulta evidente que las consecuencias que ello se derivan para los errores de medicación son de gran magnitud, pues como reiteradamente se ha señalado, es prácticamente inexistente la concurrencia de dolo (aun eventual) en los errores de medicación. Se parte aquí de la base de que es posible —así como adecuado y necesario— distinguir entre autoría y participación en los delitos imprudentes, de acuerdo con la teoría de la determinación objetiva y positiva del hecho[49]. Y asimismo de que, tanto desde la dogmática como desde el punto de vista político criminal, la participación imprudente no es en principio punible[50]; y en cualquier caso no lo es en este marco de los errores de medicación, en los que prácticamente siempre se trata de participaciones imprudentes en hechos de autoría también imprudentes.

Pero esto no deja de ser más que pura teoría para la jurisprudencia, pues en todos estos casos mantiene *de facto* un concepto unitario de autor[51]. Cuando se plantean estas cuestiones, tanto en general como en los ejemplos expuestos (especialmente en los casos Nolotil y Farmapén), los tribunales, utilizando la socorrida expresión de que el procesado o los procesados responden "como autor" o "como autores", eluden el problema, dando a entender la irrelevancia a estos efectos de si dicha expresión significa "como si fueran autores del hecho", o "como autores, que efectivamente lo fueron".

[48] Ampliamente sobre esta cuestión, *Cfr.* KOYUNCU, Das Haftungsdreieck Pharmaunternehmen - Arzt - Patient: Verschulden und Mitverschulden bei der Haftung für Arzneimittelschäden, Springer-Verlag, Berlin, Heidelberg, 2004, p. 17-44.

[49] Esta teoría fue propuesta inicialmente por Luzón y desarrollada posteriormente, aparte de por él mismo, especialmente por Díaz, en múltiples trabajos.

[50] Dichas participaciones imprudentes pueden constituir ilícitos civiles o administrativos *Cfr.* LUZÓN / DÍAZ, Determinación objetiva y positiva del hecho y realización típica como criterios de autoría, en: Derecho Penal Contemporáneo. Revista Internacional, 2, Enero-Marzo 2003, Bogotá, 2003, 89-128 (120)

[51] Coincide así la jurisprudencia con lo que mantiene un sector de la doctrina española. Y con lo que de forma mayoritaria sostiene la doctrina alemana, la cual rechaza el concepto unitario de autor en los delitos dolosos pero, por influjo del finalismo y de su concepción objetivo-subjetiva del dominio del hecho considera que no es posible —o ni adecuado ni necesario— distinguir entre autoría y participación en los delitos imprudentes. En todo caso en los delitos puros de causación o de resultado, pues contempla algunas excepciones para delitos especiales, o de pura actividad o de propia mano. *Cfr.* LUZÓN, La «determinación objetiva del hecho». Observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado, en: Anuario de Derecho penal y Ciencias penales, 1989, 889-913 (890).

Por otra parte, que en la práctica totalidad de los errores médicos no exista dolo tiene asimismo la consecuencia de que la intervención penal sólo sea posible frente a los hechos consumados, resultado impunes, en consecuencia, las fases imperfectas de ejecución (salvo que éstas, como hemos visto, se hubiesen tipificado como delitos de peligro).

La posibilidad de intervención penal para prevenir los errores de medicación también resulta excluida en muchos casos por no concurrir la parte subjetiva del tipo (esto es, la infracción del deber objetivo de cuidado; y asimismo por la apreciación del principio de confianza en el marco de la división del trabajo, como puede verse en los casos Methergín, Nolotil y Farmapén[52]) o por concurrir habitualmente la justificación de la conducta.

Las posibilidades de intervención penal como respuesta a los daños causados por errores de medicación son, en suma, muy limitadas, pero al mismo tiempo es dudosa su idoneidad y eficacia preventivas en comparación con otras medidas o estrategias extrapenales. Por ejemplo, en relación con el caso Armil, es probable que la imposición de la pena de seis meses de prisión haga que la enfermera sea mucho más cuidadosa en el futuro e incluso consiga que nunca más vuelva a cometer un error semejante. Y es posible que eso repercuta positivamente en el resto de las enfermeras. Pero esta respuesta penal no elimina la raíz del problema, que no sólo obedece a un error humano, sino también a un error sistémico, de carácter organizativo, como lo habría eliminado con mayor probabilidad una intervención firme y adecuada anterior. Claramente queda reflejado todo esto en el caso Methergín, en cual hubo de producirse la muerte del recién nacido para que se reaccionara en el sentido expuesto: asignar al servicio una matrona más y reubicar los medicamentos en los lugares adecuados.

En conclusión, los datos que aporta la taxonomía expuesta sobre los errores de medicación ponen claramente de manifiesto que las medidas más adecuadas y eficaces para su prevención no pueden confiarse en la mayoría de los casos a la intervención

[52] La imprudencia médica responde a los mismos principios y requisitos que la imprudencia en general, si bien determinados aspectos son más genuinos o propios del ejercicio de la actividad médica y dentro de ella por tanto la que implica el recurso a la medicación. Así, son factores relevantes para determinar la infracción del deber de cuidado, ya la propia finalidad curativa de la medicación, dirigida al restablecimiento de la salud del paciente o a su mejora, y la propia consideración de la ciencia médica como ciencia no exacta. Pero en este contexto de los errores de medicación, en cuyo proceso intervienen múltiples personas con sus correspondientes cometidos (los fabricantes del medicamento en la industria farmacéutica, el médico que lo prescribe, la persona que lo dispensa en la farmacia, al paciente o, en el propio centro, al médico o al personal auxiliar, la persona que lo administra, el propio paciente, etc., a lo que se añade, también, las autoridades públicas que regulan el tráfico y el análisis de medicamentos), cobra especial relevancia, en el marco de la división del trabajo, el principio de confianza, apreciándose en unos casos y rechazándose en otros por los tribunales. Bien es verdad que cuando se analizan comparativamente dichas decisiones (y no sólo éstas, sino también las referidas a los demás aspectos), lo que se desprende a veces de ello es una cierta inseguridad e incluso incertidumbre sobre el la posible respuesta ante casos semejantes, como demuestran, por otra parte, las resoluciones discrepantes sobre el mismo problema en las diferentes instancias. Y esto repercute negativamente sobre la eficacia preventiva pretendida.

penal, sino que corresponden, como sucede en los errores médicos en general, pero de forma mucho más acentuada en los errores de medicación, a las que se basan en la cultura proactiva de la seguridad o del error (*safety culture; Fehlerkultur*), frente a la cultura reactiva de la culpabilización *(blame and shame cultur; Kultur der Schuldzuweisung).* A los efectos de prevención es mucho más eficaz un enfoque centrado en el sistema que un enfoque centrado en la persona[53]

A dichas medidas me he referido a lo largo del texto en cada uno de los momentos o fases en los que aparecen los errores de medicación, por considerarse las más idóneas o apropiadas para la prevención en esos estadios. A ellas me remito. La mejor forma de prevenir un error es imposibilitar o hacer muy difícil su aparición. Esto no obsta, por supuesto, para reconocer que en determinados casos tenga que intervenir el Derecho penal para la prevención de errores de medicación. Así, como muestra el ejemplo de la Vincristina, cuando se desatienden las detalladas y específicas advertencias de la ficha técnica, las medidas de precaución implementadas por los procedimientos de seguridad, e incluso las alarmas publicadas al respecto a nivel nacional e internacional. Pero aun así queda en el aire la duda de si las penas impuestas, de prisión e inhabilitación (y no tanto por su duración —en este caso, de un año para el médico y una multa para la enfermera— sino por su contenido, y en particular por el de la inhabilitación[54]) son una respuesta idónea para la prevención.

En cualquier caso hay que reconocer lo que advierte el National Coordinating Council for Medication Error Reporting and Prevention / NCC-MERP[55] (Consejo Nacional de Coordinación para la Prevención y Notificación de Errores de Medicación) en su Declaración contra la criminalización de los errores en la atención sanitaria: "Human error involves unintentional behavior that causes or could have caused an undesirable outcome. Criminalization does not prevent human error, nor do safety procedures prevent intentionally harmful or reckless behavior. A transparent, fair, and consistently applied process should be used to investigate health care errors and respond accordingly to the results". (El error humano implica un comportamiento no intencional que causa o podría haber causado un resultado indeseable. La penalización no previene el error humano, ni los procedimientos de seguridad previenen el comportamiento intencionalmente dañino o imprudente. Se debe utilizar un proceso transparente, justo y aplicado de manera uniforme para investigar los errores en la atención médica y responder en consecuencia a los resultados).

[53] *Cfr.*, entre otros, Van Beuzekom / Boer /Akerboom / Hudson, Patient safety: latent risk factors. British Journal of Anaesthesia 105 (1) (2010): 52-99, p. 57 s., *Utler*, Von der Schuldzuweisung zum Risikomanagement. En: Debatin / Goyen / Schmitz (ddts.). Zukunft Krankenhaus - Überleben durch Innovation. ABW Wissenschaftsverlag, 2006, 1-30 (1, 27).

[54] *Cfr.* De Vicente, La pena de inhabilitación profesional: consideraciones desde el punto de vista de los fines de la pena. Cuadernos de Política Criminal, Número 113, II, Época II, mayo 2014, p. 45 ss.

[55] https://www.nccmerp.org/statement-opposing-criminalization-errors-healthcare

11

NEUROTECNOLOGÍAS, DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL*

EDUARDO DEMETRIO CRESPO
Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Castilla-La Mancha

FAUSTINO GARCÍA DE LA TORRE GARCÍA
Profesor ayudante Doctor de Derecho Penal
Universidad de Castilla-La Mancha

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. ASPECTOS EPISTEMOLÓGICOS DEL DERECHO PENAL EN LA ERA DE LAS NEUROTECNOLOGÍAS. II.1. Acción, voluntariedad, responsabilidad. II.2. Subjetividad, responsabilidad subjetiva y sujeto de la acción. II.3. El debate epistémico y técnico jurídico. II.4. La identidad neurológica como núcleo fundamental. II.4.1. *Actos conscientes e identidad del ser humano.* II.4.2. *Intersubjetividad, intención y responsabilidad penal.* III. ASPECTOS AXIOLÓGICOS DEL DERECHO PENAL EN LA ERA DE LAS NEUROTECNOLOGÍAS. III.1. ¿Derechos humanos neuroespecíficos? III.2. Neuroderechos y Derecho Penal. III.3. La defensa del cerebro y de la mente humana frente a las neurotecnologías mediante el Derecho Penal. III.3.1. *El uso de las neurotecnologías para la prevención y represión del delito.* III.3.2. *El uso de las neurotecnologías para la comisión del delito.* IV. CONCLUSIONES. V. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Este breve artículo, dedicado con el testimonio de nuestra mayor consideración y afecto a la memoria del Prof. Romeo Casabona, con quien tuvimos la suerte de colaborar en el marco de diferentes proyectos de investigación, versa sobre una cuestión de enorme actualidad que preocupa a la comunidad científica y que guarda un enorme paralelismo con el círculo de problemas a los que nuestro homenajeado, dada su doble condición de médico y jurista, dedicó gran parte de su trayectoria investigadora[1].

* Esta publicación es parte del proyecto de I+D+i «Neuro-Derechos Humanos y Derecho Penal» (PID2023-149978NB-I00), financiado por MICIU/AEI/10.13039/501100011033 y por FEDER/ UE.

[1] *Vid.*, entre otras referencias a título de ejemplo, ROMEO CASABONA, C. M., *Genética Humana: fundamentos para el estudio de los efectos sociales derivados de los avances en genéitca humana*, Comares, Granada, 1995; *id., Genética y Derecho penal: previsiones en el Código Penal Español de 1995*, Comares, Granada, 2001; *id.* (ed.), *Genética y derecho*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid,

El desarrollo y aplicación de la ingeniería genética en las personas planteó desde el principio numerosas cuestiones relacionadas con la privacidad o la integridad humana. A la postre, las preocupaciones y los principios éticos que los especialistas pusieron de manifiesto en relación con el acceso a la información genética de las personas y las necesidades de protección resultantes condujeron a la declaración de nuevos Derechos Humanos reconocidos en tratados y convenios internacionales, tales como el derecho a no conocer la información genética, que aparece en el Art. 5 de la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos y en el Art. 10 de la Declaración Internacional sobre Datos Genéticos Humanos[2].

Pues bien, al igual que en el caso de la genética humana, el desarrollo de tecnologías aplicadas a las neurociencias, las cuales se denominan «neurotecnologías», también pueden acceder a determinada información sensible sobre el comportamiento humano, por lo que resulta plausible imaginar que los principios éticos que hoy se propugnan en relación con su desarrollo y aplicación en diversos ámbitos de la vida social serán mañana normas jurídicas vinculantes para las autoridades y para los ciudadanos. No obstante, los especialistas advierten que la información que se alberga en el cerebro y en la mente humana aporta muchos más datos para interactuar en tiempo real con la conducta del ser humano que los que puede proporcionar la genética[3]. Desde el punto de vista biológico, los datos neuronales pueden ser incluso más predictivos, porque las predisposiciones genéticas a llevar a cabo una conducta pueden o no manifestarse, pero, cualquier comportamiento observado depende en parte de la actividad, de la estructura y de las funciones cerebrales[4].

2001; *id., El convenio de derechos humanos y la biomedicina: su entrada en vigor en el ordenamiento jurídico español*, Comares, Granada, 2002; *id., Los genes y sus leyes: el derecho ante el genoma humano*, Comares, Granada, 2002; *id., Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, Comares, Granada, 2004; *id.* (coord.), *Principio de precaución, biotecnología y derecho*, Comares, Granada, 2004; *id.* (coord.), *Los nuevos horizontes de la investigación genética*, Fundación BBVA, Madrid, 2011; *id., Más allá de la salud: intervenciones de mejora en humanos*, Comares, Granada, 2012.

[2] *Vid.* Ienca, M. & Andorno R., «Hacia nuevos Derechos Humanos en la era de la Neurociencia y la Neurotecnología», *Análisis* Filosófico, Vol. 41, N.º 1, 2021, pp. 152, 153; Gulyaeva, E. E & Farinella, F., «Human Neuro-Rights», *Rev.Quaesto* Iuris, Vol 15, N.º 1, 2022, p. 297; Muñoz, J. M. & Marinaro J. A., «Neurorights as reconceptualized Human Rights», *Frontiers*, 2023, p. 1; RECHE Tello, N., *Mens Iura Fundamentalia: La Neurotecnologúa ante la Constitución*, Colex, Madrid, 2024, pp. 73, 172, 203.

[3] Ienca, M. & *et al.,* «Towards a Governance Framework for Brain Data», *Neuroethics*, Vol. 15, N.º 20, 2022, p. 4.

[4] Predecir rasgos psicológicos a partir del análisis de datos genéticos es muy difícil porque estos rasgos están determinados por una combinación de genes en interacción con la experiencia personal, el aprendizaje y una serie de características del entorno del sujeto. Por el contrario, la *actividad, estructura y función cerebrales* son el resultado del genoma y la experiencia, están causalmente más cerca de los rasgos psicológicos y el comportamiento, por lo que ofrecen, a su vez, una capacidad de predicción

Este argumento comparativo sirve en esencia para denunciar la infraprotección en la que se encuentran en la actualidad las propiedades del cerebro y de la mente humana frente al desarrollo emergente de neurotecnologías y su aplicación en diversos ámbitos de la vida social. Considerando que las neurotecnologías presentan un potencial mayor de acceso a la información sensible sobre el comportamiento humano que cualquier otra técnica relacionada con la genética, se pone de manifiesto la necesidad de reconocer, por una u otra vía, los denominados neuroderechos humanos que, al igual que sucedió con las libertades relacionadas con la información genética, provocarán cambios notables en el sistema penal.

Los avances de las neurociencias resultan especialmente importantes para el Derecho en general, porque su objeto de estudio se centra en el comportamiento humano que los ordenamientos jurídicos tratan de regular[5]. Estos descubrimientos repercuten en mayor medida en el Derecho penal, cuyas consecuencias jurídicas se imponen y gradúan con base en los aspectos subjetivos de la comisión del delito. El rápido avance de las neurociencias y las conclusiones que se han ido obteniendo en las dos últimas décadas plantea numerosas cuestiones que repercuten notablemente en la configuración de la culpabilidad y en la concepción de la acción penal, cuyo contenido deberá discutirse teniendo en cuenta los descubrimientos neurocientíficos, sin traspasar en ningún caso el marco de reflexiones filosóficas sobre la persona humana.

El desarrollo de tecnologías aplicadas al estudio del cerebro y de la mente humana tampoco puede dejar de tener en cuenta lo anterior. Los avances en este campo abren otra gama de inquietudes relacionadas con los usos maliciosos de las neurotecnologías, que ya están siendo abordadas por los operadores jurídicos. Dicha discusión también afecta al Derecho penal, no solo en lo que se refiere a su modelo de impartición de justicia, sino también, en la forma de comisión del delito. Por su estrecha relación con los Derechos Humanos, las nuevas propuestas de derechos «neuro-específicos» obligan a replantear la suficiencia de las garantías individuales de los ciudadanos ante el uso de las neurotecnologías.

En las siguientes páginas, se exponen algunos presupuestos generales de los desafíos epistemológicos sobre aspectos tales como la acción penal, la culpabilidad, la subjetividad y la identidad, que sobrevuelan toda esa problemática[6]. También se abordan las

---

más precisa. Véase López-Silva, P. & Wajnerman-Paz, A. & Molnar-Gabor, F., «Neurotechnological Applications and the Protection of Mental Privacy: An Assessment of Risks», *Neuroethics,* Vol. 17, N.º 31, 2024, p. 9.

[5] Ienca, M. & Andorno R., «Hacia nuevos Derechos Humanos en la era de la Neurociencia y la Neurotecnología», ob. cit., *passim*.

[6] Véase Demetrio Crespo, E., «Identidad y responsabilidad penal», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid,* N.º 17, 2013, pp. 237-254; Demetrio Crespo, E., *Fragmentos sobre Neurociencias y Derecho Penal.* BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2017.

cuestiones axiológicas básicas que tiene para el Derecho penal la proclamación de los Neuro-Derechos Humanos, como derechos de defensa frente al Estado y como deberes de protección a través del Estado, tales como los peligros que representa el uso de neurotecnologías por los sistemas de justicia penal y, a su vez, con fines delictivos por parte de terceros.

II. Aspectos epistemológicos del derecho penal en la era de las neurotecnologías

II.1. Acción, voluntariedad, responsabilidad

La teoría del delito es el escenario en el que se desenvuelven los cambios técnicos que finalmente pueden repercutir en la aplicación del Derecho penal. Se trata de una valiosa «caja de herramientas» en la que cada pieza debe tener un uso muy preciso y previamente delimitado[7]. La pregunta que ha surgido en los últimos tiempos es si los avances científicos, en nuestro caso los que provienen de la investigación sobre el cerebro, pueden contribuir a perfilar mejor las categorías básicas que la componen. El debate de los últimos años se ha centrado en gran medida en el campo de la culpabilidad[8], pero otros elementos previos, tales como el propio concepto jurídico-penal de acción voluntaria, también se ven directamente afectados, por lo que, en realidad, es preciso referirse al comportamiento humano en su totalidad[9].

Se presenta, en particular, una problemática especialmente difícil con drásticas consecuencias prácticas en cuanto se trata de indagar, como hace Alonso[10], en la delimitación entre incapacidad de acción y de culpabilidad. Resulta clave en este campo la interacción ya en el plano filosófico-conceptual entre los términos acción, conocimiento y voluntad, así como entre motivos, razones y causas; y, en particular, entre motivos y emociones[11], dentro de la multiplicidad de elementos subjetivos que pueden jugar un papel en la determinación de la responsabilidad penal, respecto de los cuales se con-

[7] Demetrio Crespo, E., «El Derecho penal ante el desafío neurotecnológico y algorítmico», en *id., Derecho penal y Comportamiento Humano. Avances desde la Neurociencia y la Inteligencia Artificial* Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 17 y ss.

[8] Detlefsen, G., *Grenzen der Freiheit - Bedingungen des Handelns - Perspecktive des Schuldprinzips*, Duncker & Humblot, Berlin, 2006; Demetrio Crespo, E., *Neurociencias y Derecho penal. Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*, Edisofer-BdeF, Madrid-Buenos Aires, 2013.

[9] Demetrio Crespo, E. (dir.), *Derecho penal y Comportamiento Humano. Avances desde la Neurociencia y la Inteligencia Artificial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

[10] Alonso Alamo, M., «Acción y Derecho Penal: problemas de delimitación entre capacidad de acción y capacidad de culpabilidad», en Demetrio Crespo, E. (dir.), *Derecho penal y Comportamiento Humano. Avances desde la Neurociencia y la Inteligencia Artificial*, ob. cit., pp. 329-347.

[11] Alonso Alamo, M., «Culpabilidad jurídico-penal, motivos y emociones. La existencia enigmática de la libertad de voluntad», *Revista Penal*, N.º 38, 2016, pp. 26 y ss.

juga una base psicológica —en efecto cada vez más accesible— con la consideración normativa que de ellos se hace[12].

En todo caso, no cabe duda de que la acción humana no puede entenderse —como quieren las posturas más «fisicalistas» de la neurociencia— solo de una manera causal, sino que debe interpretarse en la complejidad de su contexto y, como subraya Alonso[13], teniendo en cuenta el contenido de la voluntad[14]. Los desafíos para la teoría de la acción penal van de hecho hoy en día aún más allá debido a la irrupción de la inteligencia artificial, que pone a prueba la capacidad de rendimiento del actual sistema de imputación jurídico-penal. Así, v.g., cabe preguntarse cómo debería reaccionar el sistema penal cuando se trata de resultados desvalorados de notable importancia que no fueron previstos por los programadores y, a su vez, si esta realidad permite hablar de un *responsibility gap*[15].

II.2. **Subjetividad, responsabilidad subjetiva y sujeto de la acción**

Se podría decir que, de algún modo, lo que más nos inquieta de los desarrollos y propuestas que provienen del campo experimental y tecnológico es que lleguen a poner en duda un principio elemental del Derecho penal democrático, cual es el de la responsabilidad subjetiva. Es claro que un modelo punitivo propio del Estado constitucional de Derecho no prohíbe como tal la producción de resultados a menos que estos puedan vincularse subjetivamente a su autor, para lo cual es preciso que este los haya producido —activa u omisivamente— de forma dolosa o bien imprudente.

[12] Sobre este conjunto de factores véase Díez Ripollés, J. L., *Los elementos subjetivos del delito. Bases* metodológicas, Tirant lo Blanch, Valencia, 1990, pp. 323 y ss; Habermas, J., «Freiheit und Determinismus», *Deutsche Zeitschrift für Philosophie*, Vol. 52, N.º 6, 2004, pp. 871-890; Kelker, B., *Zur Legitimität von Gesinnungsmerkmalen im* Strafrecht, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 2007; Hyman, J., *Action, Knowledge & Will.* Oxford University Press, Oxford, 2015; Peralta, J. M., *Motivos reprochables. Una investigación acerca de las motivaciones individuales para el Derecho penal liberal*, Marcial Pons, Madrid, 2012; Patterson, D., «Neuroscience and the Explanation of Human Action», en Donnelly-Lazarow, B., *Neurolaw and Responsibility for Action*, Camdridge University Press, Cambridge, 2019, pp. 11-27.

[13] Alonso Alamo, M., «Acción y Derecho Penal: problemas de delimitación entre capacidad de acción y capacidad de culpabilidad», ob. cit., *passim*.

[14] Merece la pena citar en este punto un lúcido pasaje de Habermass: «Normalerweise sind Handlungen das Ergebnis einer komplexen Verkettung von Intentionen und Überlegungen, die Ziele und alternative Mittel im Lichte von Gelegenheiten, Ressourcen und Hindernissen abwägen» […] «Der Handelnde ist dann frei, wenn er will, was er als Ergebnis seiner Überlegung für richtig hält». Véase Habermas, J., «Freiheit und Determinismus», ob. cit., p. 875.

[15] Hallevy, G., *When Robots Kill. Artificial Intelligence under Criminal Law*, Northeastern University Press, Boston, 2013; Busato, P. C., «De máquinas y seres vivos: ¿Quién actúa en los resultados delictivos derivados de decisiones cibernéticas?», en Demetrio Crespo, E. (dir.), *Derecho penal y Comportamiento Humano. Avances desde la Neurociencia y la Inteligencia Artificial*, ob. cit., pp. 349-376.

La enorme brecha de pena prevista en los códigos penales entre los comportamientos delictivos dolosos o imprudentes marca ya una diferencia decisiva que debe delimitarse atendiendo a la implicación del sujeto de la acción en su conducta y que no puede obviarse en ningún caso. Sin embargo, la dogmática jurídico-penal tradicional se ve en cierto modo indefensa cuando se trata de precisar los criterios que permiten dar el salto de un campo al otro y por ello resulta relevante saber si la neurociencia cognitiva puede servir, también aquí, de apoyo en alguna medida.

Pues bien, de acuerdo con las acertadas reflexiones de Pérez Manzano[16], dado que con carácter general el penalista no puede desconocer los avances científicos, tampoco habrá de hacerlo respecto de aquellas ramas del conocimiento que tienen por objeto el estudio de los estados mentales y procesos cognitivos cuando se trata de configurar un concepto tan fundamental para determinar la responsabilidad penal como el dolo. Esto último implica, claro está, un posicionamiento previo, que compartimos, sobre la naturaleza dual de este, que en ningún caso puede interpretarse como un constructo puramente normativo, sino que, como todos los demás conceptos de la teoría del delito, tiene que estar referido a una realidad de carácter fáctico susceptible de ser probada en un proceso penal[17].

II.3. **El debate epistémico y técnico jurídico**

La acción penal se contempla, a su vez, desde una perspectiva prospectiva en la medida en que analiza el valor epistémico de los pronósticos tras la irrupción de herramientas algorítimicas en la Justicia penal, lo que adquiere una dimensión de carácter epistemológico desconocida hasta la fecha. En efecto, son muchos los juicios de inferencia íntimamente relacionados con la búsqueda de relaciones causa-efecto que los operadores jurídicos están obligados a hacer sin que vengan obligados a seguir ningún método científico previamente determinado para ello. En los próximos años se tendrá que dirimir la trepidante cuestión que plantean Miró & Castro de si el sistema penal podrá apoyarse, por ejemplo, en estrategias de supercomputación basadas en el *machine learning* para la adopción de decisiones[18]. Como ellos señalan, con acierto, la dogmática tradicional no podrá limitarse a mostrar las limitaciones de las técnicas

[16] Véase Pérez Manzano, M., «Reflexiones sobre el concepto de dolo a la luz de los desarrollos de la neurociencia cognitiva», en Demetrio Crespo, E. (dir.), *Derecho penal y Comportamiento Humano. Avances desde la Neurociencia y la Inteligencia Artificial*, ob. cit., pp. 105-135.

[17] Paredes Castañón, J. M., «Dolo y psicología de sentido común», en De Vicente Remesal, J., *Libro Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario*. Reus, Madrid, 2020, pp. 875-885; Pérez Manzano, M., «Algunos datos empíricos sobre la atribución de estados mentales», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Vol. 15, N.º 23, 2021, pp. 1-22.

[18] Miró Llinares, F. & Castro Toledo, F. J., «¿Correlación no implica causalidad? El valor de las predicciones algorítmicas en el sistema penal a propósito del debate epistemológico sobre el "fin de la

existentes, sino que tiene ante sí la difícil labor de tratar de proporcionar información fiable a quienes deben decidir en casos concretos, de modo que tal que se respeten al máximo posible las garantías.

Es claro que, como venimos apuntando, los desafíos que los nuevos avances neurotecnológicos y algorítmicos implican para el sistema penal van a obligar a toda una serie de reflexiones profundas acerca de su progresiva incorporación, sin perder de vista en ningún caso el horizonte de los Derechos Fundamentales que se pueden ver afectados. Uno de los ámbitos más prometedores y, al mismo tiempo, problemáticos, es el del *Predictive Sentencing*[19], en el que se si bien se abren, sin duda, nuevas perspectivas que pueden llegar a resultar útiles en la toma de decisiones judiciales, por el momento resultan muy inseguros tanto el alcance como la fiabilidad de los mecanismos potencialmente aplicables respecto a los métodos tradicionales[20]. A su vez, no faltan voces que alertan sobre los peligros que encierra el modelo de los algoritmos de machine learning para la justicia penal, debido a que por falta de transparencia y reproducibilidad, entre otros motivos, no tienen capacidad explicativa de los resultados que se alcanzan, por lo que podrían convertirse en verdaderas «cajas negras»[21].

Desde el punto de vista procesal se trata de saber si la incorporación de la inteligencia artificial puede contribuir a conseguir que el sistema penal funcione de un modo menos arbitrario a como lo hace en la actualidad[22], al tiempo que advierte de que el experimento más interesante no consiste, en realidad, en preguntarse si es posible hacer justicia como siempre pero mejor, sino en tratar de hacerlo de un modo completamente distinto a todo lo que conocemos, se esfuerza en resaltar que, sea como fuere, las metas a perseguir sí deben seguir siendo idénticas. Estas no son otras que las del Estado constitucional de Derecho en orden a procurar un respeto irrestricto de los derechos humanos y las libertades fundamentales.

---

teoría"», en Demetrio Crespo, E., *Derecho penal y Comportamiento Humano. Avances desde la Neurociencia y la Inteligencia Artificial*, ob. cit., *passim*.

[19] Véase Keijser, J. W., Roberts, Julian, V & Jesper, R., *Predective Sentencing. Normative and Empirical Perspectives*, Hart Publishing, Oxford, 2019; Ryberg, J., «Risk-Based Sentencing and Predictive Accuracy, *Ethical Theory and Moral Pratice*, Vol. 23, 2020, pp. 251-263.

[20] Martínez Garay, L., «¿Ciencia o alquimia? Algoritmos y transparencia en la valoración del riesgo de reincidencia», en Demetrio Crespo, E. (dir.), *Derecho penal y Comportamiento Humano. Avances desde la Neurociencia y la Inteligencia Artificial*, ob. cit., pp. 238 y ss; Grosse-Wilde, T., «Predictive Sentencing - Just a Hype or a Revolution?», en Demetrio Crespo, E. (dir.), *Derecho penal y Comportamiento Humano. Avances desde la Neurociencia y la Inteligencia Artificial*, ob. cit., pp. 449-472.

[21] Martínez Garay, L., «¿Ciencia o alquimia? Algoritmos y transparencia en la valoración del riesgo de reincidencia», ob. cit., *passim*.

[22] Véase Nieva Fenoll, J., *Inteligencia artificial y proceso judicial*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2018; Pastor, D., «¿Sueña el sistema penal con jueces electrónicos?», en Demetrio Crespo, E. (dir.), *Derecho penal y Comportamiento Humano. Avances desde la Neurociencia y la Inteligencia Artificial*, ob. cit., *passim*.

II.4. **La identidad neurológica como núcleo fundamental**

II.4.1. ***Actos conscientes e identidad del ser humano***

Queda, no obstante, por saber si todo este problema afecta a la identidad del propio ser humano y en qué medida la Neurociencia la cuestiona o pone en peligro[23]. Que la cuestione no es lo mismo, ni tiene el mismo alcance, a que la ponga en peligro. Desde el primer punto de vista la discusión se corresponde en líneas generales con la naturaleza de los actos conscientes y la identidad del ser humano en tanto que ser individual, pero también social. Otro aspecto muy distinto es que la ponga en peligro. Si las posibilidades de intervenir en el cerebro a través de las diferentes técnicas disponibles (desde la «neuroimagen» hasta la «neurocirugía», pasando por los neurofármacos y otras, como se discute en el ámbito del llamado *Neuroenhancement*[24]) permiten «manipular» la identidad neurológica, el problema se transforma en cómo proteger aquello que nos hace únicos en virtud de nuestra personalidad.

El cuestionamiento de la propia identidad del sujeto entendida desde el punto de vista de la conformación de su personalidad o individualidad como ser humano vendría por la vía de asumir un neurodeterminismo puramente fisicalista en el que los deseos, motivos e intenciones de la persona, aquello que según la psicología popular se sitúa en la base de las decisiones conscientes, no tienen eficacia causal, sino que las decisiones están, por así decirlo, pre-programadas en el sistema límbico[25]. Corresponde pues poner en tela de juicio si esta imagen del hombre se corresponde realmente con la configuración o diseño biológico del cerebro, lo que con los solos conocimientos de un jurista es imposible. Sin embargo, sí resulta pertinente, e incluso necesario, debatir si los datos que tenemos hasta la fecha permitirían afirmar que no se puede hablar de decisiones

[23] Demetrio Crespo, E., «Identidad y responsabilidad penal», ob. cit., pp. 237 y ss.

[24] *Reinhard Merkel* ha tratado con detalle ante qué tipo de escenario nos hallaríamos en el marco del llamado *Neuroenhancement* o intervenciones en el cerebro con la finalidad de mejorar la condición mental del ser humano. Las técnicas posibles van desde el uso de neurofármacos para mejorar las facultades cognitivas, emocionales y motivacionales del cerebro, pasando por la estimulación magnética transcraneal, la manipulación de la memoria, la optogenética o fotoestimulación para lograr el control cerebral, y otras, que por un lado abren expectativas de tratamiento de enfermedades, pero también de control del comportamiento humano de forma externa y manipulación de su «identidad neurológica» que presentan evidentes problemas jurídicos. Véase Merkel, R., «Neuartige Eingriffe ins Gehirn. Verbesserung der mentalen condicio humana und strafrechtliche Grenzen», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft,* Vol. 121, N.º 4, 2009, pp. 919 y ss.

[25] «The criminal law's criteria for responsibility and excuse rest on acts and mental states. In contrast, the criteria of neuroscience are mechanistic: neural structure and function»; «If humans are not intentional creatures who act for reasons and whose mental states play a causal role in their behavior, then the functional facts for responsibility ascriptions are mistaken». Véase Morse, S., «Neuroscience and the Future of Personhood and Responsibility», en Rosen, J & Wittes, B. *(*eds.), *Constitution 3.0: Freedom and Technological Change,* Brookings Instituion Press, 2011, pp. 118 y 120.

conscientes o intencionales. La respuesta en este punto, como explica con profusión de argumentos Mercedes Pérez Manzano, es claramente negativa[26].

Por lo que toca a aquello que identifica —esto es, que confiere una identidad en principio única— a cada ser humano, podríamos decir que no existe por el momento una explicación neurobiológica convincente acerca de cómo surge lo que podríamos llamar el sentimiento del «yo» o la sensación de «mismidad»[27]. Particularmente claro en este terreno es el neuropsicólogo Wolgang Prinz, que considera que se pueden analizar las prestaciones del cerebro desde tres perspectivas: el comportamiento, la representación y la subjetividad. Mientras que en los dos primeros aspectos ya se sabe bastante, aunque todavía se esté lejos de entender los principios básicos, la ciencia se siente desvalida en el último campo mencionado. Esto se debe a que no puede explicar cómo funcionan los procesos cerebrales que producen la conciencia. En opinión del mencionado autor, la naturaleza de la subjetividad y la conciencia no puede llegar a explicarse y entenderse sólo con el «arsenal» de la investigación sobre el cerebro, sino que se precisa una teoría marco completa que comprenda y tenga en cuenta no sólo los fundamentos biológicos o naturales, sino también los sociales y culturales sobre los que ambas se asientan[28].

[26] En efecto, ni desde el punto de vista del autoentendimiento social e intersubjetivamente aceptado mediante nuestros habituales «juegos del lenguaje», como tampoco desde la perspectiva neurocientífica, es posible afirmar algo así, lo que equivaldría a decir que el área de la consciencia, situada en la corteza cerebral, no juega ningún papel en la toma de decisiones. Véase Pérez Manzano, M., «El tiempo de la consciencia y la libertad de decisión: bases para una reflexión sobre Neurociencia y responsabilidad penal», en Demetrio Crespo, E. (dir.), *Neurociencias y Derecho penal. Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad,* Edisofer-BdeF, Buenos Aires-Madrid, 2013, pp. 120 y ss.

[27] En el ya famoso manifiesto suscrito por once relevantes neurocientíficos alemanes publicado en el año 2004 en *Gehirn & Geist*, éstos declaraban que, sin duda, se sabe ahora mucho más que hace diez años, pero que todavía existe una gran «laguna», por ejemplo, en el nivel intermedio de conocimiento relativo a lo que acontece en los sistemas neuronales o asociaciones de cientos o miles de neuronas, a diferencia de lo que ocurre en el nivel superior de estudio de las grandes áreas cerebrales y en el inferior concerniente al funcionamiento de concretas células nerviosas y moléculas. Declaraban además que resulta completamente desconocido qué sucede cuando cientos o miles de células nerviosas «hablan» (se relacionan) entre sí, y que todavía no estamos en condiciones de saber con los medios actuales bajo qué reglas trabaja el cerebro, cómo se representa el mundo, cómo experimenta las ocupaciones interiores como «su» actividad y cómo planea las acciones futuras Véase AAVV, Das Manifest, *Gehirn & Geist*, Vol. 6, 2004, pp. 31 y ss. Pero, aún hay más, parece que la individualidad y plasticidad del cerebro humano, cuya complejidad escapa a cualquier estandarización, haría imposible una exacta predicción del comportamiento de una persona en particular Véase Rösler, F., «Es gibt Grenzen der Erkenntnis auch für die Hirnforschung», *Gehirn & Geist*, Vol. 6, 2004, p. 32. Aun cuando se concediera que el cerebro funciona de manera determinista resultaría imposible hoy por hoy describirlo y entenderlo en toda su complejidad.

[28] Prinz, W., «Was wissen und können Hirnsforscher in zenhn Jahren?», Das Manifest. *Gehirn & Geist*, Vol. 6, 2004, pp. 35.

II.4.2. *Intersubjetividad, intención y responsabilidad penal*

Justamente los elementos de carácter intersubjetivo juegan un papel importante cuyo verdadero alcance no queda explicado con los experimentos de Libet[29] (Demetrio Crespo, 2011). En opinión de Pérez Manzano[30] las objeciones de mayor relevancia frente a estos últimos se refieren justamente a la extrapolación de los resultados obtenidos como consecuencia de la observación de acciones muy simples, a ámbitos de la actuación humana mucho más complejos, y más concretamente, a su escasa utilidad para la explicación de la actuación humana en contextos normativos.

A este respecto señala Habermas[31] que el lenguaje objetivador de la Neurobiología exige al cerebro el rol gramatical que hasta ahora había jugado el «yo», pero sin encontrar correspondencia alguna en el lenguaje de la psicología cotidiana. Ante esto el conocido filósofo se hace la siguiente pregunta: ¿es la concepción determinista en realidad una tesis fundamentada por el método científico natural, o sólo forma parte de una visión del mundo naturalista que obedece a una interpretación especulativa de los conocimientos científicos? Mientras que Kant habría tratado de reconciliar la causalidad que proviene de la libertad con la causalidad natural al precio de un dualismo entre los mundos de lo inteligible y de los fenómenos, los programas de investigación reduccionistas sólo podrían eludir la dificultad de un dualismo de perspectivas explicativas y juegos del lenguaje al precio del epifenomenalismo. Esto obedece justamente a una razón fundamental que consiste en que «normalmente las acciones son el resultado de una compleja concatenación de intenciones y pensamientos, que ponderan los fines y medios alternativos a la luz de oportunidades, recursos y obstáculos»[32].

Una pregunta si se quiere menos abstracta y con una clara repercusión jurídica es en qué medida los avances en Neurociencia pueden ser tenidos en cuenta en el Derecho y, lo que es más importante, ¿hasta dónde pueden llegar? En este sentido, Winfried Hassemer ya puso de manifiesto hace tiempo con meridiana claridad que no todo lo que podríamos nos está permitido, lo que constituye piedra angular de la regulación de los límites del conocimiento en el proceso penal. Por esta vía el autor trata de argumentar que efectivamente la búsqueda de la verdad en el proceso penal acontece bajo condiciones estables y bien fundamentadas que necesariamente impiden que las cosas sean esclarecidas de un modo tan minucioso, completo y apegado a la realidad como están acostumbradas las ciencias naturales. La principal prueba de ello son los numerosos

[29] Véase Demetrio Crespo, E., «Libertad de voluntad, investigación sobre el cerebro y responsabilidad penal», *InDret,,* N.º 2, 2011, pp. 1-3.

[30] Véase Pérez Manzano, M., «El tiempo de la consciencia y la libertad de decisión: bases para una reflexión sobre Neurociencia y responsabilidad penal», *ob. cit*. pp. 123 y ss.

[31] Véase Habermas, J., «Freiheit und Determinismus», ob. cit., p. 872.

[32] Habermas, J., «Freiheit und Determinismus», ob. cit., p. 873.

derechos de la defensa establecidos por el propio proceso penal tales como el derecho a no declararse culpable o a guardar silencio, basados en tres pilares cuales son los legítimos intereses de las personas afectadas por la instrucción, el interés general en la existencia de determinadas profesiones e instituciones, y el principio del justo proceso[33].

III. Aspectos axiológicos del derecho penal en la era de las neurotecnologías

III.1. ¿Derechos humanos neuroespecíficos?

Pues bien, tras años de escepticismo, se están comenzando a tomar los Neuroderechos «en serio». El impulso de varios grupos de especialistas de carácter interdisciplinar, que han venido manifestando la necesidad de garantizar por ley las propiedades del cerebro y de la mente humana, ha sido decisivo para que diversas organizaciones internacionales, regionales y nacionales comiencen a enfrentar el avance emergente de las neurotecnologías en diversos ámbitos de las relaciones sociales. Fruto de las reflexiones éticas que ha suscitado el desarrollo y aplicación de las neurotecnologías, se avecina una nueva generación de Derechos Humanos para hacer frente a los problemas únicos y sin precedentes que plantea el acceso a la actividad cerebral de las personas. Aunque los denominados «neuroderechos» son, por el momento, una serie de directivas que carecen de carácter vinculante para los Estados y los agentes privados no cabe duda de que sus lineamientos inspirarán los valores en los que se desarrollarán los marcos legislativos de las próximas normativas[34].

En las dos últimas décadas se han producido los mayores avances de la historia en las investigaciones sobre el cerebro humano, por el desarrollo de una serie de tecnologías que son capaces de acceder, registrar e influir en los procesos neuronales[35]. El perfeccionamiento de estas técnicas con métodos de inteligencia artificial servirá en la medicina para tratar efectivamente dolencias comunes como las migrañas, o enfermedades más complejas como el párkinson, atajar con mayor rapidez y solvencia accidentes cerebrovasculares, e incluso, hacer frente al cáncer cerebral. Por otro lado, los usuarios de prótesis podrán controlar remotamente estos dispositivos, y el público en general irá

[33] Hassemer, W., «Grenzen des Wissens im Sfrafprozess», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschafts,* Vol. 121, 2009, pp. 829-859; Demetrio Crespo, E., «Libertad de voluntad, investigación sobre el cerebro y responsabilidad penal», ob. cit., pp. 829-859.

[34] Véase Yuste, R., «Advocating for neurodata privacy and neurotechnology regulation», *Nature Protocols,* Vol. 18, p. 2871; Reché Tello, N., *Mens Iura Fundamentalia: La Neurotecnologúa ante la Constitución*, Colex, Madrid, 2024, pp. 71 y ss.

[35] Véase Wajnerman, A. & López-Silva, P., «Mental Privacy and Neuroprotection. A Open Debate», en López Silva, P. (ed.), *Protecting the Mind. Challenges in Law, Neuroprotection, and Neurorights*, Springer, Suiza, 2022, pp. 141-156.

sustituyendo los aparatos de control por interfaces cerebro-ordenador para experimentar más libertad e independencia que nunca[36].

No obstante, los especialistas advierten que las neurotecnologías son una herramienta «neutra»[37], que también puede utilizarse para causar daños que solo cabe imaginar en la literatura de ciencia ficción[38]. Numerosos estudios demuestran que el potencial de estas técnicas podría convertir en realidad prácticas de lavado de cerebro y control mental, utilizarse para interrogatorios o para la discriminación, manipular la mente de las personas para provocar emociones, guiar preferencias, o manipular la memoria y la voluntad, entre otros fenómenos cognitivo-emocionales. La posibilidad de acceder, registrar e influir en el cerebro y en la mente humana obliga a los legisladores a determinar los márgenes en que ello resulta legítimo para tratar de mitigar las consecuencias indeseadas de las neurotecnologías y prevenir los usos malintencionados de estas técnicas. Según las conclusiones que se han alcanzado en diversos foros de carácter interdisciplinar, en los que se han discutido las cuestiones éticas relacionadas con el desarrollo y aplicación de las neurotecnologías, resulta necesario y urgente establecer una protección jurídica para la privacidad, la integridad y la autodeterminación mental ante los nuevos desafíos del mundo neurotecnológico[39].

Los denominados «Neuroderechos» son un «grito de guerra» que ha surgido en la última década a favor de proteger jurídicamente el dominio del cerebro y de la mente humana frente a los peligros que supone para su disfrute el desarrollo y aplicación de las neurotecnologías[40]. Los defensores de los neuroderechos tienen como primer objetivo actualizar los catálogos de los Derechos Humanos para incluir las prestaciones y propiedades del cerebro y de la mente humana, y entrar en el futuro con una protección sólida de la naturaleza humana[41]. Dentro de este posicionamiento pueden identificarse

[36] Muñoz, J. M., Bernácer, J. & Güell, F., «A Conceptual Framework to Safeguard the Neuroright to Personal Autonomy», *Neuroethics,* Vol. 16, N.º 18, 2023, pp. 1-13.

[37] Yuste, R., «Las nuevas Neurotecnologías y su impacto en la Ciencia, Medicina y Sociedad», *Fundación Ramón Areces,* 2019, p. 48.

[38] Llamas, N. E. & Marinaro, J. Á., «Neuroderecho: Adaptabilidad de la normativa de Derechos Humanos con relación a las nuevas Neurotecnologías y propuestas para su ampliación», *SCIO. Revista de Filosofía,* N.º 21, 2021, pp. 91.

[39] Véase, entre otros, Bublitz, J. C. & Reinhard, M., «Crimes Against Minds: On Mental Manipulations», *Crim Law and Philos,* N.º 8, 2014, pp. *passim*; Ienca, M. & Andorno, R., «Hacia nuevos Derechos Humanos en la era de la Neurociencia y la Neurotecnología», ob. cit., *passim*; Ienca, M., «On Neurorights», *Frontiers,* N.º 24, 2021, *passim*.

[40] Ienca, M., «Neuroderechos: ¿por qué debemos actuar antes de que sea demasiado tarde?», *Anuario internacional CIDOB,* N.º 1, 2012, pp. 42-43; Yuste, R., Genser, J. & Herrmann, S., «It's Time for Neuro-Rights: New Human Rights for the Age of Neurotechnology», *Horizons: Journal of International Relations and Sustainable Development,* N.º 18, 2021, pp. 154-165.

[41] Véase Herz, N., «Neurorights. Do we need new Human Rights? A reconsideration of the Right of Thought, *Neuroethics,* Vol. 16, 2023, pp. 1-15; BROWN, C. M. L., «Neurorights, Mental Privacy and Mind Reading», *Neuroethics,* Volumen 34, 2024, pp. 1-19.

dos posturas: una visión más «innovadora» o «positiva», que mantiene la necesidad de crear derechos de nueva planta; y otra más «conservadora» o «negativa», que afirma la posibilidad de que los derechos ya existentes puedan dar cobertura a las necesidades de protección del cerebro y la mente humana[42].

Los neuroderechos se han venido considerando hasta el momento principios éticos, sociales o naturales incapaces de obligar a los Estados y a los terceros agentes no estatales a su observación y respeto (Ienca M., 2021)[43]. No obstante, las preocupaciones sobre los desafíos éticos que plantea el uso de las neurotecnologías ha crecido a medida que lo han hecho los avances en el desarrollo de estas técnicas, lo que ha propiciado la aparición de una serie de regulaciones desde diferentes niveles del ordenamiento jurídico y con diversos grados de exigibilidad, que conforma, en su conjunto, los valores, principios y directivas de actuación que guiarán el desarrollo del denominado «neuroderecho» en las normativas nacionales, incluido el Derecho penal.

III.2. **Neuroderechos y derecho penal**

Los sistemas punitivos de los Estados nacionales no permanecerán impasibles ante el reconocimiento, por una u otra vía, de los neuroderechos, pues la relación entre los Derechos Humanos y el Derecho penal es especialmente estrecha. El sistema penal ha servido históricamente para negar a los individuos el disfrute pleno de las libertades, de ahí que los Derechos Humanos se concibieran como obligaciones negativas de los Estados, de no hacer o de abstenerse. Pero los particulares, o terceros agentes no estatales, también han venido negado a sus semejantes los Derechos Humanos, que también se conciben como obligaciones positivas de los Estados, de hacer o de no abstenerse. Los Neuro-Derechos Humanos repercutirán de manera significativa en los fundamentos y los límites del Derecho penal.

No cabe duda de que los Estados nacionales representan la principal amenaza para el disfrute de los neuroderechos, porque las autoridades nacionales cuentan con el monopolio de la fuerza legítima, sin perjuicio de que cada recurso coercitivo requiera una justificación. El hecho de que las principales potencias mundiales estén desarrollando grandes proyectos en relación con el estudio del cerebro humano —tales como la iniciativa «Brain» en los Estados Unidos; el proyecto «Human Brain» en la Unión Europea; el proyecto China Brain en China; el proyecto «Japan Brain» en Japón; la

[42] Véase Kellmeyer, P., «A Human Rights–Based Approach for Governing Neurotechnologies», en Voeneky, S & *et al.* (eds.), *The Cambridge Handbook of Responsible Artificial Intelligence. Interdisciplinary* Perspectives, Cambridge University Press, Cambridge, 2022, p. 421; Ligthart, S. & *et al.* «Minding Rights: Mapping Ethical and Legal Foundations of 'Neurorights'», *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics,* Vol. 32, N.º 4, 2023, pp. 464-454; Brown, C. M. L., «Neurorights, Mental Privacy and Mind Reading», ob. cit., p. 3.

[43] Ienca, M., «On Neurorights», ob. cit., *passim*.

iniciativa «Korean Brain» en Corea del Sur; la estrategia «Brain Research» en Canadá; y la alianza «Australian Brain» en Australia—, cuyas conclusiones podrían transformar por completo la aplicación de la justicia penal tal y como la conocemos, debe poner en alerta acerca del contenido actual de los denominados «derechos de defensa» (Abwehrrechten), que protegen el cerebro y la mente humana frente al Derecho penal.

Pero en los últimos cincuenta años le han surgido poderosos competidores al Leviatán en la amenaza en las libertades —organizaciones terroristas o criminales, empresas multinacionales u otros terceros agentes no estatales— que también cuentan con la capacidad de lesionar gravemente o poner en peligro los bienes jurídicos relacionados con los neuroderechos. Como grandes empresas multinacionales —tales como Neuralink o Meta— se encuentren desarrollando neurotecnologías para el público en general en aspectos de la vida cotidiana, que pueden crear enormes brechas para la seguridad de las personas, los defensores de los neuroderechos proclaman que los bienes jurídicos relacionados con el cerebro y con la mente humana también deben protegerse ante las agresiones de agentes no estatales. Como principales guardianes de la seguridad y garantes de la paz, los Estados nacionales no pueden permanecer pasivos ante los usos malintencionados de las neurotecnologías por parte de los individuos, por lo que también resulta oportuno atender los posibles «deberes estatales de protección» (*grundrechtliche Schutzpflichten*) que contienen sus propuestas, que reconducen a la protección del cerebro y la mente humana a través del Derecho penal.

III.3. **La defensa del cerebro y de la mente humana frente a las neurotecnologías mediante el derecho penal**

III.3.1. ***El uso de las neurotecnologías para la prevención y represión del delito***

Uno de los ámbitos sociales en los que se estima que las neurotecnologías provocarán una auténtica revolución es la justicia penal, en todas y cada una de sus fases. Con carácter preventivo, se viene planteando desde hace años la posibilidad de desarrollar técnicas dirigidas a la prevención del delito a partir de estudios relacionados con el cerebro y con la mente humana, capaces de discernir las personas que pueden cometer un crimen o resultar reincidentes. En la fase procedimental, las neurotecnologías presentan un alto potencial para utilizarse como detectores de mentiras, diagnosticar anomalías cerebrales, predecir la peligrosidad futura, determinar la culpabilidad o las sanciones o, en general, evaluar la responsabilidad penal. Por último, en la fase reactiva, estas técnicas pueden usarse para decidir sobre los tratamientos carcelarios más adecuados para una persona determinada[44].

[44] Llamas, N. E. & Marinaro, J. Á., «Neuroderecho: Adaptabilidad de la normativa de Derechos Humanos con relación a las nuevas Neurotecnologías y propuestas para su ampliación», ob. cit., pp. 101 y ss.

A diferencia del empleo de neurotecnologías en otros ámbitos de la vida social, tales como la medicina, el ocio o el deporte, el recurso a estas técnicas en la justicia penal puede llegar a plantearse de un modo coercitivo, lo que pone en peligro grave los derechos de defensa de los acusados y resulta inaceptable en un Estado democrático de Derecho constitucional[45]. La lectura del cerebro en justicia penal puede ser coactiva, como cuando se utiliza la coerción física, como la inmovilización mecánica o química. La lectura cerebral coercitiva puede causar daños físicos y/o mentales, o ser físicamente intrusivas, ya que implican la exposición a radiaciones o conllevan riesgos para la salud, lo que vulnera el derecho a la integridad física o mental del sujeto, y la prohibición de tortura o tratos degradantes. Estos métodos también pueden interferir con el derecho a la privacidad mental. El uso de técnicas coercitivas para el interrogatorio, obligando al sujeto a expresarse, o a transmitir, impartir o divulgar información, ideas u opiniones, mediante una lectura coercitiva del cerebro en el Derecho penal puede infringir los derechos del acusado, sin perjuicio de su justificación. Esto se conseguiría sin necesidad de hacer hablar al sujeto, sino con la lectura de su mente.

La detección de mentiras basada en el cerebro se ha aplicado con fMRI, PET, SPECT y EEG. El CIT también se conoce como prueba de conocimiento de culpabilidad. Esta prueba permite detectar el reconocimiento de información concreta, como los aspectos centrales de un delito. Además de investigar delitos cometidos en el pasado, la CIT también podría ayudar a identificar el conocimiento de un delito futuro. Los resultados de distintas tecnologías de neuroimagen, como la resonancia magnética, la tomografía por emisión de positrones y el electroencefalograma, ya se han utilizado para evaluar la demencia legal en casos penales concretos[46]. Los Neuro-Derechos Humanos deben prohibir la imposición de sanciones u otras consecuencias negativas por mantener ciertos pensamientos o afirmaciones, o encontrarse en un estado mental específico[47].

III.3.2. *El uso de las neurotecnologías para la comisión del delito*

Al mismo tiempo que las neurotecnologías descubren las funciones y los procesos neuronales sobre las que podemos actuar para que las personas gocen de más libertad e independencia que nunca, se están desvelando los «puntos débiles» del cerebro a través de los cuales se puede engañar y manipular la mente humana. Las neurotecnologías implantables que se aplican actualmente para hacer frente a enfermedades neurodegenerativas, para controlar dispositivos electrónicos en hogares inteligentes, vehículos,

[45] Lingthart, S., *Coercive Brain-Reading in Criminal Justice. An Analysis of European Human Rights Law*, Cambdrige University Press, Cambdrige, 2022, pp. 3, 290.

[46] Lingthart, S., *Coercive Brain-Reading in Criminal Justice. An Analysis of European Human Rights Law*, *op. cit*. pp. 53, 68, 99, 110.

[47] Herz, N., «Neurorights. Do we need new Human Rights? A reconsideration of the Right of Thought», ob. cit., p. 7.

drones o prótesis, abren la puerta a ataques que ponen en peligro grave la seguridad de los usuarios[48]. Es posible que por medio de estas técnicas se logre extraer e inyectar información sensible en el cerebro de una persona para manipular su comportamiento, causarle dolor, desórdenes del control de los impulsos, o alteraciones del efecto emocional[49].

El hecho de que los implantes neurológicos puedan utilizarse en contra de sus usuarios ya no pertenece al mundo de la fantasía. Diversos estudios aseguran que la creciente sofisticación de técnicas como la «neuromodulación invasiva» ha creado un riesgo pequeño, pero real de acceder sin autorización a generadores de impulsos implantables, abriendo la posibilidad de causar daños graves, lo que nos invita a la reflexión ética y jurídica sobre el manejo de las neurotecnologías[50]. Desde hace unos cuantos años, se estima que la «neurodelincuencia» (Neurocrimes) es una realidad, que se refiere a los «ataques dirigidos e intencionados contra la información neuronal, aprovechando la vulnerabilidad de las neurotecnologías»[51]. Más recientemente, se ha definido la neurodelincuencia como las acciones que de forma directa o indirecta producen consecuencias lesivas o peligrosas para la integridad y la privacidad neuronal de las personas. Parece ser que, por el momento, la mayor parte de lo que se denomina neurodelincuencia no puede desarrollarse si no es por medio de ciberataques[52].

En este sentido, los expertos en neuro-ciberseguridad denominan «hackeo cerebral» (brain-hacking o brain-cracking) al acceso no autorizado a los dispositivos neuronales implantados o utilizados en otra persona con el fin de obtener sus neurodatos, controlar o manipular por estimulación algunas de sus funciones cerebrales. Dicha actividad puede lesionar o poner en peligro grave los bienes jurídicos de la integridad, privacidad y autonomía mental de una persona. Los ataques pueden acceder a información confi-

[48] Véase Pazouki, S. & Golilarz, N. A. & Kazemi-Razi, M. & Aydeger, A., «A self-healing cybersecurity mechanism for cyberattacks targeting artificial neural network-based human brain implants controlling smart homes», *Proc. of the International Conference on Electrical, Computer and Energy Technologies ICECET,* 2022, pp. 1-6; Armengol-Urpi, A., Kovacs, R. & Sarma, S., «Brain-Hack: Remotely Injecting False Brain-Waves with RF. to Take Control of a Brain-Computer Interface», *CPSIoTSec,* 2023, pp. 53-66.

[49] Pugh, J. & *et al.* «Brainjacking in deep brain stimulation and autonomy», *Ethics and Information Technology,* N.º 20, 2018, p. 221.

[50] Pycroft, L. & *et al.* «Brainjacking: Implant Security Issues in Invasive Neuromodulation», *World Neurosurgery*, 2016, p. 454; Pugh, J. & *et al.* 2018. Brainjacking in deep brain stimulation and autonomy, ob. cit., *passim*.

[51] Ienca, M., «Neuroprivacy, neurosecurity and brain-hacking: Emerging issues in neural engineering», *Bioethica Forum,* Vol. 8, N.º 2, 2015, *passim*.

[52] Castro, P. A., «What Neurohacking Can Tell Us About the Mind: Cybercrime, Mind Upload and the Artifcial Extended Mind», en *id., Challenges of the Technological Mind. Between Philosophy and Technology, S*pringer, Suiza, 2015, pp. 48 y ss.

dencial almacenada en el dispositivo, como el nombre del paciente, su diagnóstico, los parámetros de estimulación y los datos de su médico, además de causar daños físicos y psicológicos. Pero también, los piratas informáticos podrían ejercer una influencia directa sobre las deliberaciones de un individuo mediante el secuestro cerebral, ejerciendo un control directo sobre los mismos procesos que sustentan nuestra condición de decisores autónomos[53].

Algunos estudios han documentado ataques con éxito a la seguridad de varias neurotecnologías, tales como un deletreador de teclado virtual, una interfaz de control de drones y una interfaz de meditación neuro-retroalimentada siendo capaces de tomar con éxito el control de BCIs tecleando cualquier frase en el deletreador, estrellando el dron, e induciendo una señal que indica un estado meditativo falso, respectivamente[54]. También se han documentado ataques a neurotecnologías BCI e EPG que afectan las comunicaciones entre el cerebro y el sistema, llegando a agotar la batería y descargar los implantes cerebrales[55]. Otros investigadores han probado con éxito la viabilidad de presentar estímulos visuales maliciosos para extraer datos sensibles de los sujetos, como los pensamientos en tecnologías BCI[56]. Incluso, se ha llegado a extraer información sensible de usuarios, como contraseñas de tarjetas de crédito, presentando estímulos visuales particulares y analizando su respuesta potencial[57]. Todos estos estudios demuestran que estos modelos de aprendizaje profundo pueden engañarse fácilmente.

Los especialistas afirman que existe una variedad y complejidad de ataques de «neuromodulación», cuyo número de métodos es creciente. Según indican, los más sencillos se denominan «ataques ciegos» (*blind attacks*), porque no requieren un conocimiento específico del paciente por parte del atacante. Basta con desconectar la estimulación para perder el efecto terapéutico. Si son temporales, estos ataques son capaces de causar molestias, ya que el paciente podría reiniciar la estimulación, aunque el cese repentino de la estimulación puede causar graves síntomas de «rebote» en diversos trastornos, como la enfermedad de Parkinson, el temblor esencial y el trastorno obsesivo compulsivo. Pero si los efectos del ataque son duraderos sería posible inducir daños en los tejidos

[53] Pugh, J. & *et al.* «Brainjacking in deep brain stimulation and autonomy», ob. cit., pp. 221.

[54] Armengol-Urpi, A., Kovacs, R. & Sarma, S., «Brain-Hack: Remotely Injecting False Brain-Waves with RF. to Take Control of a Brain-Computer Interface», ob. cit., *passim*.

[55] Pazouki, S., GOLILARZ, N. A. & Kazemi-Razi, M. & Aydeger, A., «A self-healing cybersecurity mechanism for cyberattacks targeting artificial neural network-based human brain implants controlling smart homes», *Proc. of the International Conference on Electrical, Computer and Energy Technologies ICECET*, 2022, pp. 1-6.

[56] López Bernal, S & *et al.* «Cyberattacks on Miniature Brain Implants to Disrupt Spontaneous Neural Signaling», *IEEE Access,* Vol. 8, 2020, pp. 152204-152221.

[57] Armengol-Urpi, A., Kovacs, R. & Sarma, S., «Brain-Hack: Remotely Injecting False Brain-Waves with RF. to Take Control of a Brain-Computer Interface», ob. cit., *passim*.

como resultado del aumento de la anchura del pulso y el voltaje. Los ataques ciegos a neurotecnologías también permiten obtener información del implante escuchando pasivamente la información transmitida durante el funcionamiento normal o accediendo activamente al dispositivo para recibir información[58].

Los ataques más elaborados, que requieren cierto grado de conocimiento fisiopatológico del paciente, se denominan «ataques dirigidos» (*target attacks*). Estos ataques hacen uso de los dispositivos implantados en una persona para alterar su comportamiento y cognición, modificando los parámetros de estimulación. Estos ataques pueden disminuir el efecto del tratamiento o inducir efectos desagradables fuera del objetivo al estimular estructuras circundantes, así como también obtener historiales médicos mediante la violación de bases de datos médicas, ingeniería social o ataques simples. También se pueden causar deterioros de la función motora, pudiendo dañar sustancialmente la función motora alterando los parámetros básicos de estimulación, aumentando así los síntomas parkinsonianos del paciente más allá de los niveles basales o puede exacerbar significativamente los síntomas de temblor; o inducir al dolor, alterando la frecuencia de estimulación por parte de un agresor. La estimulación deliberada de contactos de electrodos inapropiados por un atacante puede, por lo tanto, provocar cambios emocionales personal y socialmente indeseables, que probablemente serían muy angustiantes para un paciente y sus seres queridos[59].

IV. Conclusiones

1. La actual discusión sobre los neuroderechos debe situarse en un contexto que explique adecuadamente de dónde venimos. Este extremo es importante para no perder del campo de visión las problemáticas previas. Así pues, por lo que se refiere al acometimiento desde el Derecho penal, son relevantes, al menos, dos perspectivas, la que se refiere a la tradicional relación entre neurociencias y Derecho penal, y la que concierne a la intersección más amplia que resulta, a su vez, de la conexión con la inteligencia artificial y su empleo para la generación de neurotecnologías. Además, pero no menos relevante, importa mucho referirse asimismo a la tensa y nada evidente correlación entre Derechos Humanos y Derecho penal.

2. Pues bien, este es el cometido que hemos abordado con un carácter introductorio en este artículo conjunto, empezando por referirnos a las neurotecnologías y el Derecho penal en el ámbito técnico de la teoría del delito. Desde este ángulo, es posible catalogar dos triadas conceptuales que han sido cuestionadas por la investigación sobre el

[58] Pycroft, L. & *et al.* «Brainjacking: Implant Security Issues in Invasive Neuromodulation», *op. cit*., p. 455.

[59] Pycroft, L. & *et al.* «Brainjacking: Implant Security Issues in Invasive Neuromodulation», *op. cit*., p. 456 y ss.

cerebro, bien que sin llegar en ningún momento a terminar con el sentido que siempre han tenido a la hora de atribuir responsabilidad penal. Estas no son otras que las referidas a «la acción, voluntariedad y responsabilidad», por un lado, y a la «subjetividad, responsabilidad subjetiva y sujeto de la acción» por otro.

Si bien se mira, el combate que ahora se libra en el marco conceptual de los «neuroderechos» guarda una relación estrecha con el que en las dos décadas previas se ha desenvuelto en el campo de la discusión científica, y es que, debido al trepidante desarrollo tecnológico, los miedos más acervados acerca de los peligros que encerraba la investigación sobre el cerebro no se han traducido en un cambio sustancial en el plano de la concepción antropológica del ser humano con todas sus ramificaciones, sino que más bien han trasmutado en un peligro serio que se dirige hacia el ser humano en sí mismo como entidad biofísica y sus derechos más fundamentales.

Hace ya más de una década intuimos que una cosa es que determinadas corrientes de la neurociencia cuestionaran la identidad del propio ser humano al «reducirlo» a una serie de correlaciones de su propia arquitectura neurológica y otra que técnicamente se estuviera en condiciones de ponerla en peligro. Pues bien, ese momento ha llegado y, por eso, se trata ahora de cómo proteger aquello que nos hace únicos en virtud de nuestra personalidad, por lo que no por casualidad hemos puesto en primer plano el derecho a la propia identidad neurológica como núcleo esencial.

3. Sin embargo, tan importante como esta dimensión, lo es también la vertiente referida a la siempre controvertida relación entre Derechos Humanos y Derecho penal, ahora referenciada en una nueva etapa en torno a la discusión sobre la reconceptualización de los derechos humanos fundamentales ya consagrados o/y, en su caso, como ya sucediera en el campo de la genética, la creación de los llamados «derechos humanos neuroespecíficos». Esta también ha sido contextualizada al referirnos al amplio campo, actualmente en desarrollo, de la «neuropredicción, protección de Derechos Fundamentales y sistema penal», lo que guarda relación, a su vez, con el método científico del que nos valemos actualmente para la adopción de decisiones por el sistema de justicia que afectan directamente a las garantías individuales de las personas.

Es claro, en este campo, que las neurotecnologías han avanzado lo suficiente como para ponerlas en peligro y, por este motivo, el presente trabajo plantea la necesidad urgente de considerar a los neuroderechos más allá de una dimensión puramente ética, pues los Estados nacionales no pueden permanecer pasivos, sino que deben ser proactivos para la defensa de estos en una doble dimensión. Por un lado, la defensa frente al Derecho penal, es decir, ante el uso coercitivo de las neurotecnologías por el Estado mediante su introducción en el sistema de justicia con el objetivo de prevenir la delincuencia; y, por otro lado, frente a su utilización por parte de terceros con fines delictivos. En este sentido se han empezado a plantear propuestas doctrinales y legislativas sobre potenciales «neurodelitos» que, por motivos de espacio, no hemos alcanzado a desarrollar.

V. Bibliografía

AAVV, «Das Manifest», *Gehirn & Geist*, Vol. 6, 2004, pp. 31-37.

Alonso Alamo, Mercedes, «Acción y Derecho Penal: problemas de delimitación entre capacidad de acción y capacidad de culpabilidad», en Demetrio Crespo, Eduardo, *Derecho penal y Comportamiento Humano. Avances desde la Neurociencia y la Inteligencia Artificial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 329-347.

— «Culpabilidad jurídico-penal, motivos y emociones. La existencia enigmática de la libertad de voluntad», *Revista Penal*, N.º 38, 2016, pp. 5-39.

Armengol-Urpi, Alexandre & KOVACS, Reid & SARMA, Sanjay, «Brain-Hack: Remotely Injecting False Brain-Waves with RF. to Take Control of a Brain-Computer Interface», *CPSIoTSec,* 2023, pp. 53-66.

Brown, Cohen Marcus Lionel, «Neurorights, Mental Privacy and Mind Reading», *Neuroethics,* Volumen 34, 2024, pp. 1-19.

Bublitz, Jan Christoph & Reinhard, Merkel, «Crimes Against Minds: On Mental Manipulations», *Crim Law and Philosophy,* Núm 8, 2014, pp. 51-77.

Busato, Paulo Cesar, «De máquinas y seres vivos: ¿Quién actúa en los resultados delictivos derivados de decisiones cibernéticas?», en Demetrio Crespo, Eduardo (dir.), *Derecho penal y Comportamiento Humano. Avances desde la Neurociencia y la Inteligencia Artificial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 349-376.

Castro, Paulo Alexandre, «What Neurohacking Can Tell Us About the Mind: Cybercrime, Mind Upload and the Artificial Extended Mind», en *id., Challenges of the Technological Mind. Between Philosophy and Technology, S*pringer, Suiza, 2015, pp. 43-62.

Demetrio Crespo, Eduardo, «El Derecho penal ante el desafío neurotecnológico y algorítmico», en *id.* (dir.)*, Derecho penal y Comportamiento Humano. Avances desde la Neurociencia y la Inteligencia Artificial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 17-35.

— «Identidad y responsabilidad penal», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid,* N.º 17, pp. 237-254.

— *Fragmentos sobre Neurociencias y Derecho Penal.* BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2017.

— (dir.), *Derecho penal y Comportamiento Humano. Avances desde la Neurociencia y la Inteligencia Artificial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

— «Libertad de voluntad, investigación sobre el cerebro y responsabilidad penal», *InDret,* N.º 2, 2011, pp. 1-38.

— (dir.), *Neurociencias y Derecho penal. Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*, Edisofer-BdeF, Madrid-Buenos Aires, 2013.

Detlefsen, Grischa, *Grenzen der Freiheit - Bedingungen des Handelns - Perspektive des Schuldprinzips*, Duncker & Humblot, Berlin, 2006.

Díez Ripollés, José Luis, *Los elementos subjetivos del delito. Bases* metodológicas, Tirant lo Blanch, Valencia, 1990.

Grosse-Wilde, Thomas, «Predictive Sentencing - Just a Hype or a Revolution?», en Demetrio Crespo, Eduardo, *Derecho penal y Comportamiento Humano. Avances desde la Neurociencia y la Inteligencia Artificial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

Gulyaeva, Elena Evgenyevna & Farinella, Favio, «Human Neuro-Rights», *Revista Quaesto* Iuris, Vol 15, N.º 1, 2022, pp. 278-299.

Habermas, Jürgen, «Freiheit und Determinismus», *Deutsche Zeitschrift für Philosophie*, Vol. 52, N.º 6, 2004, pp. 871-890.

HALLEVY, Gabriel, *When Robots Kill. Artificial Intelligence under Criminal Law*, Northeastern University Press, Boston, 2013.

HASSEMER, Winfried, «Grenzen des Wissens im Strafprozess», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft,* Vol. 121, 2009, pp. 829-859.

HERZ, Nora, «Neurorights. Do we need new Human Rights? A reconsideration of the Right of Thought», *Neuroethics,* Vol. 16, 2023, pp. 1-15.

HYMAN, John, *Action, Knowledge & Will.* Oxford University Press, Oxford, 2015.

IENCA, Marcello. & ANDORNO, Roberto, «Hacia nuevos Derechos Humanos en la era de la Neurociencia y la Neurotecnología», *Análisis* Filosófico, Vol. 41, N.º 1, 2021, pp. 141-185.

IENCA, Marcello & *et al.,* «Towards a Governance Framework for Brain Data», *Neuroethics*, Vol. 15, N.º 20, 2022, pp. 1-14.

IENCA, Marcello, «On Neurorights, *Frontiers in Human Neuroscience,* N.º 24, 2021, pp. 1-11.

— «Neuroderechos: ¿por qué debemos actuar antes de que sea demasiado tarde?, *Anuario internacional CIDOB,* N.º 1, 2012, pp. 42-43.

— «Neuroprivacy, neurosecurity and brain-hacking: Emerging issues in neural engineering, *Bioethica Forum,* Vol. 8, N.º 2, 2015, pp. 51-53.

KEIJSER, Jan & ROBERTS, Julian & JESPER, Ryberg, *Predective Sentencing. Normative and Empirical Perspectives*, Hart Publishing, Oxford, 2019.

KELLMEYER, Philipp, «A Human Rights–Based Approach for Governing Neurotechnologies», en Voeneky, S. & *et al.* (eds.), *The Cambridge Handbook of Responsible Artificial Intelligence. Interdisciplinary* Perspectives, Cambridge University Press, Cambridge, 2022, pp. 412-426.

KELKER, Brigitte, *Zur Legitimität von Gesinnungsmerkmalen im* Strafrecht, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 2007.

LIGTHART, Sjors & *et al.,* «Minding Rights: Mapping Ethical and Legal Foundations of 'Neurorights'», *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics,* Vol. 32, N.º 4, 2023, pp. 460-481.

LINGTHART, Sjors, *Coercive Brain-Reading in Criminal Justice. An Analysis of European Human Rights Law*, Cambridge University Press, Cambdrige, 2022.

LLAMAS, Nicolás Ezequiel & MARINARO, José Ángel, «Neuroderecho: Adaptabilidad de la normativa de Derechos Humanos con relación a las nuevas Neurotecnologías y propuestas para su ampliación», *SCIO. Revista de Filosofía,* N.º 21, 2021, pp. 83-111.

LÓPEZ BERNAL, Sergio & *ET AL.*, «Cyberattacks on Miniature Brain Implants to Disrupt Spontaneous Neural Signaling», *IEEE Access,* Vol. 8, 2020, pp. 152204-152221.

LÓPEZ-SILVA, Pablo & WAJNERMAN-PAZ, Abel & MOLNAR-GABOR, Fruzsina, «Neurotechnological Applications and the Protection of Mental Privacy: An Assessment of Risks, *Neuroethics,* Vol. 17, N.º 31, 2024, pp. 1-16.

MARTÍNEZ GARAY, Lucía, «¿Ciencia o alquimia? Algoritmos y transparencia en la valoración del riesgo de reincidencia», en Demetrio Crespo, Eduardo, *Derecho penal y Comportamiento Humano. Avances desde la Neurociencia y la Inteligencia Artificial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 489-506.

MERKEL, Reinhart, «Neuartige Eingriffe ins Gehirn. Verbesserung der mentalen condicio humana und strafrechtliche Grenzen», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft,* Vol. 121, N.º 4, 2009, pp. 919-953.

MIRÓ LLINARES, Fernando & CASTRO TOLEDO, Francisco Javier, «¿Correlación no implica causalidad? El valor de las predicciones algorítmicas en el sistema penal a propósito del debate epistemológico sobre el "fin de la teoría"», en Demetrio Crespo, Eduardo (dir.), *Derecho penal*

y Comportamiento Humano. Avances desde la Neurociencia y la Inteligencia Artificial, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

Morse, S., «Neuroscience and the Future of Personhood and Responsibility», en Rosen, J & Wittes, B. (eds.), *Constitution 3.0: Freedom and Technological Change,* Brookings Instituion Press, 2011, pp. 113-129.

Muñoz, José Manuel & Marinaro José Ángel, «Neurorights as reconceptualized Human Rights», *Frontiers*, 2023, pp. 1-5.

Muñoz, José Manuel & Bernácer, Javier & Güell, Francisco., «A Conceptual Framework to Safeguard the Neuroright to Personal Autonomy», *Neuroethics,* Vol. 16, N.º 18, 2023, pp. 1-13.

Nieva Fenoll, Jordi, *Inteligencia artificial y proceso judicial*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2018.

Paredes Castañón, José Manuel, «Dolo y psicología de sentido común», en De Vicente Remesal, Javier, *Libro Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario*, Reus, Madrid, 2020, pp. 875-885.

Pastor, Daniel, «¿Sueña el sistema penal con jueces electrónicos?», en Demetrio Crespo, Eduardo (dir.), *Derecho penal y Comportamiento Humano. Avances desde la Neurociencia y la Inteligencia Artificial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

Patterson, Dennis, «Neuroscience and the Explanation of Human Action», en Donnelly-Lazarow, B., *Neurolaw and Responsibility for Action*, Camdridge University Press, Cambridge, 2019, pp. 11-27.

Pazouki, Samaneh. & *et al.,* «A self-healing cybersecurity mechanism for cyberattacks targeting artificial neural network-based human brain implants controlling smart homes», *Proc. of the International Conference on Electrical, Computer and Energy Technologies ICECET,* 2022, pp. 1-6.

Pérez Manzano, Mercedes, «Algunos datos empíricos sobre la atribución de estados mentales», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Vol. 15, N.º 23, 2021, pp. 1-22.

— «El tiempo de la consciencia y la libertad de decisión: bases para una reflexión sobre Neurociencia y responsabilidad penal», en Demetrio Crespo, Eduardo (dir.), *Neurociencias y Derecho penal. Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad,* Edisofer-BdeF, Buenos Aires-Madrid, 2013, pp. 105-135.

— «Reflexiones sobre el concepto de dolo a la luz de los desarrollos de la neurociencia cognitiva», en Demetrio Crespo, Eduardo, *Derecho penal y Comportamiento Humano. Avances desde la Neurociencia y la Inteligencia Artificial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 393-416.

Pugh, Jonathan. & *et al.,* «Brainjacking in deep brain stimulation and autonomy, *Ethics and Information Technology,* N.º 20, 2018, pp. 219-232.

Pycroft, Laurie. & *et al.,* «Brainjacking: Implant Security Issues in Invasive Neuromodulation», *World Neurosurgery*, 2016, p. 454-462.

Reche Tello, Nuria, *Mens Iura Fundamentalia: La Neurotecnologúa ante la Constitución*, Colex, Madrid, 2024.

Romeo Casabona, Carlos María, *Genética Humana: fundamentos para el estudio de los efectos sociales derivados de los avances en genética humana*, Comares, Granada, 1995.

— (coord.), *Los nuevos horizontes de la investigación genética*, Fundación BBVA, Madrid, 2011.

— (coord.), *Principio de precaución, biotecnología y derecho*, Comares, Granada, 2004.

— (ed.), *Genética y derecho*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001.

— *El convenio de derechos humanos y la biomedicina: su entrada en vigor en el ordenamiento jurídico español*, Comares, Granada, 2002.

— *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, Comares, Granada, 2004.

— *Los genes y sus leyes: el derecho ante el genoma humano*, Comares, Granada, 2002.
— *Más allá de la salud: intervenciones de mejora en humanos*, Comares, Granada, 2012.
— *Genética y Derecho penal: previsiones en el Código Penal Español de 1995*, Comares, Granada, 2001.

Ryberg, Jesper, «Risk-Based Sentencing and Predictive Accuracy», *Ethical Theory and Moral Pratice*, Vol. 23, 2020, pp. 251-263.

Wajnerman, Abel & López-Silva, Pablo, «Mental Privacy and Neuroprotection. A Open Debate», en López Silva, Pablo (ed.), *Protecting the Mind. Challenges in Law, Neuroprotection, and Neurorights*, Springer, Suiza, 2022, pp. 141-155.

Yuste, Rafael, «Advocating for neurodata privacy and neurotechnology regulation», *Nature Protocols,* Vol. 18, 2023, pp. 2869-2875.

Yuste, Rafael & *et al.,* «It's Time for Neuro-Rights: New Human Rights for the Age of Neurotechnology», *Horizons: Journal of International Relations and Sustainable Development,* N.º 18, 2021, pp. 154-165.

Yuste, Rafael, «Las nuevas Neurotecnologías y su impacto en la Ciencia, Medicina y Sociedad», *Fundación Ramón Areces,* 2019, pp. 41-53.

12

LA POLÍTICA LEGISLATIVA PENAL ESPAÑOLA SOBRE COLECTIVOS IDENTITARIOS*

José Luis Díez Ripollés**
Catedrático emérito de Derecho penal
Universidad de Málaga

SUMARIO: I. Introducción. II. La transición política (1976-1982). III. La transición jurídicopenal (1982-1996). III.1. Las reformas previas al nuevo Código Penal. III.2. El nuevo Código Penal de 1995. IV. El rigorismo penal (1996-2011). V. Entre rigores e identidades (2011-2023). VI. Recapitulación.

I. Introducción

No es intención de este trabajo analizar el contenido los preceptos en los que se concretan las numerosas decisiones legislativas que desde hace años se han ocupado de la tutela penal de colectivos identitarios. Otros colegas han dado ya una visión completa de ellas[1] o se han centrado con detenimiento en alguna o algunas de ellas. Con todo, sí que me gustaría hacer un análisis evolutivo de cómo se han ido afianzando o surgiendo

* El presente trabajo constituye una parte, ligeramente modificada, del estudio que bajo el título «Los colectivos identitarios y el derecho penal» publiqué en la *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, RECPC, 26-01, 2024 http://criminet.ugr.es/recpc

** Sirva esta contribución al Liber Amicorum en homenaje al profesor Carlos María Romeo Casabona como una nueva ocasión para reforzar mis recuerdos sobre nuestra compartida vida académica, y para manifestar mi pesar por su temprano fallecimiento. Rememoro en especial los años en camaradería durante nuestra formación conjunta como penalistas en la universidad de Zaragoza, bajo la dirección del profesor José Cerezo Mir. Durante ese prolongado periodo tuve sobradas oportunidades para conocer su alta capacidad intelectual, y su voluntad de hierro que le permitió superar circunstancias muy difíciles, Compartimos muchas experiencias, buenas y malas, que nos gustaba recordar más tarde en nuestros encuentros ocasionales. Tras la obtención de la cátedra su productividad y sus iniciativas académicas alcanzaron un nivel sobresaliente, que es justo reconocer ahora, cuando lamentamos que su prolongada batalla contra sus limitaciones de salud haya concluido.

1 En ese sentido, véanse en especial las exhaustivas referencias hasta la LO 8/2021, de 4 de junio, en de la Mata Barranco, De la, N., «La víctima en derecho penal y su pertenencia a distintos colectivos

en la legislación penal en los últimos casi 50 años desde la instauración de la democracia los diversos colectivos a cuyos integrantes se les dispensa una protección penal reforzada[2]. A tales efectos, dividiremos el tiempo transcurrido en cuatro grandes periodos y un hecho relevante, dentro de los cuales nos referiremos a los diversos colectivos[3].

II. La transición política (1976-1982)

El periodo que va de 1976 a 1982 abarca la transición política de la dictadura a la democracia. Las reformas penales están motivadas en gran medida por la necesidad de acomodar nuestra legislación penal a una estructura política y una convivencia democráticas.

Una línea de avance políticocriminal relevante es el proceso despenalizador registrado en el ámbito de comportamientos delictivos relacionados con la moral o costumbres sociales, en especial, los delitos sexuales. Se pretende emancipar a los ciudadanos de coerciones morales superadas, que les privan de su libertad individual. Y ello repercute sobre el asunto que nos ocupa.

Así, desaparece la exigencia de que la *mujer* víctima en estos delitos deba poseer ciertas cualidades morales para ser protegida[4]. Por lo que se refiere a los *menores*, se amplía la eficacia de su consentimiento en estas figuras: En lo que respecta al estupro

---

como elemento agravatorio de la responsabilidad penal: especial vulnerabilidad o situación diferencial», *Revista penal,* n.º 50, 2022, pp. 64-90.

[2] Sin duda antes de esa fecha ya existían decisiones legislativas penales en ese sentido, pero la profunda renovación que tuvo la legislación penal desde 1977, como consecuencia de la instauración de la democracia, aconseja partir de ese momento. Por lo demás, esas decisiones legislativas previas van necesariamente a ser aludidas al referirnos a las profundas transformaciones penales que van a tener lugar tras esa fecha.

[3] El análisis que sigue se limita a previsiones de derecho penal material, sin incluir las de naturaleza procesal penal, aunque algunas previsiones procesales, como el carácter semiprivado del delito, la admisión del perdón o la prescripción del delito, dada la estrecha relación normativa que guardan con el derecho penal sustantivo, sí se incluyen. Además, en el derecho penal sustantivo me ocupo únicamente de las previsiones que tienen que ver con los contenidos de tutela y el sistema de responsabilidad, sin considerar las que afectan al sistema de sanciones o su ejecución. Sin duda, ambas limitaciones restringen sustancialmente la panorámica a obtener del incremento que ha experimentado la sobreprotección penal de las personas integrantes de los colectivos objeto de estudio.

Y aún quedaría pendiente el estudio de las cada vez más abundantes prácticas judiciales, singularmente en la prueba de los hechos, que atienden a la pertenencia de la víctima a cierto colectivo. Un análisis crítico, muy ilustrativo, de la llamada perspectiva de género en este ámbito, en Ramírez Ortiz, J.L., *Perspectiva de género, prueba y proceso penal: Una reflexión crítica,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp.147-215.

[4] Pensando adicionalmente en un tratamiento igualitario entre los sexos, se hace posible que la mujer pueda ser sujeto activo en los delitos de estupro y rapto, al igual que el hombre sujeto pasivo. Y, al derogarse los delitos de adulterio y amancebamiento, queda sin objeto el que la mujer casada estuviera menos protegida que el hombre casado.

y a los abusos deshonestos, el consentimiento del menor pasa a ser eficaz a partir de los 12 años, y no, como hasta entonces, de los 16 años, y los límites máximos de protección frente a un consentimiento viciado se reducen de los 23 años a los 18, en ocasiones a los 16. Por lo demás, el rapto con fines sexuales consentido pasa a penarse solo si el menor no alcanza los 12 años, en lugar de los 23 años precedentes. Y el perdón de la víctima por el delito sexual sufrido se puede dar desde los 18 años, y ya no solo desde los 23 años. También se deroga el estado peligroso[5] del menor de 16 a 21 años, abandonado por la familia o rebelde a ella, moralmente pervertido. Relevante para los integrantes de ambos colectivos, entre otras personas, es que se elimina la posibilidad de que el cónyuge o el hermano de la víctima puedan denunciar el delito sexual sufrido.

Respecto a *enfermos y deficientes mentales,* se les deja de considerar sometidos a la ley de Peligrosidad y rehabilitación social cuando, estando abandonados o carentes de tratamiento, fueran peligrosos.

Asimismo, se deroga el estado peligroso de *homosexualidad*, aunque se mantiene el estado peligroso de los que de modo habitual o lucrativo *facilitan la entrada o salida del país* a quienes no se hallen autorizados para ello[6].

III. La transición jurídicopenal (1982-1996)

III.1. Las reformas previas al nuevo código penal

En el periodo siguiente, que va de 1982 a 1996, se consolida el sistema democrático y se crea la sociedad del bienestar españoles, bajo mayoría parlamentaria socialista. Es un tiempo de numerosas reformas penales, que están marcadas por su urgencia, ya que se viven en gran medida como un anticipo de la gran reforma penal que tendrá lugar al final del periodo con la aprobación del nuevo código penal de 1995.

- La tendencia a eliminar del código penal coerciones morales socialmente superadas, que privan a los ciudadanos del ejercicio de sus libertades individuales, persiste. En lo que a nosotros nos interesa se puede destacar lo siguiente:

Por lo que se refiere, principalmente, a la *mujer* es relevante la admisión de supuestos legales de aborto, mediante el sistema de las indicaciones; además, se elimina el perdón presunto por medio del matrimonio con el ofensor, previsto en algunos delitos sexuales. En cuanto a los *menores,* desaparece el privilegio fundado en el ejercicio excesivo del derecho de corrección sobre los hijos, que permitía a los padres evitar un relevante supuesto agravado de lesiones graves; el límite de edad superior de la tutela reforzada frente a su prostitución se rebaja de los 23 a los 18 años. Por lo que se refiere

[5] La ley de Peligrosidad y rehabilitación social de 1970, progresivamente en desuso, sigue vigente hasta la aprobación del código penal de 1995.

[6] Véanse LL 22/1978, de 26 de mayo, 46/1978, de 7 de octubre, 77/1978, de 26 de diciembre.

a los *incapaces*, se admite, en determinadas condiciones, la validez del consentimiento del representante legal de la persona incapaz con grave deficiencia psíquica para la práctica de su esterilización[7]. Asimismo, en relación con *enfermos mentales*, en el correspondiente supuesto de violación ya no basta con que la víctima esté privada de razón, sino que es preciso que se abuse de su enajenación. Por último, se otorga validez al consentimiento en las lesiones para la práctica de cirugía *transexual*.

Todas estas reformas se llevan a cabo en un contexto de reforma, por un lado, de los delitos sexuales, que pasan a proteger la libertad sexual en lugar de la honestidad, y, por otro lado, de introducción de la relevancia del consentimiento en las lesiones en contextos no estrictamente terapéuticos[8].

- Otra línea políticocriminal, de menor entidad, pretende asegurar un trato igualitario entre los sexos, lo que lleva a eliminar ciertos privilegios, mayoritariamente femeninos. Así, se deroga la agravante de respeto debido al sexo, generalmente solo aplicada a la mujer víctima; se extiende a la violación la decisión, ya adoptada en el periodo anterior en los delitos de estupro y rapto[9], de que la mujer pueda ser sujeto activo de estos delitos, al igual que el hombre sujeto pasivo; y se amplía la falta de explotación laboral en la vía pública de menores mujeres, abarcando también a menores hombres[10]. En sentido opuesto, se elimina el privilegio masculino apreciable en las faltas de maltrato entre cónyuges[11].

- Especialmente relevante a nuestros efectos es que en este periodo podemos apreciar por primera vez una decidida política criminal de sobreprotección de los intereses individuales de integrantes de ciertos colectivos considerados vulnerables. La idea de asegurar la igualdad de todos los miembros de la sociedad está muy presente.

Así, aparecen una serie de figuras delictivas que pretenden una tutela reforzada de intereses individuales de integrantes de *colectivos discriminados* por muy diversas razones (origen, sexo, situación familiar, etnia, raza, nación, religión, ideología, afiliación política o sindical): Se crea a tales efectos el delito de denegación de prestación de servicio público, el de provocación o incitación directa a la discriminación de los

[7] La decisión legislativa, aunque no se señala explícitamente en el Preámbulo, estuvo inspirada en facilitar el ejercicio de la sexualidad por la persona incapaz psíquica grave, evitando consecuencias, inasumibles para ella o su familia, derivadas del embarazo. En consecuencia, tiene también un fuerte componente de protección, sobre todo, de la mujer, aunque también de los familiares de la persona incapaz.

[8] Véanse LLOO 8/1983, de 25 de junio, 9/1985, de 5 de julio, 5/1988, de 9 de junio, 3/1989, de 21 de junio.

[9] Véase supra.

[10] También se elimina la pena de presidio, reservada solo a los hombres, aunque ciertamente hacía tiempo que había dejado de implicar un tratamiento penitenciario más grave.

[11] Véanse LLOO 8/1983, de 25 de junio, 3/1989, de 21 de junio.

integrantes de tales grupos, y el de asociación ilícita para promover o incitar la discriminación racial[12].

Pensando en la mejor protección de los intereses de la víctima, generalmente *mujer*, se restringe y finalmente elimina la eficacia eximente del perdón de la víctima en los delitos sexuales que lo tenían previsto[13]. En cuanto a los *menores*, se crean los delitos de ejecución de actos lúbricos o de exhibicionismo ante, o de difusión de pornografía entre, menores de 16 años[14]; se crea, dentro del delito de abandono de niños, el delito de utilización y tráfico de menores de 16 años para mendicidad[15]; se crean supuestos agravados en los delitos de drogas por facilitarlas a menores de 18 años o por utilizar a menores de 16 en la ejecución del delito; y se crea la falta de maltrato de palabra y de obra a hijos menores. También se restringe y finalmente elimina la posibilidad de que el representante legal del menor otorgue el perdón en los delitos sexuales que lo tenían previsto[16]. Los *incapaces* pasan a recibir cada vez con más frecuencia la sobreprotección que se otorga a los menores: Así, aludidos como deficientes mentales o disminuidos psíquicos, son víctimas específicas, junto a los menores, de los nuevos delitos de ejecución de actos lúbricos, exhibicionismo y difusión de pornografía, o del supuesto agravado de facilitación de drogas en los delitos de drogas; y, en cuanto incapaces, se añaden al régimen de restricción y luego eliminación de la posibilidad de que su representante legal otorgue el perdón en los delitos sexuales. Asimismo, se añaden a los menores entre los beneficiados por la actuación de oficio del ministerio fiscal en los delitos sexuales[17].

Un nuevo colectivo vulnerable que demanda la sobreprotección de sus individuos integrantes aparece en estos años, el *círculo doméstico*. A estos efectos, se introduce el delito de violencia física habitual doméstica, la falta agravada de maltrato de obra doméstico, y el delito de impago de pensiones. Asimismo, se restringe la eficacia del perdón en el delito de abandono de familia[18].

[12] Véanse LLOO 8/1983, de 25 de junio, 4/1995, de 11 de mayo.

En ocasiones se persigue la simultánea protección directa de intereses propios de esos colectivos, véase Díez Ripollés, J.L., «Los colectivos identitarios y el derecho penal», *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, RECPC, 26-01, 2024, http://criminet.ugr.es/recpc, pp. 5-6.

[13] Véanse LLOO 8/1983, de 25 de junio, 3/1989, de 21 de junio.

[14] En contrapartida a la desaparición de los delitos de escándalo público y de doctrinas contrarias a la moral pública, y sus correspondientes faltas.

[15] Lo que incluye la simplificación, pero no eliminación, de las diversas faltas de aprovechamiento lucrativo de actividades de menores, sin perjuicio de lo previsto en el nuevo delito.

[16] Véanse LLOO 8/1983, de 25 de junio, 1/1988, de 24 de marzo, 5/1988, de 9 de junio, 3/1989, de 21 de junio, 8/1992, de 23 de diciembre.

[17] Véanse LLOO 8/1983, de 25 de junio, 1/1988, de 24 de marzo, 5/1988, de 9 de junio, 3/1989, de 21 de junio.

[18] Véanse LLOO 8/1983, de 25 de junio, 3/1989, de 21 de junio.

III.2. **El nuevo código penal de 1995**

Un apartado propio merece el análisis del nuevo código penal de 1995, que se aprueba al final del periodo acabado de analizar, y que constituye un parteaguas político-criminal secular. En efecto, es el primer código penal con una estructura nueva que se aprueba desde la lejana fecha de 1848, salvo la breve vigencia del código penal de 1928.

Pudiera pensarse que la nueva estructura del código penal hace imposible seguir con el análisis evolutivo que hasta ahora hemos hecho de la tutela reforzada de los intereses individuales de los integrantes de colectivos identitarios. Sin embargo, como dijimos un poco más arriba, buena parte de las reformas que anteceden en el periodo democrático a la aprobación del nuevo código penal son anticipaciones de lo que luego se va a plasmar en él, por lo que estamos en condiciones, con algunas salvedades, de registrar las novedades respecto a la situación anterior.

La protección de los intereses de los individuos integrantes de *colectivos discriminados* por diversas razones registra novedades importantes. Ante todo, las razones discriminatorias se amplían, pero de una manera desigual, pues aparecen o desaparecen algunas de ellas en las diversas figuras delictivas de una manera poco comprensible. A las ya aludidas en el apartado anterior se añaden, según los casos, creencias, salud, vida sexual, orientación sexual, enfermedad, minusvalía, uso de ciertas lenguas, representación legal o sindical de trabajadores, parentesco con otros trabajadores. En ese contexto, se crean dos nuevas figuras delictivas: un nuevo delito de discriminación en el empleo y otro de negación de prestación de actividades empresariales o profesionales por razones discriminatorias. Además, el delito de asociaciones ilícitas promotoras de la discriminación racial se amplía a las que promuevan la discriminación, odio o violencia por alguna de las razones discriminatorias ya indicadas[19]. En sentido diferente, el delito ya existente de provocación a la discriminación, aunque extiende su ámbito a la provocación al odio o la violencia, y añade una nueva figura de difusión de informaciones injuriosas, pasa a tener como víctimas exclusivamente a los grupos, y ya no a las personas integrantes de ellos[20]; en ese contexto, por primera vez se identifica expresamente un determinado *colectivo*, el *judío*.

Uno de los colectivos que va a registrar más cambios en el nuevo código es el de los *menores de edad* y, en estrecha relación con ellos, el de los *incapaces*, cuya protección se va a vincular, cada vez con más frecuencia, a la de los primeros. En los delitos sexuales,

[19] También se incluye un tipo agravado en el delito de descubrimiento y revelación de secretos cuando se afecte a datos personales referidos a esas mismas razones discriminatorias —art. 197.5— y, entre las numerosas variantes de delitos en caso de conflicto armado, se incluyen las prácticas de segregación racial o por otras distinciones desfavorables, referidas a las personas —art. 617.2 p. 2—.

[20] Por el contrario, los otros delitos más arriba mencionados, y el ya existente de negación de prestación de un servicio público —art. 511—, siguen incluyendo a integrantes del grupo.

pese a su renovada estructura, cabe destacar como cambios significativos, por un lado, el traslado de las víctimas menores de edad o incapaces del primer nivel de protección al segundo en los delitos sexuales más característicos[21], así como la desaparición del delito de corrupción de menores. En contrapartida, se crea el delito de utilización de menores e incapaces con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos; se eleva de los 16 a los 18 años la protección de los menores en los delitos, ahora, de exhibición obscena y difusión de pornografía; y se introduce en los delitos de agresión sexual, y de abuso sexual con penetración, una agravante por ser la víctima especialmente vulnerable por razón de edad. Además, los incapaces pasan a tener en la prostitución la misma protección reforzada que los menores. Se crea, además, un capítulo sobre los derechos y deberes familiares cuya tutela de menores, y ahora también incapaces, supera ampliamente a la que antes se prestaba a través de los delitos de sustracción de menores y abandono de familia y niños; con todo, se ha de destacar que desaparece el delito de sustracción de menores *stricto sensu.* En ciertos delitos la cualidad de menor o incapaz da lugar a un supuesto agravado[22], y ambos colectivos son excluidos del limitado reconocimiento del consentimiento que se introduce en los delitos de lesiones.

La *mujer* resulta específicamente protegida en el delito de reproducción asistida sin su consentimiento, así como en alguna figura de los nuevos delitos contra personas o bienes en caso de conflicto armado[23]. Pocas novedades registra el nuevo código en la protección del *círculo doméstico*, solo una ampliación de los sujetos pasivos en la falta de maltrato específica[24].

IV. El rigorismo penal (1996-2011)

Tras un breve periodo de inactividad[25], en 1998 se inician las reformas penales al flamante nuevo código penal, en un periodo que vamos a poner fin en 2011. Es un periodo marcado por la alternancia en el gobierno y en la mayoría parlamentaria de los dos partidos políticos predominantes, PP y PSOE, con mandatos de duración equivalente. Esos años registran, sorprendentemente dada la juventud del código, una

[21] Lo que eran conductas de violación, y no de estupro, pasan a ser conductas de abuso sexual, y no de agresión sexual.

[22] Es lo que sucede en lesiones —art. 148.3.º—, detención y secuestro —art. 165—, y descubrimiento y revelación de secretos —art. 197.5—.

Por lo demás, los niños son específicamente mencionados en alguna de las figuras de delitos contra personas o bienes en caso de conflicto armado —art. 612.3.º—, y el abandono de instrumentos peligrosos en lugares frecuentados por menores constituye una falta del art. 630. Véase también infra, sobre los delitos semiprivados.

[23] Véanse arts. 162 y 612.3.º

[24] Véase art. 617.2. p. 2.

[25] Solo hay un par de reformas penitenciarias, aunque relevantes: LO 13/1995, de 28 de diciembre y RD 190/1996, de 9 de febrero.

intensa actividad legiferante, que está fuertemente impulsada por el deseo de ampliar y endurecer la intervención penal.

- En cuanto a los asuntos que a nosotros nos preocupan, una novedad muy significativa es que se revierte la tendencia a desembarazar el código penal de referencias morales, que limitan el ejercicio de libertades individuales. Ese no es, ciertamente, el caso de una reforma significativa, especialmente afectante a la *mujer*, que transforma el sistema de indicaciones del aborto legalmente permitido en un sistema mixto de plazos con indicaciones, en la que además se reconoce la validez del consentimiento de la embarazada de 16 a 17 años bajo ciertas condiciones[26]. Pero sí lo son otras, también de predominante afección femenina, por las que se establece un concurso real de delitos entre el delito de prostitución de adultos y los concretos agresiones y abusos sexuales producidos, y se pasa a castigar el rufianismo y proxenetismo consentidos[27].

Y es que justamente en los delitos sexuales se registra en todo el periodo una recuperación de la moral sexual como objeto de tutela, con un especial énfasis en la protección de *menores e incapaces*, en un contexto de ampliación de figuras delictivas y desproporcionada elevación de penas. Estos delitos pasan a proteger, además de la libertad sexual, la indemnidad sexual. Se reintroduce el delito de corrupción de menores, ahora extendido a incapaces[28]. Si atendemos a las agresiones y abusos sexuales, se comienza elevando la edad del consentimiento sexual de los 12 a los 13 años, además de incluyendo en las agresiones una agravación obligatoria si la víctima es menor de 13 años[29]. Más adelante se decide agrupar en un capítulo específico todos los delitos de agresiones y abusos sexuales a menores de 13 años, pasando a ser la protección de su indemnidad sexual el punto de referencia, y se crea un tipo agravado común para esas agresiones y abusos sexuales que supone un generalizado aumento de las circunstancias agravatorias[30].

Se introducen, además, dos nuevos delitos referidos a menores e incapaces, el de acercamiento sexual a menores, y el de solicitud, aceptación u obtención de relación sexual con menor de 18 años o incapaz a cambio de remuneración o promesa[31]. Todos los delitos de prostitución de menores o incapaces se convierten en agravados o hiperagravados si la víctima es menor de 13 años; y se prevé un concurso de delitos entre los delitos sexuales concretos ejecutados sobre menores de 18 años o incapaces

[26] LO 2/2010, de 3 de marzo.

[27] LLOO 11/1999, de 30 de abril, 11/2003, de 29 de septiembre

[28] LO 11/1999, de 30 de abril.

[29] LO 11/1999, de 30 de abril.

[30] Entre ellas, la de total indefensión del menor por su escaso desarrollo intelectual y físico, y la de no tener el menor más de 4 años. La autonomía de estas figuras supone eliminar la agravante de menor de 13 años en las agresiones y abusos sexuales genéricos. LO 5/2010 de 22 de junio.

[31] LO 5/2010, de 22 de junio.

prostituidos, o que consienten una relación sexual por remuneración o promesa, y los delitos de prostitución correspondientes.

El delito de utilización de menores e incapaces en espectáculos exhibicionistas y pornográficos experimenta sucesivas ampliaciones: se extiende también a la elaboración de material pornográfico; se penan muy diversas conductas relacionadas con su financiación y tráfico; se castiga la posesión para propio uso de pornografía infantil o con incapaces; el concepto de este tipo de pornografía pasa a abarcar supuestos virtuales, en los que no se ha utilizado directamente a esos menores e incapaces; y se introducen diversas agravaciones, entre otras, si la edad del menor es inferior a los 13 años[32].

También la cualidad de *persona especialmente vulnerable* por razón de edad, que acaba extendiéndose también a la discapacidad, da lugar a nuevas agravaciones en los tipos de agresiones, abusos y acoso sexuales[33].

- La protección de los intereses individuales de integrantes de colectivos identitarios se expande sustancialmente en este periodo.

Por lo que se refiere a *colectivos discriminados*, se introduce un nuevo supuesto básico de tortura cuando se haga por cualquier razón discriminatoria; y en los nuevos delitos de lesa humanidad se introduce como un supuesto ejemplificativo que el ataque sistemático o generalizado se haga por la pertenencia de la víctima a ciertos colectivos discriminados por diversas razones, entre los que se incluyen, como novedad, los políticos, culturales o de género, más tarde también los de discapacitados, además de una cláusula de cierre genérica[34].

La tutela del *colectivo doméstico* registra una persistente ampliación de las conductas típicas a lo largo de todo el periodo. El delito de violencia doméstica habitual será trasladado desde los delitos de lesiones a los delitos contra la integridad moral, y experimentará sucesivas ampliaciones de los sujetos pasivos, que pasarán a ser intercambiables a la hora de determinar la habitualidad del comportamiento, y que terminarán excediendo propiamente el colectivo doméstico. En cuanto a las conductas típicas, se incluirá la violencia psíquica y se crea un tipo agravado. Se prevé igualmente un concurso real con los delitos o faltas cometidos durante esos episodios de violencia[35]. Al inicio del periodo se agravan las faltas de amenazas, coacciones, injurias y vejaciones leves a víctimas domésticas, pero, a su final, parte de esas amenazas, al igual que las faltas de lesiones o malos tratos domésticos pasan a constituir delitos menos graves[36]. Y la vis expansiva del colectivo doméstico logra que, en los tipos protectores de la mujer

[32] LLOO 11/1999, de 30 de abril, 15/2003, de 25 de noviembre, 5/2010, de 22 de junio.
[33] LOOO 11/1999, de 30 de abril, 5/2010 de 22 de junio.
[34] LOOO 15/2003, de 25 de noviembre, 5/2010, de 22 de junio.
[35] Concurso ya previsto, de manera menos técnica, en el nuevo código penal.
[36] En ellos se incluye también el tipo agravado de la violencia doméstica habitual.

pareja que a continuación vemos, se coloque en el mismo plano la tutela de personas especialmente vulnerables que, sin ser o haber sido mujer pareja, convivan con el autor[37].

La protección de la mujer, en su cualidad de *mujer pareja*, se autonomiza del ámbito doméstico bajo el concepto de violencia de género. A tales efectos, si la víctima es la mujer pareja, aun sin convivencia, se agrava el delito de lesiones genéricas, y se crean para la misma víctima delitos autónomos de malos tratos o lesiones leves, amenazas y coacciones leves, en los cuales se prevé también el tipo agravado introducido previamente en el delito de violencia doméstica habitual[38]. Por otro lado, surge ya la primera referencia al género como razón discriminatoria, que se entiende especialmente referida al femenino[39].

Los integrantes del colectivo de *menores de edad* reciben tutela reforzada más allá de los delitos sexuales, como vamos a ver. En el ámbito de los delitos contra los derechos y deberes familiares, se recupera el delito de sustracción de menores y, en relación con las infracciones al régimen de custodia o a las obligaciones familiares establecidas en convenio o resolución judicial, se crea un nuevo delito y dos faltas. Se establece que el nuevo delito de trata de personas se dará en todo caso si la víctima es menor de 18 años, al margen de los medios comisivos utilizados. Y en las conductas típicas de los delitos en caso de conflicto armado se incluye el reclutamiento, alistamiento o utilización de menores de 18 años[40].

Además, en muy diversos tipos que no tienen como específico sujeto de protección a los menores se procede a introducir agravaciones si la víctima es un menor[41], también si se les utiliza para la comisión del delito[42], o incluso si están meramente presentes en la comisión de delito[43]. Por último, se aplaza el inicio del cómputo de la prescripción

[37] Eso sucede en los delitos de lesiones genéricas, de lesiones leves y malos tratos, y de amenazas y coacciones leves. LLOO 14/1999, de 9 de junio, 11/2003, de 29 de septiembre, 15/2003, de 25 de noviembre, 1/2004, de 28 de diciembre.

[38] LO 1/2004, de 28 de diciembre.

[39] Véase supra, párrafo sobre colectivos discriminados.

Cabe mencionar igualmente la superflua, por ya punible, introducción del delito de mutilación genital, pensado fundamentalmente para víctimas mujeres (LO 11/2003, de 29 de septiembre). Sobre esta figura, véase infra al tratar la introducción del delito de matrimonio forzado.

[40] LLOO 9/2002, de 10 de diciembre, 15/2003, de 25 de noviembre, 5/2010, de 22 de junio.

[41] Trata de personas con fines de explotación sexual, luego delito más amplio de trata de seres humanos; tráfico ilegal internacional de personas; dopaje en el deporte; conductas de prostitución y traslado para explotación sexual en los delitos de lesa humanidad. LLOO 11/1999, de 30 de abril, 4/2000, de 11 de enero, 15/2003, de 25 de noviembre, 7/2006, de 21 de noviembre, 5/2010, de 22 de junio.

[42] Hurto, delitos contra la propiedad intelectual o industrial. LLOO 15/2003, de 25 de noviembre, 5/2010, de 22 de junio.

[43] Violencia doméstica habitual; malos tratos o lesiones leves domésticas y contra mujer pareja; amenazas leves domésticas y contra mujer pareja; coacciones leves contra mujer pareja. LLOO 11/2003, de 29 de septiembre, 1/2004, de 28 de diciembre.

de algunos delitos contra las personas en los que las víctimas son menores, al momento de su mayoría de edad o fallecimiento[44].

Los integrantes del colectivo de *incapaces*, desde 2010 denominados cada vez con más frecuencia *discapacitados*, también son objeto de especial atención al margen de los delitos sexuales. A semejanza de los menores, se introducen agravaciones en tipos que no tienen a los discapacitados como sujeto específico de protección si la víctima tiene tal cualidad[45].

Cabe hablar del surgimiento de un nuevo colectivo cuyos integrantes merecen especial protección, las *personas traficadas*. El proceso se inicia con la introducción de un supuesto básico en los delitos de prostitución que castiga la trata de personas con fines de explotación sexual. Un poco más tarde, además de agravarse la pena del ya existente delito de tráfico de mano de obra, se crea un nuevo delito que castiga el tráfico internacional de personas[46]. A los pocos años este delito acoge en su seno al de trata con fines de explotación sexual[47], a la vez que amplía las conductas del tipo básico, incrementa los tipos agravados y aparece una agravación de segundo grado[48]. En 2010 se crea el delito de trata de seres humanos, diferenciado del anterior: Su finalidad ha de ser la explotación de las personas traficadas, y se establece innecesariamente que, dados los medios comisivos incluidos —violencia, intimidación, engaño, o abuso de situación de superioridad, necesidad o vulnerabilidad— el consentimiento de la víctima mayor de edad es irrelevante. Se crea además una eximente respecto a las conductas delictivas proporcionales realizadas por la víctima mientras se encuentra sujeta a las circunstancias de explotación. El delito de tráfico internacional de personas se prevé que entre en concurso real con el de trata[49].

V. Entre rigores e identidades (2011-2023)

El último periodo por considerar se extiende de 2011 hasta fines de 2023. Es un periodo que comienza y termina con estabilidad parlamentaria, protagonizada, respecti-

[44] LLOO 11/1999, de 30 de abril, 14/1999, de 9 de junio.

[45] Trata de personas con fines de explotación sexual, luego delito más amplio de trata de seres humanos; tráfico ilegal internacional de personas; conductas de prostitución y traslado para explotación sexual en los delitos de lesa humanidad. LLOO 11/1999, de 30 de abril, 11/2003, de 29 de septiembre, 15/2003, de 25 de noviembre, 5/2010, de 22 de junio.

[46] LLOO 11/1999, de 30 de abril, 4/2000, de 11 de enero. También se incluye en la última ley, pero se deroga por LO 15/2003, de 25 de noviembre, un supuesto de asociaciones ilícitas de promoción del tráfico ilegal de personas.

[47] Luego se incluirá en el delito de trata de seres humanos. LO 5/2010, de 22 de junio.

[48] LLOO 11/2003, de 29 de septiembre, 13/2007, de 19 de noviembre.

[49] En la Exposición de motivos de la ley se afirma que mientras el primero protege los intereses del estado en el control de los flujos migratorios, el segundo protege la dignidad y libertad de las personas afectadas. LO 5/2010, de 22 de junio.

vamente, por el partido conservador PP, y por una coalición parlamentaria de izquierdas PSOE-Podemos. Entremedio se da una etapa políticamente inestable de cuatro años, en la que el partido conservador y el partido socialista se suceden en la conducción de país. En total, hasta mediados de 2018 el protagonismo corresponde a la mayoría conservadora, y desde entonces hasta el final del periodo a la mayoría de izquierda.

La actividad reformadora del derecho penal no se detiene, más bien al contrario. Y sigue fuertemente influida por el rigorismo penal, presente en ambas corrientes políticas mayoritarias, a lo que se añade una cada vez mayor tendencia hacia la tutela identitaria.

En este último sentido, si atendemos a *colectivos discriminados*, el delito genérico de discriminación experimenta en 2015 una profunda transformación. Ante todo, deja de proteger solo a grupos, para, de nuevo, proteger además a personas individuales por su pertenencia a ellos. Por otra parte, se amplían los motivos discriminatorios a la identidad sexual y el género; se añade entre las emociones a suscitar la de hostilidad; y se procede a una generalizada ampliación de las conductas típicas, que da lugar a que los dos tipos básicos originales den ahora lugar a una compleja estructura típica con cinco tipos básicos y al menos tres tipos agravados, entre otras previsiones.[50] Por otra parte, en 2022 se añade como segundo colectivo expresamente identificado como discriminado al *colectivo gitano*.[51] Asimismo, en los delitos de denegación de prestación de servicios públicos, o de prestaciones profesionales o empresariales, se añade en 2015 y 2021, y en el delito de discriminación en el empleo en 2021, la pertenencia de la persona a nuevos colectivos discriminados por edad, identidad sexual, género, aporofobia y exclusión social.[52] Igualmente, en el delito de asociaciones ilícitas con fines discriminatorios se amplían las emociones que puede suscitar, las conductas típicas, y se añaden los mismos colectivos a los que puede pertenecer la persona víctima que en los supuestos anteriores.[53]

Las personas integrantes del *colectivo doméstico* siguen incrementando su protección reforzada. En el nuevo delito de hostigamiento del art. 172 ter se introduce un tipo agravado si la víctima es un doméstico, supuesto, además, que constituye un delito público, a diferencia del carácter semiprivado del resto de conductas típicas. Asimismo, la derogación de las faltas de injurias y vejación injusta leves no afecta a aquellas producidas en el ámbito doméstico, que siguen siendo delito[54]. Ese incremento es especialmente relevante en las reformas que tienen lugar en los delitos sexuales: Así

[50] LO 1/2015, de 30 de marzo.

[51] Se añade así al colectivo judío, ya presente desde 1995. LO 6/2022, de 12 de julio.

[52] LLOO 1/2015, de 30 de marzo, 8/2021, de 4 de junio.

[53] LLOO 1/2015, de 30 de marzo, 8/2021, de 4 de junio.

Todavía la LO 10/2022, de 6 de septiembre, añadirá en el delito de abuso de autoridad discriminatorio, del código penal militar, la discriminación por identidad sexual, género o enfermedad padecida.

[54] LO 1/2015, de 30 de marzo.

en 2021, en las agravantes específicas de prevalimiento de los delitos de agresiones sexuales, abusos y agresiones sexuales a menores, y promoción de la prostitución de menores o discapacitados psíquicos, se incluye una nueva variante de prevalimiento por situación de convivencia[55]. La reforma posterior de 2022, que unifica los delitos de agresiones y abusos sexuales bajo la primera denominación, tiene como efecto que la agravante de prevalimiento por situación de convivencia se extienda a los antes considerados abusos sexuales[56]. Asimismo, en el delito de utilización de menores o discapacitados psíquicos para exhibicionismo o pornografía, se añadió en 2015 en la agravante específica de realización por encargados, de derecho o hecho, del menor o discapacitado, a cualquier otro familiar que conviva con ellos, y en 2021 se amplió a cualquier persona que conviva con ellos.[57]

Un nuevo colectivo comienza a esbozarse, el de los *familiares o allegados*. Así, en 2022 se introduce un nuevo delito de trato degradante cuando alguien, conociendo el paradero del cadáver de una persona, oculta de modo reiterado tal información a familiares o allegados de la misma.[58]

La protección de la *mujer*, en su cualidad de mujer pareja, se sigue reforzando: En 2015 se crea un tipo agravado de colaboración terrorista por conductas de captación de mujeres víctimas de trata destinadas a ser cónyuges, compañeras o esclavas sexuales de terroristas[59], y en 2022 se introduce una agravante específica en los ampliados delitos de agresión sexual, cuando la víctima sea o haya sido esposa o mujer pareja, aun sin convivencia.[60] Y en la mujer pareja se está pensando, sobre todo, cuando en 2015 el nuevo delito de difusión de imágenes íntimas introduce una agravante si la conducta la realiza el cónyuge o la pareja, o cuando en 2023 se crean dos tipos agravados en los delitos contra los animales que les causen lesiones o muerte con el fin de afectar a la libertad o integridad psíquica del cónyuge o pareja, aun sin convivencia[61].

[55] LO 8/2021, de 8 de junio.

[56] También en el caso de las agresiones sexuales a menores. LO 10/2022, de 6 de septiembre.

[57] LLOO 1/2015, de 30 de marzo, 8/2021, de 4 de junio.

[58] LO 14/2022, de 22 de diciembre. Véase además infra nueva definición de violencia de género.

[59] La formulación típica es muy confusa, me limito a referir lo esencial. Por lo demás, la conducta entra en concurso real con el correspondiente delito contra la libertad sexual. LO 2/2015, de 30 de marzo.

[60] La protección reforzada no abarca al hombre cónyuge o pareja, aunque en la semejante agravación en las agresiones sexuales a menores no se hace distinción de sexo. LO 10/2022, de 6 de septiembre.

[61] LLOO 1/2015, de 30 de marzo, 3/2023, de 28 de marzo.

[A]demás, por LO 8/2021, de 4 de junio se amplía el concepto de violencia de género contenido en la LO 1/2004 de Medidas de protección integral, para incluir la violencia ejercida sobre familiares o allegados menores de edad con el objetivo de causar daño o perjuicio a las mujeres, por parte de sus cónyuges o parejas.

Además, una tutela reforzada de la mujer se aprecia en el nuevo delito de acoso para obstaculizar el ejercicio del derecho al aborto por la embarazada,[62] y en el delito de trata de seres humanos cuando se incorpora al tipo agravado de personas especialmente vulnerables a la persona en estado gestacional. También, de manera predominante, con el nuevo delito de interpelar sexualmente a otra persona creándole una situación humillante, hostil o intimidatoria[63], y al agravarse el delito de blanqueo cuando el delito origen sea la prostitución de adultos[64]. No hemos de olvidar igualmente la introducción de la mención al género entre las causas o razones de discriminación en el delito genérico de discriminación, y en los delitos de discriminación en el empleo, denegación de prestación de servicios públicos o actividades profesionales o empresariales, asociaciones ilícitas promotoras de discriminación, odio o violencia, y abuso de autoridad en el ámbito militar.[65]

Quizás sea este el momento para mencionar igualmente otras reformas que, dada la elevada victimización de las mujeres en el ámbito sexual, atienden de forma predominante a su protección: Así, en 2022 se introduce una definición legal de consentimiento sexual que exige que se manifieste libremente mediante actos que, en el contexto concreto, expresen de manera clara la voluntad de la persona. Asimismo, se introduce para todos los delitos sexuales un concurso real con los actos de violencia física o psíquica que se realicen[66]. Y se introduce en 2023 en las agresiones sexuales un concurso de leyes por alternatividad, es decir, optando por el precepto legal que prevea la pena más grave, cuando se hayan considerado para la concurrencia de los tipos básico, atenuado

[62] LO 4/2022, de 12 de abril.

[63] LO 10/2022, de 6 de septiembre.

[64] LO 6/2021, de 28 de abril.

Con todo, el castigo del rufianismo o proxenetismo consentidos por la persona prostituida, vigente desde 2003, experimenta una reducción de su ámbito típico en 2015. LO 1/2015, de 30 de marzo.

[65] Véase supra subapartado de colectivos discriminados.

Cabe mencionar igualmente la creación, propiamente innecesaria pero aparentemente condicionada por obligaciones internacionales, en 2015 del delito de matrimonio forzado y de forzar mediante violencia, intimidación grave o engaño a abandonar territorio español o no regresar a él, ciertamente centrado en mujeres víctimas; así como la inclusión, entre las finalidades que dan lugar al delito de trata, de la de celebrar matrimonios forzados. LO 1/2015, de 30 de marzo. Sobre los efectos estigmatizadores de ciertas minorías culturales que la innecesaria tipificación de este delito y el de mutilación genital puede producir, véase por todos Cisneros Ávila, F., «Violencia de género y diversidad cultural: el ejemplo de los matrimonios forzados», *Revista penal,* n. 42, 2018, pp. 44-49, 53. En contra, por todos, Sánchez Tomás, J. M., «Matrimonio forzado», en Álvarez García (dr.): *Tratado de derecho penal español. Parte especial, I*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 828-829.

[66] En el nuevo código penal ese concurso real se preveía exclusivamente en la circunstancia específica de agravación de las agresiones sexuales en que se usaban armas o medios peligrosos, y solo respecto a muerte y ciertas lesiones específicas causadas. LO 10/2022, de 6 de septiembre.

o agravado, y para el tipo que regula las circunstancias específicas de agravación, las mismas circunstancias[67].

Por otro lado, el reconocimiento del ejercicio de la libertad individual de la mujer en la práctica del aborto es objeto inicialmente de recorte en 2015, cuando se deroga la validez del consentimiento de las embarazadas de 16 a 17 años, que pasan a precisar en todo caso el consentimiento expreso de sus representantes legales[68]. La situación se revierte en 2023 cuando se reconoce la validez del consentimiento de las menores de 16 y 17 años en todos los casos, sin necesidad del consentimiento concurrente de, o de la información a, sus representantes legales[69]. Además, se elimina la obligatoriedad de la previa información a la embarazada sobre derechos, prestaciones y ayudas de apoyo a la maternidad[70].

A estas alturas de la evolución legislativa podemos hablar de que ya ha surgido un nuevo colectivo identitario, constituido por el *colectivo LGTBI*. Las primeras referencias a la discriminación por orientación sexual surgieron ya con el nuevo código penal, como ya se ha indicado[71], pero en este periodo se añade la discriminación por la identidad sexual, que se añade a la motivada por orientación sexual, en el delito genérico de discriminación, y en los delitos de discriminación en el empleo, negación de prestación de servicios públicos o actividades empresariales o profesionales, asociaciones ilícitas promotoras de discriminación, odio o violencia, y abuso de autoridad en el ámbito militar. [72]

La tutela reforzada de los *menores*, con frecuencia acompañada de los *discapacitados psíquicos*[73], experimenta un aluvión de modificaciones legales en este periodo. A efectos analíticos vamos a diferenciar entre las decisiones legislativas relacionadas con delitos sexuales, y las restantes.

- En el ámbito de los delitos sexuales nos encontramos ante todo con delitos de nueva factura protectores de menores. Así, en 2015 se crea un delito de embaucamiento

[67] Lo que rige para delitos contra adultos o contra menores de 16 años. LO 4/2023 de 27 de abril.

[68] LO 1/2015, de 30 de marzo.

[69] Tampoco se excluye la validez del consentimiento de las embarazadas con edad inferior a 16 años si son capaces intelectual y emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. L 41/2002 de 14 de noviembre en relación con LO 1/2023, de 28 de febrero.

[70] LO 1/2023, de 28 de febrero.

[71] Véase las referencias a los colectivos discriminados en apartado III.2.

[72] LLOO 8/2021, de 4 de junio, 10/2022, de 6 de septiembre.

[73] Incluyo en este concepto, por razones de claridad expositiva, tanto a los discapacitados necesitados de especial protección, como a las personas especialmente vulnerables por razón de su discapacidad. Es cierto que, en este último concepto, podrían incluirse también a discapacitados físicos en determinados contextos. Véase al respecto Tapia Ballesteros, P., «La especial vulnerabilidad de la víctima por razón de la discapacidad o enfermedad», en Moya Guillén (dr): *La protección de las víctimas especialmente vulnerables. Aspectos penales, procesales y político-criminales,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 215.

de menores relacionado con pornografía, diferenciado del delito de acercamiento sexual a menores,[74] en 2021 se crea el delito de promoción de la comisión de delitos sexuales afectantes a menores o discapacitados psíquicos a través de contenidos difundidos públicamente mediante tecnologías de información o comunicación,[75] y un año más tarde se crea un tipo específico de acoso sexual en centros de protección y reforma de menores, el cual, además, entra en concurso real con el delito de solicitud sexual de funcionarios.[76]

Asimismo, se amplían tipos básicos ya existentes: El delito de corrupción de menores se autonomiza, y se expande en dos ocasiones, acabando por abarcar el mero hacer presenciar a menor de 16 años actos de carácter sexual[77]; el de conductas referidas a espectáculos exhibicionistas o material pornográfico con menores, además de ampliar las conductas típicas, precisa que es pornografía infantil representar conductas sexuales simuladas con, u órganos sexuales de, menores de 18 años, reales o aparentes;[78] el delito de prostitución de menores y discapacitados psíquicos pasa a abarcar también cualquier forma de explotación sexual.[79]

Prolifera la creación de tipos agravados o circunstancias específicas de agravación si la víctima es un menor: Ambas técnicas concurren de manera muy marcada en 2015 con el delito de prostitución y explotación sexual de menores[80]. En 2021 el delito de utilización de menores para exhibicionismo o pornografía incorpora una agravación adicional a la de ser menor de 16 años, si es menor de 18 años en situación de especial vulnerabilidad, y amplía la agravación por empleo de violencia física o sexual[81]. Lo mismo sucede en 2022 con los delitos de agresión sexual a menores: El anterior tipo agravado fundado en el uso de violencia o intimidación abarca ahora cualquier otra modalidad comisiva de las mencionadas en las agresiones sexuales de adultos[82], y se amplía notablemente el número y extensión de las circunstancias específicas de agrava-

[74] LO 1/2015, de 30 de marzo.

[75] También se incluye la promoción del delito de prostitución de adultos.

[76] LLOO 8/2021, de 4 de junio, 10/2022, de 6 de septiembre.

[77] Se agrava si lo que se hace presenciar es cualquier delito contra la libertad sexual. LLOO 1/2015, de 30 de marzo, 10/2022, de 6 de septiembre.

[78] La representación de los órganos sexuales no tiene por qué ser con fines exclusivamente sexuales, y, si el que aparenta ser menor no lo es, no se da el tipo. LO 1/2015, de 30 de marzo.

[79] LO 1/2015, de 30 de marzo.

[80] El tipo agravado distingue entre uso de violencia o intimidación con menores de 16 o de 18 años. LO 1/2015, de 30 de marzo.

[81] LO 8/2021, de 4 de junio.

[82] Si bien puede rebajarse a pena inferior en grado en los casos no violentos ni intimidatorios si no concurren circunstancias específicas de agravación. La LO 4/2023, de 27 de abril, aclara que esa rebaja se extiende también al tipo básico, pero añade la excepción de que la víctima tenga la voluntad anulada.

ción[83]. También el tipo agravado de prevalimiento del delito de acoso sexual incorpora a personas sujetas a guarda o custodia.[84]

Todas las modificaciones anteriores deben entenderse sabiendo que en 2015 se eleva la edad del consentimiento para cualquier acto sexual de los 13 a los 16 años. La nueva cláusula de excepción, que posibilita la validez del consentimiento de un menor de 16 años si su contraparte es próxima en edad y desarrollo o madurez, es en 2021 restringida al especificar que el desarrollo o madurez ha de ser tanto psicológico como físico[85]. En la misma dirección, en el delito de prostitución de menores el límite específico de edad que abre paso a agravaciones ya existentes o nuevas se eleva de 13 a 16 años[86].

- Pero la protección reforzada de los menores y, eventualmente, discapacitados psíquicos no se limita a los delitos sexuales. Como en el apartado anterior, se crean nuevos delitos que específicamente protegen a integrantes de ambos colectivos: Los de promover o incitar al suicidio o a autolesiones a través de contenidos distribuidos o difundidos mediante tecnologías de información o comunicación, y el de promover o facilitar el consumo de sustancias o utilización de técnicas de ingestión o eliminación de alimentos peligrosos para la salud por los medios ya citados[87].

De nuevo, abundan las nuevas agravaciones por ser víctima un menor o discapacitado psíquico[88], y la mera presencia de un menor agrava las conductas delictivas de maltrato animal[89]. Además, determinadas agravaciones por ser la víctima menor elevan la edad del menor protegido.[90] Por último, un buen número de previsiones legales agra-

[83] Una nueva ampliación, de menor entidad, tiene lugar por LO 4/2023, de 27 de abril.

[84] LO 10/2022, de 6 de septiembre.

[85] LLOO 1/2015, de 30 de marzo, 8/2021, de 4 de junio.

[86] LO 1/2015, de 30 de marzo.

[87] LO 8/2021, de 4 de junio. Incluso podría incluirse el de emplear a menores que carezcan de permiso de trabajo —LO 1/2015, de 30 de marzo—, o la introducción de la causa discriminatoria por edad en los delitos de discriminación en el empleo, negativa a prestar servicios públicos o prestaciones profesionales o empresariales, y asociaciones ilícitas —LO 8/2021, de 4 de junio—. Véase asimismo supra la modificación del concepto de violencia de género en 2021.

[88] Para menores, en delitos de homicidio y asesinato. sospecha de detención y secuestro, nuevos delitos de matrimonio forzado y de difusión de imágenes íntimas, delitos de medicamentos —LO 1/2015, de 30 de marzo—; delito de colaboración terrorista por captación o adiestramiento de menores o discapacitados psíquicos —LO 2/2015, de 30 de marzo—; tráfico de órganos —LO 1/2019, de 20 de febrero—; blanqueo de capitales cuyo delito origen sea la prostitución o explotación sexual de menores o discapacitados psíquicos —LO 6/2021, de 28 de abril—; nueva modalidad de acecho mediante utilización de imágenes de otro en cualquier medio de difusión pública —LO 1/2023, de 28 de febrero—. Para discapacitados psíquicos, en todos los supuestos precedentes salvo delitos de homicidio y asesinato; además, en la modalidad de acecho mencionada se incluye a cualquier discapacitado.

[89] LLOO 1/2015, de 30 de marzo, 3/2023, de 28 de marzo.

[90] En delito de lesiones, de 12 a 14 años, en delito de hurto, de 13 a 16 años. Respectivamente, LLOO 8/2021, de 4 de junio, 1/2015, de 30 de marzo.

vatorias se fundan en la especial vulnerabilidad por razón de la edad, lo que incluye también a la minoría de edad.[91]

Aún conviene aludir a una serie de previsiones legales que facilitan la persecución de los delitos que afectan a menores o discapacitados psíquicos: Los delitos semiprivados de descubrimiento y revelación de secretos pasan a ser perseguibles de oficio si la víctima es menor de edad o discapacitado psíquico, y se elimina la posibilidad del perdón de menores de edad o discapacitados psíquicos en todo caso, aun formulado por sus representantes legales bajo control judicial, si el delito afecta a bienes eminentemente personales.[92] La ya vigente posposición del inicio del cómputo del plazo de prescripción de delitos cuando la víctima sea un menor, hasta el momento en que adquiera la mayoría de edad o fallezca, se extiende también a los delitos contra las relaciones familiares, y, además, en ciertos delitos el inicio se pospone hasta que la víctima menor haya cumplido los 35 años.[93]

En 2015 se sustituye la definición legal de incapaz por las de discapacidad y de persona con discapacidad necesitada de especial protección, concepto este último que se identifica sustancialmente con la discapacidad psíquica. La tutela reforzada de los ahora *discapacitados*, singularmente los *discapacitados psíquicos*, se manifiesta intensamente en este periodo. Ante todo, nos remitimos a los supuestos de párrafos anteriores en que mencionábamos que gozaban de la misma protección reforzada que los menores.

Además, en relación con los delitos sexuales, se amplía la punición de conductas referidas a espectáculos exhibicionistas o material pornográfico con discapacitados psíquicos, y se precisa que es pornografía punible representar conductas sexuales simuladas con, u órganos sexuales de, discapacitados psíquicos; se amplían circunstancias específicas agravantes en prostitución de integrantes de ese mismo colectivo[94]; y el tipo agravado de prevalimiento en acoso sexual se extiende a personas sometidas a guarda o custodia[95].

A todo lo anterior hay que añadir las frecuentes previsiones agravatorias por especial vulnerabilidad vinculadas a la discapacidad,[96] así como la excepción de la eximente de parentesco en los delitos contra el patrimonio si se abusa de la vulnerabilidad de la víctima por tener discapacidad. [97]

[91] Véase infra el colectivo de ancianos o edad avanzada, donde se mencionan todas las referencias a vulnerabilidad por edad.

[92] LO 8/2021, de 4 de junio.

[93] LO 8/2021, de 4 de junio.

[94] LO 1/2015, de 30 de marzo.

[95] LO 10/2022, de 6 de septiembre.

[96] Que no tiene por qué ser psíquica, aunque la incluye. En delitos de homicidio y asesinato, prostitución —LO 1/2015, de 30 de marzo—, tráfico de órganos —LO 1/2019, de 20 de febrero—, acecho, acoso sexual —LO 10/2022, de 6 de septiembre—.

[97] LO 1/2015, de 30 de marzo.

Por lo que se refiere a la esterilización de incapaces, luego discapacitados psíquicos, mediante autorización judicial a instancia de su representante legal, en 2015 se restringe tal permiso justificante introduciendo menciones expresas adicionales a la concurrencia de un conflicto grave de bienes jurídicos y al mayor interés del afectado, y formulando ciertas precisiones procesales.[98] En 2020 se deroga la posibilidad de practicar esterilizaciones a discapacitados, en cualquier caso.[99]

Un nuevo colectivo vulnerable que singularizar es el de las personas de edad avanzada o *ancianos*. Es cierto que en ningún lugar se les menciona como tales, hablándose únicamente de la edad, por lo que podría pensarse que este término es una nueva forma de referirse a un colectivo ya tan sobreprotegido como el de los menores. Ese argumento se refuerza porque las primeras menciones a la vulnerabilidad por razones de edad surgen con el nuevo código penal en el ámbito de los delitos sexuales, y allí se mantienen hasta el periodo en que nos encontramos[100]. Sin embargo, conviene recordar que la tutela reforzada de los menores se suele hacer de forma expresa y que, además, desde que en 2010 se crea un capítulo específico para las agresiones y abusos sexuales a menores, las menciones a la vulnerabilidad por edad en las agresiones y abusos sexuales genéricos no pueden ir referidas a los menores; por si fuera poco, existen previsiones legales en que la mención a la edad convive con la del menor. [101] Por tanto, el término edad va más allá de los menores, abarcando prioritaria, aunque no exclusivamente, a los ancianos.

Pues bien, en este periodo se incrementan los supuestos en que la especial vulnerabilidad por razón de la edad tiene efectos agravatorios [102] y, además, el abuso de la vulnerabilidad de la víctima por razón de edad constituye una excepción de la eximente de parentesco en los delitos contra el patrimonio.[103] Asimismo, en 2021 se introducen

[98] Además, ya no se refiere al incapaz sino a persona que de forma permanente no pueda prestar en modo alguno el consentimiento. LO 1/2015, de 30 de marzo, con inclusión, además, de Disposición adicional 1.ª

[99] LO 2/2020, de 16 de diciembre. Véase supra apartado III.1 sobre los motivos que fundaron la decisión de autorizar judicialmente la esterilización de personas incapaces psíquicas previa exploración, luego examen por el juez, de la persona afectada. El preámbulo de la LO 2/2020, además de vincularse a obligaciones internacionales, insiste en calificar todos los casos de esterilización realizados de acuerdo con la citada previsión legal, como forzosos o no consentidos.

[100] Véanse referencias supra en apartados III.2 y IV.

[101] Así, arts. 140.1, 156 bis 4.b. Véase también Sánchez-Moraleda Vilches, N. «Mayores vulnerables y Derecho penal: una aproximación a la circunstancia agravante de especial vulnerabilidad por razón de la (avanzada) edad», en Moya Guillén (dr.): *La protección de las víctimas especialmente vulnerables. Aspectos penales, procesales y político-criminales,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2023,, p. 179.

Se refieren exclusivamente a la minoría de edad el art. 181.5.c y, en buena parte, el art. 188.3.

[102] Delitos de homicidio, asesinato, acecho —LO 1/2015, de 30 de marzo—, tráfico de órganos —LO 1/2019—.

[103] LO 1/2015, de 30 de marzo.

referencias a la edad de la víctima en los delitos de discriminación en el empleo, de negación de prestación de servicios públicos o de actividades profesionales o empresariales, y en el de asociaciones ilícitas promotoras de discriminación, odio o violencia.[104]

Con todo, la promulgación en 2021 de una comprensiva ley reguladora de la eutanasia tiene especial incidencia en este colectivo. Por ella se reconoce a sus integrantes el derecho y la capacidad para tomar decisiones individuales de la mayor transcendencia sin depender de tutelas ajenas, identitarias o estatales, si concurren determinadas condiciones sanitarias.[105]

El colectivo de las *personas traficadas* mantiene su presencia, con algunas reformas que expanden su tutela reforzada: En 2015, el delito de trata de seres humanos amplía las conductas del tipo básico, así como los fines que han de guiar tales comportamientos.[106] A su vez, el delito de blanqueo de capitales se agrava cuando el delito origen sea la trata de seres humanos.[107] Y las víctimas integrantes de un colectivo cuya ausencia entre los sometidos a protección reforzada venía llamando la atención, el de los *extranjeros irregulares*, hacen una tímida aparición: Se crea un tipo específico de acoso sexual en centros de internamiento de extranjeros, que entra en concurso real con la correspondiente nueva modalidad del delito de solicitud sexual de funcionarios[108]

El colectivo de *pobres*, también excluidos sociales, consolida, aunque de manera ambigua su presencia: En 2021, en los delitos de discriminación en el empleo, denegación de prestación de servicios públicos o actividades profesionales o empresariales y asociaciones ilícitas promotoras de discriminación, odio o violencia se incluye entre las razones discriminatorias la aporofobia y la exclusión social, y la primera de esas razones se incluye en el delito genérico de discriminación en 2022.[109]

Sin embargo, en 2015 se restringe y endurece la regulación atenuada, creada en 2010, referida a la punición de la venta o distribución callejeras de obras o productos sometidos a derechos de propiedad intelectual o industrial[110], y en 2022 se extiende a todo el Título

[104] LO 8/2021, de 4 de junio.

[105] LO 3/2021, de 24 de marzo.

[106] Lo que conlleva reducciones en el ámbito típico de los delitos de inmigración ilegal. Además, como ya hemos señalado supra, se incluye a la persona en estado gestacional entre las personas vulnerables del tipo agravado, y se crea un delito de colaboración terrorista por conductas de captación de mujeres víctimas de trata.

[107] LO 1/2015, de 30 de marzo.

[108] LO 10/2022, de 6 de septiembre.

[109] LLOO 8/2021, de 4 de junio, 6/2022, de 12 de julio.

[110] Supuesto también especialmente afectante a los extranjeros irregulares. LO 1/2015, de 30 de marzo, que reforma la LO 5/2010, de 22 de junio.

de los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico un tipo agravado de multirreincidencia de delitos leves por montante inferior, pero acumulado superior, de 400 €.[111]

VI. Recapitulación

La panorámica obtenida tras el análisis precedente es reveladora. Al comienzo del largo trecho temporal estudiado, y sin perjuicio de las decisiones políticocriminales que se toman[112], las únicas personas que gozaban de protección reforzada por pertenecer a colectivos vulnerables eran los menores de edad, los discapacitados psíquicos y, en menor medida, las mujeres. Ya en el segundo periodo se incluyen nuevos ciudadanos integrantes de colectivos vulnerables, los domésticos y los sometidos a discriminación. El número de los colectivos discriminados se incrementa en el nuevo código penal, además de realizarse una mención expresa al colectivo judío. En el periodo subsiguiente, además de modificarse o incrementarse las personas con tutela reforzada por pertenecer a colectivos discriminados o al ámbito doméstico, se añaden las personas traficadas, y la mujer pareja, alusiva a una especial condición de la mujer. El último periodo registra un incremento significativo de personas vulnerables debido a su pertenencia a ciertos colectivos: Se siguen ampliando las personas integradas en el ámbito doméstico y las discriminadas, entre las que se identifica expresamente a los gitanos; se incluyen discapacitados no psíquicos; y se añaden familiares y allegados, personas con alguna de las características del colectivo LGTBI, ancianos, pobres y migrantes.

En consecuencia, el código penal dispensa en estos momentos tutela reforzada a ciudadanos que se consideran vulnerables por poseer cualidades propias de once colectivos identitarios, que se transforman en quince si aceptamos determinadas especificaciones de algunos de ellos[113].

El análisis en términos políticocriminales de esa realidad legislativa es una tarea urgente por emprender. De ello me he ocupado en otro estudio[114].

[111] Que supera ampliamente una regulación precedente introducida por LO 11/2003, de 29 de septiembre, y vigente, con diferente amplitud, hasta 2015, para la multirreincidencia en faltas de hurto. LO 9/2022, de 28 de julio.

[112] Ya las hemos descrito supra.

[113] Dejo fuera ulteriores subdivisiones, por ejemplo, dentro del colectivo discriminado o del colectivo LGTBI, que incrementarían notablemente el número de los colectivos.

Tampoco he contemplado en momento alguno, por considerarlo más propiamente una condición transitoria que puede afectar a cualquier persona, las referencias a los enfermos, que equiparo a otras referencias a una situación o circunstancia especial, que ya justifiqué su exclusión en un trabajo anterior —véase Díez Ripollés, 2024, pp. 5-9—.

Por lo demás, de la Mata Barranco, 2022, pp. 83-84 ha identificado hasta la LO 8/2021, de 4 de junio, sesenta términos o expresiones distintos alusivos a situaciones diferenciales de la víctima.

[114] Véase Díez Ripollés, 2024, pp. 1-9, 27-42.

13

CONCURSO MEDIAL Y DETERMINACIÓN DE LA PENA PARA PERSONAS JURÍDICAS[*]

PATRICIA FARALDO CABANA[**]
Catedrática de Derecho Penal Universidade da Coruña

SUMARIO: I. INTRODUCCION. II. LA REGLA PENOLÓGICA. II.1. LA REGULACIÓN LEGAL. II.2. Dificultades de aplicación. II.2.1. *Hay que elegir la «infracción más grave», pero todas las penas para personas jurídicas son graves.* II.2.2. *Hay que tener en cuenta la infracción más grave «en el caso concreto»: ¿con circunstancias modificativas? ¿Cuáles?* II.2.3. *Los factores de individualización judicial no están pensados para personas jurídicas.* II.2.4. *«La pena impuesta no podrá exceder del límite de duración previsto en el artículo anterior», pero ¿el art. 76 es aplicable a penas no privativas de libertad?* III. CONCLUSIONES. IV. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El concurso medial de delitos es una clase de concurso de infracciones que, tradicionalmente, ha recibido el mismo tratamiento punitivo que el concurso ideal de delitos, en atención a la conexión teleológica entre las infracciones concurrentes. En efecto, desde el Código Penal de 1848 y hasta la entrada en vigor de la Ley Orgánica (en adelante, LO) 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23

[*] El presente trabajo se enmarca dentro de la Ayuda para la consolidación y estructuración de unidades de investigación competitivas del Sistema universitario de Galicia, modalidad de grupos de referencia competitiva (ED431C 2019/18), financiada por las Consellerías de Educación, Universidad y Formación Profesional y de Economía, Empleo e Industria de la Xunta de Galicia, liderada por mí. En parte está basado en dos capítulos de libro, uno publicado en el Libro homenaje a Mercedes Alonso Álamo y otro en el manual de Derecho Penal dirigido por Esteban Mestre, que analizan respectivamente la determinación de la pena para personas físicas en el concurso medial de delitos y la unidad y pluralidad de delitos, este último en colaboración con Luz María Puente Aba.

[**] Estas líneas se dedican a Carlos María Romeo Casabona, a quien todavía hoy agradezco el esfuerzo que tuvo que dedicar a encontrar las palabras justas para mediar y conseguir que fuera un éxito el coloquio preparatorio de la Sección I del Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Derecho Penal, celebrado los días 5 a 8 de septiembre de 2007 en A Coruña.

de noviembre, del Código Penal, prácticamente siempre se siguió la regla de aplicar la pena del delito más grave en su grado máximo, esto es, el sistema de absorción con agravación, con el límite impuesto por la suma de las penas correspondientes a cada uno de los delitos concurrentes[1], con distintas variantes. En 2015, se optó por una regulación distinta, de acuerdo con la cual se ha de imponer en el concurso medial una pena superior a la que habría correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave, pero que no podrá exceder de la suma de las penas concretas que hubieran sido impuestas separadamente por cada uno de los delitos, sin que pueda exceder de la que corresponde imponer por el concurso real. A pesar de su aparente simplicidad, esta regla plantea numerosas dudas en su aplicación, dudas que se multiplican cuando el responsable de los delitos concurrentes es una persona jurídica. En este trabajo nos centramos en el estudio de las dificultades que genera la interpretación de la nueva regla penológica en su aplicación a los concursos mediales de delitos de los que son responsables las personas jurídicas, explicando las distintas posiciones adoptadas por doctrina y jurisprudencia. Nuestro objetivo es clarificar cómo se ha de determinar la pena en estos casos.

II. La regla penológica

II.1. La regulación legal

El art. 77.1 del Código Penal de 1995 (en adelante, CP), tras la reforma de la LO 1/2015, señala que «lo dispuesto en los dos artículos anteriores [que regulan la acumulación sucesiva de las penas no susceptibles de cumplimiento simultáneo en el concurso real] no es aplicable en el caso de que un solo hecho constituya dos o más delitos, o cuando uno de ellos sea medio necesario para cometer el otro». En cuanto a la determinación de la pena, el art. 77.3 CP dispone que en el concurso medial «se impondrá una pena superior a la que habría correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave, y que no podrá exceder de la suma de las penas concretas que hubieran sido impuestas separadamente por cada uno de los delitos. Dentro de estos límites, el juez o tribunal individualizará la pena conforme a los criterios expresados en el artículo 66. En todo caso, la pena impuesta no podrá exceder del límite de duración previsto en el artículo anterior».

El «artículo anterior» es el 76 CP, que recoge los límites de cumplimiento máximo efectivo de la condena en los casos de acumulación material de las penas por el concurso real de delitos, esto es, «el triple del tiempo por el que se le imponga la más grave de las

[1] Así, arts. 77 del Código Penal de 1848, 77 del Código Penal de 1850, 90 del Código Penal de 1870, en su redacción dada por Ley de 3 de enero de 1908, 75 del Código Penal de 1932, 71 del Código Penal de 1944/73 y 77.2 del Código Penal de 1995 hasta la reforma de 2015. El art. 164 del Código Penal de 1928 siguió, como en otros aspectos, un régimen singular.

penas en que haya incurrido, declarando extinguidas las que procedan desde que las ya impuestas cubran dicho máximo, que no podrá exceder de 20 años. Excepcionalmente, este límite máximo será:

a) De 25 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión de hasta 20 años.

b) De 30 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión superior a 20 años.

c) De 40 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y, al menos, dos de ellos estén castigados por la ley con pena de prisión superior a 20 años.

d) De 40 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión superior a 20 años.

e) Cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y, al menos, uno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión permanente revisable, se estará a lo dispuesto en los artículos 92 y 78 bis».

No hay reglas distintas para el concurso medial de delitos de los que sea responsable una persona jurídica. Ello obliga a adaptar las existentes para las personas físicas, teniendo en cuenta las peculiaridades de las penas previstas para estos entes colectivos[2]. En esta labor, como veremos, ayuda poco la jurisprudencia, puesto que los tribunales no suelen detenerse a explicar cómo han resuelto los concursos de delitos de los que son responsables las personas jurídicas, a lo que se suma que algunos han optado por sortear el problema partiendo, sin más, de la pena impuesta en el concurso de delitos a la persona física para fijar el marco penal de la multa impuesta a la persona jurídica[3].

II.2. **Dificultades de aplicación**

II.2.1. ***Hay que elegir la «infracción más grave», pero todas las penas para personas jurídicas son graves***

En primer lugar, es necesario precisar cuál es la infracción más grave. Aunque el art. 77.3 CP se refiere a la «infracción más grave» y no a la pena más grave, debe entenderse que la «infracción más grave» es la que esté castigada con la pena más grave.

[2] En contra, Del Moral García, A., «Regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal Español», en A. J. Pérez-Cruz Martín (dir.), *Proceso penal y responsabilidad de personas jurídicas*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, p. 72.

[3] *Cfr.* SAN 14/2020 de 6 de octubre, caso Pescanova, y SAP de Navarra 192/2019 de 30 de septiembre. *Vid.* los inconvenientes de esta posición en Fuentes Osorio, J. L., «Simultáneas y acumuladas. La determinación de las penas de las personas jurídicas en 5 concurso de delitos», *Cuadernos de Política Criminal*, Núm.138, 2022, p. 75.

La regla general, tratándose de personas físicas, es que, siendo penas homogéneas, se acuda, como punto de partida, a la duración, calificando de «más grave» la infracción que prevea la pena de más larga duración[4]. Tratándose de multas proporcionales, que no tienen duración, sino factor multiplicador, habrá que esperar a concretar el quantum inicial de la pena (el perjuicio causado, la cantidad defraudada, el valor de los bienes objeto del delito, etc.) para saber cuál es la más grave. Siendo todas penas de igual gravedad, cabe optar por cualquiera de ellas. En el caso de que los delitos concurrentes estén castigados con penas heterogéneas (por ej., uno con multa y otro con una pena de inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con entes, organismos o entidades que formen parte del sector público y para gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social, como ocurre con el delito de cohecho del art. 424 CP), hay que determinar cuál es, en el caso concreto, la infracción más grave.

Tratándose de delitos cometidos por personas físicas, a estos efectos hay que partir de la infracción que lleve aparejada la pena más grave de conformidad con el art. 33 CP, que distingue entre penas graves, menos graves y leves por su naturaleza y duración[5]. Ahora bien, todas las penas aplicables a las personas jurídicas tienen la consideración de graves (art. 33.7 CP), lo que supone que la gravedad de la pena y, por tanto, también la del delito, es independiente de la naturaleza y duración de las penas. Además, dentro de cada una de estas categorías —penas graves, menos graves y leves—, la escala del art. 33 CP es meramente enumerativa[6], es decir, no constituye una seriación de penas según el orden de su respectiva gravedad, como existió en su día (*Vid.* el art. 70 CP 1944/73). Ello dificulta la determinación de cuál es la pena más grave. Se hace necesario acudir a criterios como la intensidad de los efectos sobre la persona condenada y la duración. Teniendo en cuenta que la disolución es una pena perpetua que supone la desaparición de la persona jurídica, puede ser considerada la más grave[7]. Las restantes penas, excepto la multa, son privativas de derechos. Entre ellas es posible realizar distinciones por su duración. En efecto, algunas se pueden imponer con una duración de hasta 15 años

[4] Obregón García, A., «La reforma de la penalidad del concurso medial regulada en el artículo 77.3 del Código Penal», en M. Bustos Rubio, *et al.* (dirs.), *Una década de reformas penales: análisis de diez años de cambios en el Código Penal (2010-2020)*, Bosch, Barcelona, 2020, p. 133.

[5] Muñoz Conde, F./ García Arán, M., *Derecho Penal. Parte General*, 11.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 514.

[6] En otro caso no se comprendería que, por ejemplo, tratándose de personas físicas, la privación de la patria potestad, siendo una pena grave y de carácter perpetuo, se valorara como de menor gravedad que la privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos por tiempo superior a cinco años, que también es pena grave, pero temporal.

[7] Tanto que un sector doctrinal afirma que la aplicación de la pena de disolución hace innecesario el planteamiento de un concurso. *Cfr.* León Alapont, J., *La responsabilidad penal de los partidos políticos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 218; Roca de Agapito, L., «Sanciones penales a entes colectivos», en L. Roca de Agapito (dir.), *Las consecuencias jurídicas del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 201.

o con carácter permanente: son las penas de prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito y de inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social. La prohibición de realizar en el futuro ciertas actividades podrá imponerse con duración superior a cinco años (y necesariamente inferior a quince, según señala el art. 33.7 e) o con carácter permanente en caso de multirreincidencia o cuando la persona jurídica haya sido utilizada instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales. Cuando se haya utilizado a la persona jurídica para la comisión de ilícitos penales el juez o tribunal puede elegir cualquier duración con el límite máximo de quince años, e incluso imponer la pena con carácter permanente. Por su parte, en caso de multirreincidencia también puede optar entre la duración superior a cinco años e inferior a quince y la imposición con carácter permanente. La inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, etc., también podrá imponerse con duración superior a cinco años (y necesariamente inferior a quince, según señala el art. 33.7 f) CP en caso de multirreincidencia o cuando la persona jurídica haya sido utilizada instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales. Tratándose de delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social no es necesario que la persona jurídica sea multirreincidente o haya sido utilizada como instrumento para la comisión de delitos para superar los cinco años de duración. Las demás penas privativas de derechos pueden alcanzar una duración máxima de cinco años.

Por tanto, cabe pensar que la pena más grave es la disolución, seguida por la prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito y la inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, estas dos al mismo nivel. En un tercer escalón de gravedad se encontrarían las demás penas privativas de derechos. Dentro del mismo escalón, siendo penas homogéneas, se ha propuesto acudir al límite superior del marco penal. Si ambos coinciden, se elegiría la pena con el límite inferior más elevado. Si coinciden, se podría elegir cualquiera de las penas[8]. Ahora bien, esta propuesta no tiene en cuenta que, salvo para la multa, en la mayoría de los casos no se prevé un marco penal concreto en la parte especial, limitándose los respectivos preceptos[9] a indicar que, «atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán

[8] Fuentes Osorio, J. L., «Simultáneas…, ob. cit., p. 89, del mismo autor, *Sistema de determinación de las penas impuestas a las personas jurídicas*, Bosch, Barcelona, 2023, p. 273, adaptando la propuesta de Vizueta Fernández, J., «Determinación de la pena en los concursos ideal y medial de delitos en el código penal español», *Revista General de Derecho Penal*, Núm.35, 2021, p. 32, para las penas de las personas físicas.

[9] Arts. 156 bis, 173, 177 bis, 184, 189 ter, 197 quinquies, 251 bis, 258 ter, 261 bis, 264 quater, 288, 318 bis, 319, 328, 340 quater, 343, 348, 366, 369, 386, 399 bis, 427 bis, 430, 435, 510 bis y 580 bis CP.

asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33». Solo excepcionalmente se prevén marcos penales con un límite superior e inferior. Por ej., el art. 310 bis CP dispone que, «Además de las señaladas [multas], se impondrá a la persona jurídica responsable la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de tres a seis años. Podrá imponerse la prohibición para contratar con las Administraciones Públicas». Por su parte, el art. 3.3 a) de la LO 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando señala que, «a) En todos los casos, [se impondrá] multa proporcional del duplo al cuádruplo del valor de los bienes, mercancías, géneros o efectos objeto del contrabando, y prohibición de obtener subvenciones y ayudas públicas para contratar con las Administraciones públicas y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social por un plazo de entre uno y tres años». Además, el art. 3.3 b) de la misma Ley Orgánica indica que, «Adicionalmente, en los supuestos previstos en el artículo 2.2, [se impondrá] suspensión por un plazo de entre seis meses y dos años de las actividades de importación, exportación o comercio de la categoría de bienes, mercancías, géneros o efectos objeto del contrabando; en los supuestos previstos en el artículo 2.3, clausura de los locales o establecimientos en los que se realice el comercio de los mismos».

Cuando se produzca la indeterminación de la duración, se hace necesario utilizar el criterio de la intensidad de los efectos sobre la persona condenada[10]. Por ej., cabría pensar que una intervención judicial que suponga la remoción de los administradores es más aflictiva que un cierre de un establecimiento, teniendo la empresa otros a su disposición. Ello obliga a estar al caso concreto. En caso de duda, es recomendable oír al reo, aplicando por analogía lo dispuesto en el art. 2 CP para la aplicación retroactiva de las disposiciones favorables.

¿Dónde encaja la multa en esta clasificación de las penas por su gravedad? ¿Es más grave la impuesta por el sistema de días-multa o la proporcional? El art. 52.4 CP, en combinación con los preceptos de la parte especial que establecen la responsabilidad penal de las personas jurídicas por delitos concretos, permite establecer equivalencias entre estas, de forma que, según Ortiz de Urbina Gimeno y Fuentes Osorio[11],

[10] En otro sentido, Fuentes Osorio, J. L., «Simultáneas…, ob. cit., p. 90, según el cual «se tendría que elegir la más grave según su extensión», a lo que cabe oponer que no se suele fijar la extensión, como se ha visto.

[11] Fuentes Osorio, J. L., «Juntos, pero no revueltos. La pena de referencia de la persona física en el modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Cuadernos de Política Criminal*, Núm. 133, 2021, pp. 70 ss.; Ortiz de Urbina Gimeno, I., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas (sección 1)», en I. Ayala Gómez / Í. Ortiz de Urbina Gimeno (coords.), *Memento penal y económico de la empresa*, Francis Lefebvre, Madrid, 2016, marg. 1582.

- La privación de libertad superior a cinco años equivale a multa proporcional del triple al quíntuple o multa por cuotas de dos a cinco años.
- La privación de libertad de dos a cinco años equivale a multa proporcional del doble al cuádruple o multa por cuotas de uno a tres años.
- La privación de libertad de hasta dos años y todas las penas privativas de derechos equivalen a multa proporcional del doble al triple o multa por cuotas de seis meses a dos años.

De acuerdo con esta clasificación, la multa es, en general, una pena de mayor gravedad que las privativas de derechos, y solo en su escala más baja es de similar gravedad a estas. Teniendo en cuenta la escala anterior, dentro del mismo nivel habrá que considerar más grave la multa que tenga en abstracto un límite superior más elevado.

II.2.2. *Hay que tener en cuenta la infracción más grave «en el caso concreto»: ¿con circunstancias modificativas? ¿Cuáles?*

A la hora de precisar cuál es la infracción más grave no se parte de la pena en abstracto prevista por el Código Penal para el delito de que se trate, sino de la pena concreta, pues, a diferencia de lo que sucedía antes de la reforma[12], así lo exige ahora el tenor literal el art. 77.3 CP. La pena, pues, no es la abstracta prevista por la ley para el delito de que se trate, sino que ha de estar determinada.

Tratándose de personas físicas, esto significa que, en primer lugar, se debe determinar el marco penal abstracto, teniendo en cuenta los tipos cualificados y privilegiados, si los hay. Han de tomarse en consideración, además, tanto los grados de ejecución y de participación (arts. 62 y 63 CP), como el error (art. 14.3 CP)[13] y las circunstancias eximentes incompletas (art. 68 CP). Surge la duda de si hay que tener en cuenta aquí también las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, dada la posterior referencia del art. 77.3 CP a que, dentro del intervalo formado en su límite inferior por una pena superior a la que habría correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave,

[12] Ni el art. 77.2 CP (antes de la reforma de 2015) ni sus precedentes históricos determinaban si la comparación debía hacerse en abstracto o en concreto. La jurisprudencia tradicionalmente se decantó, no sin fluctuaciones, por la comparación en concreto (SSTS 745/2005 de 16 de junio y 513/2006 de 5 de mayo), debiendo el Tribunal «precisar como paso previo cuál sería la pena a imponer a cada delito separadamente considerado en atención a los criterios contenidos en los arts. 61 y ss.» y «determinando el máximo imponible penando separadamente». Ese criterio ya se mantenía en la Consulta 6/1978, de 29 de septiembre, de la Fiscalía, sobre la determinación de la gravedad de las penas a los efectos del párrafo 2 del artículo 71 del Código Penal. Por supuesto, todo ello en relación exclusivamente con las penas de personas físicas.

[13] Solo el error vencible sobre la prohibición, que da lugar a la aplicación de la pena inferior en uno o dos grados, ya que el error invencible, sea de tipo o de prohibición, excluye la responsabilidad criminal, mientras que el error vencible sobre el tipo da lugar a que la infracción sea castigada, en su caso, como imprudente.

y en su límite superior por la suma de las penas concretas que hubieran sido impuestas separadamente por cada uno de los delitos, «el juez o tribunal individualizará la pena conforme a los criterios expresados en el artículo 66». Para el Tribunal Supremo[14], la respuesta es afirmativa: se debe atender a las circunstancias modificativas a la hora de averiguar cuál es la infracción más grave. La Circular 4/2015, de 13 de julio, de la Fiscalía General del Estado, sobre la interpretación de la nueva regla penológica prevista para el concurso medial de delitos, también defiende «la aplicación de todas las reglas del art. 66 CP concernientes al juego de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal de naturaleza común», puntualizando que se ha de atender exclusivamente a las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal concurrentes en el delito más grave, sin entrar a valorar las circunstancias que eventualmente concurran en el otro delito en concurso. En la doctrina, sin embargo, se advierte que tener en cuenta las circunstancias modificativas lleva a una doble valoración de estas, que se tienen en cuenta, primero, para determinar la pena correspondiente en concreto a la infracción más grave, y de nuevo, en un segundo momento, como veremos, para determinar la pena del concurso[15]. Otros autores apuntan que, para no vaciar de contenido la referencia que hace el art. 77.3 CP, no se debe aplicar el efecto de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, sean atenuantes o agravantes, en esta fase, sino más adelante. Proponen, pues, entender que «la pena en el caso concreto es aquella que se obtiene de todas las reglas de individualización (tentativa, complicidad, eximente incompleta, error de prohibición vencible, etc.) excluidas las del art. 66», que se aplicarán después a la pena aplicable al concurso[16]. No se aclara si entonces se aplican las circunstancias modificativas de todas las infracciones concurrentes, de forma que, por ejemplo, una agravante de reincidencia aplicable al delito instrumental, que no es en el caso la infracción más grave, acabaría agravando la pena correspondiente al concurso medial. Por último, no falta quien defienda, «en el momento de determinar las penas concretas previstas para cada uno de los delitos,

[14] SSTS 76/2022 de 27 de enero, 566/2018 de 20 de noviembre, 891/2016 de 25 de noviembre, 863/2015 de 30 de diciembre…

[15] Por ej., Morillas Cueva, L., «Sobre la confusa regla penológica del concurso medial», en J. de Vicente Remesal, *et al.* (dirs.), *Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario. Volumen II*, Reus, Madrid, 2020, p. 1369; Muñoz Conde, F./ García Arán, M., *Derecho Penal*…, ob. cit., p. 515. Díez Ripollés, J. L., *Derecho Penal Español. Parte General en esquemas*, 4.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 762, llega a afirmar que la alusión al art. 66 CP es inaplicable, «por constituir una crasa violación del principio de prohibición del bis in *idem*». García Albero, R., «Art. 77», en G. Quintero Olivares (dir.). *Comentarios al Código Penal Español. Tomo I (Artículos 1 a 233)*, 7.ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2016, pp. 601-605, entiende que esa doble valoración solo es admisible si se trata de circunstancias atenuantes, ya que el principio de prohibición de doble valoración admite excepciones favorables al reo, pero nunca si son agravantes.

[16] Ruiz de Erenchun Arteche, E., *Sistema de Penas, Reglas de Determinación de la Pena y Suspensión de la Ejecución de la Pena. Adaptado a la LO 1/2015, de 30 de marzo*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017, p. 158.

aplicar las reglas del art. 66 (que pueden llevar a la imposición de la pena en la mitad inferior o superior o la pena superior o inferior en grado) y seleccionar siempre el límite mínimo aplicable (igualmente se procedería si no concurren atenuantes ni agravantes)»[17]. No se explica, sin embargo, por qué poner la pena en el límite mínimo evitaría la doble valoración. Si acaso, reduciría los efectos negativos de la doble valoración en caso de circunstancias agravantes, pero habría igualmente doble valoración. Por otra parte, al determinar la pena del delito más grave se deben tener en cuenta la continuidad delictiva y los complejos concursales que puedan existir.

Tratándose de personas jurídicas, la aplicación de esta regla es parcialmente distinta. Hay que tener en cuenta, sí, las circunstancias modificativas, pero ¿cuáles? Según el art. 66 bis 1 CP, en la aplicación de las penas impuestas a las personas jurídicas se estará, en principio, a lo dispuesto en las reglas 1.ª a 4.ª y 6.ª a 8.ª del primer número del art. 66 CP, que regulan los efectos de la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Por tanto, en delitos dolosos se pretenden aplicar las mismas reglas que a las personas físicas, con la excepción de la relativa a la reincidencia cualificada, mientras que en delitos imprudentes los jueces y tribunales aplicarán las penas a su prudente arbitrio. Al remitirse a las reglas del art. 66.1 CP el legislador no ha tenido presente, sin embargo, que no existe un catálogo específico de circunstancias agravantes aplicable a las personas jurídicas, siendo objeto de discusión en la doctrina si lo es el catálogo general contenido en el art. 22 CP[18]. Si se estimase que no cabe apreciar circunstancias agravantes ello supondría implícitamente que no son aplicables a las personas

[17] Escuchuri Aisa, E., «Artículo 77», en M. Gómez Tomillo (dir.), *Comentarios prácticos al Código Penal. Tomo I. Parte general. Artículos 1-137*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 718-719.

[18] A favor (a veces con la exclusión de la agravante de reincidencia cualificada) se muestra un destacado sector doctrinal, que cabe calificar de mayoritario. *Vid.* De la Mata Barranco, N. J./ Hernández, L., «Los problemas de congruencia en la concreción y aplicación de las sanciones previstas para las personas jurídicas», en J. L. de la Cuesta Arzamendi (dir.), *Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 227-248; Díez Ripollés, J. L., «Las penas de las personas jurídicas y su determinación legal y judicial: regulación española», *Jueces para la Democracia*, Núm. 73, 2012, pp. 48-64; Feijoo Sánchez, B. J., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», en J. Díaz-Maroto y Villarejo (dir.), *Estudios sobre las reformas del Código penal (Operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero)*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pp. 65-142; del mismo autor, «Las consecuencias jurídicas del delito», en M. Bajo Fernández/ B. J. Feijoo Sánchez/ C. Gómez-Jara Díez, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2012, pp. 235-259; Manzanares Samaniego, J. L., «Las penas a personas jurídicas», *La Ley* 2012-3, pp. 1828-1836. En sentido similar, la Circular 1/2011, de 1 de junio, de la Fiscalía General del Estado, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010.

Otros autores se manifiestan en contra. *Vid.* por todos García Arán, M., «Arts. 61 a 72», en J. Córdoba Roda/ M. García Arán (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte General*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2011, p. 639; Zugaldía Espinar, J. M., «España. La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el Derecho penal español: (análisis de la cuestión tras la reforma operada por

jurídicas las reglas 3.º, 4.ª y 7.ª del art. 66.1 CP, pues se refieren a su concurrencia, sea solas, sea con atenuantes. En cuanto a la reincidencia cualificada, el legislador, con una técnica muy mejorable, más que como circunstancia agravante con el efecto previsto en el art. 66.1.5.ª CP («pena superior en grado a la prevista por la ley para el delito de que se trate, teniendo en cuenta las condenas precedentes, así como la gravedad del nuevo delito cometido»), ha preferido tener en cuenta este hecho también como agravante, pero con el efecto de la imposición con carácter permanente de las sanciones previstas en las letras b) y e), esto es, la disolución y la prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito, y para la imposición por un plazo superior a cinco años de las previstas en las letras e) y f) del apartado 7 del art. 33 CP, es decir, la prohibición de realizar ciertas actividades y la inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social (art. 66 bis CP).

Además, el Código Penal otorga la completa exención de responsabilidad a la persona jurídica que cumpla una serie de condiciones relacionadas con la adopción y ejecución eficaz de modelos de organización y gestión orientados a prevenir delitos, que dependen de qué puesto ocupaba la persona física que cometió el delito. La exención de responsabilidad depende del cumplimiento de las siguientes condiciones:

«1.ª el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión;

2.ª la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica;

3.ª los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención y

4.ª no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición 2.ª» (art. 31 bis 2 CP).

El art. 31 bis 4 CP señala que la acreditación parcial de estas condiciones «será valorada a los efectos de atenuación de la pena», sin especificar si dicha atenuación ha de ser superior a la de las circunstancias atenuantes ordinarias, como ocurre para las personas físicas, o no. Al no preverse nada en ese sentido, puede entenderse razonable una aplicación analógica de la regla del art. 68 CP, esto es, un descenso de uno o dos

---

la LO 1/2015, de 30 de marzo)», en S. Bacigalupo Saggese, y otros (coords.), *Estudios de Derecho Penal: homenaje al profesor Miguel Bajo*, CEURA, Madrid, 2016, p. 235.

grados[19]. No es descartable, por otra parte, que las atenuantes se aprecien como muy cualificadas cuando concurran los requisitos que el Tribunal Supremo ha ido concretando[20], dando lugar también a un descenso de uno o dos grados. El art. 66 bis CP, al extender a las personas jurídicas las reglas 1.ª a 4.ª y 6.ª a 8.ª del art. 66.1 CP no hace excepción alguna al respecto, siendo así que en dicho precepto se hace mención expresa de las atenuantes muy cualificadas[21]. Sin embargo, por su naturaleza buena parte de las eximentes incompletas del art. 21.1 CP no son aplicables a las personas jurídicas. Piénsese en las relacionadas con la imputabilidad. Y no se ha previsto aplicarles las que podrían serlo, como el estado de necesidad[22]. En conclusión, esta fase de la determinación de la pena concreta plantea no pocas dudas.

II.2.3. *Los factores de individualización judicial no están pensados para personas jurídicas*

Partiendo, en cualquier caso, de que hay que tener en cuenta las circunstancias modificativas, surge otra cuestión: si se debe llegar a una pena concreta, teniendo en cuenta para ello los factores de individualización judicial, ¿cuáles son los aplicables a las personas jurídicas?

Tratándose de personas físicas, es discutido que haya que aplicar los factores de individualización judicial. Algunos autores entienden que no se deben tener en cuenta, o bien no los citan, sin excluirlos expresamente[23]. Otros afirman que hay que considerar «todos los factores de determinación de la pena, incluidas las circunstancias modificativas y los criterios últimos de medición de la sanción»[24], llegando, por tanto,

[19] Zugaldía Espinar, J. M., «La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el Derecho penal español: (análisis de la cuestión tras la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo)», en S. Bacigalupo Saggese, *et al.* (coords.), *Estudios de Derecho Penal: homenaje al profesor Miguel Bajo*, CEURA, Madrid, 2016, p. 705.

[20] El Tribunal Supremo entiende que la atenuante muy cualificada es «aquella que alcanza una intensidad superior a la normal de la respectiva circunstancia, teniendo en cuenta las condiciones del culpable, antecedentes del hecho y cuantos elementos o datos puedan destacarse y ser reveladores del merecimiento y punición de la conducta del penado». *Vid.*, entre otras, las SSTS 875/2007 de 7 de noviembre, 575/2008 de 7 de octubre o 139/2009 de 24 de febrero.

[21] Como apunta Cortés Bechiarelli, E., «Causas de la atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (CP art. 31 bis, 3 y 4.a, b y c)», en Á. Juanes Peces (coord.), *Responsabilidad penal y procesal de las personas jurídicas*, Francis Lefebvre, Madrid, 2015, marg. 613.

[22] En este sentido, entre otros, Cortés Bechiarelli, E., «Causas de atenuación…, ob. cit., marg. 613.

[23] Como Delgado Sancho, C. D., «Concurso de normas y concurso de delitos: la prisión permanente revisable y la punición del concurso medial», *Revista de derecho y proceso penal*, Núm. 44, 2016, p. 227, o Muñoz Conde, F./ García Arán, M., *Derecho Penal*…, ob. cit., p. 514.

[24] Obregón García, A., «La reforma…», ob. cit., p. 133. *Vid.* también Díez Ripollés, J. L., *Derecho Penal Español*…, ob. cit., p. 760, García Albero, R., «Art. 77», ob. cit., p. 601, o Vizueta Fernández, J., «Determinación…, ob. cit.

a una pena concreta, no a un intervalo. La jurisprudencia se inclina claramente por esta última opción, pero no sin bandazos. Así, la STS 688/2016 de 27 de julio puntualiza que «no se puede fijar como la pena a aplicar de base el límite mínimo de la pena del delito más grave», ya que ello no resulta acorde con el espíritu de la ley, al referirse a «la pena superior a la que corresponda al delito más grave». El límite mínimo es la pena superior a la que se podría imponer, que es, dice, el tope del arco del delito más gravemente penado[25]. Sin embargo, las SSTS 92/2019 de 20 de febrero y 863/2015 de 30 de diciembre determinan completamente la pena hasta llegar a una cifra concreta, no un intervalo, y le suman una unidad. El Tribunal Supremo suele mencionar, para llegar a una pena concreta, que es la que entiende proporcional a la gravedad de los hechos descritos en el factum, tomando en cuenta las circunstancias, lugar y modo en que los hechos se desarrollaron, sin mayor precisión[26].

No se prevén criterios de determinación judicial de la pena para personas jurídicas. Sin embargo, los necesitamos para aplicar la regla conforme a la cual, «dentro de estos límites, el juez o tribunal individualizará la pena conforme a los criterios expresados en el artículo 66». Vayamos por partes. Lo primero es saber cuáles son «estos límites».

El límite mínimo de la pena del concurso medial ha de ser superior a la pena concretamente imponible por la infracción más grave. La Circular 4/2015 se planteó si el legislador, al mencionar la «pena superior», se refiere a la superior en grado o, por el contrario, simplemente a que la pena ha de sobrepasar como mínimo en una unidad a la que se toma como referencia. Esta última es la posición que se ha impuesto[27]. Como apunta García Albero[28], «pena superior a la que habría correspondido en el caso concreto por la infracción más grave es, simplemente, una pena a la que debe añadirse un día de prisión, o un día multa, o un día de privación de derecho, dependiendo de la naturaleza de la pena». En efecto, cuando el legislador se refiere a la pena superior en grado lo hace siempre, indefectiblemente, utilizando esta expresión (como apunta la Circular 4/2015). Además, durante la tramitación del Anteproyecto de 2012, el informe del CGPJ expresamente advirtió al legislador de que «si lo que realmente se quiere es endurecer el régimen jurídico del concurso medial se estima necesario estatuir, para este supuesto, la imposición de la pena superior en grado, con el límite de la suma de las penas correspondiente a cada una de las infracciones». Y lo mismo hizo el informe

[25] En esta línea, *Vid.* también las SSTS 36/2017 de 26 de enero, 519/2017 de 6 de julio y 566/2018 de 20 de noviembre.

[26] STS 76/2022 de 27 de enero.

[27] Con detractores, como Díez Ripollés, J. L., *Derecho Penal Español*…, ob. cit., p. 761, Morillas Cueva, L., «Sobre la confusa regla…», ob. cit., pp. 1368, 1371-1372, o Suárez López, J. M., «Reglas especiales de aplicación de las penas», en L. Morillas Cueva (dir.), *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*. Dykinson, Madrid, 2015, pp. 214-215.

[28] García Albero, R., «Art. 77», ob. cit., p. 601. *Vid.* también Obregón García, A., «La reforma…», ob. cit., p. 128.

del Consejo de Estado, que apuntó que si el objetivo del Anteproyecto en este punto fuese, como parecía deducirse del apartado IV de la exposición de motivos, «evitar las consecuencias arbitrarias que se plantean en la actualidad», el art. 77.3 CP debería prever la imposición de la pena «superior en grado» a la que habría correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave, y no simplemente «una pena superior». Cabe entender, pues, que no era su voluntad, en verdad, partir como límite mínimo de una pena superior en grado a la concretamente imponible, sino simplemente de una pena más elevada que esta. La jurisprudencia ha acogido de forma prácticamente unánime esta interpretación del término «pena superior»[29].

El límite máximo de la pena del concurso medial no podrá superar la suma de las penas concretas que hubieran sido impuestas separadamente por cada uno de los delitos. Puede coincidir con esa cifra. Para fijarla, es preciso determinar también la pena concreta de las infracciones concurrentes de menor gravedad, teniendo en cuenta, como en el caso de la más grave, tanto los grados de ejecución y de participación como el error vencible sobre la prohibición, las circunstancias eximentes incompletas y las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

Dentro del marco penal así establecido, se han de aplicar los criterios expresados en el art. 66. Ahora bien, ya no existe la posibilidad de traspasar, sea por elevación, sea por degradación, los límites definidos por la previa aplicación de las reglas de los arts. 61 a 72 CP a las infracciones en concurso. Y ello pese a la referencia al art. 66 CP, que contiene reglas que permiten imponer la pena inferior o superior en grado, ya que el art. 77.3 CP expresamente alude a que se individualizará la pena «dentro» de los límites anteriormente indicados. ¿Qué supone, pues, esa remisión al art. 66 CP? Como indica la Circular 4/2015, no procede aplicar ahora las reglas relativas al efecto penológico de la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, pues ya se tuvieron en cuenta para fijar la pena concreta de cada una de las infracciones concurrentes. Además, recuerda, el art. 77.3 CP no alude a las «reglas» del art. 66, sino a sus criterios o fórmulas de moderación equitativa. Por ello, entiende que, «en esta segunda fase, se ponderarán de modo conjunto las circunstancias concurrentes en ambos delitos para delimitar la pena que habrá de abarcar el desvalor de ambas conductas… respetando el principio de proporcionalidad, valorando la entidad y las circunstancias concurrentes en ambos delitos de modo que se abarque el desvalor de los delitos en concurso, pero sin sujeción a las reglas del art. 66 CP, cuya operatividad ya se ha agotado en la concreción de las penas imponibles a todos los delitos concurrentes». Esta propuesta es razonable. Permite tener en cuenta las circunstancias modificativas concurrentes en el delito de menor gravedad, sin necesidad de someterse a las reglas del art. 66 CP, pero debiendo tender a

[29] SSTS 863/2015 de 30 de diciembre, 28/2016 de 28 de enero, 34/2016 de 2 de febrero, 543/2017 de 12 de julio, 77/2019 de 12 de febrero, 30/2022 de 19 de enero…

una pena conforme a los criterios de dicho precepto[30]. Ahora bien, a continuación añade la Circular 4/2015 que «habrán pues de ponderarse exclusivamente en la concreción final de la pena los criterios del art. 66.1.6.ª (circunstancias personales del delincuente y mayor o menor gravedad de los hechos), por lo que no será preciso delimitar una mitad inferior y una mitad superior. En esta última operación individualizadora habría de ser valorada en conjunto la entidad jurídico penal de los hechos, tratando de dar respuesta al total desvalor del complejo concursal». En efecto, tratándose de personas físicas, un sector de la doctrina[31] y de la jurisprudencia[32] coincide en aplicar en esta fase los criterios del art. 66.1.6 CP, esto es, la mayor o menor gravedad de los hechos y las circunstancias personales del delincuente. Ahora bien, esto es discutible. No se explica por qué se aplica la regla 6.ª del art. 66.1 CP más allá de su presupuesto de hecho, que es la no concurrencia de circunstancias atenuantes o agravantes, y eventualmente duplicando su efecto, pues puede haberse tenido ya en cuenta para la fijación de la pena concreta de cada una de las infracciones concurrentes. Se parte, además, de que estos son los criterios que han de regir la individualización judicial, pero nada dice al respecto el Código Penal[33]. Y aunque se admita que, en efecto, en la individualización judicial hay que tener en cuenta esos criterios, «no deja de resultar extraño y distorsionador que el tribunal proceda a operar dos veces consecutivas con los criterios genéricos de individualización judicial: primero para fijar la pena concreta que corresponde al delito más grave del concurso, y después una segunda individualización judicial dentro del marco de la pena correspondiente ya al concurso, que ha de ser individualizada activando ya sólo los criterios genéricos de la individualización puestos en relación con la ponderación de los dos delitos que aparecen vinculados merced a una relación teleológica o medial» (STS 688/2016 de 27 de julio).

[30] En esta línea, Obregón García, A., «La reforma…», ob. cit., pp. 136-137.

[31] *Cfr.* Boldova Pasamar, M. A., «Aplicación y determinación de la pena», en M. A. Boldova Pasamar/ C. Alastuey Dobón (coords.), Tratado de las consecuencias jurídicas del delito, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 430-431; Delgado Sancho, C. D., «Concurso de normas…, ob. cit., pp. 227-228; Escuchuri Aisa, E., «Artículo 77», ob. cit., pp. 718-719; Ruiz De Erenchun Arteche, E., *Sistema de Penas*…, ob. cit., p. 161; Villa Sieiro, S. V./ López López, C., «Reglas penológicas en caso de concurso de delitos», en L. Roca De Agapito (dir.), *Las consecuencias jurídicas del delito*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 110. Ortega Matesanz, A., *La penalidad del concurso de delitos en el sistema jurídico-penal español: estudio de las reglas limitativas de los arts. 76 y 77 CP*, Reus, Madrid, 2022, p. 462, puntualiza que los criterios relativos a la gravedad del hecho y a las circunstancias personales no deben haber sido ya valorados en la individualización de la pena de los delitos medio y fin.

[32] Véanse las SSTS 688/2016 de 27 de julio y 34/2016 de 2 de febrero.

[33] Como reconoce Boldova Pasamar, M. A., «Aplicación…, ob. cit., p. 435, quien, sin embargo, acaba señalando que «una decisión sobre la pena concreta o exacta debe contar inexorablemente con esta clase de referencias, estando obligado el juez a explicitarlas». Ampliamente, Zugaldía Espinar, J. M., «La individualización judicial de la pena (una misión con nombre de película: misión imposible)», en J. Muñoz Sánchez, *et al.* (2023), *Estudios político-criminales, jurídico-penales y criminológicos. Libro Homenaje al Profesor José Luis Díez Ripollés*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 1149-1159.

Otro sector indica que «deben tomarse en cuenta los criterios generales del art 66, pero no las reglas específicas» (STS 863/2015 de 30 de diciembre). Ahora bien, el art. 66 CP no contiene criterios generales, solo reglas específicas para supuestos de hecho determinados.

A estas dudas se suma qué ha de entenderse por «circunstancias personales del delincuente» en el caso de una persona jurídica. León Alapont[34], por ej., propone que se tengan en cuenta parámetros como la situación económica o el tamaño del ente, entre otras condiciones específicas que puedan presentarse en el caso concreto y que deberán ser objeto de valoración. La cuestión, sin embargo, sigue abierta.

II.2.4. *«La pena impuesta no podrá exceder del límite de duración previsto en el artículo anterior», pero ¿el art. 76 es aplicable a penas no privativas de libertad?*

Por último, el art. 77.3 CP establece otro límite de duración a la pena aplicable al concurso medial: hay que comprobar que la pena así determinada no supera el triple del tiempo por el que se le imponga la más grave de las penas en que haya incurrido, o 20, 25, 30 o 40 años, según los casos previstos en el art. 76 CP.

Por una parte, cabe señalar que esta regulación es ciertamente contradictoria. Piénsese que el art. 77.3 CP remite al art. 76 CP a pesar de que el art. 77.1 CP indica precisamente que lo dispuesto en los dos artículos anteriores (75 y 76) «no es aplicable» al concurso medial[35]. Además, como indican Gil Gil *et al.*[36], «en aras de la calidad, hubiera sido deseable que el legislador de 2015 se refiriera a "límites", en plural, y no "de duración", sino "de cumplimiento máximo efectivo", pues a ellos y no a otros alude expresamente el art. 76». La utilización de términos distintos se debe al origen del precepto en distintas reformas legales[37], pero el objetivo está claro: la punición por separado de los delitos concurrentes responde al principio de acumulación jurídica cuando las penas no sean susceptibles de cumplimiento simultáneo. Ahora bien, por otra parte, se discute si los límites de cumplimiento máximo efectivo son aplicables a penas distintas de la prisión, visto que el tenor literal del precepto los relaciona explícitamente con las penas de prisión[38]. Los tribunales y la fiscalía

[34] León Alapont, J., «Partidos políticos y responsabilidad penal: una reflexión en torno al sistema de penas», *Teoría y Derecho*, Núm. 25, 2020, p. 222.

[35] Como apunta Obregón García, A., «La reforma…», ob. cit., p. 137, quien habla de que «nos encontramos, lisa y llanamente, en una antinomia legislativa que apenas puede redimirse por vía interpretativa», salvo entendiendo, con Antón Oneca, J., *Derecho penal*, 2.ª ed., Madrid, 1986, p. 494, que hay que «prescindir también de dar validez general a las palabras iniciales».

[36] Gil Gil, A., *et al.*, *Consecuencias jurídicas del delito. Regulación y datos de la respuesta a la infracción penal en España*, Dykinson, Madrid, 2018, p. 258.

[37] Cuerda Riezu, A., *Concurso de delitos y determinación de la pena*, Tecnos, Madrid, 1992, pp. 54-55.

[38] Así, entienden que el precepto solo es aplicable a las penas de prisión, entre otros, Nistal Burón, J., «El artículo 76 del Código Penal. Alcance de la regla de la "acumulación jurídica"», *Diario La Ley*, Núm. 8025, 2013; Arribas López, E., «Acumulación de condenas: no mezclar churras con merinas.

entienden que no[39], lo que supone que las penas no susceptibles de cumplimiento simultáneo simplemente se acumulan aritméticamente para su cumplimiento una detrás de otra. Aquí, sin embargo, se parte de que los límites del art. 76 CP son aplicables a las penas privativas de derechos, siempre que el cumplimiento simultáneo prive a una o varias de su contenido aflictivo, al impedir que despliegue sus efectos[40]. Y es que ese límite que señala el art. 77.3 CP solo entra en juego si las penas impuestas no son susceptibles de cumplimiento simultáneo. Ciertamente, la mayoría de las penas aplicables a las personas jurídicas se pueden cumplir simultáneamente. Así, la multa, que es la pena reina para personas jurídicas, se puede cumplir simultáneamente con cualquier otra pena, incluida otra multa[41] o la disolución[42]. Se ha dicho que la

---

Comentario a la STS de 20 de junio de 2014», *Diario La Ley*, Núm. 8451, 2015; Fuentes Osorio, J. L., «Simultáneas…, ob. cit., p. 90, Varona Jiménez, A., «A vueltas con las penas acumulables jurídicamente: la pena de multa», *Diario La Ley*, Núm. 9176, 2018; del mismo autor, *Tratamiento procesal y sustantivo de la acumulación jurídica de penas*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 108, 112 y ss., u Ortega Matesanz, A., *Práctica y procedimiento de la acumulación de penas*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023, pp. 115 y ss.

[39] En esta línea, SSTS 395/2017 de 1 de junio, 396/2017 de 1 de junio, 866/2016 de 16 de noviembre, 502/2014 de 20 de junio, 388/2014 de 7 de mayo. Niega la acumulación jurídica de las penas accesorias de prohibición de acercamiento y comunicación la STS 809/2021 de 21 de octubre. Las SSTS 63/2021 de 27 de enero y 709/2018 de 15 de enero también la niegan en los trabajos en beneficio de la comunidad. La Circular 1/2014, de 5 de diciembre, de la Fiscalía General del Estado sobre la acumulación de condenas también es de esta opinión.

[40] Entre otros, Vivancos Gil, P. A., «Refundición y acumulación de condenas. Liquidación de condena y licenciamiento definitivo», *Diario La Ley*, Núm. 8517, 2015; García San Martín, J., *La acumulación jurídica de penas*, Ministerio de Interior-Secretaría General Técnica, Madrid, 2016, pp. 49-53; Díez Ripollés, J. L., *Derecho Penal Español*…, ob. cit., p. 795; Solar Calvo, P./ Lekuona Borreguero, N., «Una perspectiva práctica del artículo 76 CP», *Diario La Ley*, Núm. 8993, 2017; Varona Jiménez, A., *Tratamiento procesal*…, ob. cit., pp. 123-124.

[41] El cumplimiento simultáneo de las multas es admitido en la doctrina y la jurisprudencia. Así, por todos, Fuentes Osorio, J. L., *Sistema*…, ob. cit., pp. 265 y ss.; Varona Jiménez, A., «A vueltas…, ob. cit.; Vizueta Fernández, J., «Determinación…, ob. cit., nota 56; del mismo autor, *Régimen penológico del concurso real de delitos*, Reus, Madrid, 2020, p. 59. Cardenal Montraveta, S., *Ejecución*…, ob. cit., p. 53, puntualiza que «no es posible cumplir simultáneamente varias multas con el mismo dinero. Por ello, el cumplimiento simultáneo de varias penas de multa exige que, en ese momento, el penado pueda disponer de una cantidad de dinero superior al importe de cada una de las multas». El autor mezcla aquí dos temas distintos: la capacidad económica del reo, que se ha de tener en cuenta para fijar la cuantía, y la incapacidad de pago en el momento de la ejecución, que dará lugar a la responsabilidad personal subsidiaria si es persona física, y quedará sin consecuencias si es persona jurídica. En la jurisprudencia, aplican simultáneamente varias penas de multa, sin plantearse límites, la SAN 8/2022 de 2 de junio, y las SSAP de Barcelona 303/2022 de 6 de mayo, Alicante 440/2020 de 29 de julio, Pamplona 223/2020 de 15 de septiembre, Barcelona 113/2018 de 11 de febrero, Barcelona 694/2016 de 14 de diciembre.

[42] En la jurisprudencia se encuentran casos de aplicación conjunta de las penas de disolución y multa. *Vid.* la SAP de Pontevedra 322/2017 de 19 de diciembre.

disolución no es compatible con las penas interdictivas[43], sin tener en cuenta que esta pena no supone, como a veces se afirma, el «cese inmediato de toda actividad, la clausura de los establecimientos y la liquidación de la sociedad»[44]. La pérdida de la personalidad jurídica solo se produce con la cancelación de los asientos referentes a la persona jurídica en el registro correspondiente, una vez efectuada la liquidación. Por su parte, la disolución supone que no se harán nuevos contratos ni se asumirán nuevas obligaciones, pero sí hay que realizar las actividades relacionadas con la percepción de los créditos de la sociedad y la extinción de las obligaciones contraídas de antemano, además de que es posible, salvo prohibición expresa, que se realicen las actividades pendientes o las nuevas que sean necesarias para la liquidación de la sociedad (art. 228 CCom en relación con las sociedades colectiva y comanditaria simple, arts. 371 y ss. LSC, en lo relativo a las sociedades de capital). Por tanto, la disolución es susceptible de cumplimiento simultáneo con otras penas interdictivas, salvo que sus efectos se superpongan. Esta es, también, la regla general en relación con todas las privaciones de derechos[45]. Por ejemplo, dos inhabilitaciones para contratar con la misma Administración se tendrían que cumplir sucesivamente, con los límites del art. 76 CP. Sin embargo, si son para Administraciones distintas se pueden cumplir simultáneamente. Habrá que estar, pues, al caso concreto. En cualquier caso, recuérdese que los tribunales y la fiscalía no encuentran óbice en acumular penas sucesivas, sin establecer límite alguno.

III. Conclusión

Las reglas que rigen la determinación de la pena en el concurso medial de delitos han suscitado una notable polémica tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. Su aplicación a los concursos de delitos de los que es responsable una persona jurídica aumenta la confusión. La escasa atención que prestan al tema los tribunales, poco dados a explicar detalladamente cómo aplican las reglas cuando condenan a personas jurídicas, no contribuye a aclarar las cosas. En cualquier caso, su inaplicación de los límites de la acumulación sucesiva a las penas privativas de derechos da lugar a duraciones desproporcionadas cuando las penas no son susceptibles de cumplimiento simultáneo.

[43] *Cfr.* Fuentes Osorio, J. L., «Simultáneas…, ob. cit., pp. 70-71.

[44] Mapelli Caffarena, B., *Consecuencias jurídicas del delito*, Civitas, Madrid, 2011, p. 274.

[45] Tugui, F. D., *Las penas previstas para las personas jurídicas en el Código Penal español*, Colex, A Coruña, 2022, p. 101; Fuentes Osorio, J. L., *Sistema*…, ob. cit., pp. 259-260, 272.

IV. Bibliografía

Antón Oneca, José, *Derecho penal*, 2.ª edición, Madrid, 1986.

Arribas López, Eugenio, «Acumulación de condenas: no mezclar churras con merinas. Comentario a la STS de 20 de junio de 2014», *Diario La Ley*, Núm. 8451, 2015.

Boldova Pasamar, Miguel Ángel, «Aplicación y determinación de la pena», en Miguel Ángel Boldova Pasamar/ Carmen Alastuey Dobón (coords.), *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 345-438.

Cardenal Montraveta, Sergi, *Ejecución y prescripción de la pena de multa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

Cortés Bechiarelli, Emilio, «Causas de la atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (CP art. 31 bis, 3 y 4.a, b y c)», en Ángel Juanes Peces (coord.), *Responsabilidad penal y procesal de las personas jurídicas*, Francis Lefebvre, Madrid, 2015, margs. 600-648.

Cuerda Riezu, Antonio, *Concurso de delitos y determinación de la pena*, Tecnos, Madrid, 1992.

Del Moral García, Antonio, «Regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal Español», en Agustín J. Pérez-Cruz Martín (dir.), *Proceso penal y responsabilidad de personas jurídicas*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 47-76.

Delgado Sancho, Carlos David, «Concurso de normas y concurso de delitos: la prisión permanente revisable y la punición del concurso medial», *Revista de derecho y proceso penal*, Núm. 44, 2016, pp. 199-229.

Díez Ripollés, José Luis, *Derecho Penal Español. Parte General en esquemas*, 4.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

— «Las penas de las personas jurídicas y su determinación legal y judicial: regulación española», *Jueces para la Democracia*, Núm. 73, 2012, pp. 48-64.

Escuchuri Aisa, Estrella, «Artículo 77», en Manuel Gómez Tomillo (dir.), *Comentarios prácticos al Código Penal. Tomo I. Parte general. Artículos 1-137*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 713-719.

Feijoo Sánchez, Bernardo J., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», en Julio Díaz-Maroto y Villarejo (dir.), *Estudios sobre las reformas del Código penal (Operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero)*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pp. 65-142.

— «Las consecuencias jurídicas del delito», en Miguel Bajo Fernández/ Bernardo J. Feijoo Sánchez/ Carlos Gómez-Jara Díez, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2012, pp. 235-259.

Fuentes Osorio, Juan Luis, «Juntos, pero no revueltos. La pena de referencia de la persona física en el modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Cuadernos de Política Criminal*, Núm. 133, 2021, pp. 61-91.

— «Simultáneas y acumuladas. La determinación de las penas de las personas jurídicas en 5 concurso de delitos», *Cuadernos de Política Criminal*, Núm. 138, 2022, pp. 67-96.

— *Sistema de determinación de las penas impuestas a las personas jurídicas*, Bosch, Barcelona, 2023.

García Albero, Ramón, «Art. 77», en Gonzalo Quintero OlivareS (dir.), *Comentarios al Código Penal Español. Tomo I (Artículos 1 a 233)*, 7.ª edición, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2016, pp. 583-606.

García Arán, Mercedes, «Arts. 61 a 72», en Juan Córdoba Roda / Mercedes García Arán (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte General*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2011, pp. 584-663.

García San Martín, Jerónimo, *La acumulación jurídica de penas*, Ministerio de Interior-Secretaría General Técnica, Madrid, 2016.

Gil Gil, Alicia, *et al.*, *Consecuencias jurídicas del delito. Regulación y datos de la respuesta a la infracción penal en España*, Dykinson, Madrid, 2018.

León Alapont, José, *La responsabilidad penal de los partidos políticos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

— «Partidos políticos y responsabilidad penal: una reflexión en torno al sistema de penas», *Teoría y Derecho*, Núm. 25, 2020, pp. 206-237.

Manzanares Samaniego, José Luis, «Las penas a personas jurídicas», *La Ley* 2012-3, pp. 1828-1836.

Mapelli Caffarena, Borja, *Consecuencias jurídicas del delito*, Civitas, Madrid, 2011.

Morillas Cueva, Lorenzo, «Sobre la confusa regla penológica del concurso medial», en Javier de Vicente Remesal, *et al.* (dirs.), *Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario. Volumen II*, Reus, Madrid, 2020, pp. 1361-1372.

Muñoz Conde, Francisco/ García Arán, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General*, 11.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

Nistal Burón, Javier, «El artículo 76 del Código Penal. Alcance de la regla de la "acumulación jurídica"», *Diario La Ley*, Núm. 8025, 2013.

Obregón García, Antonio, «La reforma de la penalidad del concurso medial regulada en el artículo 77.3 del Código Penal», en Miguel Bustos Rubio, *et al.* (dirs.), *Una década de reformas penales: análisis de diez años de cambios en el Código Penal (2010-2020)*, Bosch, Barcelona, 2020, pp. 123-143.

Ortega Matesanz, Alfonso, *La penalidad del concurso de delitos en el sistema jurídico-penal español: estudio de las reglas limitativas de los arts. 76 y 77 CP*, Reus, Madrid, 2022.

— *Práctica y procedimiento de la acumulación de penas*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023.

Ortiz de Urbina Gimeno, Íñigo, «Responsabilidad penal de las personas jurídicas (sección 1)», en Ignacio Ayala Gómez/ Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno (coords.), *Memento penal y económico de la empresa*, Francis Lefebvre, Madrid, 2016, margs. 1300-1637.

Roca de Agapito, Luis, «Sanciones penales a entes colectivos», en Luis Roca de Agapito (dir.), *Las consecuencias jurídicas del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 191-204.

Ruiz de Erenchun Arteche, Eduardo, *Sistema de Penas, Reglas de Determinación de la Pena y Suspensión de la Ejecución de la Pena. Adaptado a la LO 1/2015, de 30 de marzo*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017.

Solar Calvo, Puerto/ Lekuona Borreguero, Naroa, «Una perspectiva práctica del artículo 76 CP», *Diario La Ley*, Núm. 8993, 2017.

Suárez López, José María, «Reglas especiales de aplicación de las penas», en Lorenzo Morillas Cueva (dir.), *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*. Dykinson, Madrid, 2015, pp. 199-222.

Tugui, Florin David, *Las penas previstas para las personas jurídicas en el Código Penal español*, Colex, A Coruña, 2022.

Varona Jiménez, Alberto, «A vueltas con las penas acumulables jurídicamente: la pena de multa», *Diario La Ley*, Núm. 9176, 2018.

— *Tratamiento procesal y sustantivo de la acumulación jurídica de penas*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

Villa Sieiro, Sonia V./ López López, Cristina, «Reglas penológicas en caso de concurso de delitos», en Luis Roca de Agapito (dir.), *Las consecuencias jurídicas del delito*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 107-111.

Vivancos Gil, Pedro Antonio, «Refundición y acumulación de condenas. Liquidación de condena y licenciamiento definitivo», *Diario La Ley*, Núm. 8517, 2015.

Vizueta Fernández, Jorge, *Régimen penológico del concurso real de delitos*, Reus, Madrid, 2020.

— «Determinación de la pena en los concursos ideal y medial de delitos en el código penal español», *Revista General de Derecho Penal*, Núm. 35, 2021.

Zugaldía Espinar, José Miguel, «España. La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el Derecho penal español: (análisis de la cuestión tras la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo)», en Silvina Bacigalupo Saggese, *et al.* (coords.), *Estudios de Derecho Penal: homenaje al profesor Miguel Bajo*, CEURA, Madrid, 2016, pp. 693-714.

— «La individualización judicial de la pena (una misión con nombre de película: misión imposible)», en J. Muñoz Sánchez, *et al.* (2023), *Estudios político-criminales, jurídico-penales y criminológicos. Libro Homenaje al Profesor José Luis Díez Ripollés*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 1149-1159.

14

SULL'APPLICAZIONE ANALOGICA DELLE CAUSE DI ESCLUSIONE DELLA COLPEVOLEZZA

Gabriele Fornasari*
Professore ordinario di Diritto penale
Università degli Studi di Trento (Italia)

SOMMARIO: I. Introduzione. Analogia e cause di non punibilità. II. Il quadro normativo: gli elementi della causa di non punibilità prevista dall'art. 384 C.P. It. III. Incertezza interpretativa e intervento delle sezioni unite della corte di cassazione. IV. La tesi giurisprudenziale della ammissibilità dell'analogia. V. Possibili obiezioni ancora valide. V.1. Conseguenze della qualifica come scusante. V.2. Come si definiscono le norme eccezionali? V.3. L'esistenza di una lacuna come base dell'estensione analogica. V.4. Ha un futuro il principio della separazione dei poteri? VI. Conclusioni. VII. Bibliografia.

I. Introduzione: analogia e cause di non punibilità

Nell'ordinamento giuridico italiano si fa espressa menzione dell'analogia nell'art. 14 delle Disposizioni preliminari al codice civile, emanato nel 1942.

Questa norma mette in chiaro che l'interpretazione analogica è vietata quando si tratta di norme penali e di norme eccezionali.

Riguardo al primo riferimento nessuno ha dubbi sul fatto che esso richiami non tutte le disposizioni che si trovano nel codice penale e nelle altre leggi complementari che integrano la materia penale, ma soltanto le norme incriminatrici e le norme che aggravano il livello della responsabilità penale: insomma, è chiaro che un giudice non potrà condannare nessuno, in assenza della previsione di un fatto tipico *ad hoc*, estendendo analogicamente una disposizione che incrimina specificamente un fatto diverso, e nemmeno potrà condannare nessuno ad una pena più severa di quella prevista a livello

* Dedico questo contributo alla memoria di Carlos Romeo Casabona, un Maestro che ci ha insegnato come il significato del diritto penale non stia soltanto nel valore delle norme, ma anche, se non soprattutto, nel senso di umanità.

legislativo applicando analogicamente una circostanza aggravante riferita ad una situazione diversa da quella che caratterizza il fatto oggetto di giudizio.

Il citato articolo delle Disposizioni preliminari al codice civile è norma generale, che vale per l'intero ordinamento, ma non ha rango costituzionale, e pertanto non ha valore sovraordinato; tuttavia, il principio che essa afferma viene ribadito, in modo implicito ma unanimemente considerato inequivocabile, all'interno del principio di legalità fissato dall'art. 25, comma 2, della Costituzione del 1948, come risvolto necessario del principio di tassatività della fattispecie penale.

Tutto ciò non presenta aspetti problematici sul piano dei principi, anche se nella realtà è talvolta molto forte la tentazione di interpretazioni estensive al limite o oltre il limite dell'analogia, soprattutto per fare fronte ad asserite esigenze di prevenzione generale.

Ma non sarà questo assunto problematico l'oggetto specifico di questo contributo, bensì il secondo dei riferimenti citati, ovvero il divieto di analogia nel caso di norme eccezionali.

Nell'ambito degli studi penalistici, si suole operare una distinzione a questo riguardo, all'interno delle disposizioni funzionali ad escludere la responsabilità dei soggetti che hanno commesso un fatto tipico, tra cause di giustificazione e cause di esclusione della colpevolezza, nel senso di attribuire solo a queste ultime la qualifica di norme eccezionali, e come tali insuscettibili di applicazione analogica, mentre le prime sono considerate come norme dell'intero ordinamento, che non fanno eccezione a principi generali, ma anzi hanno il ruolo di riaffermarli[1], come è facilmente esemplificabile pensando all'art. 51 del codice penale, il quale impone di non punire chi abbia tenuto una certa condotta tipica nell'esercizio di un diritto o nell'adempimento di un dovere.

Questo non significa necessariamente che tutti siano concordi nel ritenere che le cause di giustificazione siano deducibili per analogia[2], perché ragioni dogmatiche e di certezza del diritto potrebbero militare a favore dell'opposto punto di vista, ma quello che fino a poco tempo fa non è stato mai contestato è che invece la categoria delle scusanti ricade senz'altro sotto il divieto espresso dall'art. 14 Disp.prel., in quanto il riconoscimento di una esenzione dalla responsabilità a vantaggio di chi abbia commesso un fatto tipico e antigiuridico in base, sostanzialmente, ad una valutazione relativa alla esigibilità del comportamento alternativo lecito, non appare come l'espressione di una

[1] Marinucci, G.- Dolcini, E., *Corso di diritto penale*, Terza ed., Giuffrè, Milano, 2001, p. 632 ss.

[2] In senso contrario, per esempio, Consulich, F., *Lo statuto penale delle scriminanti. Principio di legalità e cause di giustificazione: necessità e limiti*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 455 ss.; Fiore, S., *Cause di giustificazione e fatti colposi*, CEDAM, Padova, 1996, p. 23, e nella manualistica Cadoppi, A.- Veneziani, P., *Elementi di diritto penale, Parte generale*, VII ed., Wolters Kluwer/CEDAM, Milano/Padova, 2018, p. 93 e Canestrari, S.- Cornacchia, L.-De Simone, G., *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, Il Mulino, Bologna, 2007, p. 136.

regola generale, ma come una concessione indulgenziale fondata su ragioni di opportunità non ricollegabili ai fini del diritto penale, rappresentati dalla necessità di tutela rispetto alla violazione dei più rilevanti beni giuridici.

II. Il quadro normativo: gli elementi della causa di non punibilita' prevista dall'art. 384 c.p. It.

Il quadro non è più così uniforme da quando una importante sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione si è occupata dell'estensione applicativa di una causa di esclusione della colpevolezza prevista nella parte speciale del codice penale, mettendo in discussione, con approfondite argomentazioni, l'assunto della inapplicabilità del procedimento analogico alle scusanti[3].

Ma è bene partire da alcune essenziali premesse, riguardanti la norma chiamata in causa e le peculiarità della vicenda giudiziaria che ha dato luogo alla sentenza della Suprema Corte, per di più nella sua formazione più autorevole, massima espressione del suo ruolo di nomofilachia.

La disposizione della quale si discute è quella dell'art. 384 del codice penale, che al primo comma - quello che qui interessa - prevede che, in relazione ad alcuni reati tassativamente previsti (reati contro l'amministrazione della giustizia, come per esempio l'omessa denuncia di reato, l'autocalunnia, le false dichiarazioni al pubblico ministero, la falsa testimonianza, la falsa perizia e il favoreggiamento personale), non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sé medesimo o un prossimo congiunto da un grave e inevitabile nocumento nella libertà o nell'onore.

Dopo che per molti anni vi è stato un acceso contrasto interpretativo sulla qualifica giuridica da attribuire a questa causa di non punibilità (così la definisce il codice, senza ulteriori specificazioni), tra chi vi vedeva una causa di non punibilità in senso stretto, come tale non incidente sugli elementi del reato, chi la interpretava come una causa di giustificazione, in particolare come un'ipotesi speciale di stato di necessità (che nell'ordinamento italiano è configurata come causa di esclusione dell'antigiuridicità) e chi invece vi ravvisava una scusante fondata sulla inesigibilità, nella dottrina più recente, seguita anche dalla giurisprudenza, ha finito per prevalere quest'ultima configurazione[4], e ciò ha aperto il problema dell'ammissibilità di un'estensione analogica, che invece non sarebbe problematica, almeno secondo il punto di vista prevalente, in caso di configurazione come causa di giustificazione.

[3] Si tratta di Cass. Sez. Un. 26 novembre 2020 (dep. 17 marzo 2021), ric. Fiavola.

[4] Riguardo a questo dibattito, rinvio alla sintesi già svolta in Fornasari, G., *Casi di non punibilità*, in Gabriele Fornasari - Silvio Riondato, *Reati contro l'amministrazione della giustizia*, 2.ª ed., Giappichelli, Torino, 2017, p. 281 ss.

Gli aspetti della disposizione qui descritta che potrebbero essere suscettibili di un'interpretazione in senso analogico sono più di uno.

Si potrebbe per esempio pensare alla sfera su cui incide il grave nocumento, andando al di là del riferimento ai soli casi della libertà e dell'onore e chiamando in causa anche gravi danni patrimoniali, ma per la verità questa ipotesi non è mai stata sollevata in sedi processuali[5].

Si è invece reclamata, nell'ambito di processi riguardanti vicende molto note risalenti all'ultima parte del XX secolo, un'estensione della non punibilità a soggetti imputati per reati diversi da quelli espressamente elencati, con particolare riferimento a casi di falsificazioni di bilanci di società commerciali realizzate allo scopo di eludere le investigazioni dell'autorità giudiziaria per reati doganali commessi a vantaggio di quelle società.

In un primo momento, la Corte di Cassazione aveva accolto tali richieste[6], ma dopo poco tempo aveva definitivamente cambiato orientamento, non ammettendo tale estensione[7].

Tuttavia, non è a questo tipo di casi che si riferisce la vicenda da cui prenderò spunto per le riflessioni che seguiranno, bensì all'elemento costituito dalla necessità che la condotta sia tenuta a vantaggio dello stesso autore o di un prossimo congiunto.

Nell'ordinamento italiano, la nozione di prossimo congiunto rilevante ai fini dell'applicazione della legge penale è dettata a livello generale dal quarto comma dell'art. 307 del codice penale, che elenca tassativamente, come prossimi congiunti, i seguenti soggetti: gli ascendenti, i discendenti, il coniuge, la parte di una unione civile tra persone dello stesso sesso (novità inserita con una riforma del 2017), i fratelli, le sorelle, gli affini nello stesso grado, gli zii e i nipoti, con la precisazione che gli affini non vi sono compresi se il coniuge sia morto e non vi sia prole.

A rigore, dunque, una condotta di falsa testimonianza realizzata per fornire un alibi a un soggetto affettivamente vicino, ma non compreso in quell'elenco - come

[5] Qualcuno ha ritenuto anche che si dovesse estendere il campo, a livello interpretativo, alla tutela dei beni della vita e dell'integrità fisica (Fiandaca, G.-Musco, E., *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, Quinta ed., Zanichelli, Bologna, 2012, p. 425), ma questa apertura, oltre ad essere incompatibile con il chiaro dettato normativo, non tiene conto del fatto che in casi di questo tipo appare senz'altro invocabile la norma generale sullo stato di necessità.

[6] Esemplari, in tal senso, Cass. 21 gennaio 1987, Musselli, in *Cass. Pen*., 1988, p. 379 e Cass. 14 marzo 1989, De Nile, in *Cass. Pen*., 1990, p. 2208.

[7] A cominciare da Cass. 31 gennaio 1998, Cusani, in *Foro It.*, II, 1998, p. 517. Ora questo orientamento è prevalente anche in dottrina: Pulitano', D., Nemo tenetur se detegere*: quali profili di diritto sostanziale?*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1999, p. 1276, Perini, A., *Ai margini dell'inesigibilità:* nemo tenetur se detegere *e false comunicazioni sociali*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1999, p. 561, Foffani, L., *Lotta alla corruzione e rapporti con la disciplina penale societaria*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ.*, 1994, p. 961, Pedrazzi, C., *Società commerciali*, in *Digesto Pen.*, XIII, UTET, Torino, 1997, p. 361.

per esempio il convivente *more uxorio* - non dovrebbe poter essere scusata mediante l'applicazione dell'art. 384.

Questa conseguenza, tuttavia, è stata da tempo sottoposta a critica, in ragione del fatto che non sembra giustificabile una differenza di trattamento fra chi tiene la condotta per favorire il coniuge e chi la tiene per favorire il convivente *more uxorio*, data l'identità di *ratio* ed anche, per porre la questione sul piano sociologico, la circostanza che ormai nel nostro paese il numero delle convivenze *more uxorio* è superiore a quello dei matrimoni.

La critica si è svolta su diversi livelli, sia invocando una riforma legislativa nel senso dell'equiparazione tra le due situazioni (attraverso un'integrazione dell'art. 307), sia chiedendo un intervento manipolativo della Corte costituzionale (che però ha rigettato in più occasioni la questione[8]), sia infine tramite un intervento diretto della magistratura con un'applicazione sostanzialmente analogica della norma (anche se mai ammessa come tale), che tuttavia, fino al 2020, ha riguardato solo alcuni casi, perché una parte dei tribunali, e delle stesse sezioni della Corte di Cassazione, ha continuato ad escludere l'applicazione della scusante quando la condotta era stata tenuta a favore di un convivente *more uxorio*.

III. Incertezza interpretativa e intervento delle sezioni unite della corte di cassazione

Proprio l'estrema incertezza giuridica che era venuta a crearsi a causa della compresenza di diversi orientamenti giurisprudenziali ha reso necessario il ricorso alle sezioni unite della Corte di cassazione nel caso di cui ora riporto sinteticamente la *quaestio facti*.

L'imputata aveva realizzato una condotta configurata dal Tribunale di Cagliari come favoreggiamento personale, cui aveva fatto seguito la condanna a sei mesi di reclusione confermata in sede di giudizio di appello, in quanto, dopo un incidente stradale causato dal veicolo guidato dal suo convivente, aveva falsamente dichiarato ai Carabinieri accorsi sul posto di trovarsi lei stessa al posto di guida, onde aiutare l'uomo, uno straniero che conduceva senza patente dopo che gli era stata revocata, a eludere le investigazioni

[8] Così, in ordine di tempo, Corte cost., 18 novembre 1986, n. 237, in *Cass. Pen*., 1987, p. 263; Corte cost., 18 gennaio 1996, n. 8, in *Giur. Cost*., 1996, p. 81; Corte cost., 7 aprile 2004, n. 121, in *Dir. Giust*., 2004, n. 20, 21. L'argomento della Corte è sempre stato un po' formalistico, poiché ha sostenuto che la distinzione tra le due situazioni non è discriminatoria, come sostenevano i giudici *a quibus*, dato che non è irragionevole la scelta fatta dal legislatore (anche costituzionale) di trattare in alcuni casi in modo diverso il matrimonio rispetto alle convivenze *more uxorio*; questo atteggiamento ha incontrato in dottrina sia manifestazioni di consenso - si veda Tassinari, D., Nemo tenetur se detegere. *La libertà dalle autoincriminazioni nella struttura del reato*, Bononia University Press, Bologna, 2012, p. 209 - sia rilievi assai critici - si veda Manna, A., *L'art. 384 c.p. e la «famiglia di fatto»: ancora un ingiustificato «diniego di giustizia» da parte della Corte costituzionale?*, in *Giur. Cost*., 1996, I, p. 92.

dell'autorità in relazione ai reati di guida senza patente (riferimento poi caduto data la successiva depenalizzazione della contravvenzione) e di omissione di assistenza alle persone ferite, previsto dall'art. 189, 7.º comma, del codice della strada.

Nonostante l'argomentazione difensiva volta a chiedere l'applicazione alla donna della causa di non punibilità prevista nell'art. 384, 1.º comma, c.p., in sede di giudizio di merito si era replicato che la situazione di fatto fuoriusciva dall'ambito di operatività di tale esimente, la quale si riferisce ai fatti (specificamente selezionati) commessi per evitare un grave e inevitabile nocumento nella libertà o nell'onore a sé o a un prossimo congiunto, facendo rinvio per la determinazione di questa categoria alla norma definitoria dell'art. 307, 4.º comma, che al proprio interno contempla, tra l'altro, i coniugi, ma non i conviventi *more uxorio*.

La sesta sezione della Corte di Cassazione, competente per la decisione sul ricorso, ha ravvisato un insolubile contrasto giurisprudenziale e pertanto, come anticipato, ha rimesso il ricorso alle sezioni unite.

Queste ultime, va senz'altro riconosciuto, prima di prendere una decisione che, come si vedrà, ben può essere definita rivoluzionaria (non solo per le conclusioni, ma anche per la trama argomentativa utilizzata), analizzano a fondo i motivi che militano a favore di ciascuno dei punti di vista che si contrappongono.

Gli argomenti che fondano il punto di vista tradizionale, volto a negare l'applicazione della scusante, sono legati essenzialmente all'esame della volontà del legislatore e alla convinzione largamente condivisa che l'utilizzo dell'analogia non sia ammesso per colmare una (supposta) lacuna di una fattispecie scusante; restano fuori, come si vede, riflessioni di carattere equitativo, circa l'opportunità o meno di una disposizione così concepita.

Riguardo al primo aspetto, non solo si invoca l'assoluta chiarezza del dettato dell'art. 307 nel punto in cui elenca tassativamente le situazioni in cui si può individuare la qualifica di prossimo congiunto, ma si aggiunge una riflessione che si aggancia alla riforma con cui il legislatore ha modificato di recente il contenuto di tale disposizione.

Infatti, nel 2017, con il Decreto Legislativo n. 6 del 9 gennaio, nel corpo della norma è stato inserito *ex novo* il riferimento, come prossimi congiunti, anche alle parti di una unione civile tra persone dello stesso sesso.

Ebbene, la regolamentazione giuridica di questa particolare situazione ha avuto luogo pochi mesi prima, all'interno di un'ampia riforma del diritto di famiglia (legge n. 76 del 20 maggio 2016), che ha innovato sensibilmente anche la materia delle unioni di fatto; è pertanto singolare che il legislatore non abbia aggiornato il diritto penale a una novità così importante sul piano civilistico, nel momento in cui invece lo aggiornava all'altra grande novità, se la sua volontà era quella di equiparare la situazione dei conviventi *more uxorio* a quella dei coniugi; che sia condivisibile o no, questa omissione dà l'impressione di un preciso intento del legislatore di mantenere inalterata sul punto la situazione precedente.

Dato questo contesto normativo, sottolineato anche dall'Avvocatura dello Stato durante l'*iter* giudiziale, e data la concezione ormai comunemente accolta dell'art. 384 come ipotesi scusante, la conclusione, secondo l'impostazione tradizionale, è nel senso della necessità di una condanna, poiché il ricorso all'estensione analogica sarebbe precluso dal chiaro dettato del citato art. 14 delle Disp. prel. in considerazione del fatto che le scusanti hanno natura di norme eccezionali[9].

Ad avviso delle sezioni unite, questi argomenti non sono decisivi.

Peraltro, il modo in cui vengono contestati presenta aspetti peculiari, che vale la pena sottolineare.

Infatti, in un primo momento della motivazione della sentenza, sembra che si voglia valorizzare l'idea che si possa raggiungere il risultato della equiparazione, ai fini dell'applicazione della scusante, della convivenza di fatto al matrimonio attraverso un ordinario lavoro interpretativo di carattere sistematico, richiamando interventi in tal senso già realizzati dalla stessa Corte Suprema in passato, ma poi questo schema argomentativo viene abbandonato affermando in conclusione che la vera chiave di volta è il commiato dalla convinzione che il procedimento analogico non sia ammissibile nel caso delle scusanti: superato questo ostacolo, naturalmente, l'equiparazione può essere conclamata senza difficoltà, data l'identità di *ratio*.

Esaminiamo ora un po' più in dettaglio lo schema logico seguito.

La definizione legislativa della nozione di «prossimi congiunti» ai fini del diritto penale ha certamente dei limiti[10], ma ha sicuramente il pregio di non lasciare al giudice un margine di discrezionalità che, in un campo come questo, sarebbe davvero amplissimo e difficilmente controllabile.

Ciò detto, non si può non riconoscere che soffre il passaggio del tempo, ed è indiscutibile che la concezione dei rapporti familiari si è molto evoluta nei quasi cento anni che sono trascorsi dall'emanazione del codice penale, imponendo la necessità di un adeguamento.

[9] Lo sottolinea ancora per esempio Bellagamba, F., *I problematici confini della categoria delle scriminanti*, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 323 e segg. e p. 21, dove afferma che possono definirsi eccezionali in quanto contengono una disciplina antitetica - e non solo diversa - rispetto a quella prevista come regola nella maggior parte dei casi.

[10] Così come forse è un limite il fatto che l'art. 384 faccia rinvio proprio alla norma che elenca i prossimi congiunti, mentre sarebbe stata più opportuna una configurazione autonoma dei soggetti a favore dei quali dovrebbero essere ammesse le condotte illecite indicate dalla scusante, prescindendo dal fatto che siano congiunti ma sottolineando invece la necessità di una vicinanza affettiva, che può non esistere nel caso di prossimi congiunti ed esistere nel caso di persone che non lo sono; in tal senso, potrebbe essere raccomandabile un riferimento come quello contenuto nel § 35 dello *Strafgesetzbuch* tedesco, che regola lo stato di necessità come scusante generale, di cui si può fare applicazione quando l'agente salva non solo sé stesso, ma anche una persona a lui vicina (*eine ihm nahestehende Person*).

La via per realizzare tale adeguamento senza mettere in discussione il principio del divieto di analogia potrebbe essere quella, già percorsa in una sentenza di pochi anni precedente della seconda sezione della Corte di Cassazione[11], di optare per la diretta assimilazione della convivenza *more uxorio* al matrimonio, in ragione del fatto che oggi famiglia e matrimonio hanno un significato diverso e più ampio rispetto a quello che veniva loro attribuito all'epoca dell'entrata in vigore del codice penale e la stabilità del rapporto, con il venir meno dell'indissolubilità del matrimonio sancita con il riconoscimento normativo del divorzio, non costituisce più caratteristica assoluta e inderogabile ed anzi talvolta caratterizza maggiormente unioni non fondate sul matrimonio.

Su queste basi, si fonda una interpretazione estensiva del matrimonio, adeguata alla realtà odierna, che secondo la Cassazione trova riscontro in altri orientamenti giurisprudenziali della stessa Corte e nella concezione della famiglia affermatasi a livello di giurisprudenza CEDU[12].

In tal modo, si elude il problema del divieto di analogia, poiché si viene in sostanza a considerare il coniugio come un concetto in sé comprensivo anche della famiglia di fatto.

Insomma, si valorizza con queste affermazioni il punto di vista secondo il quale l'unico modo per dare coerenza al sistema complessivo è quello di trattare alla stessa maniera, a tutti i livelli, il matrimonio e l'unione di fatto, anche nell'ambito penale, poiché lo si fa già in tutti gli altri contesti dell'ordinamento[13].

Ma poi, con un improvviso e inatteso cambio di direzione, le sezioni unite mettono da parte tutte le incertezze derivanti dal pluridecennale contrasto tra i punti di vista che si sono contesi il campo fino ad ora, dichiarando che il vero errore che è stato commesso sia da chi ha respinto l'equiparazione ritenendola incompatibile con il dettato legislativo, sia da chi invece ha inteso sostenerla facendo leva su criteri interpretativi di

[11] Cass. 30 aprile 2015, Agostino, in *Cass. Pen.*, 2016, p. 987.

[12] Si fa menzione, ad esempio, dell'orientamento volto a riconoscere tra i redditi familiari anche quello del convivente *more uxorio* ai fini dell'ammissione del patrocinio a spese dello Stato e di quello che estende al convivente la causa di non punibilità dell'art. 649 c.p., relativa ai reati contro il patrimonio non violenti commessi a danno di familiari (rispettivamente Cass. 26 ottobre 2005, n. 109, Curatolo e Cass. 21 maggio 2009, n. 32190, Trasatti), nonché la concezione espressa dalla Corte di Strasburgo nel senso di far rientrare nella nozione di famiglia anche i legami di fatto particolarmente stretti e fondati su una stabile convivenza (Corte EDU, 13 dicembre 2007, Emonet c. Svizzera).

[13] Si citano per esempio: la nuova disciplina della filiazione *ex* art. 315-*bis* e seguenti del codice civile; l'ammissione della coppia non coniugata ad avvalersi della procreazione assistita *ex* art. 5, legge n. 40/2004; il diritto di astenersi dal rendere dichiarazioni nel processo penale *ex* art. 199 del codice di procedura penale; la rilevanza del periodo di convivenza ai fini della possibilità di adottare, *ex* art. 6, legge n. 49/2001; ma si citano soprattutto interventi della giurisprudenza, sia civile che penale: l'assegnazione anche al convivente separato della casa familiare - Cass. civ., Sez. I, 26 maggio 2004, n. 10102 -; il riconoscimento anche al convivente *more uxorio* del risarcimento del danno da uccisione - Cass. civ., Sez. III, 21 marzo 2013, n. 7128 -; l'ammissione della costituzione di parte civile nel processo penale del convivente - Cass. 5 novembre 2013, n. 19487 -.

natura sistematica è stato quello di ritenere vietata l'interpretazione analogica in tema di scusanti, o più precisamente di avere qualificato senza esitazioni la disposizione dell'art. 384 c.p., correttamente definita come scusante, come norma eccezionale, ed in quanto tale riconducibile allo schema dell'art. 14 delle Disp. prel. al codice civile e dunque insuscettibile di analogia.

Con questo passaggio, pertanto, le sezioni unite abbandonano di fatto il terreno argomentativo specifico riguardante l'attuale configurazione dei rapporti familiari in seguito alla loro evoluzione - evidentemente ritenuto non del tutto convincente, ad onta di alcune affermazioni contenute nella stessa sentenza -, puntando l'attenzione sulla questione molto più generale del ruolo delle scusanti all'interno della dogmatica del reato e, ancor più a monte, nell'ambito della teoria delle norme.

L'ambizioso obiettivo a cui mira la sentenza è dunque quello di rielaborare la categoria delle scusanti, assegnando loro un ruolo di norme «fondanti» nella costruzione degli elementi del reato, e non semplicemente quello di disposizioni che introducono, regolandole come cause soggettive di esclusione della responsabilità, situazioni-limite nelle quali l'ordinamento può legittimamente astenersi dall'elevare nei confronti del soggetto agente un rimprovero di colpevolezza.

Va segnalato a questo punto che la via che si sarebbe potuto seguire - e che è stata effettivamente seguita in passato[14] - è quella di ricondurre l'art. 384 c.p. nell'alveo delle cause di giustificazione, dato che in tal modo la si sarebbe sottratta all'ambito delle norme eccezionali e dunque anche alla sfera di applicazione del divieto di cui all'art. 14.

Ma ciò non è avvenuto, ed anzi le sezioni unite si sono impegnate a fondo in una dettagliata (e pienamente condivisibile[15]) enunciazione dei motivi per i quali non devono esservi dubbi sul fatto che si tratti di una scusante.

Ma se fin qui l'argomentazione resta nel solco del pensiero oggi ormai dominante, sono le conseguenze che se ne traggono a rappresentare un *novum* nella nostra esperienza dottrinale e giurisprudenziale.

Infatti, nella sentenza si afferma che le scusanti, fondandosi sulla inesigibilità del comportamento alternativo lecito e dunque sul principio di colpevolezza, sarebbero

[14] Così ancora Cass. 15 febbraio 2007, Giordano, in *Riv. Pen*., 2007, p. 759. Per un commento critico a questo riguardo, si può vedere Fornasari, G., Nemo tenetur se detegere *sostanziale: qualche nuova riflessione alla luce di recenti contrasti giurisprudenziali,* in *Diritto penale e processo*, 2008, p. 907 e ss. Anche in dottrina, peraltro, la tesi confutata dalle sezioni unite ha ancora qualche sostegno: così per esempio Riverditi, M., *Reati contro l'amministrazione della giustizia*, in Antolisei F., *Manuale di diritto penale*, *Parte speciale*, II, XVI ed., Giuffrè, Milano, 2016, p. 672.

[15] Ho sostenuto questa tesi, allora controcorrente, già in Fornasari, G., *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Cedam, Padova, 1990, p. 355; nello stesso senso, già allora, Romano, M., *Cause di giustificazione, cause scusanti e cause di non punibilità in senso stretto*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1990, p. 55 e ss.

proprio espressione di un principio generale e quindi non dovrebbero essere viste come norme eccezionali.

Inoltre, una loro interpretazione in chiave analogica produrrebbe effetti in *bonam partem*, e anche per questa ragione essa non troverebbe ostacoli dato che si tradurrebbe in uno strumento di *favor libertatis.*

IV. La tesi giurisprudenziale della ammissibilita' dell'analogia

Ora, è chiaro che la teoria del reato non è un monolite fisso e le sue categorie possono subire evoluzioni collegabili a nuove sensibilità o a esigenze di adeguamento a necessità indifferibili di ordine pratico; è già successo e succederà ancora, dunque si tratta di vedere se le argomentazioni che fondano il nuovo indirizzo siano plausibili e con ciò idonee a giustificare questa sorta di cambio di paradigma.

Le sezioni unite prendono le mosse da un ragionamento che si collega ai principi costituzionali.

Il senso del divieto costituzionale che colpisce l'interpretazione analogica, che dottrina e giurisprudenza - ordinaria e costituzionale - deducono senza incertezze dall'art. 25, comma 2, nel punto in cui fissa, all'interno del più ampio principio di legalità, il principio di determinatezza (o tassatività) della fattispecie di reato e della pena, sarebbe in realtà ravvisabile non nella certezza del diritto, ma nella garanzia della libertà dei cittadini, sicché esso si riferisce alle sole norme incriminatrici e non alle norme che escludono la responsabilità.

Riguardo a queste ultime, si deve ritenere che il divieto di analogia stabilito dall'art. 14 disp. prel. c.c. si riferisca soltanto alle cosiddette cause di non punibilità in senso stretto, quelle cioè che trovano fondamento in mere ragioni di opportunità politica e non incidono pertanto sulla qualificazione del fatto come reato, non riguardando nessuno dei suoi elementi costitutivi.

Tra parentesi, si può segnalare che questa linea distintiva non salverebbe l'art. 384 c.p. dal divieto di analogia se si aderisse a un punto di vista che, sebbene minoritario, non è affatto irrilevante nel nostro panorama dottrinale, ovvero quello di coloro i quali ritengono che esso non appartenga al novero delle scusanti né delle giustificanti, ma appunto a quello delle mere cause di non punibilità in senso stretto, poiché le sue ragioni fondanti non sarebbero del tutto riconducibili al principio di inesigibilità e quindi non toccherebbero, in termini negativi, l'elemento della colpevolezza[16].

[16] In tal senso Fiandaca, G.-Musco, E., *Diritto penale. Parte speciale*, Vol. I, V ed., Zanichelli, Bologna, 2012, p. 422. Ritiene preferibile la qualificazione come causa di non punibilità anche Mezza, E., *Unioni civili e convivenze di fatto nelle cause di non punibilità: l'ambito applicativo dell'art. 384, comma 1, c.p.*, in *Cass. pen*., 2018, p. 2738 e ss. e in particolare p. 2758. Più articolata la posizione espressa da Spena, A., *Sul fondamento della non punibilità nei casi di necessità giudiziaria (art. 384/1 c.p.)*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 2010, p. 178 ss., il quale vi vede una sorta di chimera giuridica, un mostro

Preferisco tuttavia seguire qui la linea di ragionamento delle sezioni unite, in primo luogo perché, nonostante non sia unanimemente condivisa, continuo a pensare che la qualificazione della disposizione come scusante sia quella che meglio corrisponde alla sua *ratio*, ed inoltre perché consente poi di fare un discorso più generale sulla portata del divieto di analogia quando si tratti di norme diverse dalle norme incriminatrici, o comunque contenenti una disciplina sfavorevole all'autore, come nel caso delle circostanze aggravanti.

In primo luogo, una breve osservazione sul motivo per cui, dopo avere mostrato nella prima parte della sentenza un certo favore per la tesi dell'equiparazione legislativa, già *de iure condito*, tra coniugio e convivenza *more uxorio*, le sezioni unite abbiano poi puntato tutte le loro *fiches* sulla valorizzazione dell'analogia: come Francesco Palazzo, anch'io sono convinto che non sia stata estranea a questa decisione una valutazione di alcune sue possibili ripercussioni considerate non raccomandabili.

In particolare, si è probabilmente riflettuto sulla circostanza che, portando l'equiparazione alle sue logiche conseguenze, la magistratura avrebbe dovuto poi dedurne inevitabili effetti chiaramente in *malam partem*, per esempio nel senso di estendere il campo applicativo della fattispecie incriminatrice dell'art. 570 c.p., che, nel sanzionare penalmente la violazione degli obblighi di assistenza familiare, punisce la condotta di chi, a certe condizioni, si sottrae agli obblighi di assistenza inerenti, tra l'altro, alla qualità di coniuge, senza che a nessuno sia mai venuto in mente, finora, di applicare la disposizione anche alla mancata assistenza nei confronti del convivente di fatto[17].

Ciò premesso, il discorso potrebbe ora svolgersi su due livelli, ovvero da un lato, *in limine*, al fine di stabilire se la disposizione dell'art. 384 c.p. rappresenti o no una norma eccezionale, con la conseguenza che in caso di risposta negativa si eluderebbe la questione più generale, e dall'altro, affrontando di petto il nodo dogmatico, al fine di chiarire se si debba ancora dare credito all'impostazione tradizionale che vieta in radice l'applicazione analogica delle scusanti.

La pronuncia delle sezioni unite, tuttavia, sembra andare diritta al punto, unificando i livelli e affermando in modo netto che, contrariamente alle cause di non punibilità in senso stretto, le quali si fondano su deroghe ai principi dell'ordinamento, le scusanti si fondano sul principio di inesigibilità della condotta alternativa lecita, elemento essenziale della nozione di colpevolezza fatta propria dalla Costituzione, e pertanto non possono

---

che prevede situazioni diverse non riconducibili alla medesima natura e dal fondamento politico-criminale dubbio ed ambiguo, tanto da farlo propendere per l'abrogazione della disposizione.

[17] *Cfr.* Palazzo, F., *Conviventi* more uxorio *e analogia* in bonam partem*: prima lettura di una sentenza «giusta» più che ardita. A margine di Cass., Sez. Un., sent. 26 novembre 2020* (dep. 17 marzo 2021), n. 10381, in *Sistema penale*, 22 marzo 2021, consultabile in: *https://www.sistemapenale.it/it/opinioni/palazzo-sezioni-unite-10381-2021-384-conviventi-more-uxorio*.

essere considerate norme eccezionali, essendo al contrario funzionali al pieno rispetto di un principio cardine dell'ordinamento.

In conseguenza di ciò, non vi sarebbero ostacoli alla loro estensione analogica, dato che essa è *in bonam partem*, e dunque non pregiudica diritti altrui (nel caso concreto, l'estensione della tutela ai conviventi di fatto non diminuisce la tutela prevista per i coniugi) e in fondo rappresenta l'espressione di un'istanza di giustizia sostanziale perfettamente coerente con l'idea che si possa essere condannati solo se è possibile nel caso specifico un rimprovero di colpevolezza e nel caso di specie coerente anche con la consapevolezza sociale ormai diffusa (e confermata da molti interventi legislativi) della equiparabilità, ai fini del trattamento giuridico, tra matrimonio e unioni di fatto.

V. Possibili obiezioni ancora valide

Il quadro argomentativo offerto dalle sezioni unite è molto suggestivo e soprattutto corrisponde intuitivamente all'esigenza di dare alla vicenda concreta una soluzione adeguata ad una sensibilità sociale che effettivamente, almeno riguardo alla maggioranza dei consociati, fatica ad accettare un trattamento differenziato motivato solo dal fatto che sia avvenuta o no una cerimonia nuziale.

Ciononostante, non si può nascondere che alcuni dei passaggi che conducono alle conclusioni suscitano perplessità, specie nel momento in cui incidono su principi generali che non sembra raccomandabile mettere in discussione.

La dottrina che ha approvato la sentenza delle sezioni unite ne ha rimarcato il coraggio e ne ha sottolineato in senso favorevole gli argomenti puntando allo stesso tempo a minimizzare le possibili obiezioni, per esempio segnalando che il rischio di una indiscriminata espansione degli effetti dell'art. 384, che seguirebbe al riconoscimento della sua portata anche al caso dei conviventi *more uxorio*, verrebbe circoscritto dal fatto che il giudice dovrebbe essere chiamato a provare l'effettiva esistenza di una situazione di convivenza in base a elementi di prova rigorosi[18].

Ciò che mette in difficoltà il commentatore, in effetti, è, almeno per quanto mi riguarda, la circostanza che un'eventuale scelta legislativa nel senso di questa estensione sarebbe probabilmente raccomandabile, pur con qualche debita puntualizzazione relativa alla definizione della convivenza di fatto, ma ciò non toglie che sull'impianto argomentativo complessivo sono legittime varie obiezioni.

[18] In tal senso, per esempio, Padovani, T., *Sull'estensione analogica dell'art. 384, comma 1, c.p.*, in www.il penalista.it, 27 maggio 2021, p. 8; non diversamente Palazzo, F., *Conviventi* more uxorio *e analogia* in bonam partem, cit.

V.1. **Conseguenze della qualifica come scusante**

la configurazione della causa di esclusione della punibilità oggetto della sentenza come scusante viene accolta senza indugio dalle sezioni unite e in effetti, pur se questa opinione non è universalmente condivisa, è oggi senz'altro prevalente.

Del resto, da questa base parte tutto il discorso, poiché, sempre secondo l'opinione dominante, se si fosse trattato di una causa di giustificazione non ci sarebbe stato alcun problema, data la - ritenuta - pacifica estensibilità analogica di questa categoria, mentre se invece si fosse trattato di una causa di non punibilità in senso stretto, all'inverso, il divieto di analogia sarebbe stato inattaccabile.

Assunta dunque la natura di scusante, come tale fondata sul principio di inesigibilità, la domanda fondamentale sta a monte: quali sono le implicazioni che comporta il riferimento al principio di inesigibilità?

Le sezioni unite sembrano propendere per una concezione piuttosto onnicomprensiva, in base alla quale si dovrebbe dedurre che vi sia una sorta di principio generale di inesigibilità, da applicarsi tutte le volte in cui, anche a prescindere da una specifica previsione normativa, appaia necessario escludere l'elemento del reato rappresentato dalla colpevolezza in ragione della presenza di elementi di fatto che facciano ritenere che la condotta sia stata tenuta, sì con dolo o con colpa, ma in una situazione motivazionale soggettiva tale che non si possa elevare il rimprovero di colpevolezza, precisando che solo in tal modo il principio di colpevolezza enunciato nella Costituzione con il riferimento alla personalità della responsabilità penale può dirsi davvero rispettato.

Questa concezione, funzionale forse a fornire una base per una definizione accettabile, in termini di equità, della vicenda giudiziaria da cui è partito il ricorso alle sezioni unite, contiene tuttavia il germe di una patologia denunciata con precisione proprio là dove la categoria della inesigibilità ha conosciuto le sue origini, ovvero nella dogmatica penalistica tedesca.

Infatti, la concezione della inesigibilità che si è affermata definitivamente in Germania nel secondo dopoguerra, dopo i contrasti sorti intorno a questo principio tra l'età di Weimar - in cui venne inizialmente valorizzato - e il periodo nazista - in cui in parte fu rigettato e in parte rivalutato strumentalmente - è quella di un principio regolativo funzionale a dare rilievo in situazioni determinate, e preferibilmente con una (almeno generica) copertura normativa, a un interesse all'autoconservazione che l'ordinamento non approva (anche perché per affermarlo vengono lesi o messi in pericolo beni o interessi che invece sarebbero meritevoli di protezione), ma di fronte al quale sente in certi casi estremi di potersi permettere un atteggiamento di indulgenza nei confronti dell'agente[19].

[19] In questi termini, *inter alios*, Baumann, J.- Weber, U.-Mitsch, W., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 10.ª Aufl., Gieseking, Bielefeld, 1995, p. 502 e ss.; Jescheck, H.-H.- Weigend, T., *Lehrbuch des Straf-*

Non trova più spazio, dunque, la dottrina della *Unzumutbarkeit* come causa scusante generale extralegale (*allgemeiner übergesetzlicher Schuldausschließungsgrund*)[20], rigettata in quanto suscettibile di portare con sé gravi conseguenze in termini di incertezza giuridica[21]; quello che si ammette, in rottura con un passato in cui l'anormalità delle motivazioni individuali poteva avere al più l'effetto di mitigare la pena, è, in casi particolari, un uso interpretativo volto a delineare l'ambito del profilo soggettivo della colpa (ed eventualmente anche a delimitare in concreto le posizioni di garanzia nel quadro delle fattispecie omissive improprie), e in termini più generali l'ammissione di un intervento legislativo avente l'obiettivo di isolare situazioni motivazionali anomale, conseguenza di particolari pressioni esogene sulla sfera dell'autore, idonee a produrre il risultato di escludere la responsabilità in riferimento a determinati reati, o gruppi di reati o anche, se questa fosse l'opzione preferibile, a tutti i reati, dolosi o colposi.

Insomma, gli spazi che il principio lascia al legislatore e all'interprete non sono ridottissimi, ma sono comunque circoscritti, anche in ragione del fatto che, contrariamente a quanto avviene in relazione alle cause di giustificazione, e dunque all'esclusione dell'antigiuridicità del fatto, in questo caso l'atteggiamento dell'ordinamento nei confronti dell'autore non è di approvazione, ma al contrario, in linea di principio, di disapprovazione, accompagnata però dalla concessione di un'indulgenza dovuta alla comprensione della eccezionalità dei motivi.

Dunque, si presuppone qui, comunque, a monte, un bilanciamento, e non una carta bianca messa in mano al giudicante.

E non potrebbe essere diversamente.

---

rechts. Allgemeiner Teil, 5.ª Aufl., Duncher & Humblot, Berlin, 1996, p.; per una condivisione di questa concezione, da ultimo, nella nostra dottrina, Scorcia S.M., *La natura eccezionale delle scusanti: riflessioni a margine del recente dibattito sul principio di inesigibilità e sull'esigenza di affinare il giudizio di colpevolezza*, in *Legislazione penale*, 7.9.2022, p. 19.

[20] Ovvero la teorica che si era affermata soprattutto negli anni Venti del XX secolo, con l'intento, facilmente identificabile nella temperie intellettuale di quegli anni, di puntare ad una riforma del diritto penale che superasse i rigorismi e l'inattualità del codice penale bismarckiano del 1871, connotato da una concezione duramente retributiva e statolatrica; andavano in questa direzione i contributi di Goldschmidt, J., *Normativer Schuldbegriff*, in *Festgabe für Frank*, Bd. I, Paul Siebeck, Tübingen, 1930, p. 428 e ss. e in part. 452 e prima ancora di Freudenthal, B., *Schuld und Vorwurf im geltenden Strafrecht. Zugleich ein Beitrag zur Kritik des Entwurfes zu einem Deutschen Strafgesetzbuches von 1919*, Mohr, Tübingen, 1922, p. 22 e ss.

[21] Per una critica efficace all'idea di una espansione libera e incondizionata del *topos* della inesigibilità, *Cfr.* Wortmann, L., *Inhalt und Bedeutung der «Unzumutbarkeit normgemäßen Verhaltens» im Strafrecht*, Nomos, Baden-Baden, 2002, p. 19 e ss., Barthel, M., *Die (Un-)Zumutbarkeit des Erfolgsabwendenden Tuns. Begriff und systematische Einordnung*, Tenea, Berlin, 2004, p. 121 e nella manualistica Roxin C., *Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen – Die Aufbau der Verbrechenslehre*, 4.ª Aufl., Beck's Verlag, München, 2006, p. 1023 e ss.

Come è stato giustamente notato anche nella dottrina italiana[22], l'argomento secondo il quale si potrebbe tranquillamente dare luogo ad una estensione analogica delle scusanti, trattandosi di un'applicazione *in bonam partem* e dunque inidonea a ledere interessi di terzi, non è affatto incontestabile, se si sposta il fuoco dell'attenzione dai soggetti coinvolti nelle singole vicende da giudicare al piano più generale della tutela dei beni giuridici protetti dalle norme incriminatrici violate, che indubbiamente verrebbe abbassata, riconoscendo l'analogia, in base ad una scelta di politica criminale effettuata dall'autorità giudiziaria e non da quella legislativa.

Sarebbe pertanto meglio parlare di analogia *in favor rei*, piuttosto che *in bonam partem*.

Né vale molto obiettare che si potrebbero delimitare *ex ante* gli effetti dell'estensione analogica di una disposizione scusante, per esempio, nel caso dell'art. 384 c.p., ammettendola solo in riferimento alle persone a vantaggio delle quali può essere tenuto il comportamento scusato, ma non alle tipologie di reato che possono essere escluse dalla condotta scusata.

Questa interpretazione, infatti, non avrebbe alcun appiglio normativo e dunque non potrebbe implicare alcun vincolo.

Del resto, la questione di fondo rimane quella del rapporto tra principio e risultati.

Quando si afferma che con l'analogia (solo *in bonam partem*, perché quella *in malam partem* nonostante tutto è sempre considerata inammissibile, anche qualora comportasse conseguenze socialmente apprezzate) il giudice introduce nel suo giudizio nuove sensibilità emergenti nella comunità sociale ci si avventura in un terreno molto scivoloso: nel caso che ha dato luogo alla vicenda giudiziaria in oggetto, la soluzione che ne deriva può in effetti incontrare un vasto consenso, ma nulla garantisce che debba essere sempre così, e anzi talvolta possono persino sorgere dubbi sull'opportunità di avallare punti di vista diffusi nel contesto sociale, i quali non di rado collidono con principi generali di civiltà.

Esemplifico partendo da un'ipotesi che da sempre fa molto discutere.

In Italia, la qualificazione dogmatica dello stato di necessità è notoriamente controversa, ma oggi un autorevole settore dottrinale tende ad abbandonare la sua tradizionale concezione come causa di giustificazione attribuendole invece il ruolo di una scusante (o quanto meno di un istituto misto da interpretarsi dal giudice di volta in volta come giustificante o scusante)[23].

[22] Fiore, S., *Non aspettare più Godot. Il problema dell'applicazione analogica delle scusanti e il nuovo protagonismo delle Sezioni Unite*, in *Archivio penale*, Num. 2, 2021, p. 13 ss.

[23] Viganò, F., *Stato di necessità e conflitti di doveri*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 551 ss.; Marinucci, G.-Dolcini, E.-Gatta, G.L., *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, 13^ ed., Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2024, p. 372 s.; Manna, A., *Corso di Diritto penale. Parte generale*, 5^ ed., Wolters Kluwer/

Ammettendo per ipotesi la correttezza di questa impostazione, come dovremmo giudicare la proposta di una sua estensione analogica nel caso in cui alcuni agenti di polizia sottopongano a tortura una persona arrestata, nella supposizione che sia a conoscenza di elementi che, se riferiti, potrebbe consentire di impedire in tempi brevi la consumazione di un grave reato, anche qualora nella situazione concreta vi sia la possibilità di ottenere il medesimo obiettivo attraverso altri strumenti di indagine, e quindi essendo assente quell'elemento essenziale dello stato di necessità che è costituito dalla inevitabilità altrimenti del pericolo?

Probabilmente una fascia consistente della popolazione, obnubilata dal populismo penale imperante, non vedrebbe affatto con sfavore la conseguenza di non punire gli agenti in virtù di un'estensione analogica, ma questo dovrebbe essere un argomento appagante, di fronte alla necessità di tutelare la dignità umana da un atto ignobile e giustamente condannato da tutte le carte dei diritti come la tortura?

Si potrebbe davvero dire che in fondo si tratterebbe di un'applicazione *in bonam partem*, non suscettibile di violare diritti altrui, quando ne deriverebbe in realtà, alla luce del messaggio lanciato, un pericoloso affievolimento della tutela dell'integrità fisica e psichica, se non addirittura della vita, di chi si trova nella custodia dello Stato e viene anche solo sospettato di avere qualcosa di importante da confessare?[24]

V.2. **Come si definiscono le norme eccezionali?**

Un altro degli argomenti addotti a favore dell'applicazione analogica delle scusanti è che ciò non si porrebbe in contrasto con il disposto dell'art. 14 delle disposizioni preliminari al codice civile in quanto le scusanti sarebbero norme che integrano l'ordinamento giuridico e dunque non vanno considerate norme eccezionali.

Secondo un punto di vista ancora più estremo, le vere norme eccezionali a cui la norma farebbe riferimento sono le norme penali incriminatrici, dato che la regola è la libertà delle persone e dunque le fattispecie penali, che sono volte a delimitare la libertà personale, derogano alla regola e fungono da eccezioni, come tali meritevoli di non poter essere estese per analogia; fungendo da eccezione all'eccezione, le norme scusanti sarebbero pertanto norme regolari[25].

CEDAM, Milano/Padova, 2020, p. 320 ss.; Fiore, C.-Fiore, S., *Diritto penale. Parte generale*, 6.ª ed., UTET, Torino, 2020, p. 379 ss.

[24] Tratto con maggiore approfondimento la questione del dilemma etico del male minore in riferimento all'uso della tortura in Fornasari, G., *Dilemma etico del male minore e* ticking bomb scenario. *Riflessioni penalistiche (e non) sulle strategie di legittimazione della tortura*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020.

[25] D'andrea, R., *L'analogia* in bonam partem *nel diritto penale. Una riflessione sulla natura «eccezionale» delle norme di favore*, in *Diritto penale contemporaneo. Rivista trimestrale*, 4/2023, p. 69.

Riguardo a questa concezione, peraltro, si può agevolmente obiettare che, al di là di quello che si potrebbe rilevare in termini concettuali, essa rende inutile la prima parte della disposizione, che già menziona le norme penali, nozione alla quale si sono sempre associate proprio le norme che configurano le fattispecie di reato; insomma, per evitare un doppione privo di senso il carattere della eccezionalità deve riferirsi ad altro.

In realtà, l'eccezionalità non può essere intesa che come riferita alla situazione anomala, regolata dalla norma, nella quale taluno agisce contro il diritto, ma senza che l'ordinamento, alle condizioni da esso stesso poste, imponga conseguenze sanzionatorie proprio in ragione della situazione motivazionale o di altre circostanze di fatto che facciano venir meno il bisogno di pena (come, per esempio, quelle emanate in situazioni come la recente emergenza pandemica).

Stando così le cose, le scusanti vi rientrano in pieno, compresa quella disciplinata dall'art. 384 c.p., il cui significato non è quello di qualificare come conformi all'ordinamento certe condotte in quanto espressione di un incondizionato principio che impedisce l'autoincriminazione o il contributo all'incriminazione di un congiunto (per vero, con estensione alla tutela dell'onore), ma quello di disciplinare in modo compiuto, all'esito di un adeguato bilanciamento assiologico, casi nei quali motivazioni soggettive anomale comprensibili perché derivanti da pressioni esogene molto forti possono far venir meno il rimprovero sociale che di regola accompagnerebbe fatti in sé disapprovati dall'ordinamento[26].

V.3. **L'esistenza di una lacuna come base dell'estensione analogica**

Ogni analogia, ci dicono i classici, presuppone una lacuna, intesa come un'assenza di regolamentazione giuridica[27].

Dato per assodato questo presupposto, occorre verificare se esso in effetti ricorra nel caso di specie.

La sezioni unite della Corte di Cassazione danno implicitamente una risposta affermativa, dal momento che nella sentenza si afferma che il silenzio del legislatore nel

[26] Come ha scritto, proprio in relazione all'art. 384 c.p., Viganò, F., *Stato di necessità e conflitti di doveri*, Milano, 2000, p. 303, «*Il nemo tenetur se detegere* non è affatto un principio generale dell'ordinamento, bensì costituisce uno solo dei punti di vista reciprocamente confliggenti che il legislatore ha bilanciato nel definire *i limiti* della scusante». Nello stesso senso De Pellegrini, C., *Reati contro l'amministrazione della giustizia e casi di non punibilità: non punibile il tossicodipendente che mente per salvare la propria libertà*, in *Critica del Diritto*, 2006, p. 170.

[27] Esemplarmente, già Bobbio, N., *Analogia,* in Id., *Contributi ad un dizionario giuridico*, Giappichelli, Torino, 1994, p. 1 ss. Nello stesso senso, da ultimo, Velluzzi, V., *L'analogia giuridica presa sul serio. Osservazioni su Cass., Sez. Un. penali, 17.3.2021, n. 10831*, in *DisCrimen*, 30.7.2021, p. 5: «Per mezzo dell'analogia viene attribuita a una fattispecie non regolata la conseguenza giuridica prevista per una fattispecie simile in maniera rilevante (…) alla fattispecie non regolata».

quarto comma dell'art. 307 - anche dopo la riforma del 2016 - sarebbe «neutro», non rappresentando perciò una causa ostativa alla possibilità di estendere diritti in favore delle convivenza *more uxorio*, in particolare gli effetti della causa di non punibilità dell'art. 384 c.p., ancor più se si pensa agli effetti, giudicati paradossali, che si produrrebbero ragionando diversamente; unita al fatto che le scusanti non avrebbero natura di norme eccezionali, questa argomentazione aprirebbe dunque le porte all'estensione analogica della causa di non punibilità in esame.

Il termine «estensione» qui non è utilizzato a caso: l'analogia *in favor rei* è stata utilizzata dalle sezioni unite non per interpretare (non si tratta infatti qui di attribuire un significato a una disposizione normativa), ma per integrare una situazione sotto il cappello di una norma che non la prevede, e non in presenza di una lacuna normativa (prevedendo certi contenuti, la disposizione scusante esclude gli altri), ma di una lacuna assiologica (la norma non dice ciò che parrebbe ragionevole che dicesse).

Qui insomma si va al di là di quella interpretazione costituzionalmente conforme che anche la stessa Corte costituzionale ha più volte invitato i giudici ordinari ad effettuare, se possibile, lasciando come *ultima ratio* il ricorso al giudizio di costituzionalità.

Ci si muove invece sul terreno della sostituzione del punto di vista del giudice a quello, decisamente diverso, del legislatore, nella convinzione di realizzare un migliore adeguamento in via diretta al principio di uguaglianza, integrando nella fattispecie scusante una situazione che essa, non per dimenticanza ma per scelta, non prevede[28].

Che questo procedimento, a prescindere dagli esiti sostanziali che può raggiungere nel caso concreto, sia rispettoso del principio della separazione dei poteri, è più che dubbio[29].

[28] Questa «fuga» dalla lettera della legge viene pacificamente ammessa anche da uno dei sostenitori della sentenza delle Sezioni unite, il quale però rivendica, a favore delle motivazioni del collegio, la preminenza della *ratio* sulla lettera: così Bartoli, R., *Con una lezione di ermeneutica le Sezioni Unite parificano i conviventi ai coniugi*, in *Diritto penale e processo*, 2021, p. 1084; è tuttavia da segnalare che un'altra studiosa che manifesta favore per la scelta delle sezioni unite, vedendovi una apprezzabile affermazione del diritto vivente come adeguamento del diritto vigente alle sopravvenute esigenze di un mondo irrequieto e instabile in riferimento al concetto di famiglia - Bisceglia, F.P., *Dove il legislatore porta le parole e l'interprete adduce il senso. Le Sezioni Unite sull'applicabilità dell'art. 384 c.p. al convivente* more uxorio, in Sistema penale, 5/2021, p. 43 ss. - riconosce d'altro canto che è arduo presumere davvero che il silenzio del legislatore sul punto, specie dopo il 2016, sia da concepire come espressione di un atteggiamento neutro sul punto.

[29] Analoghe perplessità in Fiore, S., *Non aspettare più Godot*, cit., p. 18 s. e D'anello, A.-Lombardi, F., *Le Sezioni Unite sull'estensione dell'art. 384 c.p. al convivente more uxorio. Alcune note critiche*, in *Penale. Diritto e procedura*, 20 luglio 2021, p. 13; e non è affatto detto che un nuovo ricorso alla Corte costituzionale, se ben motivato, avrebbe avuto gli stessi esiti fallimentari dei precedenti, dato che la Corte ha già mostrato in altre occasioni la capacità di adeguare la propria giurisprudenza all'evoluzione dei contesti sociali di riferimento nell'interpretazione dei principi.

V.4. **Ha un futuro il principio della separazione dei poteri?**

Ragionando in termini ancor più estremi, si è contestata in radice la base politica del divieto di analogia, ovvero il principio della separazione dei poteri, quanto meno in relazione allo stato attuale dei rapporti fra di essi.

In particolare, si è sottolineato il rapporto di necessaria strumentalità tra la separazione dei poteri e la tutela dei diritti, affermando che quest'ultimo è il fine, non la separazione dei poteri in sé, che costituisce soltanto uno strumento; e se lo strumento non funziona, come sembra avvenire in Italia dove patologicamente il Parlamento di fatto non esercita più il suo potere di indirizzo, non c'è nulla di male se altri soggetti - in questo casi, evidentemente, i giudici ordinari e costituzionali - suppliscono tutelando efficacemente i diritti di cui il potere legislativo si disinteressa[30].

Conseguenza pratica di tale impostazione è la pacifica accettazione dell'idea che all'inazione dell'organo deputato a legiferare quando si tratta di garantire diritti, specie se contemplati a livello costituzionale, che siano conculcati dalla previsione di certe condotte come fatti di reato, si possa legittimamente ovviare affidando al potere giudiziario, con lo strumento dell'analogia, il compito di estendere l'applicazione non solo delle cause di giustificazione, ma anche delle scusanti.

Così, certamente, si amplia molto lo spettro del discorso e ovviamente non è questa la sede per un approfondimento del tema generale, ma solo per fare un breve appunto si può dire che se la patologia denunciata da questa dottrina, riguardo all'abbassamento del ruolo del Parlamento, appare davvero incontestabile, qualche perplessità può invece destare l'atteggiamento di sostanziale accettazione di tale patologia come dato irreversibile, con la conseguenza assegnazione di un ruolo di supplenza alla magistratura: forse è una via più impervia, ma la strada maestra dovrebbe essere quella di una forte critica allo squilibrio che si è venuto a creare, con la rivendicazione della restituzione della giusta centralità al Parlamento; l'alternativa che si vuole patrocinare invoca la cura di una patologia con l'introduzione di un'altra patologia.

VI. **Conclusione**

Il ricorso all'analogia, sia *in favor rei* che *contra reum*, può risolvere problemi e garantire a volte soluzioni più eque e socialmente accettabili in casi giudiziari difficili.

A fronte di ciò, nessuno ha dubbi, almeno sul piano teorico, sul fatto che non si debba ammettere la seconda ipotesi, che introdurrebbe un *vulnus* rispetto alla garanzia di legalità che è coessenziale allo stato di diritto.

[30] D'ANDREA, R., *L'analogia* in bonam partem *nel diritto penale*, cit., p. 70 ss., riportando i termini di un più ampio dibattito che si svolge tra gli studiosi del diritto pubblico.

Riguardo invece alla prima ipotesi, si registra una divergenza di punti di vista che dipende essenzialmente dalla rilevanza che si vuole dare all'esigenza di garantire risultati conformi a criteri di equità, laddove si possa porre il problema di conflitti con principi come quelli della certezza del diritto, della separazione dei poteri e della tutela di importanti beni giuridici.

Il punto è, a mio avviso, che, mentre i citati principi con i quali potrebbe accendersi un conflitto hanno una base fortemente oggettiva, le istanze di equità sono spesso legate a presupposti ideologici o comunque ampiamente dipendenti da punti di vista soggettivi e transeunti, sicché affidare al potere giudiziario il compito di tramutare tali istanze, di fatto, in norme giuridiche può suscitare forti preoccupazioni laddove non vi sia, come forse avviene nel caso particolare qui esaminato dell'estensione al convivente *more uxorio* del diritto di mentire all'autorità, un consenso ampio, ma invece sia presente un dibattito pubblico molto contrastato - penso a settori come i trattamenti di fine vita o l'uso giudiziario della tortura -, con il rischio di imporre la sensibilità di un singolo magistrato che interpreta il sentimento di alcuni, che contrasta radicalmente con il sentimento di altri[31].

Pensando a possibili concretizzazioni di una tale minaccia, valorizzerei ancora il principio che vede incombere sull'organo democraticamente legittimato la definizione dei confini dell'applicazione di quelle particolari norme eccezionali che sono le scusanti.

IV. Bibliografia

Barthel, Maik, *Die (Un-)Zumutbarkeit des Erfolgsabwendenden Tuns. Begriff und systematische Einordnung*, Tenea Verlag, Berlin, 2004.

Bartoli, Roberto, «Con una lezione di ermeneutica le Sezioni Unite parificano i conviventi ai coniugi», in *Diritto penale e processo*, 2021, pp. 1078-1087.

Baumann, Jürgen-Weber, Ulrich-Mitsch, Wolfgang, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 10.ª Aufl., Gieseking, Bielefeld, 1995.

Bellagamba, Filippo, *I problematici confini della categoria delle scriminanti*, Giuffrè, Milano, 2007.

Bisceglia, Francesca Pia, «Dove il legislatore porta le parole e l'interprete adduce il senso. Le Sezioni Unite sull'applicabilità dell'art. 384 c.p. al convivente *more uxorio*», in *Sistema penale*, 5/2021, pp. 31-46.

Consulich, Federico, *Lo statuto penale delle scriminanti. Principio di legalità e cause di giustificazione: necessità e limiti*, Giappichelli, Torino, 2018.

[31] Fiore, S., *Non aspettare più Godot*, cit., p. 23. Mostra invece un atteggiamento favorevole verso un'ulteriore espansione del ricorso al principio di inesigibilità, anche al di fuori di un quadro normativo, proprio partendo da un apprezzamento per gli argomenti delle sezioni unite, Sereni, A., *Le prospettive di inesigibilità nel diritto penale*, in Carlo Piergallini *et al.* (cur.), *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, vol. II, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2022, p. 838 ss., a cui si rinvia per l'esemplificazione dei settori interessati.

D'Andrea, Roberto, «L'analogia *in bonam partem* nel diritto penale. Una riflessione sulla natura "eccezionale" delle norme penali di favore», *Diritto penale contemporaneo. Rivista trimestrale*, n. 4, 2023, pp. 54-79.

D'Anello, Antonio-Lombardi, Filippo, «Le Sezioni Unite sull'estensione dell'art. 384 c.p. al convivente more uxorio. Alcune note critiche», in *Penale. Diritto e procedura*, 20 luglio 2021, pp. 1-18.

De Pellegrini, Claudia, «Reati contro l'amministrazione della giustizia e casi di non punibilità: non punibile il tossicodipendente che mente per salvare la propria libertà», in *Critica del Diritto*, 2006, pp. 168-180.

Fiore, Carlo - Fiore, Stefano, *Diritto penale. Parte generale*, 6.ª ed., UTET, Torino, 2020.

Fiore, Stefano, *Cause di giustificazione e fatti colposi*, CEDAM, Padova, 1996.

— «Non aspettare più Godot. Il problema dell'applicazione analogica delle scusanti e il nuovo protagonismo delle Sezioni Unite», in *Archivio penale*, Num. 2, 2021, pp. 1-26.

Fornasari, Gabriele, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, CEDAM, Padova, 1990.

— «*Nemo tenetur se detegere sostanziale*: qualche nuova riflessione alla luce di recenti contrasti giurisprudenziali», in *Diritto penale e processo*, 2008, pp. 907-914.

— «Casi di non punibilità», in Gabriele Fornasari / Silvio Riondato (ed.), *Reati contro l'amministrazione della giustizia*, 2^ ed., Giappichelli, Torino, 2017, p. 279.

— *Dilemma etico del male minore e* ticking bomb scenario. *Riflessioni penalistiche (e non) sulle strategie di legittimazione della tortura*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020.

Freudenthal, Berthold, *Schuld und Vorwurf im geltenden Strafrecht. Zugleich ein Beitrag zur Kritik des Entwurfes zu einem Deutschen Strafgesetzbuches von 1919*, Mohr, Tübingen, 1922.

Goldschmidt, James, «Normativer Schuldbegriff», in August Hegler (Hrsg.) *Beiträge zur Strafrechtswissenschaft. Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag*, Bd. I, Paul Siebeck, Tübingen, 1930, p. 428.

Jescheck, Hans Heinrich-Weigend, Thomas, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5.ª Aufl., Duncher & Humblot, Berlin, 1996.

Macchia, Alberto, «Il fine giustifica i mezzi? Le Sezioni Unite e la difficile estensione ai conviventi della causa di non punibilità dell'art. 384, comma 1, cod. pen.», *Sistema penale*, 22 giugno 2021, pp. 1-24.

Manna, Adelmo, *Corso di Diritto penale. Parte generale*, 5^ ed., Wolters Kluwer/CEDAM, Milano/Padova, 2020.

Marinucci, Giorgio-Dolcini, Emilio, *Corso di diritto penale*, 3^ ed., Giuffrè, Milano, 2001.

Marinucci, Giorgio-Dolcini, Emilio-Gatta Gian Luigi, *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, 13^ ed., Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2024.

Mezza, Enrico, «Unioni civili e convivenze di fatto nelle cause di non punibilità: l'ambito applicativo dell'art. 384, comma 1, c.p.», in *Cass. pen*., 9, 2018, p. 2738-2760.

Padovani, Tullio, «Sull'estensione analogica dell'art. 384, comma 1, c.p.», in www.il penalista.it, 27 maggio 2021, pp. 1-8.

Palazzo, Francesco, *Conviventi* more uxorio *e analogia* in bonam partem*: prima lettura di una sentenza «giusta» più che ardita. A margine di Cass., Sez. Un., sent. 26 novembre 2020* (dep. 17 marzo 2021), n. 10381, in *Sistema penale*, 22 marzo 2021.

Riverditi, Maurizio, «Reati contro l'amministrazione della giustizia», in Francesco ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, *Parte speciale*, II, XVI ed., Giuffrè, Milano, 2016, p. 672.

Romano, Mario, «Cause di giustificazione, cause scusanti e cause di non punibilità in senso stretto», in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.,* 1990*,* p. 55-71.

ROXIN, Claus, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen – Die Aufbau der Verbrechenslehre*, 4.ª Aufl., Beck's Verlag, München, 2006.

SCORCIA, Sirio Moreno, «La natura eccezionale delle scusanti. Riflessioni a margine del recente dibattito sul principio di inesigibilità e sull'esigenza di affinare il giudizio di colpevolezza», *Legislazione penale*, 7.9.2022, pp. 1-25.

SERENI, Andrea, «Le prospettive di inesigibilità nel diritto penale», in Carlo Piergallini *et al.* (ed.), *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, vol. II, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2022, p. 825.

SPENA, Alessandro, «Sul fondamento della non punibilità nei casi di necessità giudiziaria (art. 384/1 c.p.)», in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 2010, pp. 145-181.

VELLUZZI, Vito, «L'analogia giuridica presa sul serio. Osservazioni su Cass., Sez. Un. Penali 17.3.2021, n.10831», in *disCrimen*, 30.7.2021, pp. 1-16.

VIGANÒ, Francesco, *Stato di necessità e conflitti di doveri*, Giuffrè, Milano, 2000.

WORTMANN, Lars, *Inhalt und Bedeutung der «Unzumutbarkeit normgemäßen Verhaltens» im Strafrecht*, Nomos, Baden-Baden, 2002.

15

FUNDAMENTO DEL DECAIMIENTO DE LA PRETENSIÓN PUNITIVA POR EL PASO DEL TIEMPO Y SUS LÍMITES*

ENARA GARRO CARRERA**
Profesora de Derecho Penal
Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA PREVENCIÓN GENERAL POSITIVA COMO FUNDAMENTO DEL DECAIMIENTO DE LA PRETENSIÓN PUNITIVA POR EL PASO DEL TIEMPO (Y SUS LÍMITES). III. REFLEXIÓN FINAL. IV. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

En la actualidad la prescripción se asume con naturalidad, prácticamente su existencia se da por descontada. Pero esta consolidación incontestada de nuestros días tardó en consagrarse[1], hasta el punto de que aún en el siglo XIX, la prescripción se subordinaba a la concurrencia de ciertos presupuestos[2], más allá del paso del tiempo,

* El presente trabajo se inscribe en el marco de los proyectos de investigación I+D+I PID2020-115320GB-100, financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033/, liderado por el Prof. Jon Landa y PID2021-123170OB-I00, liderado por la Prof. Ana Montesinos, ambos del Ministerio de Ciencia e Innovación.

** En emocionado recuerdo y reconocimiento de nuestro querido compañero el Prof. Carlos Romeo, académico brillante e infatigable, por tanto que sembró, y por todo lo que deja.

[1] Si prescindimos de los antecedentes más remotos de la antigua Grecia y Roma, queda patente el impulso decisivo que supuso el ordenamiento jurídico francés para afianzar la prescripción tras la Revolución, no sólo respecto a la prescripción de los delitos sino también respecto a la de las penas. Quizá esta mutación del significado del paso del tiempo para el proceso penal sea comprensible considerando la catarsis que supuso la revolución. Tras derrocar a un rey absoluto, que decidía y disponía como si de una deidad se tratase, no sorprende que el cambio de sistema se articulase sobre la base de la limitación de la justicia a lo terrenal, con sus matices e imperfecciones. Esta novedad tuvo su impacto en otros ordenamientos jurídicos, si bien de forma matizada en el ámbito germánico respecto a delitos que tenían prevista la pena de muerte o la cadena perpetua. Sobre los antecedentes de la prescripción, véase, LORENZ, M., *Die Verjährung im Strafrechte*, Prag, 1934, pp. 13 y ss.

[2] Básicamente condiciones relacionadas con la buena conducta y el pronóstico positivo del infractor. Véanse, por ejemplo, el § 208 del Código penal austriaco de 1803 y el art. 139.2 del Código penal Bávaro de 1813.

que dan muestra de que la institución se contemplaba con la desconfianza propia de aquello que se intuye irregular.

Dejando al margen las posturas de quienes, desde la resignación, afirman que la prescripción tiene la virtualidad de sustraer el *ius puniendi* al Estado sin una fundamentación sólida que sea reconocible, apelando solo a razones de equidad, y consagrándola así como un «instituto político-criminal»[3], los posicionamientos troncales sobre su fundamento tienden a clasificarse o bien como «teorías procesales» o bien como «teorías materiales».

En este trabajo se va a abordar la teoría de la prevención general positiva como base para proponer el decaimiento de la pretensión punitiva por el paso del tiempo, incidiendo, a su vez, en que la necesidad de pena no desaparece ni automáticamente ni en todo caso por su transcurso.

II. La prevención general positiva como fundamento del decaimiento de la pretensión punitiva por el paso del tiempo (y sus límites)

A diferencia de las posturas que explican la prescripción como una mera solución a un problema práctico, como la escasa fiabilidad de las pruebas mucho tiempo después de cometido el delito, o la sobrecarga de la Administración de Justicia que derivaría de la obligación de investigar y perseguir delitos independientemente de su antigüedad, la mayoría de los enfoques sustantivos van más allá y cuestionan la legitimidad de la sanción transcurrido el plazo correspondiente, negando la vigencia de la pretensión punitiva por falta de necesidad.

Los planteamientos sustantivos de fundamentación de la prescripción descansan, por tanto, sobre la premisa de admitir que según va aumentando la cantidad de tiempo transcurrido tras el delito, menos precisa es la imposición de una pena al responsable, hasta el punto de que esta necesidad llegaría a decaer por completo en un momento dado. Ello porque, según tiende a afirmarse con carácter general, o bien los fines que persigue la pena se habrían ya cumplido, o bien habría dejado de ser posible su cumplimiento[4]. Evidentemente, suele apelarse a dicho cumplimiento no como un fenómeno cuya existencia pudiera probarse empíricamente a través de métodos de investigación propios de las ciencias sociales, sino como un criterio normativo, como una representación de los objetivos que se considera que deben derivar de la imposición de una pena[5]. Y es que

[3] Pulvermacher, «*Die Gründe der Verjährung im Strafrecht*», *Goltdammer´s Archiv für Strafrecht,* 1870, pp. 384, 393.

[4] *Cfr.* Asua Batarrita, A., «Dilaciones indebidas e individualización de la pena: insuficiencias de lege lata y de la praxis jurisprudencial», en Asua Batarrita / Garro Carrera (eds.), *Hechos postdelictivos y sistema de individualización de la pena*, Bilbao, 2009, p. 212.

[5] Young Gi Hong, *Zeitablauf als Grenze des staatlichen Strafanspruchs*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2005, pp. 51-52.

estos enfoques son auténticas teorías que remiten, para justificar la prescripción, a las construcciones que sirven para fundamentar la propia pena. Así, los mismos motivos que explicarían los presupuestos del derecho del Estado a castigar al responsable de un delito, serían los que determinarían el final de dicho derecho[6].

Lógicamente no todas las teorías sobre los fines de la pena admiten la idea de fijar un plazo que limite la posibilidad de perseguir y castigar delitos. Desde luego que, si se parte de una teoría absoluta de la pena, la prescripción resulta una institución en principio ajena a su lógica y planteamientos[7], al menos si se concibe la pena como el deber moral de hacer Justicia (sin ulteriores fines) a través de la imposición de un mal a quien ha delinquido[8].

Pero incluso admitiendo, como ocurre mayoritariamente, que la Justicia terrenal está al servicio de objetivos más profanos y que la intervención penal sólo puede legitimarse apelando a su utilidad para prevenir futuros delitos, es evidente que no todas las teorías relativas están en condiciones de ofrecer la misma cobertura a la idea de la limitación del poder punitivo en el tiempo[9].

Con matices en los que se ahondará después y que dependen, en buena medida, de la gravedad de la conducta, es difícil negar que la actualidad de un suceso explica gran parte del impacto que crea y la importancia general que se le confiere, de tal forma que la conmoción que ocasiona una noticia suele ser inversamente proporcional a su antigüedad.

En este sentido, no resulta difícil reconocer algo de verdad en el ejemplo que propone Kantorowicz: cuando uno escucha que una familia de la vecindad ha muerto calcinada en un incendio, se ve invadido por el horror. Pero si inmediatamente después se le comunica que el suceso tuvo lugar 300 años atrás, la tensión disminuirá de golpe, y es posible que uno vuelva a reclinarse en el sillón con indiferencia[10].

[6] Bloy, R., *Die dogmatische Bedeutung der Strafausschliessungs- und Strafaufhebungsgründe*, Berlin, 1976, p. 186.

[7] Kant, I., *Die Metaphysik der Sitten. Werke in sechs Bänden,* Band 5, Köln, 1995, p. 400.

[8] Rey González, C., *La prescripción de la infracción penal en el Código de 1995*, 2.ª edición, Madrid, 1999, pp. 43-44.

[9] La prevención general negativa, como es de esperar, raramente se invoca como posible fundamento central de la prescripción. Sin emargo, véase Bemmann, G., „Zur Frage der Nachträglichen Verlängerung der Strafverfolgungsverjährung«, *Juristische Schulung*, 1965, pp. 333 y 337. Véase también, más recientemente Young Gi Hong, que afirma que una condena tardía, cuando nadie se la espera, puede resultar especialmente intimidatoria, Young Gi Hong, *Zeitablauf…*, ob. cit., pp. 59 y ss. El Tribunal Constitucional alemán también parece haber adoptado esta visión, llegando a afirmar que «una pena tardía es, en cualquier caso, más disuasoria que la exención de la pena por prescripción», Bundesverfassungsgerichtshofsentscheidung, 25, 269, 294. Véase también Feuerbach, P.J.A., *Kritik des kleinschrodischen Entwurfs zu einem peinlichen Gesetzbuche für die Chur-Pfalz-Bayerischen Staaten*, Teil 1, Gießen, 1804, pp. 240 y ss.

[10] Kantorowicz, H.U., «Der Strafgesetzentwurf und die Wissenschaft», *Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform*, n.º 7, 1910/1911, p. 257.

Es decir, con la confirmación de su antigüedad, la noticia cobrará un significado diferente.

Incluso las pérdidas y los acontecimientos más trágicos y luctuosos que afectan directamente a una persona se viven de forma diferente con el tiempo. El padecimiento intenso del hecho reciente, aunque se recuerde, se va mitigando. Esto no significa que el hecho en sí pierda relevancia en la memoria de quien lo sufrió. Sólo que, con el tiempo, quien lo padeció probablemente sea capaz de ubicarlo como parte de sus vivencias y de recomponerse, sin que lo ocurrido sea, de forma permanente, un elemento central que condicione o lastre su vida.

Reacciones como esta son consustanciales a la naturaleza humana, también, hasta un punto, cuando se trata de hechos delictivos. Quizá por ello muchas de las reflexiones en torno al fundamento de la prescripción apelan a que su razón de ser reside en que el transcurso de mucho tiempo tras la comisión delictiva hace que no sea preciso imponer una sanción. La idea general sería que una intervención muy tardía del Estado a través de la imposición de la pena no serviría ya para nada, sería superflua[11]. Y, dado que la justicia punitiva sólo es un medio para garantizar las condiciones de seguridad y el respeto de las reglas básicas que hacen posible la convivencia, un castigo innecesario sería inútil y, por tanto, jamás podría ser legítimo[12].

Es difícil afirmar a ciencia cierta si este cambio en la valoración de la respuesta necesaria al delito se produce *en el* tiempo o *a causa del* tiempo[13]. Pero tampoco parece que ese dato tenga una importancia decisiva. Se conciba como fuerza viva que tiene la virtualidad de cambiar cosas, o se considere como un marco en el que se encuadran los acontecimientos, lo que parece indiscutible es que el tiempo no es una variable neutral ni irrelevante. La transcendencia y significación de su paso se ha descrito, eso sí, de diferentes maneras, muchas veces vinculándolo al olvido. Es frecuente afirmar que, con el tiempo, el recuerdo del hecho se va desvaneciendo, se difumina y empalidece,

[11] Hay quien relaciona esta idea con un fundamento de la prescripción más vinculado a la seguridad jurídica, en el sentido de estabilizar situaciones de hecho consolidadas en el tiempo, y de evitar la perturbación que supondría la imposición extemporánea de una pena cuando el delito ha sido ya asumido por la comunidad, González Tapia, M.I., *La prescripción en el Derecho penal*, Madrid, 2003, p. 79. Creo, no obstante, que la idea de renunciar a la persecución y castigo de un delito porque ha pasado a verse como un mero «hecho histórico» se sitúa mejor en la lógica de una menor necesidad de estabilización normativa (prevención general positiva) que en la idea de eliminar la incertidumbre en las relaciones jurídicas.

[12] *Cfr.* Freund, G., «Zur Legitimationsfuktion des Zweckgedankens im gesamten Strafrechtssystem», en Wolter/ Freund (Hrsg.), *Straftat, Strafzumessung und Strafprozeß im gesamten Strafrechtssystem. Mannheimer rechtswissenschaftliche Abhandlungen*, Band 21, Heidelberg, 1996, p. 56. Véase también Gómez Martín, V., *La prescripción del delito. Una aproximación a cinco cuestiones aplicativas*, Montevideo, Buenos Aires, 2016, p. 25.

[13] Como afirmaban los defensores de la teoría *Macht der Zeit.* Por todos, véase Köstlin, C.R., *System des Deutschen Strafrechts. Abteilung 1. Allgemeiner Teil*, Tübingen, 1855, p. 481; el mismo, *Neue Revision der Grundbegriffe des Kriminalrechts*, Tübingen, 1845, p. 910.

hasta quedar anulado en la memoria colectiva. Y una vez olvidado el hecho, también desaparecería la necesidad de reaccionar ante él para confirmar la vigencia de la norma infringida, dado que la desestabilización que creó tampoco sería recordada. Es cierto que la memoria de las personas, a diferencia de la memoria de las máquinas, no está en condiciones de ser un «guardián neutral del pasado»[14]. Se trata, más bien de un sistema dinámico que recoge, guarda, moldea, cambia, completa, transforma y (si no la borra) nos «devuelve la experiencia vivida, individual y compartida, después de recorrer los interminables vericuetos de nuestra identidad»[15]. Pero ni el olvido se puede presumir, ni creo que sea la clave para explicar la razón de ser de la prescripción[16].

A mi juicio, no se trata tanto de renunciar al castigo porque un hecho no sea recordado, sino, como señala Silva Sánchez con acierto, porque su dimensión de sentido puede ir variando con el paso del tiempo. El hecho, por definición, es un acontecimiento histórico que no puede sufrir cambios, pero sí puede experimentarlos su dimensión comunicativa[17]. Así, hay elementos posteriores al hecho que inciden en el juicio de su carácter desestabilizador, de modo que la decisión sobre la reacción penal tiene que atender e integrar elementos que van más allá de la unidad de significado que constituye el injusto culpable.

El comportamiento postdelictivo positivo, sea a través de la confesión o de la reparación, es uno de esos elementos en los que se admite comúnmente que el propio infractor contribuiría, a través de su conducta, a la estabilización normativa. En el caso de la prescripción no se aprecia ninguna conducta meritoria en quien cometió el delito, solo el paso del tiempo. Y, sin embargo, la imposición de la pena ajustada al injusto culpable (la pena «merecida») décadas después de cometido un hecho sin tener en cuenta el tiempo transcurrido se antojaría perturbadora.

[14] Ruiz Vargas, J.M., «¿Cómo funciona la memoria? El olvido y otras claves psicológicas» en Ruiz Vargas (coord.), *Claves de la memoria*, Madrid, 1997, p. 133.

[15] *Ibidem.*

[16] Sobre el olvido, véase Asholt, M., *Verjährung im Strafrecht*, Tübingen, 2016, p. 138, que pone de relieve la necesidad de normativizarlo y convertirlo en un «deber de olvidar», por ejemplo, en casos de gran repercusión mediática por verse afectadas personas de proyección pública. El autor también se refiere a la «inmortalidad» de la memoria derivada del almacenamiento masivo de información y a la facilidad de acceso a través de las nuevas tecnologías, y plantea si ello no cuestiona la posibilidad del olvido no sólo en sentido fáctico sino incluso normativo. Véase también Ragués i Vallés, R., «La prescripción de los delitos y de las penas: una ocasión perdida», en Silva Sánchez (dir.) / Pastor Muñoz (coord.), *El nuevo Código penal. Comentarios a la reforma*, Madrid, 2012, p. 226, que se refiere a la tendencia de los medios de comunicación de mantener vivos algunos hechos, lo que dificulta el olvido por parte de la opinión pública.

[17] Silva Sánchez, J.M., «Introducción: dimensiones de la sistematicidad de la teoría del delito» en Wolter / Freund (eds.), *El sistema integral del Derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal*, Madrid, Barcelona, 2004, p. 20.

Ello porque el fin legítimo que debe perseguir la pena en un Estado social y democrático de Derecho no es otro que ofrecer una réplica ante la defraudación de expectativas esenciales que supone el delito. La pena, que es conceptualmente retribución, tiene la finalidad primordial de afirmar y asegurar las reglas que se consideran irrenunciables en una sociedad[18], es decir, su sentido es mantener los presupuestos necesarios para la confianza normativa[19]. Y la capacidad de un hecho para perturbar esa expectativa no es idéntica inmediatamente después de su comisión o cuando han transcurrido décadas.

Lógicamente, la duración y aflictividad de la sanción deberá verse condicionada por la relevancia que la norma infringida tenga para el orden social, pero también por la relevancia comunicativa global del hecho, incluido todo lo que ha ocurrido desde su consumación. En situaciones ordinarias (es decir, en un escenario en el que, con carácter general, las violaciones de normas que hayan sido conocidas y denunciadas, hayan sido también sancionadas), y ante hechos que no sean extraordinariamente graves, si ha transcurrido mucho tiempo tras la comisión del delito, la necesidad de proporcionar una réplica que enfatice la vigencia de la norma puesta en entredicho no será precisa. Es decir, mientras que la regla general sea la persecución y castigo de los delitos, prevalecerá la idea de que las reglas del juego rigen[20], por lo que, con el paso de los años, la necesidad de confirmar su vigencia irá disminuyendo paulatinamente, hasta llegar a desaparecer en

aquellos casos en los que la cantidad de tiempo transcurrido adquiera un significado apabullante puesta en relación con la relevancia de la norma infringida. En delitos muy graves, el paso del tiempo no dejará de importar, pero, a mi juicio, es discutible que haga desaparecer del todo la necesidad de declarar la responsabilidad del infractor por el delito cometido[21]. Y es que, del mismo modo que la reparación más ejemplar y

[18] Función que cumple tanto de cara a la sociedad en su conjunto, incluidos los potenciales delincuentes como los sujetos que ya han delinquido y a los que se quiere disuadir para que no vuelvan a hacerlo. Sobre la prevención general positiva como teoría que permite aunar las distintas teorías de los fines de la pena, véase, ampliamente, con numerosas referencias bibliográficas, Feijoo Sánchez, B., *Retribución y prevención general. Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho Penal*, Montevideo, Buenos Aires, 2007, p. 516.

[19] *Cfr.* Frisch, W., „*Schwächen und berechtigte Aspekte der Theorie der positiven Generalprävention. Zur Schwierigkeit des „Abschieds von Kant und Hegel*«, en Schünemann / V. Hirsch / Jareborg (Hrsg.), *Positive Generalprävention*,

Heidelberg, 1998, pp. 139 y ss; Freund, G., *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Personale Straftatlehre*, 2. Auflage, Leipzig, 2008, p. 5.

[20] Véase Dahrendorf, R., *Ley y orden*, Madrid, 1994, p. 34, que pone de relieve que las violaciones de normas se convierten en sistemáticas si, sistemáticamente, no son sancionadas. La impunidad generalizada lleva a que las normas pierdan su efectividad y validez, dando lugar a la situación social de extrema incertidumbre denominada anomia.

[21] Es interesante la perspectiva propuesta por Mitsch en Alemania, cuando afirma que un efecto secundario de la prescripción reside en el hecho de que el autor de un delito que se ve beneficiado por

esforzada no puede compensar la fuerza expresiva de un homicidio hasta el punto de hacer desaparecer del todo la necesidad de imponer una sanción, tampoco creo que el paso del tiempo tenga a virtualidad de hacerlo. Cuestión distinta es que la intensidad de la respuesta penal precisa vaya disminuyendo hasta alcanzar un mínimo, mínimo que, en delitos graves, como se retomará más adelante, nunca debería llevar a prescindir del pronunciamiento del veredicto de culpabilidad[22].

Las posiciones funcionalistas más extremas no comparten esta visión matizada de la prescripción y llegan a afirmar que cuando el hecho desaparece de la memoria colectiva, desaparece también el delito. Por lo tanto, desde esta perspectiva no se estaría simplemente afirmando que la prescripción impide la persecución y castigo de un hecho, sino que se estaría negando la naturaleza delictiva del hecho transcurrido el plazo correspondiente. Partiendo de que al Derecho penal sólo le concierne el ámbito necesitado de pena delimitado por las leyes vigentes y el injusto penal así definido, autores como Freund sostienen que carecería de sentido y sería inaceptable aceptar un merecimiento de pena que trascienda al ámbito de la necesidad de pena[23]. En otras palabras, la mera constatación de tal merecimiento estaría desprovista de toda función y no podría legitimarse. El injusto dependería no sólo de la lesión de la norma de conducta garantizada penalmente, sino que este presupuesto no podría ni aislarse, ni desgajarse de otros presupuestos que se rigen por motivos de utilidad. En un Estado secularizado, todo aquello que resulta relevante para modular la reacción penal debería vincularse a la misma idea del fin de la reacción. Y si no existe necesidad alguna de reacción, la constatación de un injusto «por sí mismo merecedor de pena» no tendría un fin que lo legitime, careciendo, en consecuencia, de función[24]. Una vez vencido del plazo de prescripción, por tanto, no sería posible afirmar que alguien ha actuado ilícitamente[25]. En otras palabras, una vez que el Estado excluye la consecuencia jurídica correspondiente (la pena) faltaría «cualitativamente un injusto que *todavía* merezca ser castigado», y con ello,

---

el paso del tiempo estaría a disposición de la Administración de Justicia como testigo, al que no le sería aplicable el derecho de no declarar contra sí mismo del 55.1.1. StPO. Es evidente la relevancia que esto puede tener de cara al descubrimiento de la verdad en delitos graves a los que una eventual declaración de imprescriptibilidad futura no afectaría por la garantía de la irrectroactividad de las leyes penales, Mitsch, W., «§ 78», en Von Heintschel-Heinegg, B. (Bandredakteur), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Band 2, 3. Auflage, München, 2016, núm. marginal 3.

[22] En este sentido véase González Tapia, M.I., *La prescripción…*, ob. cit., p. 80; Cerrada Moreno, M., *Prescripción e imprescriptibilidad de los delitos. Orígenes. Fundamentos. Naturaleza jurídica,* Barcelona, 2018, pp. 149 y ss.

[23] Freund, G., «Zur Legitimationsfuktion des Zweckgedankens…», ob. cit., p. 53.

[24] Freund, G., «Zur Legitimationsfuktion des Zweckgedankens…», ob. cit., pp. 48 y ss.

[25] Entre otros motivos porque no se habría probado la comisión del hecho conforme a las reglas del proceso, Freund, G., «Zur Legitimationsfuktion des Zweckgedankens…», ob. cit., p. 56.

seguir refiriéndose a él sería pura palabrería[26]. También en esta línea se situaría JAKOBS, para quien con el paso del tiempo lo que fuera un injusto culpable pasaría a ser un mero acontecimiento histórico, tras haber ido remitiendo la necesidad de solventarlo a través de la pena[27].

No comparto esa postura. Y es que el paso del tiempo en nada altera el injusto material del hecho, auténtico presupuesto de la imposición de una pena. Salvo modificación legislativa despenalizadora, el transcurso de los años no cambiará que la conducta deba ser considerada disvaliosa e injustificable en abstracto[28]. Cuestión distinta es que precisamente por el tiempo transcurrido se estime que no debe ser castigada conforme a la pena abstracta prevista por el tipo penal de referencia. Este punto de partida en absoluto significa, como sugiere Freund, que se esté asumiendo una teoría absoluta por insistir en la concurrencia de «una pena merecida en sí», a cuya imposición se renuncia. Y es que la «pena merecida» que trae causa del injusto cometido es el suelo seguro que evita los excesos de las referencias preventivas, asegurando que en la sanción impuesta no se terminen infiltrando consideraciones ajenas al hecho para agravar la pena[29].

Sin embargo, el mantenimiento de la gravedad del injusto culpable como referencia nuclear no bloquea la posibilidad de rebajar la pena (y, eventualmente, renunciar a ella) en aquellos casos en los que disminuye su necesidad por concurrir factores que operen como equivalentes funcionales de la sanción u otras circunstancias postconsumativas relevantes. Ahora bien, conviene tener presente que esos factores no se sitúan en el plano de valoración de la gravedad del delito, sino –en el caso de la reparación, de la confesión y de las dilaciones indebidas en el de la valoración de factores de significado material análogo al que se atribuye a la pena[30] y, —en el caso del paso del tiempo, cuando la prescripción sobreviene sin que el procedimiento haya estado en ningún momento dirigido contra el autor del delito—, de circunstancias que alteran la dimensión de sentido del hecho. La importancia de distinguir entre estos planos no es en absoluto superflua

[26] *Ibidem.*

[27] JAKOBS, G., *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch*, 2. Auflage, Berlin, 1991, p. 345.

[28] Véase, WOLTER, J., «Estudio sobre la dogmática y la ordenación de las causas materiales de exclusión, del sobreseimiento del proceso, de la renuncia a la pena y de la atenuación de la misma. Estructuras de un sistema integral que abarque el delito, el proceso penal y la determinación de la pena», en Wolter / Freund (eds.), *El sistema integral del Derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal*, Madrid, Barcelona, 2004, pp. 45-46, que señala que «el omnipresente pensamiento funcional no ha de llevarnos a borrar las diferencias existentes entre el alcance del injusto culpable merecedor de pena (desaprobación fundamental), el injusto culpable necesitado de pena (responsabilidad) y el injusto culpable materialmente punible (atribución jurídico-política), así como, más allá, el de la no perseguibilidad de a pesar de existir esa punibilidad material, o la renuncia a la pena a pesar del carácter perseguible del hecho».

[29] FEIJOO SÁNCHEZ, B., *Retribución y prevención general…*, ob. cit., p. 680.

[30] ASUA BATARRITA, A., «Dilaciones indebidas…», ob. cit, p. 259.

ni baladí. Incluso cuando lo que se baraja no es un incremento punitivo, sino renunciar a la sanción, no es lo mismo, como acertadamente señala Silva Sánchez, que se deje de imponer la pena por pura falta de necesidad, o que ello tenga lugar «ya» por falta de merecimiento[31].

Esto podría visibilizarse de forma óptima si, en la línea propuesta por Asua Batarrita, la incidencia de las circunstancias postdelictivas en la determinación de las consecuencias jurídicas se recogiese en el marco de un precepto autónomo que las aglutinase de forma diferenciada respecto a los factores que inciden en la valoración del injusto culpable. Este modelo, que sigue el Código penal sueco, permitiría su cuantificación en la rebaja de pena de manera que se pueda «visualizar la correspondencia efectiva entre el factor postdelictivo y su reflejo punitivo»[32]. Actualmente dicha cuantificación no resulta fácil de realizar en el sistema español, que, como es sabido, cuenta con una previsión indiferenciada de circunstancias modificativas que entran en juego a la vez, independientemente de su naturaleza, según las reglas aritméticas del art. 66 CP. Pero el hecho de que el sistema de determinación de pena español no permita discernir con claridad la pena que correspondería al injusto culpable, por un lado, ni el descuento que, por otro lado, se aplicaría sobre ese núcleo de referencia como consecuencia de la menor necesidad de pena derivada de la concurrencia de circunstancias postdelictivas, en nada cambia el hecho de que se trate de planos valorativos diferentes. Y es evidente que uno de ellos (la gravedad del injusto culpable) es estanco e inmutable, por más que la necesidad de la pena no lo sea. Pretender, volviendo al caso concreto de la prescripción, que con el paso del tiempo el delito «desaparece» es tan cierto como afirmar que el hecho nunca ocurrió. Y precisamente porque el injusto no se desvanece, lo que queda es decidir hasta cuándo debe perseguirse.

Hasta qué punto se considera, en abstracto, que un hecho típico y antijurídico sigue teniendo la virtualidad de conmocionar y cuestionar las expectativas de disfrute y acceso a los bienes jurídico-penales, de forma que sea preciso lanzar un contra-mensaje estabilizador a través de la pena. Es evidente que, por seguridad jurídica, la medición de la necesidad de la respuesta penal trascurrido mucho tiempo tras la comisión del delito no puede quedar al albur de comprobaciones empíricas o sociológicas *ad hoc*. Que la sanción se precise o no, no deberá medirse recurriendo a los métodos de investigación de las ciencias sociales, sino que deberá decidirse a través de criterios normativos que midan la necesidad en función de los fines que se atribuyen a la imposición de una pena[33].

[31] Silva Sánchez, J.M., «Introducción: dimensiones de la sistematicidad…», ob. cit., p. 23.

[32] Asua Batarrita, A., «Dilaciones indebidas…», ob. cit, p. p. 259.

[33] *Cfr.* Bloy, R., *Die dogmatische Bedeutung…,* ob. cit. p. 187; Zimmermann, S., *Strafrechtliche Vergangenheitsaufarbeitung und Verjährung. Rechtsdogmatische und politische Analyse mit vergleichenden Ausblicken nach Tschechien, Ungarn und Frankreich*, Freiburg im Breisgau, 1997, p. 32, nota 160.

La gravedad de la conducta operará, lógicamente, como un criterio rector para adoptar esa decisión y, en consecuencia, también para fijar los plazos de prescripción de aquellos delitos respecto a los que se considere que el paso del tiempo transcurrido hace que la necesidad de imponer una pena ha decaído. Igualmente, la gravedad de algunas conductas será lo que haga que normativamente se considere que, mientras viva el autor, no pueda prescindirse de expresar a través de la pena la desautorización que merecen. Al igual que no es posible ofrecer una medida o cuantificación universal sobre la pena adecuada a la culpabilidad por el hecho que pueda operar como límite máximo de la sanción a imponer[34], también resulta difícil establecer los plazos de prescripción de aquellos delitos respecto de los cuales el paso del tiempo haga decaer por completo la necesidad de castigarlo. Por seguridad jurídica se impone la fijación de un día exacto a partir del cual el delito dejará de ser perseguible y punible. El día en el que la sanción pasará de golpe a considerarse superflua. Este es uno de esos ejemplos que ponen de relieve, más allá de su valor declarativo, la dificultad de la articulación concreta de algunas decisiones dentro de lo que supone la labor cotidiana de quien legisla y de quien aplica el derecho[35]. Pretender cuantificar la cantidad de tiempo exacta que ha de transcurrir para que la necesidad de pena se considere caducada es como tratar de identificar el momento preciso en el que un niño deja de serlo para alcanzar la madurez, o el día y la hora en la que una persona dejó atrás la juventud. Toda fijación de límites respecto a situaciones y elementos que forman parte de un proceso y que no se inscriben en el escenario de variables absolutamente controladas de un experimento de laboratorio es necesariamente compleja[36]. No es este un aspecto en el que se pueda profundizar aquí, pero la decisión sobre los plazos de prescripción, al igual que la decisión sobre la cantidad de pena necesaria, sólo podrá adoptarse en función de las necesidades presentes en un contexto histórico-social determinado. Se, trata, de hecho, de dos cuestiones que están íntimamente relacionadas y que debieran abordarse a la vez: con *cuánta pena* y *hasta cuándo* es necesario combatir «comunicativamente» determinadas conductas a través del castigo por carecer de alternativas menos gravosas e igualmente útiles.

Cuestión distinta es cómo afrontar los casos de cuasi-prescripción. El marco penal es una primera referencia que permite adaptar el castigo a la gravedad de la conducta y que, en una situación «ideal» (en la que la apertura del juicio oral se produjese poco tiempo después de cometido el delito y sin que hayan concurrido hechos postconsumativos relevantes), proporciona una franja relativamente amplia para ajustar el nivel de reprobación y rigor con el que debe responderse ante el delito. Sin embargo, si por falta de pruebas, o por desconocer las autoridades la comisión del delito, el proceso no

[34] Feijoo Sánchez, B., *Retribución y prevención general…*, ob. cit., p. 679.

[35] Frisch, W., «An den *Grenzen* des Strafrechts» en Küper *et. al* (Hrsg.), *Beiträge zur Rechtswissenschaft. Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, 1993, p. 71.

[36] *Cfr.* Asua Batarrita, A., «Dilaciones indebidas…», ob. cit, p. 205.

se dirigiera contra el responsable hasta un momento que prácticamente roce la prescripción, lo tardío de la intervención penal no será necesariamente atribuible a un mal funcionamiento de la Administración de Justicia. Estos supuestos en los que, a efectos de la individualización de la sanción, el tiempo transcurrido comienza a ser una variable relevante para fijar la cantidad de pena necesaria, pero aun no decisiva como para descartar el mantenimiento de la pretensión punitiva, no tienen fácil encaje en la actual atenuante de dilaciones indebidas del art. 21.6 CP.

En un sistema tan aritmético como el español, en el que una rebaja que vaya más allá de la pena mínima prevista por el marco penal de referencia ha de traer causa de la aplicación de una circunstancia atenuante, no parece que haya grandes opciones para considerar el impacto del mero paso del tiempo en la necesidad de pena sin que medie un reproche que lo conecte con la desidia o con un funcionamiento poco ejemplar de la Administración. Quizá pudiera plantearse, en casos similares, la apreciación de la circunstancia atenuante analógica en relación con la de dilaciones indebidas, pero no parece que sistemáticamente sea la mejor opción. Es por ello que resultan más adecuadas fórmulas como las empleadas por los Códigos penales suizo y austriaco, que incorporan, como circunstancia atenuante, el tiempo transcurrido entre la comisión del delito y el momento del juicio oral[37]. Ello permite abarcar como dato relevante una situación en la que el autor del delito ni haya realizado ninguna conducta postdelictiva positiva reseñable, ni se haya visto sometido a los avatares y correspondiente gravamen de un procedimiento penal. Situaciones en las que tiempo simplemente ha desplegado su poder y se impone un descuento de la pena. Estas cuestiones serán retomadas y abordadas con mayor profundidad en el cuarto capítulo de este trabajo. En las líneas anteriores se ha intentado proporcionar una explicación respecto a la razón de ser de la prescripción y de aportar algunas reflexiones sobre su sentido y lugar dentro del entramado penal. Pese a que entiendo que la existencia y mantenimiento de esta institución pueden justificarse adecuadamente para algunos delitos, no se trata de una conclusión que se pueda generalizar sin matices. De hecho, considero que sería deseable establecer algunos límites y excepciones respecto a la actual regla general, conforme a la cual la inmensa mayoría de los delitos prescribe. Ello remite a valorar el sentido y los criterios de selección de los delitos imprescriptibles, y dilucidar si, respecto a ellos, el paso del tiempo no debiera desplegar alguna relevancia en la determinación de la pena. Baste mencionar aquí que lo que se cuestiona es que esa especie de «saldo cero» de necesidad de pena que tiende a asumirse por el paso del tiempo pueda extenderse a los delitos graves contra bienes jurídicos personalísimos. Precisamente porque el paso del tiempo no lo zanja todo. Hay

[37] En el caso del ordenamiento jurídico austriaco se añade el requisito ulterior de que el sujeto haya observado buena conducta durante el tiempo transcurrido entre el delito y la condena para apreciar la atenuación (§ 34.2 öStGB).

casos en los que al transcurso de los años no debiera reconocérsele el mismo efecto de extinción de la responsabilidad penal que se anuda al cumplimiento de la condena. Casos en los que, como se verá, una intervención tardía no resulta perturbadora e incomprensible, sino imprescindible. Es evidente que la selección de los delitos imprescriptibles no resulta sencilla: la capacidad de rendimiento que ofrece el bien jurídico como criterio de inclusión tiene sus limitaciones, y la selección de aquellas conductas que ocasionen un menoscabo que intersubjetivamente pueda considerarse tan grave como para justificar su perseguibilidad en el tiempo no es una cuestión que pueda improvisarse ni decidirse sin ulteriores discusiones para alcanzar los consensos necesarios[38]. Pero pienso que una propuesta provisional podría construirse combinando las variables de rango de bien jurídico, forma de ataque y entidad y permanencia de las consecuencias del hecho. Se trataría de incluir el ámbito nuclear de infracciones especialmente graves que abarcaría los ataques violentos contra la vida, y aquellos contra la integridad y la libertad que causen daños más lacerantes y dejen tras de sí secuelas importantes[39].

Y es que la condena de un sujeto por un delito no sólo declara que aquel cometió la infracción correspondiente, sino que lleva aparejada implícitamente una tacha, una desaprobación que refuerza la idea, tanto ante el autor del delito como ante la sociedad, de que esa conducta era intolerable y que, actuando como lo hizo, el infractor obró de forma ilícita. El etiquetamiento de un sujeto que no ha respetado las reglas de juego como «delincuente» o autor de un delito supone un gravamen y una censura características que lo hacen destacar de realidades menos importantes que no alcanzan ese nivel de reprobación[40]. Y precisamente porque la condena penal va indisolublemente unida a la idea de la comisión de un hecho de cierta trascendencia, en supuestos de extraordinaria gravedad, prescindir de la declaración de responsabilidad puede valorarse como una indulgencia incomprensible, como una injusticia inaceptable. En esos injustos cualificados, en definitiva, frente a los que el infractor ha de responder al menos a través de la declaración trascendente de que quebrantó reglas significativas para la convivencia.

[38] *Cfr.* KUHLEN, L., „Strafrechtsbegrenzung durch einen materiellen Straftatbegriff?«, en Wolter/Freund (Hrsg.), *Straftat, Strafzumessung und Strafprozeß im gesamten Strafrechtssystem. Mannheimer rechtswissenschaftliche Abhandlungen*, Band 21, Heidelberg, 1996, pp. 77 y ss.

[39] Sobre lo que puede conformar el ámbito nuclear del Derecho penal, véase, por todos, FRISCH, W., «An den *Grenzen…*», ob. cit., p. 87; NAUCKE, W., *Die Wechselwirkung zwischen Strafziel und Vebrechensbegriff*, Wiesbaden, 1985, p. 35; HERZOG, F., *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge*, Heidelberg, 1991.

[40] *Cfr.* A sensu contrario, FRISCH, W., „Straftat und Strafsystem«, en Wolter / Freund (Hrsg.), *Straftat, Strafzumessung und Strafprozeß im gesamtenStrafrechtssystem. Mannheimer rechtswissenschaftliche Abhandlungen*, Band 21, Heidelberg, 1996, pp. 125 y ss. Véase también SILVA SÁNCHEZ, J.M., «Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la 'lucha contra la impunidad' y del 'derecho de la víctima al castigo del autor'», *Víctima, prevención del delito y tratamiento del delincuente*, Granada, 2009, pp. 17 y ss.

III. Reflexión final

Cualquier reflexión de fondo sobre la razón de ser de la prescripción penal está abocada a enfrentarse con el dilema de explicar la impunidad. Como regla general se admite que toda decisión que implique prescindir de la pena tras la comisión de un delito tiene que venir acompañada de una justificación vinculada a la misión legitimante de la intervención penal, afirmación que no puede sino adquirir una especial vigencia en los supuestos en los que se renuncia a la sanción por el mero paso del tiempo, sin que el infractor haya desplegado ninguna conducta postdelictiva positiva reseñable. Así, la extinción de la sanción por prescripción podrá aceptarse sólo si la pena se antoja un mal innecesario y extemporáneo para la estabilización normativa, un mal cuya necesidad sólo podría haberse justificado en otro tiempo. Esta valoración y su correspondiente desenlace no resultan fáciles de admitir ante conductas extraordinariamente graves que causen daños irreparables. Frente a ello, la imprescriptibilidad es una decisión legislativa que tiene un valor declarativo sobre lo especialmente intolerable de algunas conductas y sobre la necesidad de perseguirlas mientras viva el infractor, decisión que no evitará que, en el momento de individualizar la consecuencia jurídica, deba tenerse en cuenta la variación de la dimensión de significado que el hecho hubiese sufrido como consecuencia del paso del tiempo.

IV. Bibliografía

Asholt, Martin, *Verjährung im Strafrecht*, Tübingen, 2016

Asua Batarrita, Adela, «Dilaciones indebidas e individualización de la pena: insuficiencias de lege lata y de la praxis jurisprudencial», en Asua Batarrita / Garro Carrera (eds.), *Hechos postdelictivos y sistema de individualización de la pena*, Bilbao, 2009,

Bemmann, Günther, «Zur Frage der Nachträglichen Verlängerung der Strafverfolgungsverjährung», *Juristische Schulung*, 1965, pp. 333-340.

Bloy, René, *Die dogmatische Bedeutung der Strafausschliessungs- und Strafaufhebungsgründe*, Berlin, 1976.

Cerrada Moreno, Manuel, *Prescripción e imprescriptibilidad de los delitos. Orígenes. Fundamentos. Naturaleza jurídica,* Barcelona, 2018.

Dahrendorf, Ralph, *Ley y orden*, Madrid, 1994.

Feijoo Sánchez, Bernardo, *Retribución y prevención general. Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho Penal*, Montevideo, Buenos Aires, 2007.

Feuerbach, Paul Johann Anselm, *Kritik des kleinschrodischen Entwurfs zu einem peinlichen Gesetzbuche für die Chur-Pfalz-Bayerischen Staaten*, Teil 1, Gießen, 1804.

Freund, Georg, «Zur Legitimationsfuktion des Zweckgedankens im gesamten Strafrechtssystem», en Wolter/ Freund (Hrsg.), *Straftat, Strafzumessung und Strafprozeß im gesamten Strafrechtssystem. Mannheimer rechtswissenschaftliche Abhandlungen*, Band 21, Heidelberg, 1996.

— *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Personale Straftatlehre*, 2. Auflage, Leipzig, 2008.

Frisch, Wolfgang, «*Schwächen und berechtigte Aspekte der Theorie der positiven Generalprävention. Zur Schwierigkeit des 'Abschieds von Kant und Hegel'*», en Schünemann / V. Hirsch / Jareborg (Hrsg.), *Positive Generalprävention*, Heidelberg, 1998.

Frisch, Wolfgang, «Straftat und Strafsystem«, en Wolter / Freund (Hrsg.), *Straftat, Strafzumessung und Strafprozeß im gesamtenStrafrechtssystem. Mannheimer rechtswissenschaftliche Abhandlungen*, Band 21, Heidelberg, 1996.

— «An den *Grenzen* des Strafrechts» en Küper *et. al* (Hrsg.), *Beiträge zur Rechtswissenschaft. Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, 1993.

Gómez Martín, Víctor, *La prescripción del delito. Una aproximación a cinco cuestiones aplicativas*, Montevideo, Buenos Aires, 2016.

González Tapia, María Isabel, *La prescripción en el Derecho penal*, Madrid, 2003.

Herzog, Felix, *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge*, Heidelberg, 1991.

Jakobs, Günther, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch*, 2. Auflage, Berlin, 1991.

Kant, Immanuel, *Die Metaphysik der Sitten. Werke in sechs Bänden,* Band 5, Köln, 1995.

Kantorowicz, Hermann U., «Der Strafgesetzentwurf und die Wissenschaft», *Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform*, n.º 7, 1910/1911.

Köstlin, Christian R., *System des Deutschen Strafrechts. Abteilung 1. Allgemeiner Teil*, Tübingen, 1855.

— *Neue Revision der Grundbegriffe des Kriminalrechts*, Tübingen, 1845.

Kuhlen, Lothar, „Strafrechtsbegrenzung durch einen materiellen Straftatbegriff?«, en Wolter/ Freund (Hrsg.), *Straftat, Strafzumessung und Strafprozeß im gesamten Strafrechtssystem. Mannheimer rechtswissenschaftliche Abhandlungen*, Band 21, Heidelberg, 1996.

Lorenz, Max, *Die Verjährung im Strafrechte*, Prag, 1934.

Mitsch, Wolfgang, «§ 78», en Von Heintschel-Heinegg, B. (Bandredakteur), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Band 2, 3. Auflage, München, 2016.

Naucke, Wolfgang, *Die Wechselwirkung zwischen Strafziel und Vebrechensbegriff*, Wiesbaden, 1985.

Pulvermacher, «*Die Gründe der Verjährung im Strafrecht*», *Goltdammer´s Archiv für Strafrecht,* 1870.

Ragués i Vallés, Ramón, «La prescripción de los delitos y de las penas: una ocasión perdida», en Silva Sánchez (dir.) / Pastor Muñoz (coord.), *El nuevo Código penal. Comentarios a la reforma*, Madrid, 2012.

Rey González, Carlos, *La prescripción de la infracción penal en el Código de 1995*, 2.ª edición, Madrid, 1999.

Ruiz Vargas, José María, «¿Cómo funciona la memoria? El olvido y otras claves psicológicas» en Ruiz Vargas (coord.), *Claves de la memoria*, Madrid, 1997.

Silva Sánchez, Jesús María, «Introducción: dimensiones de la sistematicidad de la teoría del delito» en Wolter / Freund (eds.), *El sistema integral del Derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal*, Madrid, Barcelona, 2004.

— «Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la 'lucha contra la impunidad' y del 'derecho de la víctima al castigo del autor'», *Víctima, prevención del delito y tratamiento del delincuente*, Granada, 2009.

Wolter, Jürgen, «Estudio sobre la dogmática y la ordenación de las causas materiales de exclusión, del sobreseimiento del proceso, de la renuncia a la pena y de la atenuación de la misma. Estructuras de un sistema integral que abarque el delito, el proceso penal y la determinación de la pena», en Wolter / Freund (eds.), *El sistema integral del Derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal*, Madrid, Barcelona, 2004.

Young Gi Hong, *Zeitablauf als Grenze des staatlichen Strafanspruchs*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2005.

Zimmermann, Stefan, *Strafrechtliche Vergangenheitsaufarbeitung und Verjährung. Rechtsdogmatische und politische Analyse mit vergleichenden Ausblicken nach Tschechien, Ungarn und Frankreich*, Freiburg im Breisgau, 1997.

16

COMO UN ELEFANTE EN UNA CACHARRERÍA. CONSIDERACIONES CRÍTICAS SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS MODELOS CORPORATIVOS DE PREVENCIÓN DE DELITOS[*]

VÍCTOR GÓMEZ MARTÍN[**]
Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Barcelona

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO. II. LA EXIMENTE DE *COMPLIANCE* COMO CAUSA DE ATIPICIDAD O DE EXCLUSIÓN DE LA CULPABILIDAD. III. LA EXIMENTE DE *COMPLIANCE* COMO EXCUSA ABSOLUTORIA. IV. LA EXIMENTE DE *COMPLIANCE* COMO UN SINSENTIDO DOGMÁTICO**.** V. BIBLIOGRAFÍA.

I. PLANTEAMIENTO

Una de las cuestiones más controvertidas del sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica instaurado por la LO 5/2010 fue la relativa a si los modelos de prevención podían servir para eximir de responsabilidad penal a las personas jurídicas que los desarrollaran de manera eficaz con anterioridad a la comisión del delito. Dicha duda quedó resuelta con la LO 1/2015, que consagró la llamada *eximente de compliance*. Se discute desde entonces, en este contexto, cuál es la naturaleza jurídica de dicha eximente, esto es, cuál es la categoría del delito que se excluye con su apreciación. No es de extrañar, por ello, que la Fiscalía General del Estado dedique en su Circular 1/2016 un apartado, el n.º 5, al régimen de exención de responsabilidad de las personas jurídicas a través de los modelos de organización y gestión; ni tampoco que en dicho apartado se incorpore un subapartado destinado al análisis de la naturaleza jurídica de tales modelos, que gráficamente describe como cuestión *«muy discutida doctrinalmente»*[1].

[*] El presente trabajo se ha desarrollado en el marco del Grupo de Investigación en Derecho Penal, Política Criminal y Criminología de la Universidad de Barcelona (DPPCCUB, 2021 SGR 00297), del que soy coordinador.

[**] Sirva la presente contribución como sentido homenaje al Prof. Carlos María Romeo Casabona, en entrañable recuerdo de su inagotable capacidad investigadora y su extraordinaria humanidad.

[1] Circular FGE 1/2016, p. 55.

Apunta la propia Circular, a este respecto, que la cuestión relativa a la naturaleza jurídica de los modelos de prevención de delitos referidos por el CP tras la reforma de 2015 «(…) *en definitiva, depende de la solución que se adopte ante la no menos controvertida cuestión de la naturaleza del modelo de atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica*»[2]. Sin perjuicio de otros sugerentes abordajes[3], las posturas sostenidas sobre el particular que acaba de ser planteado se dividen, en esencia, en dos grandes grupos: aquellas según las cuales la exención de responsabilidad penal de referencia obedecería a la exclusión de las categorías de la atipicidad o de la culpabilidad, por un lado; y las que consideran, por otra parte, que la eximente de *compliance* se encontraría vinculada, en cambio, a la punibilidad. En las siguientes líneas se desarrollarán y valorarán críticamente dichos posicionamientos, para exponer posteriormente mi propio punto de vista.

II. La eximente de compliance como causa de atipicidad o de exclusión de la culpabilidad

Según un destacado sector doctrinal, la solución a los problemas político-criminales planteados hasta 2010 por la ausencia de responsabilidad penal de personas jurídicas en España consistiría en transferir la gestión y el control del riesgo a las empresas. No se trataría de una cesión absoluta de control, sino, antes bien, de una delegación controlada normativamente, esto es, de una autorregulación regulada[4]. Desde este punto de vista, el elemento clave para que tal delegación sea realmente efectiva no sería otro que los ya conocidos programas de cumplimiento penal, de cuya existencia o ausencia cabría deducir, según este punto de vista, la existencia o no de responsabilidad penal de una persona jurídica. De acuerdo con este planteamiento, el cumplimiento efectivo

[2] Circular FGE 1/2016, p. 55.

[3] Especialmente destacado a este respecto es, en mi opinión, el realizado desde la teoría de las normas por Pastor Muñoz, Nuria, «Programas de cumplimiento y normas de conducta jurídico-penales: una reflexión desde la perspectiva de la responsabilidad penal de las personas físicas», La Ley compliance penal, ISSN-e 2660-7948, N.º 5, 2021.

[4] Nieto Martín, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas,* 2008, pp. 231 ss.; Gómez-Jara Díez, «Fundamentos…», en Banacloche Palao, J. / Zarzalejos Nieto / Gómez-Jara Díez (dirs.), *Responsabilidad penal de las personas jurídicas,* cit., p. 29; Feijóo Sánchez, Bernardo, «Autorregulación y Derecho Penal de la empresa: ¿Una cuestión de responsabilidad individual?», en Arroyo Jiménez / Nieto Martín (dirs.), *Autorregulación y sanciones*, 2.ª ed., 2015, pp. 197 ss. Críticos con la consideración del compliance penal como un sistema de autorregulación regulada se muestran, en cambio, Coca Vila, I. «¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada?», en Silva Sánchez (dir.) / Montaner Fernández (coord.), *Criminalidad de empresa*, 2013, pp. 69 ss.; Turienzo Fernández, A., *La responsabilidad penal del compliance officer,* 2021, *passim*. Sobre el concepto desde una perspectiva jurídico-administrativa, por todos, Darnaculleta i Gardella, Maria Mercè, *Derecho Administrativo y autorregulación: la autorregulación regulada*, 2005, *passim*.

por parte de la empresa de un programa de prevención penal podría servir para eximir a la empresa de responsabilidad criminal[5].

Partiendo de tal premisa, se sostiene que las razones político-criminales tradicionalmente invocadas a favor de la responsabilidad penal de las personas jurídicas no encontrarían obstáculo alguno en una supuesta imposibilidad dogmática de construir un concepto de delito válido no sólo para personas físicas, sino también para sociedades[6]. Tal paso se daría, según esta dirección, mediante la elaboración de una teoría jurídica del delito paralela para personas jurídicas[7]. El resultado de la misma vendría representado por un concepto de delito constituido por elementos que, en realidad, no serían sino equivalentes funcionales de las diferentes categorías del delito cometido por personas físicas. De acuerdo con este planteamiento, todos y cada uno de los elementos que conforman la definición general de delito para las personas físicas encontrarían en

[5] Gómez Tomillo, M., *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2010, p. 133; Gómez-Jara Díez, «Fundamentos…», en Banacloche Palao / Zarzalejos Nieto / Gómez-Jara Díez (dirs.), *Responsabilidad penal de las personas jurídicas,* cit., p. 43. Sobre el instrumento en general *Vid.* Rotsch, Thomas,«Criminal Compliance» (trad. de Coca Vila, Ivó, revisión de Robles Planas, Ricardo), InDret, 1/2012; Cigüela Sola, J., «Concepto y función del *compliance*», en Corcoy Bidasolo, M. / Gómez Martín, V., *Derecho penal económico y de empresa,* cit. pp. 180 s., poniendo el acento en la distinción entres dos modos de concebir dichos programas: los *command-and-control compliance*, orientados al control y sanción de las infracciones; y las *value-based cultures of Compliance*, que los concibe como sistemas integrales basados en la cultura ética (pp. 181 s.). En opinión de Cigüela, a pesar del protagonismo que tanto la Cir. FGE 1/16 como la STS 29-2-16 otorgan a la noción de la cultura corporativa en el ámbito de la exención de responsabilidad a la persona jurídica, su exigencia como requisito de atribución de responsabilidad a la persona jurídica excedería lo expresamente enunciado por el art. 31 bis CP (p. 183). Sobre el concepto «cultura de cumplimiento» *Vid.* Turienzo Fernández, A., *La responsabilidad penal,* cit., pp. 218-219., identificándola con las políticas y medidas concretas de cumplimiento de la empresa. En idéntico sentido se expresan Ortiz de Urbina Gimeno, I., «Cultura de cumplimiento y exención de responsabilidad de las personas jurídicas», Revista Internacional Transparencia e Integridad, n.º 6, 2018, p. 7; Langevoort, D. C., «Cultures of Compliance», American Criminal Law Review, 54 (2017), pp. 933 ss. Sostienen en la jurisprudencia un punto de vista similar las SSTS 154/2016, de 29 de febrero y la 949/2022, de 12 de diciembre, para las que la inexistencia de medidas de cumplimiento en la empresa representaría el *«núcleo de la infracción»* o el injusto en sí mismo de la persona jurídica.

[6] *Vid.*, entre otros, Gómez-Jara Díez, «Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas», en Banacloche Palao / Zarzalejos Nieto / Gómez-Jara Díez, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales,* 2011, p. 41; Bacigalupo Zapater, E., «La prevención de la responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas y los programas de compliance», en el mismo, *Compliance y Derecho penal,* 2010, p. 100.

[7] Parten de este planteamiento, al menos formalmente, Gómez-Jara Díez, *La culpabilidad penal de la empresa*, 2005, *passim*; Zugaldía Espinar, *La responsabilidad penal de empresas*, cit., pp. 45 ss. y 81 ss.; Zúñiga Rodríguez, *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, 2009, pp. 237 ss. y 334 s.; Galán Muñoz, «¿Societas delinquere nec punire potest? Algunas consideraciones críticas sobre el artículo 31.2 CP», REDPC, 2.ª Época, n.º 18 (2006), pp. 279 ss., entre otros autores.

la persona jurídica su correspondiente equivalente funcional[8]. Ello sucedería en aquellas empresas con el suficiente grado de complejidad interna como para atribuirles un nivel de autorreflexión, autorreferencialidad y autorresponsabilidad comparables a la conciencia de las personas físicas[9]. Entendidas como sistemas organizativos compuestos por decisiones o como reproducciones continuas de decisiones[10], del mismo modo que sucede con personas físicas cabría reconocer a las personas jurídicas libertad de organización y, en correspondencia, responsabilidad por organización[11].

Sobre la base de dichos presupuestos, la acción, entendida para las personas físicas como comportamiento humano voluntario y externo, tendría su correspondencia en la capacidad de organización de la persona jurídica[12]. En lo que se refiere a la tipicidad, el elemento central de su parte objetiva, la relación de riesgo que necesariamente debe existir entre la acción y el resultado, esto es, la imputación objetiva, que en el caso de la persona física consiste en la creación de un riesgo típicamente relevante mediante la conducta típica y en la realización de dicho riesgo en el resultado, para persona jurídica vendría representado por el conocido elemento del «defecto de organización»[13]. En cuanto a la tipicidad subjetiva, el equivalente funcional al dolo sería el conocimiento organizativo del riesgo empresarial[14]. Por fin, en la persona jurídica la culpabilidad residiría —desde este planteamiento— en una determinada cultura empresarial de infidelidad al Derecho o, más concretamente, de incumplimiento de la legalidad[15]. Es

[8] Gómez-Jara Díez, Carlos, *La culpabilidad penal de la empresa*, cit., p. 44; el mismo, «Fundamentos…», en Banacloche Palao / Zarzalejos Nieto / Gómez-Jara Díez, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, cit., p. 39.

[9] Gómez-Jara Díez, C., *La culpabilidad penal de la empresa*, cit., pp. 242 ss.

[10] Gómez-Jara Díez, C., *La culpabilidad penal de la empresa*, cit., p. 204.

[11] Gómez-Jara Díez, C., *La culpabilidad penal de la empresa*, cit., p. 75.

[12] Gómez-Jara Díez, C., *La culpabilidad penal de la empresa*, cit., pp. 230 ss.; el mismo, Fundamentos…», en Banacloche Palao / Zarzalejos Nieto / Gómez-Jara Díez, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, cit., p. 40. Desde otro planteamiento, también reconoce capacidad de acción a la persona jurídica con apoyo en el concepto de acción como manifestación de la personalidad de Claus Roxin, Gómez Tomillo, Manuel, *Introducción*, cit., pp. 46 ss.

[13] Gómez-Jara Díez, C., «Fundamentos…», en Banacloche Palao/ Zarzalejos Nieto / Gómez-Jara Díez, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, cit., p. 41; Bacigalupo Zapater, Enrique, «La prevención…», en el mismo, *Compliance y Derecho penal*, cit., p. 100.

[14] Gómez-Jara Díez, C., La culpabilidad penal de la empresa, cit., pp. 236 ss. y 240; el mismo, «Fundamentos…», en Banacloche Palao/ Zarzalejos Nieto / Gómez-Jara Díez, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, cit., p. 42.

[15] Gómez-Jara Díez, C., La culpabilidad penal de la empresa, cit., p. 273; el mismo, «Fundamentos…», en Banacloche Palao / Zarzalejos Nieto / Gómez-Jara Díez, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, cit., p. 43.

culpable, de este modo, aquella empresa cuya actividad no se encuentra orientada a generar su propia fidelidad al derecho[16], destinando recursos al efecto[17].

Sin adscribirse al punto de vista que acaba de ser expuesto, la mencionada Circular FGE 1/2016 recuerda que el fundamento de la imputación de la persona jurídica como organización defectuosa conduciría a entender la presencia de un plan de cumplimiento normativo diligentemente implementado como la más inequívoca expresión de una correcta organización corporativa. Tal circunstancia propiciaría, así, la exclusión del defecto de organización como elemento del tipo fundamentador de la responsabilidad penal de la persona jurídica, erigiéndose en una auténtica causa de exclusión de la tipicidad o de atipicidad. En palabras de dicha Circular: «*[N]o se trataría, en puridad de conceptos, de una circunstancia eximente, que remitiría a una conducta antijurídica o que no le fuera personalmente imputable, sino de que, adoptadas con anterioridad a la comisión del delito las oportunas medidas de prevención, no concurriría un elemento básico del hecho típico (tipo objetivo) o, en todo caso, faltaría un elemento del tipo subjetivo, el dolo o la culpa, es decir, la tipicidad subjetiva*»[18]. Este planteamiento indicado por la FGE coincide con el de un sector jurisprudencial, representado, entre otras, por las SSTS 154/2016, de 29 de febrero[19] y 221/2016, de 16 de marzo[20], que se refieren a la infracción penal por la que responde la persona jurídica como *«auténtico delito corporativo»*; y más recientemente, la 949/2022, de 12 de diciembre, que apunta que la inexistencia de medidas de cumplimiento en la empresa representaría el *«núcleo de la infracción»* o el injusto en sí mismo de la persona jurídica.

En una linea parecida, otro sector de la doctrina apunta que el defecto de organización no fundamentaría el tipo de injusto de la persona jurídica, sino su culpabilidad. En el caso de las personas jurídicas, dicha categoría vendría representada por un juicio de reproche que se formularía frente a aquellas por haber omitido la adopción de las medidas que le serían exigibles para garantizar un desarrollo ordenado y no infractor de la actividad relativa al hecho de la empresa. Según esta dirección, en el caso de que la empresa cuente con un modelo de prevención de delitos eficaz, el mismo operaría, en consecuencia, como causa de exclusión de la culpabilidad[21].

Entre estos dos planteamientos —el *compliance* como causa de exclusión de la tipicidad o como causa de la culpabilidad—, una parte de la jurisprudencia española viene sosteniendo una suerte de tercera vía, según la cual la eximente que nos ocupa podría desplegar alternativamente, en realidad, cualquiera de los dos efectos mencionados.

16 Gómez-Jara Díez, C., *La culpabilidad penal de la empresa*, cit., p. 270.
17 Gómez-Jara Díez, C., *La culpabilidad penal de la empresa*, cit., p. 272.
18 Circular FGE 1/2016, pp. 55 s.
19 Fundamento Jurídico 8.º
20 Fundamento Jurídico 5.º
21 Gómez Tomillo, M., *Introducción*, cit., *passim*

Así, si se añade al elemento del injusto («defecto de organización») una dimensión de culpabilidad propia de la persona jurídica (cultura organizativa o actitud interna hacia el derecho), los modelos de prevención de delitos pasarían a erigirse en una doble causa de exención: del tipo de injusto, por ausencia de defecto de organización; y de la culpabilidad, por existencia en la empresa de una adecuada cultura de cumplimiento. Aluden a este doble elemento del *compliance*, por ejemplo, las SSTS 154/2016, de 29 de febrero y la 894/2022, de 11 de noviembre[22].

III. La eximente de *compliance* como excusa absolutoria

De conformidad con el modelo de responsabilidad penal de la persona jurídica de naturaleza vicarial o de transferencia que, según la Circular FGE 1/2016, se encontraría recogido en el art. 31 bis CP, la persona jurídica no respondería por un delito cometido por ella misma, esto es, por un hecho penal propio, sino por un hecho delictivo ajeno. Así, la comisión del delito por las correspondientes personas físicas en las condiciones que exige el precepto determinará la transferencia de responsabilidad a la persona jurídica. Según la FGE, ello comportaría que con el delito cometido por la persona física nacería también la responsabilidad penal de la persona jurídica. Esta última responsabilidad quedaría exenta de pena si resultase acreditada la implementación por parte de la empresa de un adecuado modelo de organización y gestión[23]. Para la Circular FGE 1/2016, esta construcción dogmática sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica basada en el modelo de la heterorresponsabilidad conduciría indefectiblemente a la categoría de la punibilidad. En concreto, la existencia de un modelo de organización eficaz operaría, de este modo, bien como una causa personal de exclusión o levantamiento de la pena, bien como una excusa absolutoria[24].

Dicha postura desplegaría, a su vez, una decisiva consecuencia procesal: corresponderá a la defensa —subraya la Fiscalía— la carga de acreditar de que la persona jurídica cuenta con un modelo de organización y gestión que cumpla las condiciones y requisitos

[22] Críticamente al respecto se expresa, no obstante, el voto particular de la STS 154/16, 29-2, que califica la referencia a dicho elemento como presupuesto «metalegal» que no cumpliría con el mandato de determinación.

[23] Circular FGE 1/2016, p. 56. Un planteamiento similar puede encontrarse en la STS 221/16, de 16 de marzo, que trata de establecer una solución de compromiso entre la vía de la autorresponsabilidad y la de la heterorresponsabilidad. De acuerdo con esta dirección, la responsabilidad penal de la persona jurídica se encontraría integrado por un elemento vicarial, consistente en un «delito base» previo cometido por un integrante de la corporación; y un segundo elemento situado en el nivel estructural o colectivo de la persona jurídica, consistente en que *«(…) que ese delito cometido por la persona física y fundamento de su responsabilidad individual ha sido realidad por la concurrencia de un delito corporativo, por un defecto estructural (…)»*.

[24] Circular FGE 1/2016, p. 56. En un sentido parecido se pronuncia el voto particular formulado contra la STS 949/2022, de 12 de diciembre.

legales, mientras que la acusación simplemente habrá de probar que se ha cometido el delito en las circunstancias que establece el art. 31 bis, 1.º CP, sin que nada deba probar en materia de *compliance*[25]. En términos de la propia Circular FGE 1/2016: *«[L]a atribución a la persona jurídica de la carga de la prueba deriva también del hecho de que la propia comisión del delito opera como indicio de la ineficacia del modelo y que, sobre esta base, cabría exigir a la persona jurídica una explicación exculpatoria que eliminara el efecto incriminatorio del indicio, a semejanza de la doctrina jurisprudencial sobre la prueba indiciaria, conforme a la cual no supone inversión de la carga de la prueba ni daña la presunción de inocencia exigir al acusado que facilite para lograr su exculpación aquellos datos que está en condiciones de proporcionar de manera única e insustituible»*[26].

IV. La eximente de *compliance* como un sinsentido dogmático

Entendido el delito como infracción de normas de determinación, puesto que tal clase de normas sólo pueden ser dirigidas a las personas físicas, y no a las jurídicas, sólo las primeras, y no las segundas, podrán cometer delitos[27]. Las personas jurídicas podrán ser, a lo sumo, objeto de normas de valoración, pero nunca pueden constituir destinatarios objetivamente adecuados de normas de determinación. Es ya un lugar común en la doctrina la afirmación de que esta clase de normas presuponen la concurrencia en su destinatario de una serie de presupuestos (autoconsciencia, libertad, racionalidad, etc.) que de ninguna manera podrían llegar a concurrir en una sociedad. Partiendo de esta constatación, si se sigue afirmando que las sociedades pueden cometer delitos, entonces quienes así procedan deben ser conscientes de que los mismos ya no podrán seguir siendo definidos como infracciones de normas de determinación, sino, a lo sumo, como comportamientos desvalorados o merecedores de un juicio de desvalor. No es éste, sin embargo, la concepción del delito que aquí se considera preferible. En un Estado social en el que el Derecho penal cumpla una función de protección de la sociedad mediante

[25] Circular FGE 1/2016, p. 56.

[26] Citando en apoyo de tal doctrina las SSTEDH de 8 de febrero de 1996, Murray contra Reino Unido; de 1 de marzo de 2007, Geerings contra Holanda; de 23 de septiembre de 2008, Grayson y Barnahm contra Reino Unido; SSTC n.º 137/98 de 7 de julio y 202/2000 de 24 de julio; y SSTS n.º 1504/2003, de 25 de febrero, 578/2012, de 26 de junio y 487/2014, de 9 de junio. *Vid.* Circular FGE 1/2016, p. 57. Sobre todo ello, extensamente, Boldova Pasamar, M. Á., «Naturaleza jurídica de los programas de cumplimiento», Revista General de Derecho Penal, 37 (2002), pp. 18 ss.

[27] De acuerdo con esta conclusión, en términos sustancialmente coincidentes con los que a continuación se exponen en el texto principal, Díaz y García Conlledo, M. D. «La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un análisis dogmático», en Gómez Colomer (dir.) / Madrid Boquín (coord.), *Tratado sobre compliance penal. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*, 2019, pp. 101 ss. Sobre cuanto sigue, extensamente, Gómez Martín, Víctor, «Falsa alarma. O por qué la Ley Orgánica 5/2010 no deroga el principio "Societas delinquere non potest"», en Mir Puig / Corcoy Bidasolo (dirs.), *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo,* Marcial Pons, 2012, pp. 331-384.

la prevención de la comisión de delitos, el Estado no puede limitarse a valorar negativamente los hechos ya cometidos lesivos o peligrosos para bienes jurídicos, sino que debe tratar de evitarlos. Para ello, habrá de dirigirse a los ciudadanos mediante normas de determinación de la conducta, que sólo podrán ser atendidas por sujetos con capacidad de autoconsciencia, racionalidad y libertad. Desde esta perspectiva, tales presupuestos sólo podrán concurrir en la persona física, nunca, en cambio, en la persona jurídica.

Como es obvio, en un sistema dogmático abierto a la política criminal como el que aquí se considera preferible, los presupuestos político-criminales que acaban de ser expuestos condicionarán de forma decisiva el contenido de la teoría del delito. En cuanto a la acción, entendida la persona jurídica como una realidad compleja formada por una pluralidad de persona físicas, es posible afirmar que el comportamiento de una sociedad es, en realidad, una ficción, ya que detrás del mismo se encuentra, necesariamente, el comportamiento humano de las personas físicas que la integran. Las personas jurídicas no son nada sin las personas físicas que las integran. Tampoco la acción de una sociedad sin los concretos comportamientos concretos de los individuos que las componen[28].

No obstante, algunas ramas del ordenamiento jurídico parten de dicha ficción para acabar concluyendo, por ejemplo, que las sociedades pueden contratar o celebrar negocios jurídicos de toda suerte, y que si pueden hacerlo lícitamente también tendrán capacidad para hacerlo de manera fraudulenta. Que ello sea posible desde una perspectiva jurídico-civil o mercantil, o, incluso, jurídico-administrativa, no significa, sin embargo, que una sociedad tenga capacidad de acción jurídico-penal. Debe recordarse, a tal efecto, que dos son los modos en que la Dogmática jurídico-penal puede afrontar el análisis de la estructura del delito[29]: prescindir de la construcción de un concepto general de acción e iniciar el análisis del delito directamente por la categoría de la tipicidad; o intentar dilucidar con carácter general, y antes de discutir los propios elementos del delito, qué debe entenderse por acción en Derecho penal, por considerarse que es posible una definición general de acción previa a las categorías jurídicas del delito. En apoyo de la primera postura suelen esgrimirse dos razones: la imposibilidad de encontrar una definición general de acción previa a las categorías jurídicas, y la ausencia de todo valor sistemático, por su excesiva generalidad, de una tal definición, en el supuesto de que fuera posible encontrarla[30]. Por

[28] Robles Planas, R., «Pena y persona jurídica: crítica del art. 31 bis CP», Diario La Ley, n.º 7705, 29-09-2011, pp. 4 s.

[29] *Vid.* Jescheck, *Tratado de Derecho Penal, PG,* I (traducción, adiciones y notas de Derecho penal español a cargo de Santiago Mir Puig y F. Muñoz Conde), 1981, pp. 290 s.

[30] Defienden este punto de vista, entre otros, Gómez Benítez, *Teoría Jurídica del delito,* pp. 91 ss.; Mir Puig, S., *Derecho penal*, *PG*, 10.ª ed., cit., 7/24 s.; Octavio De Toledo / Huerta Tocildo, *Derecho Penal, PG, Teoría Jurídica del delito,* 2.ª ed., 1996, pp. 21 ss.; En un sentido similar Jakobs, *La imputación objetiva en Derecho penal*, 1996, pp. 99 s. Aunque en la concepción de Jakobs no hay un concepto unitario de acción, lo cierto es que en algunas de sus formulaciones este autor ha llevado la idea de la inexistencia de un concepto pre-jurídico de acción jurídico-penal a sus últimas consecuencias, lle-

contra, quienes consideran preferible la segunda opción, suelen argumentar en su favor que el concepto general de acción es un concepto útil para el Derecho penal, debido al interés que para éste tienen las distintas funciones que dicho concepto desempeña.

Desde mi punto de vista, de las dos perspectivas expuestas merece ser ampliamente compartida la *primera* de ellas. Tal y como acertadamente señala Mir Puig, en el análisis de los casos prácticos, los tipos penales constituyen la *«puerta de entrada en el Derecho penal»*, de modo que la exigencia de un comportamiento humano no tiene naturaleza pre-jurídica, sino que es un requisito general exigido por todo tipo penal. Para Mir, resolver satisfactoriamente la cuestión relativa a si una conducta es o no constitutiva de delito requiere una doble comprobación. Por una parte, la concerniente a si se ha producido o no alguno de los resultados (entendido éste término en un sentido amplio que permita abarcar tanto resultados en sentido estricto —separados de la acción— como situaciones de mera actividad) que el derecho pretende evitar. Por otra, y en caso de verificarse respuesta afirmativa en la primera comprobación, debe analizarse si concurren o no aquellas condiciones que permiten tratar de evitar dicho resultado (*ex ante*) o imputarlo a un sujeto en caso de confirmarse su concurrencia (*ex post*). La primera de estas condiciones de posibilidad de evitación o imputación del resultado es la acción, entendida como *comportamiento humano voluntario y externo*. Mir distingue, sin embargo, entre la acción como elemento general de (no previo a) los tipos penales y la exigencia por parte de cada tipo en concreto de una acción determinada que reúna una serie de características específicas. El motivo de que la acción sea un elemento genérico de todo tipo y no una mera realidad ontológica de naturaleza pre-jurídica hay que verla en que, según el autor, la delimitación del concepto de acción en Derecho penal no puede realizarse partiendo únicamente de la esencia ontológica de los hechos humanos, sino de los *«condicionamientos de la función de las normas penales»*. Y ello porque *«no todos los hechos del hombre interesan al derecho penal, sino sólo aquellos que pueden ser desvalorados como penalmente antijurídicos por falta de desvalor intersubjetivo de la conducta»*. Por de pronto, la exigencia de que la acción constituya un comportamiento humano voluntario y externo ya debe derivarse necesariamente de la función del Derecho penal, el cual sólo puede y al cual sólo le es lícito prohibir dicha clase de conductas. Esto es, los comportamientos *humanos* voluntarios y externos[31].

Negada la existencia de capacidad de acción jurídico-penalmente relevante a la persona jurídica, decaen por su propio peso el resto de elementos de la definición de delito que ahora se somete a consideración. No en vano, se encuentra comúnmente aceptada en la doctrina la idea de que la acción cumple una función de enlace de las diferentes

---

gando a afirmar que sólo concurre una acción jurídico-penal cuando se trata de una acción objetivamente imputable.

[31] *Vid.* Mir Puig, S., *Derecho penal*, *PG*, 10.ª ed., cit., 6/24 s.

categorías del delito: tipicidad, antijuricidad, culpabilidad o imputación personal y, en su caso, la punibilidad. Según ello, la función de definición de la acción obligaría a partir de un concepto de acción con el suficiente contenido material como para que del mismo puedan predicarse las especificaciones propias de las categorías conceptuales que configuran la teoría del delito como características de la propia acción, pero sin adelantar el análisis de estas cuestiones al comportamiento humano, sino sólo enlazando o coordinando aquellas categorías[32].

Ello no obstante, debe apuntarse, a mayor abundamiento, que tampoco el criterio del defecto de organización de la persona jurídica resulta aceptable como equivalente funcional de la creación de un riesgo típicamente relevante y su realización en el resultado, que integra la relación de riesgo entre la acción y el resultado en la teoría del delito de las personas físicas[33]. Por una parte, del mismo modo que sucede con la acción de la persona jurídica, que requiere necesariamente de un comportamiento humano, en el caso del defecto de organización también se precisará que sea una persona física, y no una jurídica, la que incurra en dicho defecto organizativo[34]. Así, por ejemplo, si —como entienden algunos autores— la comprobación si un delito trae o no causa de un defecto organizativo empresarial resulta necesario analizar si en la empresa se ha implementado o no un programa de cumplimiento penal, o si el programa implementado es o no eficaz en la prevención de la comisión de delitos, ocurra lo que ocurra siempre será imputable a una o varias personas físicas que actúen en nombre o representación de la compañía. Así, la decisión de no adoptar protocolo de cumplimiento alguno, la de implementar uno completamente insuficiente como operación de maquillaje publicitario, la de implantarlo formalmente y no cumplirlo materialmente, o la falta de control suficiente del órgano encargado de velar por su efectivo cumplimiento (*Compliance Officer*) siempre será imputable a alguna persona física con capacidad de decisión en la empresa. Las sociedades no se organizan o desorganizan solas: las organizan o desorganizan algunas de las personas físicas que actúan en su nombre o representación[35]. No en vano, incluso algún autor partidario de la responsabilidad penal de la persona jurídica reconoce abiertamente que en el sistema penal español, el injusto imputado a la persona jurídica equivale, en realidad, al injusto de la persona física que actúa en su nombre o representación[36].

[32] *Vid.* en este sentido, por ejemplo, Octavio de Toledo / Huerta Tocildo, *Derecho penal, PG*, 2.ª ed., cit., p. 22, para quienes en virtud de esta función, un concepto general de acción debería constituirse, por su contenido material, en «punto de engarce de los demás elementos del delito para lograr una definición del mismo».

[33] Gómez Tomillo, M., *Introducción*, cit., p. 52.

[34] Gómez Tomillo, M., *Introducción,* cit., p. 52.

[35] En un sentido parecido Robles Planas, R., Diario La Ley, n.º 7705, 29-09-2011, p. 6.

[36] Gómez Tomillo, M., *Introducción,* cit., pp. 51 ss.

Pero es que incluso aunque se creyera —como si de un dogma de fe se tratase— que son las propias personas jurídicas, y no las personas físicas que las administran o que actúan en su nombre o representación, las que incurren en defectos de organización, resulta extremadamente discutible que dichos defectos puedan equivaler, por sí mismos, a la creación de riesgos típicamente relevantes para los bienes jurídicos protegidos en los delitos para los que está prevista la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Por seguir con el ejemplo de los protocolos de cumplimiento: admitiendo la existencia de un deber técnico general de cuidado consistente en que la empresa debe tener cubiertos los riesgos penales que razonablemente puedan derivar en alguno de los delitos para los que está prevista la responsabilidad penal de las personas jurídicas, ¿es realmente aceptable que la simple inobservancia de tal supuesto deber (por ejemplo, mediante la completa omisión de todo protocolo o la implementación de un protocolo insuficiente) constituya un riesgo típicamente relevante de estafa, insolvencias punibles, daños informáticos, delitos contra la propiedad intelectual e industrial, el mercado y los consumidores, delito de blanqueo de capitales, delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social, delitos urbanísticos, delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros o delitos contra el medio ambiente? ¿Se trata de una relación de riesgo suficiente (por ejemplo, desde la perspectiva de la teoría de la adecuación)? Y en el (negado) supuesto de que así fuera: ¿será siempre posible acreditar la existencia de una relación de causalidad entre el defecto organizativo y el resultado lesivo del bien jurídico? Desde mi punto de vista, es obvio que la respuesta a estas preguntas debe ser, necesariamente, negativa[37].

En cuanto a la tipicidad subjetiva, en el caso de las personas jurídicas se afirma que la misma reside en el conocimiento organizativo del riesgo empresarial. Pero, ¿en qué consiste exactamente dicho conocimiento? ¿Puede una empresa conocer algo? Nuevamente aquí debe dejarse meridianamente claro que una persona jurídica ni conoce ni quiere: sólo pueden hacerlo, a lo sumo, las personas físicas que forman parte de la misma[38]. De nuevo en el tipo subjetivo, el equivalente funcional del dolo adquiere un contenido radicalmente normativizado difícilmente asumible por un Derecho penal respetuoso con el principio de culpabilidad.

Tampoco desde los modelos de responsabilidad por transferencia es posible fundamentar la responsabilidad subjetiva de la empresa. Ningún inconveniente especial representa, como es lógico, la responsabilidad subjetiva de la persona física que comete el delito en provecho de la sociedad. Sin embargo, tal y como afirma Silva Sánchez, *«no parece fácil fundamentar una "transferencia" de los elementos subjetivos de las personas físicas a la persona jurídica, que compense los déficits subjetivos de esta*

[37] Gómez Tomillo, M., *Introducción,* cit., p. 52; Robles Planas, R., InDret, 2/2006, pp. 7 y 15 s.; el mismo, Diario La Ley, n.º 7705, 29-09-2011, p. 6.

[38] En idéntico sentido Pastor Muñoz, Nuria, «¿Organizaciones culpables? Recensión a Carlos Gómez-Jara, La culpabilidad penal de la empresa, Marcial Pons, Madrid, 2005», InDret, 2/2006, p. 16.

última»[39]. No parece descabellado concluir, por ello, que, a falta de posible transferencia de la responsabilidad subjetiva de la persona física a la sociedad, la responsabilidad penal de esta última es puramente objetiva[40].

Precisamente en lo que a culpabilidad se refiere, la tesis de que en la teoría del delito para la persona jurídica tal elemento reside en su participación en una cultura empresarial de infidelidad al Derecho o, más concretamente, de incumplimiento de la legalidad es, en parte, heredera de un concepto constructivista de culpabilidad como el defendido por Günther JAKOBS[41]. De acuerdo con el mismo, la culpabilidad se corresponde por completo con el fin de la pena como medida tendente a garantizar la fidelidad o confianza en la norma, o, mejor, la estabilización contrafáctica de las normas como expectativas normativas institucionalizadas[42]. Un comportamiento es culpable para Jakobs cuando produce una perturbación definitiva de la norma[43]. Desde el punto de vista de su comprensión de la sociedad como contexto comunicativo, el comportamiento de un individuo sólo puede expresar dos cosas: o bien tiene un significado comunicativamente relevante, o bien es simple naturaleza. Esto último ocurre, por ejemplo, con los comportamientos realizados por inimputables[44]. En suma: la función de la categoría de la culpabilidad consiste para JAKOBS, en la estabilización de las normas ante contradicciones de las mismas con sentido del tipo «la norma carece de validez», y tales contradicciones sólo están al alcance de aquellos sujetos que no sean inimputables, menores de edad, etc.[45]. Todo esto es coherente con el concepto de persona defendido por Jakobs desde su perspectiva sociológico-funcionalista, de acuerdo con el cual la persona no es un sistema «psico-físico» prejurídico, sino un sistema social, un constructo social[46].

Frente a todo ello, debe afirmarse, en primer lugar, que un tal concepto de culpabilidad se encuentra completamente vacío de contenido. Puesto que Jakobs define el

[39] SILVA SÁNCHEZ, J. M., en CGPJ 14 (2001), p. 329.

[40] SILVA SÁNCHEZ, J. M., en CGPJ 14 (2001), p. 329; ROBLES PLANAS, Ricardo, Diario La Ley, n.º 7705, 29-09-2011, pp. 8 y 11.

[41] Acogido, entre otros, por GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *La culpabilidad penal de la empresa*, 2005, pp. 210 ss. Curiosamente, a pesar de que el concepto de culpabilidad que a continuación se expondrá y valorará críticamente en el texto condujo a JAKOBS a defender inicialmente la responsabilidad penal de las personas jurídicas, con posterioridad ha alcanzado la conclusión contraria. *Vid.*, a este respecto, JAKOBS, «Strafbarkeit juristischer Personen», en *LH-Lüderssen*, 2002, pp. 559 ss.

[42] También establece esta conexión SILVA SÁNCHEZ, J. M., en CGPJ 14 (2001), p. 335.

[43] JAKOBS, «Culpabilidad y prevención» (trad. de Suárez González), en EL MISMO, *Estudios de Derecho penal*, 1997, p. 77. *Vid*, también PEÑARANDA RAMOS / SUÁREZ GONZÁLEZ / CANCIO MELIÁ, Estudio preliminar a JAKOBS, *Estudios de Derecho penal*, cit., pp. 48 ss. y 56 s.

[44] JAKOBS, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional* (trad. de M. Cancio Meliá y B. Feijoo Sánchez, Bernardo), 1996, pp. 60 ss.

[45] JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, cit., pp. 63 ss.

[46] JAKOBS, «La omisión: Estado de la cuestión», en Silva Sánchez, J. M. (ed.), *Sobre el estado de la teoría del delito (Seminario en la Universitat Pompeu Fabra)*, 2000, p. 150.

delito mismo como quebrantamiento de la norma o infracción de un deber, su concepto de culpabilidad conduce, en definitiva, a una argumentación circular: es culpable el comportamiento que quebranta la norma, esto es, el comportamiento constitutivo de delito, y para que esto último ocurra es necesario que se trate de un comportamiento culpable.[47] En segundo lugar, debe destacarse que en JAKOBS, la culpabilidad pierde, como el propio autor reconoce,[48] su característico sentido limitador del *ius puniendi*, al quedar restringida al ámbito de lo que resulte *funcional* o *disfuncional* para el sistema penal. La culpabilidad debe ser contemplada, esencialmente, como un límite a la pena cuando los principios de dignidad humana y de igualdad real ante la Ley harían ilícita una pena que tuviera por destinatario, por ejemplo, un enfermo mental[49]. Por lo demás, la consideración de la persona como un constructo social, como el resultado de un proceso de comunicación, resulta sencillamente intolerable. Porque una cosa es admitir que el individuo también encuentra su identidad a través de procesos de interacción social, y otra radicalmente distinta, inadmisible, que la sociedad defina por completo al individuo hasta el punto de que a quien carezca de capacidad para comunicarse con sentido social (como, por ejemplo, los inimputables) deba serle negado el *status* de persona[50].

Huelga decir, además, que una tal concepción de la culpabilidad no se compadece en absoluto con la que resulta preferible en el Derecho penal de un Estado democrático: la infracción personal de una norma de determinación por un sujeto penalmente responsable[51]. Para que el comportamiento del sujeto consista en la infracción personal de una norma de determinación es necesario, como señala MIR PUIG, que concurran dos requisitos: la capacidad personal de evitar el hecho y la capacidad de conocer la antijuricidad de la conducta. La primera queda excluida en los casos de imposibilidad absoluta de evitar materialmente el hecho. Ello ocurre, por ejemplo, en los supuestos

[47] Este círculo vicioso ha intentado ser explicado por algunos autores destacando la importancia central que para la definición general de delito tiene en el sistema de JAKOBS el concepto de culpabilidad como ámbito de lo penalmente relevante. En esta línea SUÁREZ GONZÁLEZ / CANCIO MELIÁ, Estudio preliminar a JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, cit., pp. 82 s. Tampoco este intento puede fructificar, porque, de lo contrario, los planos de la tipicidad objetiva y la culpabilidad se confundirían de tal modo que prácticamente carecería de sentido seguir distinguiendo entre ambas categorías, con lo que el efecto limitador y garantista de la culpabilidad acabaría desapareciendo de todos modos.

[48] JAKOBS, *Estudios de Derecho penal*, cit., p. 77.

[49] *Vid.* PEÑARANDA RAMOS / SUÁREZ GONZÁLEZ / CANCIO MELIÁ, Estudio preliminar a Jakobs, *Estudios de Derecho penal*, cit., p. 48; SCHÜNEMANN, «La culpabilidad: estado de la cuestión», en Silva Sánchez (ed.), *Sobre el estado,* cit., pp. 95 ss.

[50] En este sentido crítico *Vid.* MIR PUIG, S., «Recensión a JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*…», RDPC, 2.ª Época, 1998 (2), pp. 454 s.

[51] MIR PUIG, S., *Derecho penal*, *PG*, 10.ª ed., cit., 20/23 ss. En este contexto, SILVA SÁNCHEZ llega a plantearse, muy razonablemente, si *«la* extensio *de un concepto como el de culpabilidad puede abarcar realidades tan distintas, sin perder prácticamente toda* intensio»: SILVA SÁNCHEZ, en CGPJ 14 (2001), p. 336.

de enfermedad mental profunda. Por lo que respecta a la capacidad de conocer la antijuricidad de la conducta, ésta deberá entenderse ausente cuando el sujeto incurra en un error de prohibición objetiva o personalmente invencible[52]. En segundo lugar, MIR entiende que en un Estado democrático no es lícito castigar con pena a aquellos sujetos que no puedan ser calificados como penalmente responsables. No lo serán quienes no tengan capacidad para ser motivados por la norma de determinación con normalidad. No se trata, por tanto, de quienes no puedan ser motivados por la norma en absoluto (ello puede suceder, por ejemplo, en el caso de oligofrénicos profundos), en cuyo caso faltaría ya la infracción personal de la norma; sino de sujetos que, pese a ser motivables, no lo son con normalidad, esto es, como las restantes personas. La anormalidad motivacional de un sujeto puede deberse a dos clases de causas: las relativas a la «anormalidad» del sujeto; y las relativas a la «anormalidad» de ciertas situaciones en las que no es lícito exigir al sujeto el cumplimiento de la norma de motivación. Las primeras son las causas de inimputabilidad. Las segundas, las causas de «no exigibilidad»[53]. Definida de este modo, es evidente que sólo puede ser culpable o no culpable una persona física, nunca una persona jurídica. Tal concepto de culpabilidad presupone la concurrencia en el sujeto de dos elementos que difícilmente concurrirán en una persona jurídica: autoconciencia y libertad.[54] Por lo demás, una concepción de la culpabilidad como la que acaba de ser criticada, al identificar la culpabilidad con la instalación en la empresa de una cultura de la infidelidad o el incumplimiento de la legalidad, transita de forma peligrosa por la senda de la culpabilidad por la conducción de vida, una de las más (justamente) denostada formas de Derecho penal de autor que ha conocido la historia de la teoría del delito[55]. Como apunta SILVA SÁNCHEZ, *«en última instancia esa culpabilidad por la conducción de la vida de un sujeto no autoconsciente constituye algo no muy distinto de otra forma de designar a la peligrosidad»*[56].

Buena parte de las esperanzas doctrinales de una teoría del delito que pueda servir de fundamento material a la responsabilidad penal de las personas jurídicas descansan en la idea de la autorresponsabilidad de la persona jurídica. No en vano, la mencionada

[52] MIR PUIG, S., *Derecho penal*, *PG*, 10.ª ed., cit., 20/28 ss.

[53] MIR PUIG, S., *Derecho penal*, *PG*, 10.ª ed., cit., 20/36 ss.

[54] SILVA SÁNCHEZ, J. M., en CGPJ 14 (2001), p. 335; NIETO MARTÍN, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas,* cit., pp. 155 ss.; PASTOR MUÑOZ, N., InDret, 2/2006, pp. 12 ss.; ROBLES PLANAS, R., InDret, 2/2006, p. 7; EL MISMO, Diario La Ley, n.º 7705, 29-09-2011, p. 4: *«En realidad, la permanencia en el tiempo de la persona jurídica, con sus características, no ofrece ningún contenido positivo de su voluntad en relación con las normas y valores jurídico-penales, sino sólo de la de quienes la integran o la han integrado (…) Desde el punto de vista determinante para el Derecho penal, la persona jurídica no es libre independientemente de las personas físicas que las componen. Carece de autoconciencia y, por ello, de posibilidad de autodeterminación».*

[55] En este sentido, por ejemplo, SILVA SÁNCHEZ, J. M., en CGPJ 14 (2001), p. 338.

[56] SILVA SÁNCHEZ, J. M., en CGPJ 14 (2001), p. 338.

teoría del delito para personas jurídicas suele venir acompañada de argumentos de naturaleza constitucional. Se afirma, en este sentido, que si el legislador penal español hubiese optado —como suele hacer el legislador comunitario— por un modelo de responsabilidad vicarial o de transferencia, esto es, de responsabilidad penal de la persona jurídica por el hecho ajeno cometido por la persona física, la conclusión sería que el mismo atentaría contra algunos de los principales principios político-criminales limitadores del *ius puniendi*, entre ellos el de personalidad de las penas como manifestación del principio de culpabilidad. Puesto que, como es obvio, no resultaría asumible una interpretación del art. 31 bis CP contraria al principio de culpabilidad y, por tanto, a la Constitución Española, sería obligado concluir, entonces, que la LO 5/2010 no consagra un modelo de heterorresponsabilidad, sino uno de responsabilidad por el hecho propio.[57] La sociedad respondería penalmente —según esta tesis— por su propio hecho delictivo, no por el hecho cometido por la persona física que actúa en su nombre o representación.

En este sentido, algunos autores han querido ver en el nuevo sistema español de responsabilidad penal de la persona jurídica un modelo de responsabilidad penal autónoma de la empresa. Tal conclusión viene fundamentándose, por una parte, en la referencia al *«haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso»* del art. 31 bis 1, párr. II CP, que parecería aludir a la infracción por parte de la propia persona jurídica del deber de cuidado consistente en organizarse de forma correcta. Y, por otra, en lo dispuesto en los apartados 2 y 3 del art. 31 bis CP. Ciertamente, el art. 31 bis, 2, inciso 1.º CP desvincula la responsabilidad penal de la persona jurídica de la propia de la persona física que comete el delito. Siempre que concurran los presupuestos previstos en el art. 31 bis, 1 CP, la sociedad responderá aunque la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. En cuanto al art. 31 bis, 3 CP, el precepto parece abundar en la idea de que la responsabilidad penal de la sociedad no es accesoria de la responsabilidad de la persona física autora del delito. El precepto declara que las circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad no resultan comunicables a la persona jurídica. Se refiere tanto a las circunstancias objetivas como a las personales[58].

Sin embargo, también existen razones de peso para pensar que nada es lo que parece. En el caso de que el Tribunal Constitucional se viera obligado a pronunciarse

[57] Dopico Gómez-Aller, J., en Ortiz de Urbina (coord.), *Memento Experto Reforma Penal*, 2010, 1/112; el mismo, «Pero, ¿es que nadie va a pensar en los socios?», Legal Today, 8-4-2009 (http://www.legaltoday.com/opinion/blogs/blog-gf/pero-es-que-nadie-va-a-pensar-en-los-socios).

[58] Dopico Gómez-Aller, J., en Ortiz de Urbina (coord.), *Memento Experto Reforma Penal*, 2010, 1/112 y 190; el mismo, «Pero, ¿es que nadie va a pensar en los socios?», Legal Today, 8-4-2009 (http://www.legaltoday.com/opinion/blogs/blog-gf/pero-es-que-nadie-va-a-pensar-en-los-socios); Gómez Tomillo, M., *Introducción,* 2010, p. 24.

sobre la conformidad del art. 31 bis CP con la Constitución Española, los argumentos a favor de la autonomía de la responsabilidad penal de la persona jurídica harían sin duda sus delicias, en orden a la aplicación de las ya conocidas reglas constitucionales de la conservación de los preceptos y la deferencia hacia el legislador penal[59]. No obstante, considero altamente dudoso que tal interpretación del precepto resulte viable. Desde mi punto de vista, a pesar de que la LO 5/2010 parece derogar para el Derecho español el principio *societas delinquere nec puniri potest*, lo cierto es, sin embargo, lo siguiente: de los dos sub-principios que cabe derivar del principio *societas delinquere non potest* y *societas puniri non potest*, la LO 5/2010 únicamente dejó sin efecto, en cierto sentido, el segundo,[60] quedando en pie, en cambio, el primero[61]. En Derecho español, por tanto, la persona jurídica sigue sin poder cometer delitos[62].

El art. 31 bis, 1, a) CP establece que *«[e]n los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables: De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma».* Parece poco discutible que el precepto exige que el delito sea cometido *«por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma»*, esto es, no por la persona jurídica, sino por la física que la representa. De este modo, el precepto

[59] En este sentido Dopico Gómez-Aller, J., en Ortiz de Urbina (coord.), *Memento Experto Reforma Penal*, 2010, 1/112; el mismo, «Pero, ¿es que nadie va a pensar en los socios?», Legal Today, 8-4-2009 (http://www.legaltoday.com/opinion/blogs/blog-gf/pero-es-que-nadie-va-a-pensar-en-los-socios).

[60] También queda derogado el art. 31.2 CP *ex* LO 15/2003. De acuerdo con su tenor literal, *«[e]n estos supuestos, si se impusiere en sentencia una pena de multa al autor del delito, será responsable del pago de la misma de manera directa y solidaria la persona jurídica en cuyo nombre o por cuya cuenta actuó»*. Sobre este precepto y su escasa aplicación práctica durante sus años de vigencia *Vid.*, por todos, Silva Sánchez / Ortiz De Urbina Gimeno, «El art. 31.2 CP», en InDret (www.indret.com) n.º 343, abril 2006, *passim*.

[61] De otra opinión Gómez Tomillo, M., *Introducción,* cit., pp. 15 y 32.

[62] Ello explica, en parte, que la clausula de actuar por otro (art. 31 CP) permanezca inalterada. Además, el problema de la responsabilidad por actuación en nombre o representación de otro no se plantea solamente en los casos de personas jurídicas, sino en todos aquéllos en que alguien actúa en representación de otro, realizando una conducta cuya tipicidad requiere que el sujeto posea alguna condición (delito especial) que no concurre en él sino en su representante. Piénsese, p. ej., en el supuesto del representante de un incapaz que se alza con los bienes de éste en perjuicio de los acreedores del mismo. Sólo el incapaz posee la condición de deudor que exige el delito de alzamiento de bienes (art. 257 CP), pero no es él quien actúa, sino su representante. Ninguno de ambos entra en la letra del art. 257 CP. Ahora bien, si el incapaz no lo hace no es porque sea inimputable, sino porque *no actúa*, pues de haberlo hecho habría realizado el tipo, ya que la tipicidad no exige la culpabilidad.

viene a declarar, en realidad, que sólo la persona física y no la persona jurídica, puede cometer el delito. Aunque político-criminalmente ello resulta sin duda cuestionable, el precepto declara que la persona jurídica puede responder con una pena, pero lo hará por un *hecho ajeno*, el cometido por la persona física que la representa. Lo mismo sucede en el caso del art. 31 bis, 1, b). Dispone este precepto que *«[e]n los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables: (…) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso».* También aquí, el legislador deja meridianamente claro que la persona jurídica podrá responder con pena (*societas puniri potest*), pero que, nuevamente, lo hará por un hecho ajeno, cometido *por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso».*

Por lo demás, si la clausula del art. 31 bis, 1, a) CP ya representa una evidente muestra de responsabilidad objetiva y responsabilidad colectiva, la fórmula prevista en el art. 31 bis, 1, b) CP constituye un exponente todavía más obvio de tal exceso. Ciertamente, desde la perspectiva de las *teorías de la identificación* o del *alter ego* podría tener una cierta lógica interna —lo cual no significa que deba ser compartido— argumentar que cuando quien comete el delito es el administrador o legal representante de una sociedad es como si el delito lo cometiera la sociedad misma. La persona jurídica se *identifica* de tal modo con la persona física que actúa en nombre o representación de la sociedad (es su *alter ego*) que la comisión por parte de aquélla podría considerarse funcionalmente equivalente a la comisión del delito por parte de la sociedad. Sin embargo, resulta evidente que la teoría de la identificación no consigue explicar cómo es posible que la comisión de un delito por parte de un subalterno (por ejemplo, de un empleado) puede llegar a representar la responsabilidad penal de la empresa misma, máxime cuando cabe que el delito se haya cometido precisamente como consecuencia de la sustracción del subalterno a las directrices determinadas por la empresa o sus órganos directivos[63].

Tampoco el art. 31 ter, 1, inciso 1.º CP apunta hacia otra dirección. Es cierto que el precepto señala que *«la responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el apartado anterior, aun cuando*

[63] Críticamente Silva Sánchez, J. M., CDJ, X (2002), p. 128; Gómez Tomillo, M., *Introducción,* cit., pp. 66 s.

la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella». Pero de esto último no puede deducirse, en modo alguno, que la responsabilidad penal de la persona jurídica sea autónoma de la de la persona física que ha cometido el delito. Al contrario: también el apartado 2.º de este precepto deja claro que la expresión «*no haber ejercido el debido control»* no hace referencia a la persona jurídica, sino a los «*representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma»*. El delito por el que responderá la persona jurídica (*societas puniri potest*) debe ser cometido, por tanto, por una persona física como consecuencia de la inobservancia del control debido por parte de otra persona física[64].

Que ello pueda suceder «*aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella»* no cambia en nada el hecho de que el supuesto de la norma secundaria cuya consecuencia jurídica viene representada por la pena a imponer a la persona jurídica no es otro que el delito cometido por la persona física. Que el legislador penal español haya dispuesto que la sociedad puede responder aunque no se consiga saber quién ha cometido el delito (algo relativamente habitual en la práctica forense cuando de complejos entramados societarios se trata) o no sea posible dirigir el procedimiento contra el mismo (por ejemplo, por haber fallecido, o por haberse sustraído a la acción de la Justicia con la esperanza de que el delito prescriba), no prejuzga en nada la cuestión de si para que ello ocurra es o no necesaria la comisión de un delito por parte de una persona física. Del mismo modo que puede suceder entre un autor y un partícipe, es perfectamente posible que quede acreditada en las actuaciones la comisión de un hecho constitutivo de delito y no resulte posible, en cambio, acreditar su autoría. O que, individualizada ésta, la misma se encuentre extinguida (por ejemplo, por fallecimiento del autor del delito). Pues bien: a pesar de que nadie discute que la responsabilidad del partícipe es accesoria con respecto a la del autor, ¿negará alguien que la responsabilidad del partícipe sigue en pie en alguno de los supuestos planteados? Evidentemente, no: la punición del partícipe depende de la comisión de un hecho típico y antijurídico por parte del autor (accesoriedad limitada), pero no, en cambio, de si el autor es o no culpable (accesoriedad máxima) o de si concurre o no en su persona una causa de extinción de la responsabilidad criminal de naturaleza personal. En el caso de la persona jurídica, para que ésta pueda responder penalmente debe quedar acreditada la comisión de un delito por parte de una persona física que presente la vinculación típica con la sociedad, aunque no se sepa exactamente de quién se trata o, sabiéndose, su responsabilidad criminal se encuentre extinguida. Así

[64] Gómez Tomillo, M., *Introducción,* cit., p. 58.

las cosas, sólo erróneamente puede afirmarse que la responsabilidad de la sociedad es autónoma, o derivarse de todo ello que la persona jurídica responde, en realidad, por la comisión de un hecho delictivo propio[65].

No en vano, el art. 31 ter, 1, inciso 2.º CP, vincula claramente la responsabilidad de la persona jurídica con la de la física, al establecer una regla de compensación de la responsabilidad de la sociedad con la del autor del delito. La regla, que únicamente resultará aplicable cuando la pena impuesta sea de multa, persigue evitar situaciones de *bis in ídem* en casos de pequeñas empresas en las que el capital de la persona jurídica y el de la persona física del administrador coincidan sustancialmente. Obviamente, si la responsabilidad de la persona jurídica fuera autónoma, esto es, si la sociedad respondiera por su hecho y la persona física por el suyo, la regla carecería de todo sentido: faltaría la identidad de hecho que provoca el *bis in idem* que, mediante la fórmula de la compensación, trata de solucionar el legislador.

Idéntica conclusión se alcanza a la vista del art. 31 ter, 2 CP. El precepto establece, recuérdese, que «*[l]a concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de lo que se dispone en el artículo siguiente*».

A pesar de la responsabilidad penal de la persona jurídica, el legislador vuelve a declarar sin ambages que debe ser una persona física la encargada de realizarlos *«materialmente»* o de *«haberlos hecho posibles»* por no haber ejercido el debido control. La referencia a las *«circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado»* no resulta —tampoco aquí— en absoluto inequívoca. En sentido estricto, únicamente las circunstancias previstas en los arts. 20, 1.º y 2.º CP afectan a la normalidad motivacional del reo. De acuerdo con esta comprensión del concepto, todas aquellas atenuantes que no incidan en la imputación personal (como, p. ej., las previstas en los arts. 20, 3.º a 20, 6.º CP, incluida la nueva atenuante de dilaciones indebidas) serían comunicables a la persona jurídica. Además, una interpretación *contrario sensu* del art. 31, 3 CP conduciría a entender que en un supuesto hipotéticamente imaginable de comportamiento justificado de la persona física representante de la empresa ésta no respondería con pena. De tal circunstancia podría desprenderse la conclusión de que la LO 5/2010 podría haber optado —del mismo modo que sucede con los intervinientes personas físicas que se encuentran en una relación de autoría-participación— por un modelo de accesoriedad

[65] También afirma que tanto en los modelos de heterorresponsabilidad como en los de autorresponsabilidad la responsabilidad penal de la persona jurídica es, en todo caso, accesoria con respecto a la actuación principal de alguna persona física Silva Sánchez, en CGPJ 14 (2001), p. 328.

limitada de la persona jurídica con respecto a la persona física que actúe en su nombre o representación. En este sentido, algunos autores han llegado a ver en la cláusula prevista en el art. 31 bis 3 CP un posible paralelismo para la responsabilidad penal de las personas jurídicas de la cláusula establecida en el art. 65, 1 CP para las personas físicas[66].

No obstante, no puede descartarse en absoluto que en el art. 31, ter, 2 CP el legislador haya empleado el término «*culpabilidad*» en un sentido más amplio, tal y como sucede, por ejemplo, en el art. 65, 3 CP. No en vano, el art. 31 quáter CP establece que sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, alguna de las actividades previstas en dicho precepto. Tal eventualidad es considerada por el art. 31 ter, 2 CP, mediante la cláusula «*sin perjuicio de lo que se dispone en el apartado siguiente*». Además, el art. 31 ter, 2 CP establece que la responsabilidad de la sociedad no se excluye por el fallecimiento del autor del delito, o por el hecho de haberse sustraído de la acción de la Justicia. La referencia a la causa de exclusión de la responsabilidad criminal prevista en el art. 130, 1.º CP permite deducir, *contrario sensu*, que la concurrencia en el autor de otras causas (indulto, prescripción del delito o de la pena) sí excluirá la responsabilidad penal de las personas jurídicas. La alusión a la sustracción a la acción de la justicia del autor del delito es redundante, ya que cuando tal sustracción se produzca no será posible dirigir el procedimiento contra el reo, tal y como dispone el art. 31 bis, 2 CP. Por lo demás, si —como entiende, por ejemplo, Gómez Tomillo— la culpabilidad de la persona jurídica se fundamenta en el elemento del defecto organizativo de la empresa, es altamente dudoso que dicho elemento sea una de las *«causas de naturaleza personal»* a las que alude el art. 65, 1 CP. Se trataría, antes bien, de uno de los elementos consistentes *«en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarla»*, recogidos en el art. 65, 2 CP.

Además, la no comunicabilidad a la persona jurídica de causas que excluyan o disminuyan la culpabilidad del autor del delito, lejos de demostrar que la persona jurídica responde de forma autónoma por la comisión de un hecho propio, viene a confirmar, en realidad, lo contrario. En efecto, si la persona física respondiera por su hecho y la jurídica por el suyo, de forma independiente ¿qué necesidad tendría el legislador de recordar que las circunstancias que afecten a la culpabilidad de la persona física no resultan comunicables a la persona jurídica? La responsabilidad de la persona jurídica es accesoria de la de la persona física, simple y llanamente porque no hay dos hechos delictivos, sino sólo uno: el cometido por la persona física. Tal y como apunta Silva Sánchez, no resulta en absoluto sencillo identificar los elementos del hecho propio de la

[66] Gómez Tomillo, M., *Introducción,* cit., p. 143. De conformidad con el art. 65, 1 CP, *«[l]as circunstancias agravantes o atenuantes que consistan en cualquier causa de naturaleza personal agravarán o atenuarán la responsabilidad sólo de aquéllos en quienes concurran».*

persona jurídica. En puridad de conceptos, ni la *actitud criminal del grupo* ni el defecto de organización pueden entenderse en sentido estricto como «hechos»,[67] sino más bien como «estado de cosas» que nada tiene que ver con un injusto personal, o con la antijuricidad objetiva de un hecho concreto.[68] Entendido como vulneración de deberes de organización general de la actividad empresarial, es evidente que tal vulneración debe producirse a través del comportamiento de personas físicas (por ejemplo, de aquéllas que se encargan de vigilar o coordinar el desarrollo de actividades de la empresa). Para localizar el hecho de la persona física parece ineludible, por tanto, la referencia a un hecho de la persona jurídica, con lo que desaparece, de hecho, la línea que separa a los sistemas de transferencia de los de responsabilidad por el hecho propio[69].

Por lo demás, entendida como normalidad motivacional, es evidente que las personas jurídicas carecen de toda culpabilidad por lo que difícilmente puede comunicarse una circunstancia excluyente o modificativa de la culpabilidad a quien carece de ella. En cuanto a la no comunicabilidad de las circunstancias agravantes de la responsabilidad de la persona física, como es sabido todas ellas afectan al injusto, y no a la culpabilidad. Tampoco aquí la no comunicabilidad de tales circunstancias a la persona jurídica tampoco es reveladora de que la persona física cometa un hecho delictivo y la jurídica cometa otro distinto, sino, antes al contrario, una nuevo motivo para concluir que el legislador está declarando tácitamente la incapacidad de la persona jurídica para cometer delitos. En efecto, en el caso de las circunstancias que agravan la responsabilidad de la persona física, la ley es consciente de que los elementos típicos (objetivos y subjetivos) de tales circunstancias (alevosía, abuso de superioridad, precio, motivación discriminatoria, etc.) nunca podrán ser realizados por una persona jurídica, por lo que carecería de todo sentido su comunicabilidad a las mismas.

Por fin, la incomunicabilidad a la sociedad del «*hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia»* no es sino una consecuencia reiterativa de lo dispuesto en el art. 31 ter, 1, inciso 1.º CP, cuando se prevé que *«la responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el apartado anterior, aun cuando (…) no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella».* Ya que es evidente que algunas de las causas por las que puede no ser *«posible dirigir el procedimiento contra ella»* es, precisamente, que el autor del delito *«haya fallecido o se hubiera sustraído a la acción de la justicia».*

[67] Silva Sánchez, J. M., en CGPJ 14 (2001), p. 327; Robles Planas, R., Diario La Ley, n.º 7705, 29-09-2011, pp. 7 s.

[68] Silva Sánchez, J. M., en CGPJ 14 (2001), p. 340; Robles Planas, R., Diario La Ley, n.º 7705, 29-09-2011, pp. 7 s.

[69] Silva Sánchez, J. M., en CGPJ 14 (2001), p. 328; Robles Planas, R., Diario La Ley, n.º 7705, 29-09-2011, pp. 7 s.

Tomando como base las anteriores reflexiones, un sector de la doctrina se muestra partidario de entender que, aunque formalmente el legislador español habría incorporado al catálogo de penas las imponibles a personas jurídicas, desde una perspectiva material tales penas no serían, en realidad, auténticas penas y, por tanto, tampoco el principio *societas puniri potest* ha sido realmente derogado. De acuerdo con este planteamiento, las penas previstas para personas jurídicas en el actual Código penal pueden dividirse en pecuniarias (art. 33, 7 a) CP) e interdictivas (art. 33, 7 b-g CP). Las primeras tendrían por objeto el restablecimiento de una situación económica de enriquecimiento injusto de la persona jurídica como consecuencia de la comisión del delito por parte de una persona física que la representa *«en provecho propio»* (de la persona jurídica). Las segundas, las medidas interdictivas, tendrían más bien la naturaleza propia de medidas de seguridad previstas para controlar la probabilidad de reiteración delictiva inherente a sociedades peligrosas[70].

Según entiendo, este planteamiento es merecedor de ser ampliamente compartido. En un Derecho penal respetuoso con los límites derivados de un Estado democrático, las penas deben atender a una doble racionalidad: la instrumental, o consecuencialista, y la valorativa, o principialista. En un Derecho penal consecuencialista y, al mismo tiempo, principialista como el indicado, la pena debe servir para algo, pero con la limitación de la observancia de determinados principios o valores. Con otras palabras: las penas deben servir para proteger a la sociedad mediante la prevención de la comisión de delitos, pero con el sometimiento a los límites del *ius puniendi* derivados del carácter social y democrático de Derecho. En el caso de las penas a personas jurídicas, se trata, de forma evidente, de consecuencias jurídicas derivadas de una política criminal eminentemente pragmática y consecuencialista sustraída a límites tan fundamentales como el de *non bis in idem*, personalidad de las penas, responsabilidad por el hecho, imputación subjetiva, imputación personal o proporcionalidad de las penas. Además, se afirma —con toda razón— que por la especial naturaleza del hecho delictivo y la especial gravedad que entraña la pena, la imposición de ésta al autor de una infracción penal implica la realización de un juicio de reproche ético-social que difícilmente puede tener como destinatario a una persona jurídica[71]. Nada de ello obsta, sin embargo, la imposición a la persona jurídica de medidas de seguridad, consecuencias jurídicas interdictivas o reglas de restablecimiento de situaciones económicas de enriquecimiento injusto[72].

[70] Gómez Martín, V., en Landa Gorostiza, J.-M. (dir.) / Garro Carrera, E. / Ortubay Fuentes, M. (coords.), *Prisión y alternativas*, cit., pp. 247 ss.

[71] Silva Sánchez, J. M., CGPJ, 2001, p. 331; Mir Puig, S., «Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas», RECPC**,** 2004, p. 10; Pastor Muñoz, Nuria,«¿Organizaciones culpables? Recensión a Carlos Gómez-Jara, La culpabilidad penal de la empresa, Marcial Pons, Madrid, 2005», InDret, 2006, p. 14; Robles Planas, R., «Pena y persona jurídica: crítica del art. 31 bis CP», Diario La Ley, n.º 7705, 29-09-2011, p. 5.

[72] Pastor Muñoz, N., InDret, 2006, p. 13.

Descartada, por tanto, la viabilidad dogmática de una teoría del delito paralela para personas jurídicas, se trata ahora de analizar la segunda de las vías anunciadas *supra*: el recurso a un concepto más amplio de culpabilidad que permita aprehender en su seno formas de responsabilidad objetiva o colectiva, como lo sería la prevista para personas jurídicas en el Código penal español. Esta segunda alternativa se fundamenta en una amplia jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en virtud de la cual el principio de culpabilidad debe adaptarse a la distinta naturaleza de las diferentes ramas del ordenamiento jurídico. Así, por ejemplo, a diferencia de lo que sucede (o debería suceder) con el Derecho penal, el Derecho civil o el Derecho administrativo admitirían ciertas formas de responsabilidad objetiva y colectiva, compatibles con el principio de culpabilidad, en el mencionado sentido amplio de la expresión[73].

En mi opinión, este segundo punto de vista tiene la indudable virtud de llamar a las cosas por su nombre. En efecto, el art. 33, 7 CP se refiere a las nuevas consecuencias para personas jurídicas como «penas», pero resulta evidente que estas penas para personas jurídicas nada tienen que ver con las previstas en el mismo cuerpo legal para personas físicas. Aunque caben diversos sentidos del término «pena», en el sentido más fuerte del término, entendido como reproche ético-jurídico, la «pena» sólo puede serlo para personas físicas. La pena para personas jurídicas, esto es, la pena por hecho ajeno, cumulativa o sin culpabilidad, responde, más bien, a la naturaleza jurídica propia de la responsabilidad civil (singularmente análoga a ésta es la multa prevista en el art. 33, 7 a) o a la de una medida de seguridad (este es el caso de las penas interdictivas del art. 33, 7 b-g CP)[74].

En el caso de la responsabilidad penal de personas jurídicas, tanto los presupuestos como el contenido de las medidas previstas son completamente distintos a los que caracterizan el sistema de responsabilidad de personas físicas. Así, el presupuesto de la responsabilidad no será un hecho propio delictivo, sino un estado de cosas peligroso que genera un enriquecimiento injusto a la persona jurídica. En lo que respecta al contenido de las medidas, el mismo reviste naturaleza fundamentalmente económica (singularmente, la pena de multa) y preventiva (éste es el caso de las llamadas penas interdictivas). Puede afirmarse, en conclusión, que las penas previstas para personas jurídicas en el Código penal español sólo lo son precisamente porque el legislador penal

[73] Mir Puig, S., «Las nuevas "penas" para personas jurídicas: una clase de "penas" sin culpabilidad», en Mir Puig / Corcoy Bidasolo / Gómez Martín (dir.), *Responsabilidad de la empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, 2014, pp. 6 s. Así, la STC 246/1991, FJ 2.º, reconoció que los principios de personalidad de la sanción y de responsabilidad subjetiva deben aplicarse al Derecho administrativo de forma que permitan la responsabilidad de las personas jurídicas —admitida expresamente por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en su artículo 130.1—.

[74] Mir Puig, en Mir Puig / Corcoy Bidasolo / Gómez Martín (dir.), *Responsabilidad de la empresa,* 2014, p. 12.

así lo indica, pero nada tienen que ver con las penas para personas físicas. Tanto por sus presupuestos, como en atención a su naturaleza jurídica, las medidas que nos ocupan se encuentran más próximas a las sanciones civiles, a las medidas de seguridad y a las consecuencias accesorias[75].

Así las cosas, si de acuerdo con el modelo previsto en el CP español la naturaleza jurídica de la responsabilidad de la persona jurídica se aproxima más a la propia del Derecho civil que a la que corresponde al Derecho penal, también jurídico-civil —más concretamente, jurídico-mercantil—, y no jurídico-penal, será la naturaleza de las normas reguladoras del *compliance* como eventual eximente de aquella responsabilidad[76]. No en vano, el art. 225 de la Ley de Sociedades de Capital impone a la administración de la mercantil, a modo de exigencia de cautela (*Obliegenheiten*), el deber de organizar el estado de cosas que representa la mercantil de acuerdo con un modelo de prevención de delitos eficaz. El cumplimiento efectivo de tal deber implica la elaboración y aplicación de modelos de prevención de la comisión de delitos, detección de tales infracciones penales y reacción frente a las mismas[77]. La infracción de tales deberes comportará como consecuencia directa la responsabilidad social del administrador con multa y medidas interdictivas (art. 367, 1 LSC), que contaría en el CP con la tutela reforzada representada por la responsabilidad penal del administrador societario o la propia responsabilidad penal de la persona jurídica.

Con base en todo lo anteriormente expuesto, cabe concluir, a modo de corolario, dos conclusiones finales, una *de lege lata* y otra *de lege ferenda*. La primera consiste en que la responsabilidad penal de la persona jurídica resulta dogmáticamente insostenible,

[75] Mir Puig, en Mir Puig / Corcoy Bidasolo / Gómez Martín (dir.), *Responsabilidad de la empresa,* 2014, pp. 11 s.

[76] En términos similares se expresan, entre otros, Rodríguez-Vázquez, Virgilio, «Democracia, sistemas de control y Derecho penal- Aproximación al fenómeno del soft law y de la externalización de los deberes estatales de control a través de los compliance programs», RECPC, 2020, p. 42 («[l]os programas de cumplimiento no debieran estar contenidos en el CP y tampoco debería otorgársele carta de naturaleza jurídico-penal. Su interés debería plantearse en otras ramas del ordenamiento jurídico») y Boldova Pasamar, M. Á., Revista General de Derecho Penal, 37 (2022), p. 34 (*«[T]anto el castigo como la ausencia del mismo tienen su fundamento en las normas de valoración y distribución de bienes, perjuicios y riesgos conforme a deber ser cuya naturaleza jurídica no es penal. El reconocimiento legal del carácter penal de esta responsabilidad no obliga pues a tener que aplicar la teoría jurídica del delito para derivar responsabilidad penal de las personas jurídicas»*).

[77] Dispone este precepto: *«1. Los administradores deberán desempeñar el cargo y cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con la diligencia de un ordenado empresario, teniendo en cuenta la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a cada uno de ellos. 2. Los administradores deberán tener la dedicación adecuada y adoptarán las medidas precisas para la buena dirección y el control de la sociedad. 3. En el desempeño de sus funciones, el administrador tiene el deber de exigir y el derecho de recabar de la sociedad la información adecuada y necesaria que le sirva para el cumplimiento de sus obligaciones».*

idéntica valoración deberá realizarse con respecto a su eventual eximente de *compliance*[78]. La segunda, en que si la naturaleza jurídica de los modelos de prevención de delitos viene determinada por el modelo de responsabilidad penal de la persona jurídica consagrado por el legislador, y en el caso del Código penal español dicho modelo es uno vicarial o de heterorresponsabilidad en el que la responsabilidad de la persona jurídica se asemejaría más a la jurídico-civil que a la propia del Derecho penal, la eximente de *compliance* en modo alguno puede verse como una causa de exclusión del tipo de injusto o de la culpabilidad de la persona jurídica[79]. Idéntica fortuna correría su hipotético entendimiento bien como causa personal de exclusión o levantamiento de la pena, bien como excusa absolutoria. Tal y como recuerda Mir Puig, tales causas de exclusión de la punibilidad no excluye ni el injusto penal ni tampoco la posibilidad de imputarlo al sujeto; esto es, no impiden la presencia de un «delito», sino, sólo, excepcionalmente, el castigo del mismo cuando es cometido por una determinada persona[80]. La aplicación de tan incontestable tesis al ámbito de la responsabilidad penal de la persona jurídica, esto es, la afirmación de que la eximente de compliance no excluye el injusto penal o la culpabilidad de la empresa, sino sólo el castigo por el hecho contrario a derecho cometido por un sujeto culpable, supondría lógicamente, de nuevo, la aceptación de dos presupuestos cuya conjunción constituye un sinsentido dogmático: que la persona jurídica puede cometer un hecho típicamente antijurídico y que consiste en un sujeto con capacidad de culpabilidad penal[81].

V. Bibliografía

Bacigalupo Zapater, Enrique (2010): «La prevención de la responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas y los programas de compliance», en el mismo, *Compliance y Derecho penal*.

Boldova Pasamar, Miguel Ángel (2022): «Naturaleza jurídica de los programas de cumplimiento», Revista General de Derecho Penal, 37.

Cigüela Sola, Javier (2020): «Concepto y función del *compliance*», en Corcoy Bidasolo, M. / Gómez Martín, V. (dirs.), *Derecho penal económico y de empresa*.

Coca Vila, Ivó (2013), «¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada?», en Silva Sánchez, J.M. (dir.) / Montaner Fernández, R. (coord.), *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas.*

Darnaculleta i Gardella, Maria Mercè (2005), *Derecho Administrativo y autorregulación: la autorregulación regulada*.

[78] Comparten este punto de vista Rodríguez-Vázquez, Virgilio, RECPC, 2020, p. 42; Boldova Pasamar, M. Á., Revista General de Derecho Penal, 37 (2022), p. 34.

[79] Comparte este punto de vista Boldova Pasamar, M. Á., Revista General de Derecho Penal, 37 (2022), pp. 34 s.

[80] Mir Puig, Santiago, *Derecho penal*, *PG*, 10.ª ed., cit., 5/36.

[81] Igualmente críticos se muestran, a este respecto, Rodríguez-Vázquez, V., RECPC, 2020, p. 42 y Boldova Pasamar, M. Á., Revista General de Derecho Penal, 37 (2022), p. 34.

Díaz y García Conlledo, Miguel Díaz (2019), «La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un análisis dogmático», en Gómez Colomer, J.L. (dir.) / Madrid Boquín, C. (coord.), *Tratado sobre compliance penal. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*, 2019.

Díez Ripollés, José Luis (2012): «La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española», InDret.

Dopico Gómez-Aller, Jacobo (2009): «Responsabilidad penal de personas jurídicas», en Ortiz de Urbina (coord.), *Memento Experto Reforma Penal*.

Feijóo Sánchez, Bernardo (2015), «Autorregulación y Derecho Penal de la empresa: ¿Una cuestión de responsabilidad individual?», en Arroyo Jiménez, L. / Nieto Martín, A. (dirs.), *Autorregulación y sanciones*, 2.ª ed., pp. 197 ss.

Goena Vives, Beatriz (2017): *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica.*

Gómez-Jara Díez, Carlos (2005), *La culpabilidad penal de la empresa*.

— (2011): «Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas», en Banacloche Palao/ Zarzalejos Nieto / Gómez-Jara Díez, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*.

Gómez Martín, Víctor, «Falsa alarma. O por qué la Ley Orgánica 5/2010 no deroga el principio "Societas delinquere non potest"», en Mir Puig / Corcoy Bidasolo (dirs.), *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo,* Marcial Pons, 2012, pp. 331-384.

Gómez Tomillo, Manuel (2015): *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español*, 2.ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra).

Langevoort, Donald C. (2017), «Cultures of Compliance», American Criminal Law Review, 54.

Mir Puig, Santiago (2004): «Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas», RECPC, 06-01.

— (2014): «Las nuevas "penas" para personas jurídicas: una clase de "penas" sin culpabilidad», en Mir Puig / CorcoyBidasolo / Gómez Martín (dir.), *Responsabilidad de la empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*.

Nieto Martín, Adán (2007): *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*.

Pastor Muñoz, Nuria (2006): «¿Organizaciones culpables? Recensión a Carlos Gómez-Jara, La culpabilidad penal de la empresa, Marcial Pons, Madrid, 2005», InDret, p. 16.

— (2021): «Programas de cumplimiento y normas de conducta jurídico-penales: una reflexión desde la perspectiva de la responsabilidad penal de las personas físicas», La Ley compliance penal, ISSN-e 2660-7948, N.º 5.

Robles Planas, Ricardo (2011): «Pena y persona jurídica: crítica del art. 31 bis CP», Diario La Ley, n.º 7705, 29-09-2011.

Rodríguez-Vázquez, Virgilio (2020): «Democracia, sistemas de control y Derecho penal- Aproximación al fenómeno del soft law y de la externalización de los deberes estatales de control a través de los compliance programs», Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología.

Rotsch, Thomas (2012): «Criminal Compliance» (trad. de Coca Vila, Ivó, revisión de Robles Planas, Ricardo), InDret.

Silva Sánchez, Jesús María (2001): «La responsabilidad penal de las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del art. 129 del Código penal», en VV.AA., *Derecho penal económico, Manuales de Formación Continuada* CGPJ, Madrid.

Turienzo Fernández, Alejandro (2021), *La responsabilidad penal del compliance officer*.

17

ILÍCITO PENAL E ILÍCITO DISCIPLINARIO FUNCIONARIAL*

MANUEL GÓMEZ TOMILLO
Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Valladolid

SUMARIO: I. ILÍCITO PENAL E ILÍCITO DISCIPLINARIO. I.1. Introducción. I.2. Tesis unitaria. I.2.1. La definición de infracción disciplinaria. I.2.2. *La definición y el contenido material de sanciones disciplinarias y penas.* I.2.3. *El principio non bis in idem material.* I.2.4. *La permeabilidad entre el Derecho Penal y el Derecho disciplinario.* II. REFERENCIA A LA CUESTIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH. III. CONSECUENCIAS DE LA TESIS UNITARIA. III.1. Aplicación de la teoría del delito al ilícito disciplinario. III.2. La aplicación por analogia *in bonam partem* del Derecho Penal positivo. III.3. Identidad de principios constitucionales. IV. BIBLIOGRAFÍA.

I. ILÍCITO PENAL E ILÍCITO DISCIPLINARIO

I.1. Introducción

El presente trabajo defenderá la idéntica naturaleza jurídica que presentan las infracciones disciplinarias de los funcionarios públicos, las infracciones administrativas en general y los delitos, así como las sanciones disciplinarias, las sanciones administrativas y las penas[1]. Asumimos que el *ius puniendi* del Estado se configura como un género del que cuelgan tres especies: Derecho penal, Derecho administrativo sancionador (dentro

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación «La incidencia de la jurisprudencia de los tribunales europeos y de los órganos de expertos en el derecho interno» (PID2020-17611 GB-I00/ AEI / 10.13039/501100011033), Agencia Estatal de Investigación.

[1] Por lo que concierne a cuestiones definitorias de la responsabilidad disciplinaria: nos remitimos a A. BUENO ARMIJO (2023), III. En cuanto al origen de la terminología, probablemente haya que acudir al Derecho canónico: A. NIETO GARCÍA (1970, p. 59); B. MARINA JALVO (2006, pp. 68 y ss.); R. GARCÍA MACHO (1992, *passim*, con especial incidencia en el origen y la evolución de la categoría en el Derecho alemán (pp. 23 y ss.).

del cual se enmarca el Derecho disciplinario[2]) y el Derecho regulador de las sanciones impuestas civilmente, esto es, los daños punitivos en aquellas jurisdicciones que los admitan o las sanciones derivadas de la declaración de concurso culpable (arts. 442 y 445 de la Ley Concursal)[3]. La potestad disciplinaria, pues, no es sino una manifestación de la potestad sancionadora administrativa. Sostener la idéntica naturaleza jurídica de infracciones administrativas y delitos y sanciones administrativas y penas es perfectamente compatible con defender la independencia del Derecho administrativo sancionador (y, dentro de él, el Derecho disciplinario[4]) que, en atención a sus finalidades, a nivel de legalidad ordinaria, son libres de regular la materia conforme a sus necesidades político-legislativas y en cuyo seno hay normas inequívocamente de naturaleza administrativa (las procedimentales, las reguladoras de la competencia, el régimen de recursos, etc.)[5].

Frente a tal construcción, se ha argumentado que la relación funcionarial se encuentra inmersa en la categoría de relaciones de sujeción especial[6], lo que, habitualmente, se emplea para justificar una reducción de garantías en el Derecho disciplinario[7]. Un trabajo

[2] Con carácter general, sobre las diversas tesis de distinción entre los fenómenos apuntados en el texto, *Vid.* J. Cerezo Mir (2004, pp. 64-65), donde defiende la identidad cualitativa entre lo ilícito disciplinario y el penal.

La relajación que experimentan las diversas garantías establecidas frente al *ius puniendi* del Estado en el ámbito del ilícito disciplinario encuentra su base teórica en la idea de que lo injusto disciplinario no es ya un *minus*, sino un *aliud*, algo esencialmente diferente frente a lo injusto criminal, no obstante, su similitud: R. Maurach; H. Zipf (1962, § 1, 17 *in fine*). El punto de vista diferenciador puede encontrar apoyo en determinadas tesis que sostienen el origen diferenciado del ilícito disciplinario en relación con el penal, encuadrado aquél en el ámbito del Derecho civil; al respecto, *Vid.* C. Sainz de Robles Santa Cecilia (1985, pp. 209 y ss.); *Vid.* la exposición que de estas tesis realiza A. Nieto García (1970, p. 60, con referencia a la doctrina de Laband); J.I. Rincón Córdoba (2021, pp. 31 y ss.).

[3] En general, sobre los daños punitivos, *Vid.* M. Gómez Tomillo (2012).

[4] Una perspectiva diversa es la de C.A. Gomez Pavajeau (2021, *passim*, especialmente pp. 14 y ss.) quien sostiene la independencia del Derecho disciplinario, como especie del Derecho sancionador; críticamente, con razón, *Vid.* J.I. Rincón Córdoba (2021, pp. 21 y ss.). Ciertamente, existe una amplia tendencia en el Derecho comparado a dejar el Derecho disciplinario al margen del Derecho administrativo sancionador siempre con unas garantías más reducidas; así, por ejemplo, *Vid.* el artículo 12 de la Ley 689/1981 italiana; o en Alemania, se deduce idéntica conclusión del § 1 *OWiG*; al respecto, *Vid.* la compleja regulación en la materia, por ejemplo, Rebmann-Roth-Herrmann (2005), vor § 1, 60. En España *Vid.*, por todos, A. Bueno Armijo (2023), I.

[5] Entiendo que en el mismo sentido se pronuncia J.I. Rincón Córdoba (2021, p. 46), cuando sostiene que no se debe confundir la aplicación de los principios del *ius puniendi* con la pertenencia a una disciplina jurídica. Discrepo, sin embargo, de que tal posición permita «librar» al Derecho disciplinario del «yugo penal» (p. 47, con cita de Alejandro Nieto). El Derecho Penal contemporáneo es una construcción que, esencialmente, se ha desarrollado con un marcado garantista para el ciudadano.

[6] Específicamente, sobre el nacimiento de las llamadas relaciones de sujeción especial, *Vid.*, por todos, B. Mapelli Caffarena (1992, pp. 288 y ss.).

[7] En la jurisprudencia del TC, resulta casi un tópico, muy utilizado para justificar una relajación, especialmente, del principio de legalidad y, singularmente, de la reserva de Ley, *Vid.*, por ejemplo, las

de estas características no puede abordar tal problemática[8]. Constatamos, no obstante, que tal concepto dista mucho de tener un perfil nítido[9], al tiempo que experimenta una clara situación de crisis en los países de nuestro entorno jurídico y cultural[10]. En todo caso, no se entiende que el hecho de estar la sanción dirigida a un grupo específico de ciudadanos, en nuestro caso los funcionarios públicos, sea razón suficiente para proceder a minimizar las garantías básicas frente al poder público. En definitiva, el

---

SSTC 19/1989 de 21 de diciembre, FJ 2; 2/1987 de 21 de enero, FJ 2, 61/1990, de 29 de marzo, FJ 8; 81/2009, de 23 de marzo; 229/2007 de 5 de noviembre, FJ 2; 187/2015 de 21 de septiembre, FJ 4, entre otras; 162/2008 de 15 de diciembre, FJ 3; 104/2009 de 4 de mayo, FJ 6. En todo caso, parece ser una constante en la doctrina constitucional española la idea conforme a la cual, las garantías derivadas del principio de legalidad no pueden ser equiparadas a las propias del Derecho administrativo sancionador general. Así, entre otras, en la STC 26/2005, de 14 de febrero, Fto. Jco. 3.º: «…las llamadas relaciones de sujeción especial no son entre nosotros un ámbito en el que los sujetos queden despojados de sus derechos fundamentales o en el que la Administración pueda dictar normas sin habilitación legal previa. Estas relaciones no se dan al margen del Derecho, sino dentro de él y por lo tanto también dentro de ellas tienen vigencia los derechos fundamentales y tampoco respecto de ellas goza la Administración de un poder normativo carente de habilitación legal, aunque ésta pueda otorgarse en términos que no serían aceptables sin el supuesto de esa especial relación».

[8] Un amplio sector de la doctrina se ha venido manifestando muy críticamente con la aminoración de garantías acaecida en el contexto de las relaciones de sujeción especial, con muy diversos argumentos plenamente compartibles. Con carácter general, *Vid.*, J.M. Trayter Jiménez (1992, p. 137); M. López Benítez (1994, pp. 321 y ss.); S. Huerta Tocildo (2002, pp. 38-39, p. 42, en cuanto a la reserva de ley, donde afirma que se produce una auténtica «evaporización» de la reserva de ley); J. Suay Rincón (1989, p. 176); A. Domínguez Vila (1997, pp. 238 y 240); J.M. Michavila Núñez (1987, p. 93); R. García Macho (1991, p. 523); R. García Macho (1992), p. 179; B. Lozano Cutanda (1997, pp. 64 y ss. y especialmente p. 66); B. Marina Jalvo (2006, pp. 120 y ss.), F.J. de León Villalba (2010, pp. 40 y 44).

[9] B. Lozano Cutanda (1997, pp. 64 y ss. y especialmente p. 66, donde acertadamente pone de manifiesto la heterogeneidad de supuestos abarcados por la denominación «relaciones de sujeción especial», lo que impide justificar un régimen de garantías sustancialmente distinto en este orden sancionador, de la jurisprudencia del TS se deduce, siempre siguiendo a esta última autora, que son relaciones de especial sujeción las de los funcionarios públicos, miembros de colegios profesionales, presos, soldados, estudiantes, taxistas, bancos, banqueros, contratistas, concesionarios, dueños de ganaderías, empresarios taurinos y sus espectadores, y personas reunidas en el marco de una comunidad de origen); en el mismo sentido, *Vid.* J.M. Trayter Jiménez; V. Aguado i Cudolà (1995, p. 31). En la jurisprudencia del TC la heterogeneidad no es menor; así, S. Huerta Tocildo, cita además de a la mayor parte de las categorías anteriores a promotores de viviendas de protección oficial y detectives privados, excluyéndose a los taxistas conforme a la STC 132/2001 (2002, p. 53); *Vid.*, asimismo, ampliamente en este último sentido, B. Marina Jalvo (2006, pp. 120 y ss.); A. Pérez Barrio (1985, pp. 213 y ss.); R. García Macho (1992), pp. 212 y ss. Sobre esta heterogeneidad, *Vid.*, en el ámbito penal, B. Mapelli Caffarena (1992), pp. 283-4, donde proporciona amplias referencias bibliográficas críticas.

[10] Por todos, A. Ruiz Robledo (2003, pp. 157-8); Alejandro Nieto (2006, p. 226); M. López Benítez (1994, pp. 137 y ss., donde refleja la discusión en Alemania, y 303 y ss.). En este último país, se ha producido una restricción del ámbito de tal categoría, expulsando el *BVerfG* de su ámbito a la relación penitenciaria, así como a la propia de la escuela; al respecto, *Vid.*, por ejemplo, E. Bacigalupo Zapater (1991, pp. 27-8).

recurso a categorías como «relaciones de sujeción especial» parece ser un subterfugio puramente formal, para facilitar la punición a costa de derechos esenciales en el Estado democrático de Derecho[11].

De igual manera, se sostiene que el Derecho disciplinario de los funcionarios públicos es expresión de la potestad de autoorganización de la Administración[12]. Con ello parece claro que se pone el foco en las necesidades de la propia Administración y no en las de los ciudadanos, lo que potencialmente supone un riego de expansión punitiva no sometido a limitaciones racionales. En cualquier caso, aun cuando se asumiese que ello es así, entendemos que la única consecuencia que se derivaría de ello sería la exclusión de la reserva de Ley[13]. Con todo, estimamos preferible mantener esta

[11] Hasta el punto de que se ha subrayado, con razón, que la teoría de las relaciones especiales de sujeción ha servido a la jurisprudencia para dar continuidad a ciertos residuos autoritarios del régimen franquista y evitar un cambio abrupto frente a las exigencias que se derivaban de la vigencia inmediata de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución (Doménech Pascual, G., 2024, 404-405). Como indica este autor: «encierra el peligro de que se la invoque retóricamente para motivar una limitación de derechos fundamentales inusualmente intensa sin examinar con el cuidado exigible si, atendidas las circunstancias del caso, la limitación está justificada por contar con la debida cobertura legal y resultar útil, necesaria y proporcionada para lograr un fin constitucionalmente legítimo. Esta categoría carece, con arreglo a nuestro Derecho vigente, de cualquier relevancia a los efectos de precisar la licitud de una limitación tal. Y no se adivina la razón por la cual debería tenerla. Lo único importante aquí es si la limitación cumple las antedichas condiciones. El uso de la categoría es, por todo ello, innecesario y peligroso» (id. 428).

[12] Así, en la STC 69/1989 de 20 de abril, FJ 1, ya se decía: «Más aún, el alcance de dicha reserva de Ley pierde parte de su fundamentación material en el seno de las relaciones de sujeción especial, en el que la potestad sancionadora no es la expresión del ius puniendi genérico del Estado, sino manifestación de la capacidad propia de autoordenación… (STC 2/1987, de 21 de enero)».

[13] Destacamos, entre otras, la STC 2/1987 de 21 de enero, FJ 2, donde en relación con las infracciones de internos de establecimientos penitenciarios indica: «… En virtud de esa sujeción especial, y en virtud de la efectividad que entraña ese sometimiento singular al poder público, el *ius puniendi* no es el genérico del Estado, y en tal medida la propia reserva de Ley pierde parte de su fundamentación material, dado el carácter en cierto modo insuprimible de la potestad reglamentaria, expresiva de la capacidad propia de autoordenación correspondiente, para determinar en concreto las previsiones legislativas abstractas sobre las conductas identificables como antijurídicas en el seno de la institución…una sanción carente de toda base normativa legal devendría, incluso en estas relaciones, no sólo conculcadora del principio objetivo de legalidad, sino lesiva del derecho fundamental considerado» (Fto. Jco. 2.º). En todo caso, nunca se ha admitido una plena deslegalización; así, por ejemplo, en la STC 19/1989 de 21 de diciembre, FJ 2: «… el alcance de dicha reserva de Ley pierde parte de su fundamentación en el seno de las relaciones de sujeción especial, aunque incluso en dicho ámbito una sanción carente de toda base legal devendría lesiva del derecho fundamental que reconoce el art. 25.1 de la Constitución» (en igual sentido, *Vid.* STC 61/1990, de 29 de marzo, FJ 8); asimismo, en la STC 162/2008 de 15 de diciembre, FJ 3 se dice: «tal contexto (scil. las relaciones de sujeción especial) puede dar lugar a una cierta modulación de las exigencias formales y materiales del principio de legalidad, pero no, como en el presente caso, a su supresión».

última en el Derecho disciplinario[14], ya que, si se permite la relajación, se abre una peligrosa espita en relación con el resto de las garantías asociadas al citado principio de legalidad, por ejemplo, con el principio de taxatividad, el de prohibición de analogía o el de irretroactividad de disposiciones restrictivas de derechos[15]. A nivel positivo, la propia Constitución deja resuelto el problema, toda vez que el art. 103.3 CE reserva a la ley el estatuto de los funcionarios públicos, dentro del cual cabe incluir su régimen disciplinario[16].

Ni siquiera la disminución de derechos habitual en Derecho disciplinario se puede justificar en razones de eficacia. Eficacia es la «capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera». Y lo que se espera de la potestad sancionadora administrativa, incluida la disciplinaria, es la protección de bienes jurídicos, toda vez que entenderlas sin la referencia a los bienes jurídicos supone correr el riesgo de facilitar la arbitrariedad[17]. Nos

---

En la doctrina española *Vid.* la exposición que efectúa, J.M. Trayter Jiménez (1992, pp. 118 y ss.); A. Domínguez Vila (1997, pp. 238 y ss.); F.A. Castillo Blanco (1992, pp. 244 y ss.); B. Marina Jalvo (2006, pp. 189 y ss.); R. García Macho (1991), pp. 55 y ss.

[14] Cuestión distinta es que el reglamento tenga cerrada toda posibilidad de intervenir en el Derecho disciplinario. Obviamente, si en Derecho penal no se excluye absolutamente el papel del reglamento, por iguales razones no debe hacerse en el Derecho disciplinario; *Vid.* B. Marina Jalvo (2006, p. 127); J.M. Trayter Jiménez (1992, p. 144); M. López Benítez (1994, p. 322).

[15] *Vid.* en el mismo sentido, entre otros, J.M. Baño León (1991, pp. 125 y ss.); M. López Benítez (1994, p. 323); en relación con el sistema italiano, *Vid.* C.E. Paliero; A. Travi (1988, p. 49). En palabras del propio TC y en relación con la antedicha reserva de ley en el ámbito de relaciones de sujeción especial, STC 61/1990 de 29 de marzo, FJ 8: «No se puede relativizar un principio sin riesgo de suprimirlo. Y siempre deberá ser exigible en el campo sancionatorio administrativo (no hay duda en el penal) el cumplimiento de los requisitos constitucionales de legalidad formal y tipicidad como garantía de la seguridad jurídica del ciudadano».

[16] Al respecto, *Vid.* B. Marina Jalvo (2006, p. 42, con referencias a la jurisprudencia del TC).

[17] Que la protección de bienes jurídicos es una finalidad común a Derecho Penal y Derecho disciplinario es una postura relativamente extendida: *Vid.* J.M. Trayter Jiménez (1992, p. 65); B. Marina Jalvo (2006, p. 28); J.I. Rincón Córdoba (2021, pp. 40 y 192 y ss.). *Vid.* SSTC 6/2000, de 17 de enero, FJ 6; 188/2005, de 4 de julio, FJ 5 b).

De hecho, las diversas construcciones diseñadas para justificar la naturaleza diferenciada de los ilícitos disciplinarios muy frecuentemente acuden a los distintos intereses que caracterizan al delito y a la infracción disciplinaria. Mientras los primeros protegerían los intereses generales de los ciudadanos, los segundos salvaguardarían los propios de la Administración. Esta distinción, apenas se puede admitir en el Derecho contemporáneo, donde la Administración no puede ser concebida como un fin en sí mismo, sino como un instrumento al servicio de las personas. Considero especialmente significativas las palabras de B. Lozano Cutanda, «No puede realizarse una contraposición entre Administración y orden jurídico en general, porque la Administración también persigue fines jurídicos y se halla inserta por completo en el orden jurídico, por lo que los ataques a los llamados intereses administrativos son también ataques contra el orden de Derecho establecido» (1997, p. 67). Más matizada es la idea de Bueno Armijo que defiende que lo protegido la Administración pública (tanto internamente, manteniendo su buen funcionamiento, preservando su organización jerárquica, como externamente, manteniendo una buena imagen pública y el interés público y los derechos de los ciudadanos (A. Bueno Armijo (2023), pp. 15 y ss.); finalmente lo

preguntamos, entre otros ejemplos, qué ventaja se obtiene al emplear un estándar de prueba inferior al penal; por qué es más eficaz una taxatividad disminuida; a quién beneficia hacer la vista gorda ante un doble procedimiento o sanción. En todos los casos, se allana el camino a la sanción, pero ¿se traduce ello en una mayor protección de los bienes jurídicos objeto de tutela? Obviamente hay quien sostiene posiciones diversas en cuanto a la finalidad del Derecho disciplinario, y éste no es espacio idóneo para discutirlo. Pero incluso si se mantienen puntos de vista distintos a los nuestros, nos cuesta aceptar que un menor nivel de garantías se traduzca automáticamente en una mayor eficacia. En todo caso, reiteramos que entender que debe primarse la eficacia administrativa sobre los derechos individuales no nos parece asumible en un Estado democrático de Derecho. Debe recordarse que la Administración goza de una capacidad de afectar a derechos y bienes, vida y patrimonio de los ciudadanos, que en muchas ocasiones desborda a la del Derecho penal. En tales términos, no podemos asumir que una discutible eficacia permita disminuir garantías ciudadanas esenciales, constatado que la historia del *ius puniendi* es una historia muy frecuentemente de abuso del poder público.

Nos mostramos, pues, partidarios de aplicar la conocida *navaja de Ockam* a este particular campo de la discusión científica: *entia non sunt multiplicanda praeter necessitatem*. En definitiva, ¿para qué crear nuevas categorías, cuando las que existen permiten explicar satisfactoriamente la realidad?

I.2. **Tesis unitaria**

La aquí defendida tesis de la identidad entre ilícito disciplinario y penal se apoya en una pluralidad no exhaustiva de argumentos: la definición de infracción disciplinaria; la de sanción disciplinaria (necesariamente paralelos a los de delito y pena criminal); el principio *non bis in idem* material; y la patente permeabilidad entre ambos sectores del Derecho.

I.2.1. ***La definición de infracción disciplinaria***

Asumimos que la infracción disciplinaria ha de ser definida en términos paralelos a los del delito, como acción u omisión típica, antijurídica y culpable (prescindimos de las variantes de dicha definición). De hecho, la lectura de la literatura y resoluciones dictadas en materia disciplinaria pone de relieve que tanto doctrina como jurisprudencia, en ocasiones de forma asistemática, utilizan recurrentemente todas las categorías en las que se estructura. La pregunta es ¿debería renunciarse en el Derecho disciplinario

---

que hace este autor es individualizar determinados intereses que podemos subsumir bajo la categoría de bienes jurídicos. Discrepo de la idea de C.A. Gomez Pavajeau, conforme a la cual «…la relación especial de sujeción es, para el Derecho Disciplinario, lo que la Teoría del Bien Jurídico es para el Derecho Penal» (2012, p. 9).

a la acción, a la tipicidad, a la antijuridicidad o a la culpabilidad? No encontramos motivo para no extrapolar las expresadas categorías al campo que nos ocupa[18]. La definición expuesta, como se destaca en el seno de la doctrina penal, posee un carácter garantista, generador de seguridad jurídica, de lo que se precisa obviamente también en el Derecho disciplinario. En tales condiciones resulta más que razonable partir de iguales conceptos en ambas ramas del ordenamiento jurídico. Parece claro que ello es un síntoma inequívoco de idéntica naturaleza, si se acepta que mal puede definirse igual lo que resulta ser diferente.

I.2.2. *La definición y el contenido material de sanciones disciplinarias y penas*

Algo semejante a lo expuesto en relación con la definición de la infracción pasa con la definición de sanción disciplinaria. Caeríamos en la ingenuidad si quisiéramos abordar exhaustivamente qué debe entenderse por tal. Simplemente podemos proporcionar la que estimamos resulta más adecuada en ambos sectores del Derecho. Entendemos que nos encontramos ante la imposición de un mal por parte del Estado a determinados sujetos, como consecuencia de la previa comisión de un hecho típico, antijurídico y culpable, con una finalidad preventiva (*malum passionis quod infligitur propter malum actionis*). Se trata de una definición que implica un presupuesto (acción u omisión típica, antijurídica y culpable), un contenido (se trata de un mal causado intencionalmente por el Estado) y una finalidad (la prevención)[19].

Ya nos hemos ocupado de forma sucinta del presupuesto (acción u omisión típica, antijurídica y culpable). Asumimos ahora tanto el carácter particularmente aflictivo de las sanciones disciplinarias (se trata necesariamente de un mal[20]), como su finalidad preventiva.

A) En cuanto a lo primero (la «aflictividad»), se ha de destacar el contenido sustancialmente coincidente de penas y sanciones disciplinarias que, desde una perspectiva material, no son nada diverso. Ello es claro en el caso de las más graves, las cuales suponen, en definitiva, una privación del puesto de trabajo, con carácter bien temporal,

[18] En el sentido del texto, *Vid.*, por ejemplo, J.I. Rincón Córdoba (2021, p. 26); O. Vignolo Cueva (2022, p. 13); C.A. Gómez Pavajeau (2012, p. 63), si bien añade «siempre que se respete su propia identidad», «tienen su propio sentido y contenido».

[19] Ningún problema hay para aceptar que, en el caso, de las sanciones disciplinarias, ha de añadirse como nota específica, la imposición directa por la Administración (A. Bueno Armijo (2023) III.3). La cuestión de si responden siempre a la vulneración de los deberes propios del funcionario público (*Vid.*, por ejemplo, C.A. Gómez Pavajeau (2012, p. 60) remite a la problemática paralela de los delitos especiales de funcionarios públicos, los cuales, como es conocido, se configuran muy frecuentemente como delitos de infracción de deber (*Pflichtdelikte*); no compartimos esta última perspectiva, pero, en todo caso, desmiente que sobre la base de quebrantamiento de deberes quepa construir la especificidad de los ilícitos disciplinarios.

[20] *Vid.* por ejemplo, A. Bueno Armijo (2023), III.2.

bien definitivo, tanto en el Derecho Penal, como en el disciplinario. Mal puede concluirse que lo que es esencialmente idéntico, sin embargo, al mismo tiempo, sea distinto en cuanto a su naturaleza jurídica.

En todo caso, a la vista del catálogo de sanciones, no creemos que sea posible aceptar que el Derecho disciplinario, sin más, sea un *minus* con respecto al Derecho penal, al menos por dos motivos.

i) No lo es si se compara las sanciones más leves del Derecho penal, por ejemplo, una multa (a la que se asocia todas las garantías del sistema) y las más graves del Derecho disciplinario y, en particular, la consistente en la pérdida de la condición de funcionario público, lo que en España llamamos la sanción de separación del servicio[21]. En un mundo caracterizado por la escasez laboral, la privación, temporal o definitiva, del puesto de trabajo puede ser más grave que una privación de libertad corta o que una multa, por mucho que esta última se tilde de «penal».

ii) Habitualmente cuando se destaca el carácter «menor» del Derecho disciplinario se piensa en que éste no impone penas de prisión. Desde nuestra perspectiva, tal argumento es contingente e inexacto. Es contingente, en la medida en que es conocido como en determinados países, cuya condición de democráticos no se cuestiona, existe la posibilidad de imponer una restricción de libertad por impago de multa administrativa[22]. Es inexacto, toda vez que sí cabe imponer excepcionalmente sanciones administrativas privativas de libertad, como acaece en el Derecho disciplinario militar[23] y en el Derecho disciplinario penitenciario[24]. Adicionalmente, ignora que múltiples delitos no prevén penas de prisión.

B) Por lo que concierne al carácter preventivo de las sanciones disciplinarias, se ha dicho que las sanciones administrativas en general, y las disciplinarias en particular, no se orientan a la prevención especial, fin este último irrenunciable desde la perspectiva

[21] Sobre tal cuestión en el marco general del Derecho administrativo sancionador nos remitimos a M. Gómez Tomillo (2020, 1.2). La diferente gravedad de las sanciones no parece argumento suficiente para decantarse por alguna clase de criterio cualitativo de distinción. Tácitamente, *Vid.* R. García Albero (2001, pp. 347-8).

[22] Es el caso de Alemania, *Erzwingungshaft*, §§ 96 y ss, *OWiG*. Por otra parte, en Austria el § 16 de la *Verwaltungstrafgesetz* prevé una pena privativa de libertad sustitutoria. La prohibición de no imponer penas privativas de libertad como consecuencia de la verificación de infracciones administrativas, en absoluto, tiene un alcance universal. Asimismo, en los Estados Unidos, aun cuando se trata de una materia susceptible de variar en función de la ley vigente en cada estado, cabe la posibilidad de que la verificación de un hecho calificado como infracción administrativa determine el arresto del infractor.

[23] Cuya constitucionalidad ha avalado el TC (*Vid.* STC 21/1981 de 15 de junio; *Vid.*, asimismo, STS, Sala 5.ª, de 6 de febrero de 2008, donde se acepta la adecuación de tal sanción a los tratados internacionales suscritos por España).

[24] La sanción de aislamiento en celda ha sido llamada una prisión dentro de la prisión: al final, la Administración ha impuesto una sanción privativa de libertad; *Vid.* STC 2/1987 de 21 de enero que lo convalida.

penal[25]. Pese a ello, debe ponerse de manifiesto que ni en el Derecho penal la finalidad resocializadora puede entenderse como ineludiblemente asociada a toda pena, ni en el Derecho administrativo sancionador se renuncia a ella. En cuanto a lo primero (prescindiendo de las penas imponibles a las personas jurídicas, la cuales difícilmente tienen tal finalidad resocializadora y reeducadora), se ha destacado que sólo la pena de prisión y no el resto de las penas guardan relación con la finalidad resocializadora[26]. Ello es particularmente claro en relación con las penas de multa, pero también con la pena de inhabilitación absoluta, la cual por su carácter definitivo es incompatible con fines preventivo-especiales. En cuanto a lo segundo, tampoco se puede decir que ninguna sanción administrativa carezca de finalidad reeducadora[27]. Tales reflexiones, *mutatis mutandis*, son aplicables al específico ámbito del Derecho disciplinario, donde, por ejemplo, la sanción de apercibimiento tiene una nítida orientación reeducadora[28]. En definitiva, entendemos que tanto las penas, como las sanciones disciplinarias, poseen fines preventivos, generales y especiales, los cuales pueden articularse como se estime pertinente, pero, en todo caso, en ambos sectores del ordenamiento jurídico, se trata de evitar la futura comisión de nuevos ilícitos en el porvenir[29].

I.2.3. ***El principio*** **non bis in idem** ***material***

Sólo la tesis de la identidad sustantiva explica la prohibición de acumular sanciones penales y administrativas cuando concurre la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento. El TC, siguiendo la línea más defendida en la doctrina, no ha dudado en trasladar dicho principio al Derecho disciplinario (*Vid.*, específicamente, la STC 188/2005 de 4 de julio)[30]. Pues bien, si las sanciones disciplinarias y las penales son «cosas» diversas, no se entiende muy bien por qué razón no se pueden acumular. Al respecto, resulta ilustrativo que nadie cuestiona la posibilidad de sumar, por un lado, la exigencia de una cantidad en concepto de responsabilidad civil y, por otra, una sanción administrativa o disciplinaria (y, por supuesto, responsabilidad civil y pena criminal). Ello se debe a que ambas instituciones, por un lado, responsabilidad civil y, por otra, penal o administrativa, son por completo heterogéneas, cada una con una finalidad

[25] Sobre la cuestión, en el Derecho administrativo sancionador, *Vid.* M. Rebollo Puig (2021, pp. 70 y ss.).

[26] L. Ferrajoli (1995) p. 270.

[27] Pueden verse diversos ejemplos positivos en M. Gómez Tomillo; I. Sanz Rubiales (2023, p. 111). Sobre la finalidad resocializadora de las sanciones administrativas C. Rodríguez Alonso (2016, pp. 92 y ss.).

[28] *Vid.* en España, el art. 96.1 f) del Estatuto Básico del Empleado Público.

[29] *Vid.* también S. Huerta Tocildo (2002, p. 48); incluso hay quien estima que los posee retributivos: E. Linde Paniagua (2006, p. 303).

[30] Por todos, *Vid.* V. Baca Oneto (2007, pp. 264-265 y 281 y ss.).

diversa. Sin embargo, cuando de sanciones administrativas (incluidas las disciplinarias) y penales se trata, el planteamiento es muy diferente: son instituciones homogéneas, por lo que su acumulación no es conciliable con el principio de legalidad, al ir más allá de lo autorizado por la Ley[31].

Ulteriormente, es expresivo de la idéntica naturaleza de ambos fenómenos el procedimiento que se sigue cuando una misma conducta, constitutiva tanto de delito como de infracción administrativa, es sancionada en primer lugar por la Administración y sólo posteriormente como delito por la jurisdicción. Como es conocido, en tales casos, la previa sanción administrativa se resta de la posterior penal[32]. ¿Cabe defender que, si tienen diferente naturaleza, se pueda operar de esa manera? ¿Se pueden compensar, sumando y restando, cosas que no tienen igual naturaleza? Ciertamente, la técnica del descuento ha operado hasta la fecha esencialmente en el ámbito de las sanciones administrativas no disciplinarias. Sin embargo, como hemos expresado, no parece discutible la posibilidad de ser utilizada en este último contexto[33].

I.2.4. *La permeabilidad entre el Derecho penal y el Derecho disciplinario*

En todos los ordenamientos jurídicos, determinados delitos abandonan el Derecho penal para convertirse en ilícitos disciplinarios y a la inversa. En España, el ejemplo nuclear lo constituyen los hoy delitos de informes ilícitos en materia urbanística, patrimonio histórico artístico y medio ambiente (arts. 320, 322 y 329 CP), tradicionalmente reducidos al marco del Derecho disciplinario y hoy consolidadas como figuras delictivas. Incluso se ha llegado a hablar de una relación vasos comunicantes entre ambas ramas del ordenamiento jurídico[34].

[31] Asumimos que el fundamento del principio *non bis in idem* reside en el principio de legalidad; al respecto, *Vid.* M. Gómez Tomillo; I. Sanz Rubiales (2023 Cap. 7.1, donde hacemos una referencia al principio de proporcionalidad. Aun cuando se sostuviese que este último es el fundamento de la prohibición de *bis in idem* (lo que es cuestionable), el razonamiento seguiría siendo el mismo: ninguna desproporción puede haber cuando se adicionan responsabilidades que responden a finalidades muy diversas, como acaece con la responsabilidad civil y la penal o administrativa.

[32] *Vid.* ATS 825/2024 de 31 de enero, FD primero, sintetiza: «…la jurisprudencia de esta Sala de casación, ponderando la vertiente sustantiva del principio non bis in *idem*, ha establecido la obligación de descontar de la sanción penal que se imponga, la impuesta y ejecutada en el previo procedimiento administrativo, evitando todos los efectos negativos anudados a la previa resolución sancionadora (SSTS 487/2005, de 28 de mayo, 806/2007, de 18 de octubre y la más reciente, 477/2020, de 28 de septiembre o la 434/2021 de 20 de mayo). En palabras de la STS 477/2020 "desde la estricta dimensión material, el descontar dichos efectos provoca que en el caso concreto no concurra una sanción desproporcionada"».

[33] Cuestión distinta es que, en el caso concreto, sea posible la acumulación de sanciones penales y disciplinarias. Desde nuestra perspectiva, sin que ahora podamos profundizar en la materia, ello es especialmente posible, al menos, en dos circunstancias. Por una parte, en los casos en los que sea posible identificar un fundamento diverso en una y otra. Por otra, en los casos en los que haya una autorización legal expresa.

[34] O. Vignolo Cueva (2022, p. 8).

Desde nuestra perspectiva, sólo la identidad cualitativa de infracciones administrativas y delitos y de sanciones penales y administrativas (incluidas las disciplinarias) explica satisfactoriamente la descrita fluidez que pone de relieve el carácter puramente contingente de la distinción[35].

II. Referencia a la cuestión en la jurisprudencia del TEDH

Por razones de espacio no resulta viable un análisis detallado. Tan sólo podemos poner de manifiesto que el TEDH, en ocasiones, sostiene que las sanciones disciplinarias entran dentro del concepto de «materia penal» del Convenio europeo, por lo que merecen las garantías inherentes al procedimiento penal[36]. Sin embargo, los conocidos criterios empleados por el Tribunal (la calificación conforme al ordenamiento nacional, la naturaleza de la infracción y la gravedad de la sanción) se caracterizan por su ambigüedad, lo que ha generado una jurisprudencia contradictoria, de forma que se registran decisiones en un sentido diverso. Seguramente uno de los casos de referencia para España lo constituya la STEDH, en el caso Lázaro Laporta contra España, de 27 de mayo de 2016. El TEDH confirmó una sanción de cuatro años de suspensión de funciones con el argumento de que no se trataba de una sanción materialmente penal. Para llegar a tal conclusión, en esencia, el Tribunal entendió que la sanción no era parangonable con las penales (§ 25). Desde mi perspectiva, la cuestión es muy dudosa. Cuatro años de suspensión, no es algo menor y, desde luego, sanciones análogas se imponen por el Derecho penal[37]. No obstante, no se trata de un criterio único. En otras ocasiones, el Tribunal ha sostenido la aplicabilidad de las garantías del art. 6 del Convenio Europeo a las infracciones disciplinarias. De hecho, en el caso Engel de referencia en la materia (STEDH de 8 de junio de 1976), se concluyó que debían ser consideradas «materia penal» a efectos de aplicación del citado Convenio (*Vid.*, especialmente § 81)[38].

[35] El argumento es común en Italia, en el marco del Derecho administrativo sancionador, *Vid.* F. Palazzo (1987), p. 19; E. Dolcini (1984, p. 602); en España, *Vid.*, por ejemplo, B. Lozano Cutanda (1990, p. 32); M. Bajo Fernández; B. Mendoza Buergo (1983, p. 569); F. Navarro Cardoso (2001, pp. 80-1); C. Alastuey Dobón; E. Escuchuri Aisa (2011, p. 13); entiendo que en el mismo sentido L. Pozuelo Pérez (2006, p. 178).

[36] *Vid.* SSTEDH 8 de junio de 1976, caso Engel, especialmente párrafo 82; y, posteriormente, 28 de junio de 1984 (TEDH 1984, 9), caso Campbell contra. gov. Reino Unido; 27 de febrero de 1994, caso Societé Stenuit contra Francia; de 24 de febrero de 1994, caso Bendenoum c. Francia; 3 de mayo de 2001, caso J.B. contra Suiza; Jussila v. Finland, de 23 de noviembre de 2006, párrafo 30.

[37] A semejantes conclusiones llega el TEDH en múltiples ocasiones (*Vid.* § 20 de la STEDH Lázaro Laporta contra España).

[38] El mismo criterio se siguió, por ejemplo, en STEDH de 23 de junio de 1981, caso Le Compte, Van Leuven y De Meyere; STEDH de 10 de febrero de 1983, caso Albert y Le Compte, § 39, donde, pese a aceptarse la naturaleza penal de la infracción disciplinaria, no se estima violado el Convenio.

En definitiva, desde nuestro punto de vista, por su carácter casuístico, de la jurisprudencia europea se pueden extraer pocas conclusiones[39] y, en todo caso, tal jurisprudencia merece una consideración crítica.

III. Consecuencias de la tesis unitaria

De la descrita tesis unitaria se desprenden naturalmente tres consecuencias: la posibilidad de aplicar la teoría del delito a la infracción disciplinaria; la posibilidad de aplicación por analogía de normas de Derecho penal y procesal penal al Derecho disciplinario; y, por fin, la identidad de principios garantistas de rango constitucional[40].

III.1. **Aplicación de la teoría del delito al ilícito disciplinario**

La idéntica naturaleza jurídica de infracciones disciplinarias y delitos, sanciones disciplinarias y penas, lleva ineludiblemente aparejado que la elaborada y secular teoría jurídica del delito sea trasladable al campo que nos ocupa (como también al Derecho administrativo sancionador en general, por lo que cabe hablar de una teoría jurídica de lo ilícito sancionable). En consecuencia, las categorías deben ser comunes: acción, omisión, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, punibilidad, pero también dolo, culpa o imprudencia, error de tipo, error de prohibición, comisión por omisión, tentativa, autoría, participación, concurso de infracciones, etc. (lo que no empece la legítima capacidad del legislador de regular alguna de las instituciones citadas de forma diferenciada en ambas ramas del ordenamiento jurídico, en atención a las particulares necesidades político-legislativas)[41].

Desde nuestra perspectiva, ello es generador de importantes dosis de racionalidad y seguridad jurídica, al limitar la atomización y permitir trasladar al Derecho disciplinario una secular elaboración orientada a limitar la arbitrariedad.

[39] Específicamente en relación con el Derecho administrativo sancionador, Huergo Lora sostiene que de la jurisprudencia del TEDH no se puede deducir la unidad entre ambos ilícitos, toda vez que su misión se reduce a decidir si son o no aplicables los preceptos del convenio y, en segundo lugar, porque el Tribunal no ha establecido una equiparación completa entre ambas instituciones jurídicas (*2023,* p. 40). Por el contrario, Bueno Armijo sostiene que la diferente naturaleza de las responsabilidades disciplinarias y sancionadoras ha sido admitida de manera clara y abierta por el TEDH, incluso cuando ambas se derivan de los mismos hechos, con cita de Auto del TEDH de 13 de septiembre de 2007, Moullet c. Francia, 27521/04. Bueno Armijo llega a considerar que solo en casos muy específicos y bajo condiciones muy estrictas, las sanciones disciplinarias deben ser obligatoriamente consideradas como punitivas y como equivalentes a sanciones penales» (2023, p. 17; en pp. 19-20 hace un repaso de «sanciones» disciplinarias que el TEDH no ha considerado materialmente penales).

[40] Para detalles, *vid.* M. Gómez Tomillo; I. Sanz Rubiales (2023, Cap. 2.6, ceñido al ámbito general del Derecho administrativo sancionador).

[41] Estima que la construcción no puede ser idéntica que en Derecho Penal: J.I. Rincón Córdoba (2021, p. 26).

III.2. **La aplicación por analogía *in bonam* partem del derecho penal positivo**

Dicha posibilidad operaría en las hipótesis en las que el Derecho disciplinario careciera de reglas para el caso concreto. Los ejemplos en los que la aplicación del criterio procedente del Derecho penal proporciona una solución razonablemente satisfactoria (aunque siempre perfectible) son múltiples. Así acaece, al menos, en la regulación de las causas de justificación, las causas de exclusión de la culpabilidad, el error de prohibición, las normas sobre concurso real e ideal de delitos, el delito continuado, las circunstancias atenuantes y algunas causas de extinción de la responsabilidad, como la muerte del infractor.

Obviamente no puede aceptarse el mismo planteamiento en lo que concierne a las reglas restrictivas de derechos, cuya aplicación al Derecho disciplinario supondría incurrir en una analogía *in malam partem* prohibida; ése sería el caso de las normas reguladoras de la aplicación de la Ley penal en el espacio que impliquen trascender del territorio nacional, la comisión por omisión, la tentativa, la participación y las circunstancias agravantes de la responsabilidad.

En definitiva, asumimos que el Derecho penal tiene un papel de Derecho común, semejante al del Derecho civil en el Derecho privado[42]. Resulta evidente que el planteamiento es trascendente si se considera que habitualmente la normativa del Derecho penal en los países de nuestro entorno jurídico y cultural es mucho más exhaustiva que la que contienen las leyes reguladoras de la potestad sancionadora administrativa y, singularmente, la disciplinaria. De la manera expuesta, se evitan lagunas normativas que, de otro modo, serían difíciles de colmar.

III.3. **Identidad de principios constitucionales**

La tercera consecuencia que se desprende de la tesis unitaria es la unidad de principios[43]. Nos referimos a aquellos de rango constitucional[44], que se traducen en derechos

[42] En España, cabría establecer, asimismo, el paralelismo con la regulación procesal civil, la cual tiene carácter subsidiario.

[43] Entiendo que, en igual sentido, se pronuncia B. Marina Jalvo (2006, p. 43, pp. 97 y ss., quien acepta la existencia de matices (pp. 104 y 106); constatan E. García de Enterría; T.R. Fernández (10.ª), p. 172 que la evolución general de todos los Derechos ha conducido o está conduciendo a una integración de los poderes disciplinarios entre los poderes sancionatorios generales, por lo que acaban indicando que «la peculiaridad originaria de las sanciones disciplinarias ha concluido por conducir a una virtual identificación de su régimen con el del resto de sanciones administrativas» (p. 173); *Vid.* A. Bueno Armijo (2023), pp. 2 y 3, con referencias a la literatura europea.

[44] En la literatura administrativista, Alejandro Nieto propugna establecer una teoría de las fuentes que vaya, verticalmente, desde el Derecho constitucional del Estado al Derecho administrativo y no horizontalmente —del Derecho penal al Derecho administrativo—, que es lo que, sostiene, se está haciendo en estos momentos. Así, en una idea que viene gozando de cierto predicamento entre los administrativistas, se sostiene que los principios del Derecho administrativo sancionador, más que los principios del Derecho

fundamentales positivizados y que tradicionalmente se estimaban consustanciales al orden penal y procesal penal[45].

---

penal se subordinan a los propios del Derecho punitivo del Estado (1992, p. 9, haciendo referencia al Derecho disciplinario; *Vid.*, asimismo, V. Baca Oneto (2007 p. 257); B. Marina Jalvo (2006, p. 108, donde se proporciona alguna referencia ulterior). Se trata de una idea que, de forma independiente, pero próxima, aparece en otros autores: J.A. Lascuraín sostiene que las garantías democráticas del Derecho sancionador no proceden del Derecho penal, sino de los valores comunitarios plasmados en la Constitución (2005, p. 615; 2018, p. 354, donde defiende que Derecho penal y Derecho administrativo sancionador no son padre e hijo, sino hermanos de un mismo padre constitucional, con un ADN casi coincidente.) En Italia hay quien habla de un auténtico subsistema penal que formaría parte de una categoría dogmática superior cual sería el ilícito de derecho público que comprendería tanto al penal como al administrativo en sus diversas formas, y que se contrapondría al ilícito civil (M. Siniscalco, 1983, pp. 24 y 150). En sentido semejante Nuvolone, en el contexto de las consecuencias jurídicas, sostenía que pena e infracción administrativa no son más que *species* de un *genus* común, las sanciones punitivas (1969*,* pp. 63 y ss.).

[45] Se ha destacado cómo la jurisprudencia, que ha ido equiparando las garantías características del Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador, sin embargo, excluyó al Derecho disciplinario, para, posteriormente, ir matizando tal posición y aceptando la aplicabilidad de los principios propios del Derecho penal también a lo ilícito disciplinario: B. Marina Jalvo (2006, p. 99, críticamente pp. 125 y ss.); L. Alarcón Sotomayor (2007, p. 58); I. Lasagabaster (2006, pp. 85-6, indica que responde más a un deseo de subrayar las particularidades o especialidad del régimen disciplinario que a un deseo de evitar la aplicación de las categorías generales del Derecho administrativo sancionador). Como sostenía Huerta Tocildo, verdaderamente asustaba descartar de manera tajante la aplicación de los principios de legalidad (y sus corolarios, de irretroactividad, tipicidad, *non bis in idem*), así como el de responsabilidad subjetiva y proporcionalidad (2002, p. 61). Ya otros autores habían subrayado que lo que no puede sostenerse que en el contexto disciplinario no rijan los principios de legalidad, y sus corolarios, culpabilidad, proporcionalidad, etc. (*Vid.* I. Lasagabaster, 1994, 270).

En la legislación ordinaria se va avanzando en la línea de la equiparación de garantías entre las infracciones disciplinarias y el resto de infracciones administrativas. Si el anterior artículo 127.3 de la Ley 30/1992, establecía en cuanto a los principios de la potestad sancionadora: «Las disposiciones de este Título no son de aplicación al ejercicio por las Administraciones públicas de su potestad disciplinaria respecto del personal a su servicio y de quienes estén vinculados a ellas por una relación contractual». Actualmente, el artículo 25.3 de la Ley 40/2015 de 1 de octubre, en cuanto a los mismos principios, dispone: «Las disposiciones de este Capítulo serán extensivas al ejercicio por las Administraciones Públicas de su potestad disciplinaria respecto del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza jurídica de la relación de empleo». Más acertado el artículo 94 del Estatuto del Empleado Público que, prácticamente, iguala las garantías penales y las disciplinarias: «2. La potestad disciplinaria se ejercerá de acuerdo con los siguientes principios: a) Principio de legalidad y tipicidad de las faltas y sanciones, a través de la predeterminación normativa o, en el caso del personal laboral, de los convenios colectivos. b) Principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables y de retroactividad de las favorables al presunto infractor. c) Principio de proporcionalidad, aplicable tanto a la clasificación de las infracciones y sanciones como a su aplicación. d) Principio de culpabilidad. e) Principio de presunción de inocencia». Entre tales principios no se ha incluido, por ejemplo, el derecho a la defensa.

Frecuentemente, el TC asimila, sin más, los procedimientos disciplinarios a los administrativos sancionadores; *Vid.* STC 3/1999 de 26 de enero, FJ 4, en un caso de procedimiento disciplinario.

Bueno Armijo indica que un número creciente de ordenamientos jurídicos europeos considera que estos derechos deben ser los mismos que los que se reconocen a los demás ciudadanos cuando se enfren-

Desde esa perspectiva habría que incluir los principios materiales: el principio de legalidad, el principio *non bis in idem*, el de culpabilidad y el de proporcionalidad. Como hemos expresado en este trabajo, de ellos, tan sólo cabe defender que la reserva de Ley es posible matizarla (aunque no sea deseable hacerlo). Los demás, son plenamente operativos, sin restricciones, en el Derecho disciplinario, toda vez que no hay razón para introducir unos matices que son excepcionales y han de ser justificados en las especiales características del sector del ordenamiento que nos ocupa[46].

Desde la perspectiva procedimental, tampoco juzgamos como matizables los principios (y derechos) de presunción de inocencia[47], de defensa[48], a guardar silencio, a no declararse culpable y a no declarar contra sí mismo[49], a la confidencialidad de las comunicaciones entre abogado y cliente[50], a ser informado de la acusación[51], el principio acusatorio[52]), a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, la prohibición de dilaciones indebidas[53], el principio *non bis in idem* procedimental[54]. En relación con todos ellos hemos sostenido que no cabe su traslación matizada al Derecho administrativo

---

tan a sanciones administrativas generales, es decir, a los castigos impuestos por la Administración en cualquier otro ámbito, siendo aplicables, por tanto, los artículos 6 y 7 del Convenio Europeo de Derecho Humanos (2023, p. 3).

[46] M. Gómez Tomillo (2020, 2.3. y 2.4). Para una visión diversa, *Vid.* J.I. Rincón Córdoba (2021, Cap. 5), en cuyos detalles no nos es posible entrar.

[47] *Vid.* P. Stucci López Raygada (2023, Cap. II).

[48] *Vid.* STC 187/2015 de 21 de septiembre, FJ 4: «En lo que respecta al derecho de defensa en el procedimiento disciplinario, este Tribunal no ha establecido modulación o matización alguna debida a la relación de la especial sujeción en la que se encuentra el funcionario…» (*Vid.*, en sentido próximo, STC 73/2010 de 18 de octubre, FJ 4).

[49] *Vid.* L. Alarcón Sotomayor (2007, pp. 190 y ss.) que, con razón, sostiene la traslación de tales derechos de forma inmatizada al procedimiento administrativo sancionador (id., especialmente, pp. 184-190). En Alemania opera también inequívoca e ilimitadamente en el marco de las infracciones administrativas; al respecto, *Vid.* E. Göhler (2012, § 55, especialmente, 8). Sin embargo, el TC parece haber abierto la puerta a su modulación en Derecho administrativo sancionador, la cual, sin embargo, no precisa (*Vid.* STC 54/2015 de 16 de marzo, FJ 7).

[50] Por todos, M. Gómez Tomillo (2020, Cap. 5.5); STC 110/1984 de 26 de diciembre, FJ 10.

[51] La declaración más contundente, quizá, sea la de la STC 23/2007 de 12 de febrero, FJ 5: «el derecho a ser informado de la acusación es plenamente aplicable, como hemos dicho, al procedimiento administrativo sancionador».

[52] *Vid.* STC 160/1994 de 23 de mayo, FJ 3: «La vigencia del principio acusatorio respecto del procedimiento administrativo se predica de éste, como manifestación que es del ejercicio del ius puniendi del Estado en la que deben ejercerse sin trabas las garantías de defensa que alcanzan relieve constitucional, y sin que el ulterior proceso judicial alcance a subsanar la disminución de esas garantías en el procedimiento administrativo».

[53] El cual ha suscitado la duda: al respecto, *Vid.* M. Gómez Tomillo; I. Sanz Rubiales (2023, Cap. 29, 4.1); L. Alarcón Sotomayor (2007 p. 38); J. Garberí Llobregat (2016, vol. I, p. 252).

[54] Cuyo alcance, entendemos, es limitado en todo caso; permítasenos remitirnos a M. Gómez Tomillo (2020).

sancionador, sino que ha de ser plena ya que no concurre razón que justifique modulación alguna[55]. Entendemos que cabe sostener lo mismo en cuanto al Derecho disciplinario.

Por fin, cabe hacer referencia a ciertos principios constitucionales que, creemos, pueden ser matizados en su traslación al Derecho disciplinario. Nos referimos al derecho a un juez imparcial[56], a un juez ordinario predeterminado por la Ley[57], algunas manifestaciones del derecho a la defensa (singularmente el derecho a la defensa letrada y otros como el derecho a interpretación y a traducción[58]), la separación de funciones de instrucción y enjuiciamiento[59], el derecho a un proceso público, a la última palabra[60] y a la doble instancia[61].

Formulado en otros términos, no todo principio del Derecho penal (y procesal penal) es, sin más, operativo, en el ámbito que nos ocupa. Resulta ilustrativo ejemplificar con los de carácter político-criminal, singularmente, el principio de intervención mínima, articulado en el principio de subsidiariedad, o *ultima ratio*, y en el de fragmentariedad[62]. Es dudoso, bien que se puedan extrapolar al Derecho administrativo sancionador y, dentro de él al Derecho disciplinario (especialmente el de fragmentariedad)[63], bien

[55] M. Gómez Tomillo (2020, 2.5).

[56] Y es que la Administración es juez y parte. *Vid.* STC 2/2003, FJ 10: «En cuanto a las modulaciones con las que se proyecta el derecho al proceso con todas las garantías se han de resaltar las relativas a la garantía de imparcialidad, pues ésta no puede predicarse de la Administración sancionadora en el mismo sentido que respecto de los órganos judiciales —especialmente en las infracciones de autoprotección—, ni impone las mismas reglas a la actuación de la Administración (SSTC 22/1990, de 15 de febrero, FJ 4; 14/1999, de 22 de febrero, FJ 4). *Vid.*, no obstante, aunque carezcan de rango de derechos fundamentales, límites constitucionales impuestos a la actividad de la Administración que su actividad sea imparcial M. Gómez Tomillo; I. Sanz Rubiales (2023, Cap. 31, 5.19).

[57] *Vid.* STC 76/1990 de 26 de abril, FJ 8: «El derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley y a un proceso con todas las garantías —entre ellas, la independencia e imparcialidad del juzgador— es una garantía característica del proceso judicial que no se extiende al procedimiento administrativo, ya que la estricta imparcialidad e independencia de los órganos del poder judicial no es, por esencia, predicable con igual significado y en la misma medida de los órganos administrativos (SSTC 175/1987 y 22/1990; AATC 320/1986, 170/1987 y 966/1987)».

[58] Significativa la Directiva 2010/64/UE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales, art. 1.3.

[59] *Vid.* STC 9/2018 de 5 de febrero, FJ 5. Otro criterio: P. Stucci López Raygada (2023, Cap. III).

[60] Sobre su contenido, en general, *Vid.* SSTC 181/1994, de 20 de junio FJ 3; 13/2006, de 16 de enero, FJ 5; 258/2007, de 18 de diciembre.

[61] No obstante, en materia administrativo-sancionadora, ya no en fase administrativa, sino jurisdiccional, *Vid.* la STEDH Saquetti Iglesias v. España de 30 de junio de 2020, sobre la cual ya han corrido ríos de tinta que no procede aquí reproducir.

[62] En general, por todos, S. Mir Puig (1987, p. 243 y ss.); sobre proyección en el problema que nos concierne: P. Rando Casermeiro (2010, pp. 159 y ss., 374 y ss.); T. Cano Campos (2017, especialmente p. 224).

[63] No obstante, resulta interesante constatar que en el Derecho administrativo sancionador se mantiene igual punto de vista. Así Nieto señala que «la sanción es la *ultima ratio* del Estado, quien sólo debe

que sea relevante su aplicación en este contexto. Seguramente una consideración diferenciada merezca el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos (*nulla poena sine necesitate*)[64] y el de humanidad de las penas[65]. Aunque aceptamos que se proyectan sobre el Derecho disciplinario, parece claro que aquí poseen una significación menor.

Desde otra perspectiva, conviene poner de relieve, asimismo, que hablamos de igualdad (ocasionalmente matizada) de principios, no de identidad de las reglas que cursan a nivel de legalidad ordinaria[66]. Nadie ha propugnado que la regulación positiva de la comisión por omisión, la tentativa, la autoría y la participación, el concurso, las circunstancias modificativas de la responsabilidad, etc. deban ser las mismas en una y otra rama del ordenamiento jurídico (de hecho, tampoco se aplican uniformemente dentro del propio Derecho penal). De igual modo, parece claro que carece de sentido propugnar una identificación entre las normas propias del Derecho procesal penal y las del procedimiento administrativo sancionador. Ello implicaría una reproducción por parte de la Administración del proceso jurisdiccional, con lo que se perderían las ventajas de atribuir potestad sancionadora a aquélla. El legislador tiene legitimidad para optar por desarrollar una regulación diversa en cada sector del ordenamiento jurídico en atención a las necesidades político-legislativas de cada uno.

IV. Bibliografía

Alarcón Sotomayor, Lucía, *El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales*, Civitas, 2007.

Alastuey Dobón, Carmen; Escuchuri Aisa, Estrella, «Ilícito penal e ilícito administrativo en materia de tráfico automovilístico», *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. XXXI, 2011.

Alonso Álamo, Mercedes, «Bien jurídico penal: más allá del constitucionalismo de los derechos», *Bien jurídico penal y Derecho penal mínimo de los derechos humanos*, 2014

Baca Oneto, Víctor, «La potestad disciplinaria y el control por el Tribunal Constitucional de las resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura», *Revista de Derecho*, Núm. 8, 2007.

Bacigalupo Zapater, Enrique, *Sanciones administrativas: Derecho español y comunitario*, Colex, Madrid, 1991.

Bajo Fernández, Miguel; Mendoza Buergo, Blanca, «Hacia una Ley de contravenciones: el modelo portugués», *ADPCP*, 1983.

---

acudir a ella cuando no se puedan utilizar otros medios más convincentes para lograr que los particulares cumplan las órdenes y las prohibiciones» (A. Nieto, 1993, pp. 29-30).

[64] Por todos, M. Alonso Álamo (2014, pp. 64 y ss., quien lo conecta con el principio de proporcionalidad).

[65] H.-H. Jescheck; T. Weigend (2003, § 4, III).

[66] Entiendo que en sentido semejante se pronuncia, en el campo del Derecho administrativo sancionador general, E. Cordero Quinzacara (2014, III, *in fine*). Asimismo, *Vid.* M. Rebollo; M. Izquierdo; L. Alarcón; A. Bueno Armijo (2009, p. 51, que alertan frente a la exageración simplista en la traslación de reglas penales al Derecho administrativo sancionador).

Baño León, José María, *Los límites constitucionales de la potestad disciplinaria (remisión normativa y reglamento independiente en la Constitución de 1978)*, Civitas: Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1991.

Bueno Armijo, Antonio, «La responsabilidad disciplinaria de los empleados públicos en Europa. Una propuesta de concepto y de garantías mínimas comunes», *Revista General de Derecho Administrativo*, Núm. 64, 2023.

Cano Campos, Tomás, «El concepto de sanción y los límites entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador», en Felio Bauzá (dir.), *Derecho administrativo y Derecho penal: reconstrucción de los límites*, 2017.

Castillo Blanco, Federico, *Función pública y poder disciplinario del Estado*, Civitas, 1992.

Cordero Quinzacara, Eduardo, «Los principios que rigen la potestad sancionadora de la Administración en el derecho chileno», *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Núm. 42, Valparaíso, julio 2014.

Dolcini, Emilio, «Sanzione penale e sanzione amministrativa», *RIDPGS*, 1984.

Doménech Pascual, Gabriel, «Nacimiento, consolidación y persistencia de las teorías jurídicas defectuosas», *InDret*, 1, 2024.

Domínguez Vila, Antonio, *Constitución y Derecho administrativo sancionador*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

Eser, Albin, *Die Abgrenzung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten*, Würzburg, 1961.

Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. P. Andrés Ibáñez *et al.*, 1995.

Garberí Llobregat, José, *El procedimiento administrativo sancionador*, 6.ª ed., Tirant lo Blanch, 2016.

García Albero, Ramón, «La relación entre ilícito penal e ilícito administrativo: texto y contexto de las teorías sobre la distinción de ilícitos», en *Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, 2001.

García Macho, Ricardo, «Sanciones administrativas y relaciones de especial sujeción», *REDA*, 1991.

— *Las relaciones de sujeción especial en la Constitución española*, Madrid, 1992.

Göhler, Erich, *Ordnungswidrigkeitengesetz*, 16. Aufl., München, 2012.

Gómez Pavajeau, Carlos Arturo, «El derecho disciplinario como disciplina autónoma», *Revista Derecho Penal y Criminología*, Vol. XXXIII, Núm. 95, julio-diciembre 2012.

— «Actualidad del contexto constitucional del Derecho disciplinario colombiano», *Revista Derecho Penal y Criminología*, Vol. XLII, Núm. 112, enero-junio 2021.

Gómez Tomillo, Manuel, «Punitive Damages: A European Criminal law approach: state sanctions and the system of guarantees», *European Journal on Criminal Policy and Research*, 18, 2012.

— «Non bis in *idem* en los casos de dualidad de procedimientos penal y administrativo. Especial consideración de la jurisprudencia del TEDH», *InDret*, 2, 2020.

— «Principios constitucionales nucleares del derecho penal y matices característicos del derecho administrativo sancionador», *Revista de Derecho Aplicado LLM UC* (6), 2020. Disponible en: http://ojs.uc.cl/index.php/RDA/issue/view/1647.

— *Instrumentos jurídicos de tutela y ejecución de las potestades de inspección y supervisión administrativa de sociedades que operan en los mercados*, 2020.

Gómez Tomillo, Manuel; Sanz Rubiales, Íñigo, *Derecho administrativo sancionador. Parte general*, 5.ª ed., Aranzadi, 2023.

Gracia Martín, Luis, «Algunas reflexiones sobre la pretendida contrariedad del Derecho penal moderno a los principios y garantías penales del estado de derecho», en *Constitución, Derechos*

fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del Profesor Tomás Salvador Vives Antón, T. I, 2009.

Huerta Tocildo, Susana, «Ilícito penal e ilícito de funcionarios», en *La ciencia del Derecho penal ante el Nuevo siglo. Libro homenaje al Profesor Dr. D. José Cerezo Mir*, Technos, Madrid, 2002.

Jescheck, Hans Heinrich; Weigend, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, 5.ª ed., Comares, 2003.

Lasagabaster Herrate, Iñaki, *Las relaciones de sujeción especiales*, Civitas, Madrid, 1994.

— *Ley de la Potestad Sancionadora. Comentario sistemático*, Lete Argitaletxea, 2006.

Lascurain Sánchez, Juan Antonio, «Por un derecho penal sólo penal: Derecho penal, derecho de medidas de seguridad y Derecho administrativo sancionador», en *Homenaje al Profesor Doctor Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Civitas, 2005.

— «Penas y adminisanciones», en J.M. Suárez López *et al.* (dirs.), *Estudios Jurídico Penales y Criminológicos en Homenaje al Profesor Dr. Dr. Hc Mult. Lorenzo Morillas Cueva*, Dykinson, 2018.

León Villalba, Francisco Javier de, *Cuestiones sobre el derecho sancionador de la Guardia Civil (penales y disciplinarias)*, Dykinson, 2010.

Linde Paniagua, Enrique, «El régimen disciplinario de la función pública y la penetración en el mismo de los principios que rigen el Derecho penal», en *Derecho y justicia penal en el siglo xxi. Liber amicorum en Homenaje al Profesor Antonio González Cuéllar García*, Colex, 2006.

López Benítez, Mariano, *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, Civitas, 1994.

Lozano Cutanda, Blanca, *La extinción de las sanciones administrativas y tributarias*, Marcial Pons, Madrid, 1990.

— «La tensión entre eficacia y garantías en la represión administrativa: aplicación de los principios constitucionales del orden penal en el derecho administrativo sancionador con especial referencia al principio de legalidad», en *Las fronteras del Código Penal de 1995 y el Derecho administrativo sancionador*, *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1997.

Mapelli Caffarena, Borja, «Las relaciones especiales de sujeción y el sistema penitenciario», *Estudios Penales y Criminológicos*, XVI, 1992-3.

Marina Jalvo, Belén, *El régimen disciplinario de los funcionarios públicos* (3.ª ed.), Lex Nova, Valladolid, 2006.

Maurach, Reinhart, *Tratado de Derecho Penal*, T. II, trad. de J. Córdoba Roda, Barcelona, 1962.

Michavila Núñez, José María, «El principio de legalidad en la potestad sancionadora de la Administración: nuevas aportaciones del TC: Comentario a las SSTC 2/1987, de 21 de enero y 42/1987, de 7 de abril», *Poder Judicial*, PJ 6, 1987.

Mir Puig, Santiago, «Sobre el principio de intervención mínima», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 12, 1987.

— *Derecho Penal. Parte general*, 10.ª ed., Reppertor, 2015.

Navarro Cardoso, Fernando, *Infracción administrativa y delito: límites a la intervención del Derecho penal*, Colex, 2001.

Nieto García, Alejandro, «Problemas capitales del Derecho disciplinario», *RAP*, 63, 1970.

— Prólogo a J.M. Trayter Jiménez, *Manual de Derecho disciplinario de los funcionarios públicos*, Marcial Pons, Madrid, 1992.

— *Derecho administrativo sancionador* (4.ª ed.), Tecnos, 2006.

Nuvolone, Pietro, «Depenalizzazione afferente a norme sostanziali», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1969.

Palazzo, Francesco, «I criteri di reparto tra sanzioni penali e sanzioni amministrative», en *L'illecito penale*, Padova, 1987.

PALIERO, Carlo Enrico; TRAVI, Aldo, *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, Milano, 1988.
PALMA DEL TESO, Ángeles de, «La culpabilidad», *Justicia Administrativa*, Núm. Extraordinario, 2001.
PÉREZ BARRIO, Agustín, «La nueva configuración de la potestad disciplinaria de la Administración. Sus límites constitucionales», *Revista de la Voz Administrativa Pública* (RVAP), Núm. 13, 1985.
POZUELO PÉREZ, Laura, «Notas sobre la denominada "expansión del Derecho penal": un análisis al hilo de los delitos contra la ordenación del territorio», *Revista de Derecho y Proceso Penal*, Núm. 15, 2006.
RANDO CASERMEIRO, Pablo, *La distinción entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador*, Tirant Lo Blanch, 2010.
REBMANN, Kurt / ROTH, Werner / HERRMANN, Sigfried, *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, Band 1, Stand 2005.
REBOLLO PUIG, Manuel, «Definición y delimitación de las sanciones administrativas», en *Anuario de Derecho administrativo sancionador*, Thomson Reuters-Civitas, 2021.
— IZQUIERDO CARRASCO, Manuel; ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía; BUENO ARMIJO, Antonio, *Derecho administrativo sancionador*, Lex Nova, 2009.
— IZQUIERDO CARRASCO, Manuel, *Comentario a la Ley General de Subvenciones*, en G. Fernández Farreses (dir.), Civitas, 2005.
RINCÓN CÓRDOBA, Jorge Iván, *La potestad disciplinaria en el Derecho administrativo*, Tirant Lo Blanch, 2021.
RODRÍGUEZ ALONSO, Cristian, «La indeterminación competencial y la potestad sancionadora de los entes locales como presupuesto fallido para la sustitución de las sanciones administrativas por trabajos en beneficio de la comunidad», *REALA*, Núm. 6, noviembre 2016.
RUIZ ROBLEDO, Agustín, *El derecho fundamental a la legalidad punitiva*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003.
SAINZ DE ROBLES SANTA CECILIA, Celia, *Contribución a la teoría general de los delitos de los funcionarios*, tesis inédita, Valladolid, 1985.
SINISCALCO, Marco, *Depenalizzazione e garanzia*, Il Mulino, Bologna, 1983.
STUCCHI LÓPEZ RAYGADA, Pierino, *Presunción de inocencia e imparcialidad objetiva en el procedimiento administrativo sancionador*, Palestra, 2023.
SUAY RINCÓN, José, *Sanciones administrativas*, Bolonia, 1989.
TRAYTER JIMÉNEZ, Joan Manuel, *Manual de Derecho disciplinario de los funcionarios públicos*, Marcial Pons, Madrid, 1992.
— AGUADO I CUDOLA, Vicenç, *Derecho administrativo sancionador. Materiales*, Cedecs, Barcelona, 1995.
VIGNOLO CUEVA, Orlando, «El funcionario público y la lucha por la armonía dogmática», *Revista de Derecho Público: Teoría y método*, Núm. 5, 2022.

18

DERECHO PENAL, JUSTICIA Y ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

JUAN JOSE GONZÁLEZ RUS
Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Córdoba

SUMARIO: I. DERECHO Y JUSTICIA. II. DERECHO PENAL Y JUSTICIA. III. DERECHO PENAL, CÓDIGO PENAL Y JUSTICIA. IV. DERECHO PENAL Y ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. V. CONSIDERACIONES SOBRE OTROS ASPECTOS DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. V.1. Sobre la apertura del procedimiento *penal:* denuncias y querellas. V.2. Sobre la instrucción penal. V.2.1. *Modelo de instrucción.* V.2.2. *Policía Judicial.* V.2.3. *Delimitación inicial del objeto del procedimiento y de la instrucción.* V.2.4. *La lentitud de los procedimientos penales y duración de la instrucción.* V.2.5. *Adopción de medidas cautelares patrimoniales.* V.2.6. *Sobre las periciales técnicas.* V.2.7. *Quebrantamiento del secreto de las actuaciones y libertad de información.* VI. CONSIDERACIONES FINALES. VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. DERECHO Y JUSTICIA

Con profundo pesar escribo estas páginas que debían haber sido un gozoso y merecidísimo homenaje a la trayectoria investigadora, docente y universitaria del Profesor Romeo Casabona, y a sus valores y virtudes personales, como maestro y como compañero, y que tristemente se han convertido en un emocionado recuerdo de un amigo al que tenía un gran afecto y que recordaré siempre con profundo cariño, admiración y respeto.

Desde que empecé a estudiar Derecho, mi quehacer profesional se ha desenvuelto en el espacio delimitado por la triada «Derecho Penal-Justicia-Administración de Justicia». Territorio en el que me he desempeñado con más incertidumbres que certezas sobre los términos reales de la sinergia entre esas tres entidades. Desconfianza —no lo ocultaré—, fortalecida con los años y, muy especialmente, por la aproximación durante estos últimos al mundo de la aplicación del Derecho Penal por jueces y tribunales, espacio en el que se supone que se materializa específicamente esa pretendida relación. Convergencia, sin embargo, que se da por supuesta. Hasta el punto de que la invocación apodíctica a la «Justicia» se coloca como emblema de ese ámbito administrativo: Administración de Justicia, nada menos. En fin, un tema, que creo que a Carlos le hubiera provocado esa sonrisa, tímida, expectante, que le provocaba lo que le sorprendía (para bien o para mal).

Siempre he creído que la relación entre el Derecho y la Justicia, entendida como valor y principio rector de lo personal y de lo social, en los términos de la filosofía moral, coinciden menos de lo que se presume. Al menos en el ámbito occidental, la Justicia se ha colocado como la base y la pretensión central (fundamento y fin) de los diversos sistemas jurídicos. En relación con el Derecho, la Justicia define, primero, lo bueno y lo malo, su base y presupuesto esencial, y segundo, el trato de las acciones buenas y malas, dando a cada uno lo que se merece. Y también incide en los valores relacionados con ella: la igualdad ante la ley, la imparcialidad y la no arbitrariedad; la balanza (trato justo) y la venda en los ojos (objetividad e imparcialidad), con la que se la representa desde el Renacimiento.

A partir de aquí, se explica la indisoluble relación que —teóricamente— vincula a la Justicia y al Derecho, mostrando finalmente al segundo como instrumento para la materialización de la primera, tanto en lo personal y colectivo como en lo social e institucional (orden justo). Con la particularidad de que, en el orden moderno occidental, en su función primaria, la determinación de lo bueno y de lo malo, la Justicia se ha visto sustituida por el principio democrático: justo es lo que decide la mayoría, conforme a sus valores e intereses y sin vínculo existencial con ninguna realidad condicionante previa (como, por ejemplo, la que en otro momento cumplía el derecho natural o la naturaleza de las cosas). En ese sentido, la Justicia tendrá el espacio que la mayoría le reconozca como valor del sistema. Con la diferencia que supone, sin embargo, que ese entendimiento surge de la legitimidad del principio democrático, y no del simple ejercicio del poder.

II. Derecho penal y justicia

La idea que mejor representa en el Derecho Penal la correspondencia «justa» entre delito y pena es la retribución, entendida como equivalencia, y que supone una evolución superadora del ancestral talión (igualdad, cuando no identidad); que encarna, sin embargo, la imagen más pura e inmediata de la Justicia. Ideas, ambas, expresión al fin de un singular *quid pro quo* que determina que las personas deban ser tratadas de la misma forma en que ellas tratan a los demás, a través de un castigo «justo». Sin olvidar que la retribución, entendida como equivalencia proporcional, viene impuesta por la imposibilidad lógica de establecer identidades y correspondencias de igualdad entre daños y penas de distinta naturaleza.

Esa concepción «absoluta» del Derecho Penal y de la pena, que la entiende como una exigencia ineludible de la Justicia, cuyo respeto como valor personal y social reclama una consecuencia equivalente para quien se ha hecho merecedor de ella, al modo kantiano o hegeliano, es impensable en la sociedad de hoy. Modernamente, en gran medida, el debate entre lo que está «bien» y lo que está «mal», ha sido sustituido por la valoración de la utilidad de lo que se hace o pretende; legitimación por el fin y no por el presupuesto: es bueno lo que provoca una consecuencia considerada útil. Y es ese marco se inscribe el Derecho y el Derecho Penal, a los que se asigna una función

bien prosaica: contribuir al control social, conforme a criterios de prevención y utilidad, a través del fortalecimiento de la vigencia y respeto a sus normas; referencia genérica que —entiendo— por encima de posiciones filosóficas o sociológicas concretas, o de contribuciones particulares de extraordinarios penalistas, permite incluir a todos los modelos de exclusivo fundamento preventivo.

En rigor, las concepciones hoy dominantes sobre el Derecho Penal, su qué, por qué y para qué, única y exclusivamente preventivos, no consideran a la Justicia como uno de sus valores constitutivos; a lo sumo se la trata como límite de las derivadas preventivas del modelo. La fundamentación y configuración del instrumento (el Derecho Penal) no se hace desde valores inmanentes previos, sino desde consideraciones impuestas por la eficacia para la protección de los valores del sistema. La «eficacia», pues, la «utilidad», viene a sustituir a la «Justicia», que queda como una evocación romántica y trasnochada de tiempos pasados.

Los modelos preventivos y la correlativa concepción preventivo general o especial de la pena han expulsado a la Justicia de la fundamentación moderna del Derecho Penal. Incluso si se acepta que la Justicia es uno de los valores básicos del orden social a proteger (junto con la libertad, la igualdad y el pluralismo político, dice el art. 1.1 CE), las concepciones preventivas de la pena ni la toman en cuenta ni la necesitan para legitimarla. Su fundamento se sitúa en las necesidades de prevención del delito, y sus límites en la utilidad para lograrla eficazmente. Y en esa ortodoxia no hay lugar para la Justicia; como no sea, si acaso, como límite de la pena. Y ello, en la medida en que la falta de equivalencia entre delito y pena se considere que puede provocar el descrédito del castigo y de la norma que lo impone, por colisionar con valores sociales ancestrales, como la idea de Justicia, asociada ineludiblemente a las de retribución y proporción. De ahí, el esfuerzo de las teorías internedias tratando de hacer sitio a la retribución en la teoría de la pena, con tantos equilibrios retóricos como posibilidades ofrece la combinación «fundamento-límite».

Y quien dice la pena, dice la culpabilidad, cuyo sentido conceptual genuino aparece inevitablemente ligado a la responsabilidad consciente por los actos propios, y a la idea de retribución y de Justicia, que determinan la medida del castigo. Lo que explica también la necesidad de redefinir su significado y concepto en los modelos preventivos y su sustitución por categorías menos «absolutas», como la idea de «responsabilidad» y similares, construidas desde la base de la prevención; y en las que, por tanto, tampoco queda espacio para la Justicia; como no sea como artificioso e impostado límite. De hecho, el repudio a la culpabilidad «clásica» («neoclásica», más exactamente) se construye sobre la pretensión de eliminar de ella cualquier reminiscencia moral y sobre lo indemostrable de su presupuesto, el venerable «libre albedrío», arrollado por las evidencias científicas que confirmarían el imperio de la «necesidad» por encima de la «libertad» en la explicación del comportamiento humano. Por cierto, tesis cuya fortaleza científica última (causalidad y certeza) está en entredicho como consecuencia de los nuevos enfoques de la teoría cuántica (y la «teoría de cuerdas») que creen haber

demostrado que el principio rector de la estructura de la materia no es ningún orden causal necesario, sino la incertidumbre y el azar[1].

Erradicar en los modelos preventivos criterios de Justicia en la medida del castigo obliga a acudir a límites menos cognoscibles que los que representa la idea de retribución (del daño y de la culpabilidad). Hoy, todavía no disponemos de instrumentos que permitan conocer cuáles son efectivamente las necesidades de prevención del delito, tanto en general como en particular, y la influencia que en ello tiene la clase y medida de la pena: lo que equivale a decir que no tenemos forma de acreditar las necesidades de prevención que constituyen la base del sistema penal. Esa falta de referencias fiables convierte a las teorías relativas en un gigante con pies de barro, en la medida en que se basan en un presupuesto (la necesidad de prevención) que, hoy por hoy no puede servir más que como fundamento teórico del sistema penal, pero no como referencia segura para «medir» y limitar el castigo.

Lo que provoca la incongruencia de que un criterio que se presentaba como más determinable empíricamente que la idea de Justicia, tenga que construirse sobre un conjunto de intuiciones o especulaciones, más débiles en cuanto a proscripción de la arbitrariedad que la idea de retribución y «justo castigo», asociados a la proporcionalidad con el delito. Y es más inconsistente e irrelevante, porque ni siquiera tiene capacidad para orientar realmente a la mayoría que acaba aprobando la norma, que operaría en base a «impresiones» individuales o colectivas sobre la necesidad de prevención, más imprecisas que la propia percepción individual o colectiva de la Justicia y el «justo castigo». Probablemente aquí la inteligencia artificial (no la de ahora, todavía en fases primarias de evolución, sino la que está llegando, ordenador cuántico incluido) pueda aportar luz sobre ello y, en esa medida, contribuir a la legitimación de los modelos preventivos y de las mismas teorías relativas.

III. Derecho penal, código penal y justicia

La CE no es pródiga en apelaciones a la Justicia. La mayoría de la veces la menciona como criterio inspirador de las leyes que desarrollen ciertos contenidos del «orden social justo» que se reclama en el Preámbulo o al tratar de concretos aspectos de la Administración de Justicia, en cuanto organización. Las únicas menciones a la Justicia que pueden entenderse como apelación a un valor con contenido propio es al proclamarla como valor superior del ordenamiento, entre la libertad y la igualdad y el pluralismo político (art. 1.1 CE), y cuando se advierte enfáticamente que la justicia «emana del pueblo» y se administra en nombre del Rey por el poder judicial (art. 117).

Si «emana» del pueblo es que tiene contenido autónomo y previo a la ley y al Derecho, lo que podría sugerir que se la considera un valor primordial, definidor de la

[1] V., por todos, Hertog, Thomas, *Sobre el origen del tiempo. La última teoría de Stephen Hawking*, Ed. Debate, 2024.

legitimidad del orden social y del propio Estado, o, cuando menos, referente máximo de la Administración de Justicia, que es la llamada a aplicarla. Jurídicamente, la invocación, sin embargo, no va más allá de la propia de un principio general del derecho, inspirador de la creación y aplicación del derecho, incluido el Derecho Penal, pero sin valor autónomo propio y previo, porque como advierte con énfasis la propia CE, lo que se administra por jueces y tribunales no es la justicia, sino la ley.

En el Código Penal no hay referencia explícita a la Justicia como valor referencial. Como puede comprobarse fácilmente, las invocaciones directas o indirectas a la Justicia son para aludir a la «Administración de Justicia», al carácter «injusto» de determinados elementos típicos (coacciones o vejaciones «injustas» o, en las prevaricaciones), en donde el adjetivo «injusto» equivale a «ilegal»; igual que ocurre en las numerosas invocaciones de los tipos a lo no «justificado», cuando quiere hacerse una referencia particular a la comprobación de la antijuricidad. Y nada más. Incluso en la dogmática, la invocación del «injusto» tiene que ver con el contenido material del tipo (de injusto, precisamente), sin que —aparte la teoría de la pena y la invocación genérica de la proporcionalidad— haya en la teoría jurídica del delito ninguna categoría dogmática que trate de la Justicia en la configuración del concepto de delito.

En el Código Penal, no se hace alusión a la Justicia al tratar de la pena, de sus reglas de determinación y aplicación, de su ejecución y de la responsabilidad criminal en general, ni en el Libro Primero, en donde, directa o mediatamente se evidencian los valores del sistema punitivo. Solo en el art. 31 ter CP se menciona a «la Justicia», para referirse a casos en que se elude su actuación. Más aún, el único caso en el que podría entenderse que hay una apelación sustancial al «justo castigo» (art. 4 CP) es para dejar claro a jueces y tribunales que, en un eventual conflicto entre ley y justicia, prevalece la primera: siempre; incluso si con ello se hace «ilusorio» un indulto (art. 4.4, párr. 2.º CP).

¿Significa esto que no hay en el Código Penal, en particular en lo relativo a la concepción de la pena, sus fines, su imposición y ejecución, nada que no sea reconducible o interpretarle en términos de «justo castigo» y, por tanto, conforme a parámetros de Justicia? A mi juicio, no. De hecho, como dije hace muchos años[2], la concepción de la pena derivable del Código Penal incorpora también elementos interpretables en términos de Justicia, en el sentido de garantía de la proporcionalidad entre delito y pena, de «retribución», si se prefiere, al margen de cualquier consideración de prevención general o prevención especial; o, incluso, contradiciéndolas.

Lo que sí proscribe el Código Penal es cualquier intento de interpretar y aplicar la ley penal conforme a criterios de «justicia», que no se correspondan con el contenido que delimitan, en primer lugar, la semántica y la gramática del texto legal y, en segundo

[2] González Rus, Juan José, «Teoría de la pena y Constitución», en *Estudios Penales y Criminológicos*,1984. v. 7, pp. 221-277.

lugar, su bien jurídico, teleología o finalidad político criminal y antecedentes de tipo. En definitiva, que en la interpretación y aplicación de sus disposiciones la única justicia que importa es la que se expresa a través de los tipos penales. Que no hay ninguna superestructura valorativa basada en la idea de Justicia «por encima» y «fuera» de la que se contiene en la norma y que se hace patente a través de su interpretación. Es decir: que la función de jueces y tribunales —mal que pese a algunos—, no es «administrar Justicia» como ostentosamente se pretende en la denominación del aparato administrativo a través del cual se aplica, sino interpretar y aplicar la ley penal sin forzar ni su letra ni su espíritu, para someterlos al sentido personal de la «justicia» de quien la interpreta o aplica. En definitiva, reafirma la vigencia del principio de legalidad formal (lo que dice la ley), frente a los intentos de violentar su sentido mediante la invocación de razones sustanciales, incluso de justicia, que la llevan a que finalmente diga lo que no dice: por muy «justo» que ello le parezca al intérprete.

Esto es lo que en ocasiones he llamado la «lealtad con la ley» a la hora de interpretarla y aplicarla. Lo que vale para jueces y tribunales, y para la doctrina, que en ocasiones no tiene empacho alguno en sustituir el criterio legal evidente por contenidos sustanciales que lo que hacen, en realidad, es contradecirlo. Baste recordar, como simples ejemplos de ello, la invocación de «fuentes sustanciales» en relación con el art. 11 y las fuentes del deber de garantía, o el «hechos exteriores» y «objetivamente» del art. 16.1 y la tentativa inidónea.

Entre Justicia y seguridad jurídica, pues, el Código ha optado por la segunda; en buena hora, a mi juicio. Entre otras cosas, porque para dar prioridad a la primera habría que saber, más allá de la retribución o la proporcionalidad, qué es exactamente la Justicia y «lo justo», inalcanzable quimera, como muestran los siglos muchos de reflexión y debate filosófico y moral sobre ello. Tiene que servirnos, por tanto, lo legal o, si se quiere, lo «legalmente justo».

IV. Derecho penal y administración de justicia

Lo que a los penalistas nos ha ocupado principalmente de la Administración de Justicia es que a su protección se dedica el Título XX del Libro Segundo del Código Penal (artículos 446 y ss.). Entendiendo por tal la estructura orgánica y administrativa que sirve para el desarrollo de la función jurisdiccional, el conjunto de órganos e instituciones que integran el sistema judicial y los procedimientos en que se concreta la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en todo tipo de procesos (art. 117.3 CE). Y el adecuado funcionamiento de esto es, básicamente, lo que la doctrina viene considerando protegido; como siempre, dejando constancia al enunciarlo de la originalidad de cada autor[3].

[3] Por todos, González Rus, Juan José, en AAVV, *Sistema de Derecho Penal Español. Parte Especial*, Madrid, 2011, pp. 1035 y ss.

Así lo confirma, por otra parte, la aproximación a las distintas figuras delictivas, que tienen que ver con su adecuada «puesta en marcha», con el aseguramiento de los presupuestos materiales de la justicia de las resoluciones y con la ejecución de las sentencias. Como contrapunto, la consideración conjunta de todas ellas ofrece la imagen legal del «adecuado» funcionamiento de la Administración de Justicia. El, por decir así, «deber ser» de la Administración de Justicia que se considera digno de protección penal.

Por eso, me ha parecido que podía ser interesante ofrecer «mi» imagen de la Administración de Justicia, desde la experiencia adquirida después de algunos años de frecuentar, «a pie de obra», juzgados y tribunales. Aunque no sea más que para valorar lo que en último término constituye el referente último del buen funcionamiento de la administración de justicia: su correspondencia con los derechos enunciados en el artículo 24.1 y 2 CE; a saber: tutela judicial efectiva y derecho al justo proceso, sin dilaciones indebidas, derecho de defensa y asistencia de letrado, derecho a ser informado de la acusación, derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia, como referencia central de lo que a continuación se dice.

V. Consideraciones sobre otros aspectos de la administración de justicia

V.1. Sobre la apertura del procedimiento penal: denuncias y querellas

Actuaciones policiales, denuncias y querellas son la puerta de entrada al procedimiento penal. Una puerta de acceso amplia, fácil de franquear, pero de complicada salida. La entrada es fácil porque todos los ciudadanos están obligados a denunciar los delitos públicos que presenciaren (art. 259 LECrim), y porque el interés en la persecución de los posibles delitos se coloca muy por encima de cualquier otra consideración, incluido naturalmente el peligro de lesión injustificada de los derechos del investigado, cuya única protección se reenvía al delito de acusación y denuncia falsa (artículo 456 CP), una vez concluida la instrucción del hecho denunciado con el sobreseimiento provisional o definitivo.

Respecto de la denuncia, los artículos 259 y ss. y 269 LECrim lo único que reclaman (con sanción de multa) es que quien presencie los hechos o por razón de su cargo tengan noticias de ellos los ponga inmediatamente en conocimiento del juez de instrucción, ministerio fiscal o funcionario de policía más próximo. Lo único que requiere la denuncia es la identificación del denunciante, la narración circunstanciada del hecho, y, si lo conoce, la identidad de los responsables y testigos (art. 265 LECrim). A partir de ahí, se procederá a la comprobación del hecho denunciado, «salvo que este no revistiere carácter de delito, o que la denuncia fuere manifiestamente falsa» (art. 269), cerrándose entonces cualquier posibilidad de procedimiento penal. Lo que también puede hacer el ministerio fiscal si fue éste quien la recibió, incluso después de una investigación preliminar.

Si la denuncia se presenta ante la policía, sin perjuicio de realizar las «diligencias de prevención», ésta dará cuenta de ello a la autoridad judicial o al ministerio fiscal (art. 284 LECrim). Sin embargo, si no consta autor conocido del delito denunciado la policía judicial no dará traslado del atestado salvo que se trate de delitos contra la vida, integridad física, libertad e indemnidad sexuales y corrupción; lo que supone reconocer a la policía la facultad de mandar directamente a la «cifra negra» del delito, sin investigación alguna, a la inmensa mayoría de las denuncias que se reciben cada año por delitos contra la propiedad y socioeconómicos, intimidad, salud pública…; y sin que sea preciso ni siquiera el conocimiento judicial o el del ministerio fiscal.

Si en la denuncia trasladada al juzgado se contuvieren los datos del presunto autor del hecho denunciado, en teoría, debería comunicársele a este, porque solo así se hace posible el ejercicio del derecho de asistencia letrada y de defensa (art. 118.2 LECrim). Sin embargo, es perfectamente posible que las diligencias previas se abran y que se notifique su su existencia al denunciado mucho más tarde, cuando ello resulta imprescindible para el éxito de una instrucción ya muy avanzada, y que no puede continuar sin su declaración judicial; cuando pueden haberse afectado ya sus posibilidades de defensa.

La querella, en cambio, supone el ejercicio de la acción penal directamente ante el órgano judicial competente por quien se considera perjudicado por el delito o ejercita la acción popular (art. 270 y ss.), o por el ministerio público. En ella habrá de constar, además de los datos del querellante, la «relación circunstanciada del hecho» y las diligencias que se deberán practicar para la comprobación del mismo (art. 277 LECrim). Con esos datos, de ser aceptada, se interrumpe la prescripción y se da paso a la posibilidad de detención y prisión del querellado, a la exigencia de fianza y, en su defecto, al embargo de sus bienes; medidas, sin embargo, que, por lo general, de adoptarse, es cuando está más avanzada la instrucción (art. 277 LECrim). Respecto del querellante, lo único que se contempla es la posibilidad de exigirle fianza a quien ejerce la acción popular (no al querellante privado), para responder de las resultas del juicio (art. 280 y 281 LECrim).

Solo se rechazará la querella cuando los hechos que se relatan «no constituyan delito» (art. 313 LECrim), lo que se interpreta por la jurisprudencia como simple «apariencia delictiva»; esto es: correspondencia con algún tipo penal, sin necesidad de aportar acreditación alguna sobre la veracidad de los hechos que se relatan: basta con indicar las diligencias que deben realizarse para comprobarlo. Hasta el punto de que no se contempla aquí, como se hace en la denuncia, la posibilidad de inadmisión por manifiesta falsedad de los hechos (v. art. 269 y 313 LECrim). Con la particularidad añadida de que mientras que el auto de inadmisión puede recurrirse en apelación, ello no es posible frente al auto que acepta la querella y acuerda abrir el procedimiento. Es decir: el querellado no puede recurrir en apelación, pero sí el querellante; lo que confirma que el interés prioritario en este trámite es asegurar la persecución efectiva del delito, supeditando a ello los derechos del presunto autor del mismo.

Esto explica que puedan abrirse diligencias penales por delitos graves con querellas basadas en la simple transcripción de titulares periodísticos. Por añadidura, a través de

autos de admisión (y de inadmisión) que a menudo no cubren los mínimos exigibles de motivación, limitándose a reproducir manidas fórmulas estereotipadas sobre los requisitos legales, que chocan con las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva. Y también, que la presentación de querellas se haya convertido —como se decía de la guerra—, en una forma de continuar la política por otros medios; a lo que —para qué silenciarlo— en hechos de notoriedad mediática se avienen con complacencia algunos jueces. Hasta el punto de que ha devenido criterio socialmente aceptado que cualquier cargo electo contra el que se dirige una querella que es admitida a trámite debe dimitir inmediatamente; convirtiéndose así la querella en un instrumento de presión política que se utiliza para forzar la dimisión de cargos electos o autoridades[4].

Lo que, por añadidura, confirma frente a los ciudadanos el efecto simbólico de imputación formal y definitiva de lo que es simplemente el relato de un hecho ni investigado ni acreditado. Y, lo que es más importante, todo ello sin que el querellado, con sus derechos básicos amenazados, tenga ni siquiera que ser necesariamente informado de manera inmediata, ni se le reconozca posibilidad de recurrir al tribunal superior para que se pronuncie sobre el auto de admisión.

No parece infundado, pues, pretender que se reconsideren algunos de los términos de esta situación. Tal vez para exigir expresamente alguna verificación sobre la veracidad del relato y de las imputaciones; por lo menos, a las querellas privadas y a las derivadas del ejercicio de la acción popular. Y, desde luego, para asegurar el pleno ejercicio de los derechos del querellado desde el principio. Por ejemplo, dándole audiencia para que, en un trámite oral contradictorio, pueda exponer, con igualdad de armas, lo que considere pertinente antes de que el juez instructor decida sobre la admisión a trámite. O reforzando las consecuencias de la no admisión a trámite, ejerciendo directamente la persecución de las querellas que se demuestran claramente infundadas, la condena en costas —a la que no se acude cuanto debiera, tal vez porque comporta trabajo procesal suplementario— o haciendo pronunciamientos expresos sobre los daños materiales y morales causados al querellado.

V.2. **Sobre la instrucción penal**

Al hablar de «instrucción» nos referimos a la que se lleva a cabo como consecuencia de la apertura de unas diligencias preliminares susceptibles de acabar en un procedimiento abreviado, en un sumario o en un juicio por Jurado. No incluimos, pues,

[4] AAVV, «La responsabilidad penal en la administración pública. Una imperfección normativa», en *Conclusiones del Seminario sobre Responsabilidad Penal y Administraciones*, celebrado el 5 de junio de 2009, Barcelona, 2010 y González Rus, Juan José, «Los conceptos jurídico-administrativos y las cuestiones prejudiciales administrativas en el ámbito penal», en *La responsabilidad penal en la Administración pública. Una imperfección normativa*, Barcelona, 2010, pp. 93-125.

los procedimientos por delitos leves (art. 962 y ss. LECrim) ni los juicios rápidos (arts. 795 y ss. LECrim)[5], cuya característica primordial es, precisamente, haber prescindido o reducido drásticamente la actividad instructora, lo que permite una actuación rápida sobre la parte numéricamente más significativa, pero menos relevante, de la criminalidad que acaba en un juzgado porque tiene autor conocido desde el principio.

V.2.1. *Modelo de instrucción*

Dejando aparte ahora las particularidades procesales, la instrucción se abre con el auto que determina la apertura de la fase en la que el Juez, exactamente, «se instruye», sobre el carácter delictivo del hecho y sus posibles responsables, ordenando los actos de investigación oportunos y adoptando las medidas cautelares personales y civiles necesarias para asegurar provisionalmente los intereses de la víctima y el buen fin del proceso.

Su importancia es determinante para el «debido proceso», y lleva siendo años objeto de debate. Más, desde que el TC declarara que el art. 24 CE no impone ningún modelo de instrucción, lo que abre la puerta a la consideración de alternativas distintas a la actual.

En el sistema vigente, la dirección de la instrucción se encomienda al juez instructor, que, con el auxilio de la policía judicial, de oficio o a propuesta de las partes, acuerda la realización de los actos de investigación que considera necesarios. El ex presidente del Tribunal Supremo, magistrado Marchena Gómez, señalaba ya en 2013 que este sistema es una «reliquia inquisitorial que debe ser superada plenamente». Fundamentalmente, por la incongruencia que supone que «el órgano jurisdiccional llamado a salvaguardar los derechos fundamentales del imputado es, al propio tiempo, quien ha de asegurar el éxito de la investigación»; debiendo actuar, por añadidura —teóricamente, debería añadirse—, bajo la inspección directa del Fiscal del Tribunal competente» (art. 306 LECrim). Todo lo cual, concluye, provoca una incomprensible, duradera e irreductible contradicción[6]. Criterio que han compartido muy autorizadas voces de la judicatura y de la fiscalía[7], y que, si se ha sido parte en alguna instrucción, se hace difícil no compartir.

Primero, porque el sistema compromete irreparablemente la imparcialidad del Juez a la hora de tomar la decisión final sobre la instrucción, de archivar o de acordar la apertura de juicio oral. La prohibición de que quien ha dirigido la investigación forme parte del órgano de enjuiciamiento parte, precisamente, de ese convencimiento. El

[5] Las particularidades del proceso por aceptación de decreto (art. 803 bis.a y ss.) no afectan a la instrucción sino al enjuiciamiento.

[6] Marchena Gómez, Manuel, «El nuevo código procesal penal: Una oportunidad histórica», en *El Notario del siglo xxi*, julio/agosto, 2013, pp. 18 y ss.

[7] También, por todos, desde antiguo, como simple muestra, Román Puerta, «La reforma del proceso penal. El ocaso del juez de instrucción (¿)», en *El Notario del siglo xxi*, mayo/junio 2010, p. 60 y ss. Torres Dulce, Eduardo, «La inevitable reforma de la Administración de Justicia», en *El Notario del siglo xxi*, julio/agosto 2013, p. 10 y ss y Marchena Gómez, Manuel Jesús, op. cit.

Juez, que ha dirigido, muy a menudo durante años, la investigación «judicial», lo que equivale, retóricas aparte, a ser el artífice central de la persecución del hecho punible y de sus autores, es el mismo que tiene que decidir sobre la calidad, suficiencia y resultados de «su» investigación. Por cierto, sin que el investigado tenga posibilidad real de manifestar su opinión al respecto antes del auto de conclusión, más allá del recurso contra éste. Por eso, se ha propuesto la realización de una vista contradictoria antes de acordar el cierre de la instrucción.

Igual que la paradoja —ya señalada— de que la garantía efectiva de los derechos del investigado se encomiende a quien, como consecuencia obligada de su condición de director de la instrucción, es la fuente principal de eventual lesión de los mismos. Por eso, ni siquiera la Fiscalía General del Estado defiende la idea de que el Juez instructor sea, o deba ser, imparcial. Y esa es también la percepción social, que en el hecho de que la investigación sea dirigida por un juez, ve confirmada la fortaleza probatoria y la legalidad de la imputación; aumentando así, de paso, los efectos de reprobación social que inevitablemente se derivan de toda instrucción.

Y así se percibe también en la propia instrucción, en donde nadie trata de aparentar esa pretendida imparcialidad. El principio procesal de «igualdad de partes», tan esencial para la justicia de las resoluciones, no es sino una tierna quimera. En teoría, el fiscal es una parte más del proceso, que ejerce la acusación en una posición procesal, especial, sin duda, pero cuyo «peso» dentro del procedimiento es muy superior al que tienen las demás. Lo que se percibe pronto por cualquier abogado. Probablemente cuando, en su primera declaración de investigados o de testigos, encuentre, al entrar en el lugar de la misma, a instructor y fiscal en animado debate sobre qué se va a hacer en la diligencia; incluso dándose recíprocamente instrucciones sobre cómo actuar; lo que se reproducirá después, cuando concluya la diligencia; incluso es probable que vuelva a ver algo semejante en el propio juicio.

Esto es así y es difícil que pueda cambiar, porque jueces y fiscales «son» (al menos, así se sienten) la Administración de Justicia: compañeros de carrera, que han superado la misma oposición, que se reconocen como iguales, que trabajan en las mismas dependencias, y que, por regla muy general, tienen actuaciones procesales en armoniosa y evidente sintonía frente a las demás partes, incluso las acusadoras. Igual que se aprende pronto que la opinión decisiva para el instructor es la del ministerio fiscal.

La alternativa propuesta, el modelo de instrucción dirigida por el ministerio público tampoco está exento de incertidumbres. La principal ventaja es que debería propiciar una mayor neutralidad del juez (ya «de garantías») a la hora de valorar los incidentes de la instrucción, los resultados de la misma o las posibles violaciones de derechos que pudieran producirse, en la medida en que ello se haría por una instancia ajena a su dirección y desarrollo. Además de que clarificaría el sentido real de la instrucción (legitimo ejercicio del deber de persecución e investigación del delito) y del propio ministerio fiscal, que la dirigiría con el auxilio de la policía judicial, probablemente perdiendo la pátina de imparcialidad que socialmente se atribuye a la instrucción judicial. Por el

contrario, cabe el riesgo de que la instrucción pierda crédito, por efecto de los riesgos de intervención que pudieran asociarse a la acusada estructuración jerárquica de la fiscalía y a la dependencia del Gobierno. Sobre todo, en un modelo en el que el ejercicio real del principio de oportunidad en la persecución quedaría prácticamente en sus manos (y en las de la policía judicial, como se ha visto).

En cuanto a la eficacia, no es fácil aventurar pronósticos. Lo único cierto es que la Ley Penal del Menor le atribuyó la instrucción directamente al ministerio fiscal y ello no ha supuesto ninguna merma de eficacia. Más dudas provoca el hecho de que, al tener el control pleno de las diligencia de investigación y de la actuación policial, ello debilitara la posición de la defensas, que podrían verse obligadas a realizar sus propias indagaciones, con recursos propios, no siempre accesibles a todos los investigados, lo que podría determinar un grave desequilibrio entre las partes en relación con la investigación y una merma muy sustancial del derecho de defensa. Y sobre todo, sería necesario incrementar muy significativamente tanto los recursos personales como materiales de la fiscalía, así como acometer una ambiciosa reforma de la planta y la de la estructura orgánica y competencial de la administración de justicia y, probablemente, de la policía misma.

V.2.2. *Policía Judicial*

En gran medida, el debate sobre quién debe tener el protagonismo central en la dirección de la instrucción llega tarde, porque, sobre todo en asuntos relacionados con la corrupción, delincuencia socioeconómica y criminalidad organizada de cierto calado, en particular la que despierta la atención de los medios de comunicación, el peso de la instrucción descansa en los sólidos hombros de la policía judicial. Lo que no se oculta, hasta el punto de que es práctica común que los atestados e informes de la «fuerza actuante» (gusta decir la Guardia Civil) se cierren con la enumeración priorizada y detallada de las diligencias de investigación que se considera necesario que S.S.ª acuerde en base a las conclusiones del informe policial, desde intervenciones telefónicas hasta entradas y registros, pasando por incautaciones o medidas cautelares. Lo que suele tener respuesta pronta del instructor, que, por lo general, las acuerda en los términos reclamados.

En este tipo de asuntos, la importancia que en la instrucción tienen los atestados e informes policiales es muy relevante y constituye a menudo el apoyo central de la instrucción. Lo mismo cabe decir de los informes de organismos especializados (SEPBLAC y Agencia Tributaria, Tribunal de Cuentas, etc.). Lo que es comprensible en el caso de investigaciones complejas, con abundante respaldo documental y voluminosas actuaciones, cuyo estudio requiere un análisis sosegado y detenido que el juez instructor no suele hacer por sí. Esa esencial tarea, por tanto, la realizan prácticamente en exclusiva los cuerpos especializados de la policía judicial (BCTI, BCE, UCO, UDYCO, etc.), que orientan y a menudo deciden lo que es importante y lo que no para la instrucción, lo que explica la relevancia y fiabilidad que por los órganos judiciales se da, en principio, a estos informes.

Menos comprensible es que a veces se haga muy difícil a las defensas contrastar las conclusiones de los informes policiales con la documental de la que se derivan, por requerir ello de una previa preparación por la oficina judicial de la documentación para custodiar, clasificar, inventariar, reproducir, y facilitar el acceso a la misma; sobre todo en juzgados con limitados medios. Lo que hace perfectamente posible que se dicten resoluciones judiciales de gran relevancia con el único apoyo de los informes policiales derivados de una documental a la que solo la policía judicial ha tenido acceso. Y, en ocasiones, la correspondencia entre unos y otra no es tan clara como se da por sentado. Dificultad de acceso a la documentación que no está excluido que pueda mantenerse incluso en el juicio oral.

Es cierto que la ley procesal no ha visto nunca con entusiasmo la idea de que las partes puedan acceder a las actuaciones. De hecho, hasta la reforma de 1978, la LECrim solo reconocía el acceso a instructor y ministerio fiscal, limitando el conocimiento de las partes hasta el auto de procesamiento. Lo que cambia radicalmente el art. 118 LECrim, y consolida el art. 6.4, LO 5/2024, de 11 de noviembre, del Derecho de Defensa, que garantiza el «acceso, examen y copia de los elementos de las actuaciones y cualesquiera otros materiales de interés para fundamentar las pretensiones, asegurando su disponibilidad con una antelación razonable»; compromiso legal reciente cuyo sentido se explica por las consideraciones anteriores.

Este poco deseable protagonismo policial se ve favorecido por la notoriedad que acompaña a ciertos asuntos, y el interés de los «medios» en acompañar sus noticias del respaldo que suponen los informes o las informaciones policiales; que consiguen, por cierto, con gran facilidad. Ello alimenta el comprensible interés en que sea reconocido el esfuerzo y la trascendencia de la colaboración policial, cuya estimación y prestigio social crece paralelamente al volumen y notoriedad del asunto, lo que provoca una suerte de sinergia proclive a magnificar el alcance de ciertas investigaciones y el rigor de las conclusiones iniciales obtenidas en las mismas; y que, una vez difundidas, adquieren marchamo de veracidad para los ciudadanos, que construyen sobre ello la expectativa punitiva que corresponde al caso y que, finalmente, muy a menudo, se ve defraudada. Lo que, contribuye al descrédito del propio sistema.

El valor probatorio que se reconoce a los informes y actuaciones policiales, sin embargo, es alto. Baste recordar, por ejemplo, la relevancia que se da a los informes de «inteligencia policial» en la criminalidad organizada o la decisiva repercusión que tiene los informes de la inspección tributaria; a lo que nos referiremos después.

Este entorno está impulsando inercias poco deseables sobre las que conviene reflexionar. Según mi experiencia, en casos de este tipo, no es infrecuente que los informes policiales tiendan a toma en cuenta el alcance «que puede tener» la actividad delictiva, yendo más allá de lo realmente acreditado «ya» en la investigación. Entre otras consecuencias, ello provoca que la investigación crezca cualitativa y cuantitativamente, pero, sobre todo, que se incremente sustancialmente la estimación final de las cuantías de lo defraudado o de los perjuicios, lo que se toma por el instructor como base para la

determinación de las medidas cautelares de carácter patrimonial: lo que —se comentará después— está provocando la ruina inmediata de pequeñas y medianas empresas y autónomos; incluso si disponen de medios para afianzar las responsabilidades civiles que le son directamente atribuibles.

Otro aspecto a tener en cuenta es la progresiva autonomía que se está reconociendo a la policía judicial para la detención y toma de declaración de personas, más allá de lo que la ley contempla. Baste recordar ahora que el artículo 286 LECrim decreta el cese inmediato de las diligencias de prevención en cuanto que el juez inicie la instrucción correspondiente. A partir de ese momento, la función que legalmente viene atribuida a la policía judicial es realizar las diligencias que «durante el curso de la causa les encargarán los jueces de instrucción y municipales.» Previsiones que rigen también para el ministerio fiscal (art. 773.2.º, párr. último LECrim); incluso en relación con la toma de declaraciones. Sin embargo, en la práctica, la policía judicial realiza por iniciativa propia detenciones y toma de declaraciones, estando ya abierto el procedimiento penal, sin constancia de que haya recibido encomienda alguna para ello por el juez instructor. Lo cual avanza en la inercia de progresiva ampliación de facto de las facultades legales que le están asignadas.

Inercia, que llega al punto de que legalmente se le ha atribuido en buena medida la capacidad para poner en marcha o no el procedimiento penal. Así, el art. 284 LECrim establece que inmediatamente que los funcionarios de la policía judicial tengan conocimiento de un delito público, lo pondrán en conocimiento de la autoridad judicial, salvo cuando no exista autor conocido. En este caso, la policía judicial conservará el atestado sin enviárselo ni al juez ni al fiscal salvo que, entre otras circunstancias, se trate de un delito contra la vida, contra la integridad física, contra la libertad e indemnidad sexuales o «delitos relacionados con la corrupción». Lo que significa, entre otras cosas, reconocerle capacidad para definir un área delictiva de la que no hay concepto legal, como es la «corrupción», lo que abre o cierra la puerta a la apertura del procedimiento penal[8].

V.2.3. *Delimitación inicial del objeto del procedimiento y de la instrucción*

Aunque en la querella no se reclama expresamente calificación jurídica de los hechos relatados (art. 277 LECrim), en la medida en que su aceptación a trámite depende de que los mismos constituyan delito, es usual que en la misma se incluya un breve análisis jurídico, junto con la calificación inicial de los mismos. Y también es usual que tal calificación incluya todas las figuras de delito que puedan guardar alguna relación, incluso muy improbable, con los hechos narrados.

[8] González Rus, Juan José, «Concepto penal de corrupción», en *Libro Homenaje al Prof. Dr. Agustín Jorge Barreiro*, Madrid, 2019, pp. 1035 y ss., con una propuesta concreta de las figuras delictivas incluibles en esa denominación.

Las razones de ello son varias. Desde responder a la presión social derivada de la difusión pública de los hechos, al interés en ampliar el ámbito de la instrucción a delitos cuya relación con ellos es incluso remota —encubriendo instrucciones claramente prospectivas—, o disipar dudas iniciales sobre la prescripción, pasando por el deseo de enviar un mensaje de contundencia al entorno social, destacando el interés del ministerio público en el asunto; lo que muy a menudo, sobre todo si el caso es «mediático», se hace público por los gabinetes de prensa de las correspondientes fiscalías. Todo lo cual, provoca un anticipado anuncio de imposición de elevadas penas… Que se sabe desde el principio que nunca van a ser impuestas en la condena.

De esta forma, y precisamente en los casos de mayor repercusión social, muy a menudo corrupción política o económica, la querella genera una expectativa de castigo que se sabe que nunca podrá ser satisfecha, como —en la inmensa mayoría de los casos— confirmará finalmente la sentencia. De esta forma, quienes representan especialmente al sistema contribuyen con su falta de mesura al descrédito del mismo, en la medida en que, después de exacerbar la generalizada histeria punitivista, obtienen resultados que no alcanzan los objetivos punitivos que se habían anunciado inicialmente; con el mensaje final correlativo de que, al final, «los de siempre» salen bien parados.

V.2.4. *La lentitud de los procedimientos penales y la duración de la instrucción*

Este es, a mi juicio, uno de los problemas más graves: La exasperante lentitud de la Administración de Justicia en la instrucción y enjuiciamiento de los delitos más relevantes, entendiendo por tales —por simplificar—, los que se siguen por los trámites del procedimiento abreviado, ordinario y jurado. Por citar un solo caso: mi último juicio fue sobre una causa de instrucción sencilla (estafa impropia), que se realizó en 2008, y que se ha juzgado en 2024, cuando los perjudicados llevaban ya fallecidos un buen número de años: 16 años de procedimiento, pues; a los que habrá que sumar lo que tarde en resolverse la casación pendiente. Y esto en un procedimiento «abreviado».

Procesalmente se han articulado respuestas específicas para la delincuencia «menor» («juicios rápidos» y «delitos leves»), pero falta dar una respuesta eficaz a los delitos menos graves y graves, cuyo tratamiento procesal pasa por la apertura de diligencias previas y la consiguiente instrucción, y que integran la parte cualitativamente más relevante de la criminalidad.

Los pretendidos intentos de despenalización, limitados a las faltas, supusieron, en realidad, convertir las que merecían atención penal —que resultaron ser la mayoría— en delitos leves[9] y, en un buen número de casos, elevarlas a la categoría de delitos menos graves, por un grosero error en la fijación de las penas, que advertí y denuncié en su

[9] González Rus, Juan José, «La supresión del Libro III y los delitos leves», en Morillas Cueva (dir.), *Estudios sobre el Código Penal reformado*, Madrid, 2015, pp. 21 y ss.

momento[10]. Desde el punto de vista procesal, sin embargo, la consecuencia principal de ello fue mandar a la jurisdicción civil a las faltas de tráfico, que tanto incomodaban a la mayoría de los jueces penales, y mantener en el procedimiento por delitos leves la mayoría de las faltas que sobrevivieron con esta calificación; por lo que no puede considerarse que ello tuviera consecuencias significativas en la lentitud o celeridad de la jurisdicción penal.

Las razones de esta inaceptable tardanza en administrar justicia tienen que ver con el desarrollo y duración de la instrucción y con las sobrecargadas agendas de los órganos de enjuiciamiento que, en algunos casos, comportan señalamientos de varios años después de abrirse la fase intermedia del procedimiento. Lo que, si se produce alguna suspensión del juicio, supone tardanzas como la que exponía antes: 16 años, de momento.

El intento legal de limitar el tiempo de instrucción ha devenido inútil. Los propósitos iniciales de afrontar decididamente el problema (LO 41/2015, de 5 de octubre), cedieron pronto ante las insoslayables evidencias de la realidad y acabaron en el actual art. 324 LECrim (LO 2/2020, de 27 de julio), que, después de proclamar que la investigación judicial no durará más de doce meses, abre la puerta al infinito al establecer la posibilidad de acordar prórrogas sucesivas por periodos iguales o inferiores a seis meses; en principio, sin límite. Con la particularidad añadida de que se consideran válidas las diligencias acordadas antes de la finalización del plazo o de las sucesivas prórrogas, pero que se realizan efectivamente terminado el mismo, incluidas declaraciones de los investigados. Ello supone prorrogar de facto la instrucción *sine die*, y más aún su conclusión, porque el auto que la da por terminada se dicta cuando el juez lo considere oportuno, dado que no hay límite alguno para ello. Difícilmente, pues, puede hacerse en una disposición legal un mayor reconocimiento de ineficacia del sistema y de impotencia para abordarlo.

Lo más extraordinario es que en la mayoría de los procedimientos no hay razón objetiva alguna para que la instrucción se prolongue más allá del plazo legal de un año. Sin que se entienda bien por qué, la instrucción se desarrolla conforme a ciclos de concentración de diligencias en uno o varios días, seguidos de largos periodos de inactividad procesal: sin que haya razón alguna, la instrucción simplemente se para, durante meses; y eso, si hay alguna parte interesada en activarla.

Excepto en los casos de relevancia y notoriedad mediática del hecho, y cuando interviene «anticorrupción», la presencia del ministerio fiscal en la instrucción se limita a evacuar por escrito los traslados que se le hacen, generalmente, de forma virtuosamente sumaria. Si el procedimiento tiene «mucho papel», o se trata de delitos de una cierta farragosidad (económicos, fiscales y afines, con legislación administrativa por

[10] González Rus, Juan José, «Secuelas "colaterales" no pretendidas de la LO 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código Penal», en *La Ley*, 2015, n.º 8553.

medio), la situación se agrava, al tiempo que aumenta la dependencia del instructor de la fuerza actuante y, sobre todo, de los funcionarios especializados que actúan como auxilios judiciales. Si se trata de pueblos, la probabilidad de traslado del instructor, bajas e incorporación de jueces sustitutos es alta, lo que contribuye a la paralización y prolongación de la instrucción; unas veces, porque la conciencia de interinidad justifica no meterse en el lío que supone empezar a conocer una instrucción compleja en curso y otras por no sentirse lo suficientemente seguro para adoptar decisiones importantes en ese tipo de asuntos; lo que puede repetirse hasta que aparezca quien, apremiado por los plazos (y por la ansiedad por quitarse de encima semejante engorro), tiene que resolver con celeridad; a menudo, sin haber podido dedicar al asunto la atención que merecía.

Salvo la incorporación de ordenadores y fotocopiadoras, los criterios organizativos y de funcionamiento de la oficina judicial siguen siendo los del siglo XIX, sin que los intentos de reconsideración de la misma hayan alterado realmente las bases estructurales del modelo judicial. Por muchos factores, entre los que se cuenta el rechazo de la mayoría de los jueces a perder el control de «su» Juzgado, «su» Secretario, «sus» oficiales y agentes judiciales, pequeña taifa sobre la que sigue construyéndose el edificio judicial del siglo XXI en España; y, a este paso, lo que le queda. Además de su cerrada resistencia a que otros cuerpos asuman competencias «de» o «relacionadas con» la función jurisdiccional; lo que degradaría irreversiblemente la sacrosanta independencia judicial y sigue manteniendo el irreductible «cuello de botella» que supone que todo lo relacionado con cualquier procedimiento tenga que acabar necesariamente en la mesa del juez.

V.2.5. *Adopción de medidas cautelares patrimoniales*

A petición de parte, si el juez instructor considera que concurren los requisitos legales para ello (*fumus boni iuris* y *periculum in mora*) puede decretar la adopción de medidas cautelares patrimoniales, con la consiguiente apertura de la pieza de responsabilidad civil. De acuerdo con el artículo 589 LECrim, la cantidad a asegurar mediante fianza, y en su defecto, embargo, no «podrá bajar de la tercera parte más de todo el importe probable de las responsabilidades pecuniarias»; lo que incluye indemnización de daños y perjuicios, costas y multa, en los términos del art. 127 CP. La fianza se satisface poniendo a disposición del juez bienes suficientes para responder de la cantidad total fijada.

Por su parte, el Código Penal establece, como es sabido, un régimen de solidaridad y subsidiariedad en la satisfacción de las responsabilidades civiles (art. 116 CP), que queda matizado por la limitación de que si los responsables son dos o más se señalará «la cuota de que deba responder cada uno». Tal limitación, sin embargo, no opera cuando se trata de una medida cautelar, porque, pendiente la instrucción, no se sabe quiénes van a ser finalmente responsables ni en qué condición, lo que provoca que, conforme al artículo 116 CP, se requiera a cada uno de los investigados el aseguramiento del total de las responsabilidades pecuniarias, más el 30 %, cualquiera que sea el número de ellos:

se les reclama «todo» a «todos». Lo que se agrava por la tendencia, ya señalada, a hacer la estimación de los posibles perjuicios en base a lo que pudiera ser el alcance final de los mismos, y no en base a lo que se deriva razonablemente de los datos obtenidos en la investigación ya realizada.

Las consecuencias prácticas que ello tiene para numerosos empresarios y autónomos de pequeña y mediana entidad son extraordinarias y provocan a menudo la desaparición de las empresas ya durante la instrucción. No sólo porque raramente pueden afianzar las cantidades que se les solicitan (referidas al volumen final de la supuesta cuantía o perjuicio total), sino porque el embargo de propiedades y cuentas bancarias les impide obtener la financiación que precisan para continuar con sus actividades. Lo que resulta todavía más incongruente si se considera que rara vez la sentencia acaba condenando a cantidades como las que se tomaron en cuenta al acordar las medidas cautelares. Todo ello, sin que se adopta medida legal alguna para moderar las exigencias de afianzamiento o embargo, por ejemplo, a partir del momento en que se alcance entre todos los investigados la garantía de la responsabilidad civil posible.

V.2.6. ***Sobre las periciales «jurídicas»***

En la valoración de las declaraciones de los implicados y testigos de la defensa puede ser hasta comprensible que se les atribuya menor credibilidad inicial que la que se otorga de principio a los de la acusación del ministerio público (otra cosa es, por lo común, si se trata de la acusación particular). Lo que podría aplicarse también al investigado, porque el derecho a no declarar contra sí mismo y la no obligación de decir verdad se traduce a veces, consciente o inconscientemente, en la presunción de que todo lo que dice es mentira; sobre todo si se limita a defenderse a sí mismo sin extenderse en culpas ajenas. Con todo, la situación más censurable se alcanza, a mi juicio, en el caso de las periciales «jurídicas» de la acusación pública, generalmente funcionarios, que gozan de una presunción de credibilidad que se niega, por lo general, a los peritos de las defensas, o acusaciones particulares, por muy respetables y prestigiosos que sean.

Esa prima de credibilidad es aceptable, estimo, en las pericias «técnicas», digamos, en la que el perito expone los resultados empiricos, verificables y contrastables, obtenidos en sus pruebas o comprobaciones «técnicas» o depone sobre contenidos propios del ámbito de su especialidad. Distinto es el caso, a mi juicio, de las pericias «jurídicas», por decir así, que se extienden en consideraciones estrictamente jurídicas sobre el derecho aplicable y su interpretación; por lo general, sobre normativas complejas con las que (por lo menos, algunos) jueces y tribunales no están familiarizados y que les sitúan en territorios en los que no se sienten cómodos. En estas áreas, lejos de los imperativos del *iura novit curia*, las comprensibles dudas del juez se llenan con la asunción incondicionada de los criterios del perito-funcionario declarante. De manera que, en casos así, se produce un vaciamiento real de la decisión judicial, cuyo contenido jurídico es el que le proporciona el funcionario declarante.

Ello es especialmente apreciable en el caso de delitos contra la Hacienda Pública, en los que la norma habitual es que el mismo inspector que llevó a cabo la inspección fiscal y que redactó el informe-denuncia que dio lugar a la querella del ministerio fiscal, sea designado después por el juez como auxilio judicial durante la instrucción. El mismo que —para cerrar el círculo—, depondrá luego como imparcial testigo-perito en el juicio oral, defendiendo obviamente las posiciones acusadoras (en las que él ha tenido un especialísimo protagonismo) y cuyo testimonio cuenta con una presunción de veracidad que no se otorga, en cambio, a las periciales de la defensa.

La razón que se alega para ese tratamiento tan dispar es que los funcionarios actúan sin más motivo que el interés público e indiferentes al resultado del procedimiento, lo que confiere automáticamente la presunción de imparcialidad a sus manifestaciones. Por el contrario, los peritos de la defensa o de las acusaciones particulares, con independencia de su reputación y crédito, se presume que actúan viciados por su interés en apoyar las pretensiones de la parte que los propone. Lo que se entiende todavía menos si se recuerda que esa posible contaminación provocada por los antecedentes es lo que justifica la prohibición legal de que el juez que ha instruido un procedimiento penal o intervenido incidentalmente en el mismo resolviendo recursos de apelación, pueda formar parte del órgano juzgador. Lo que, sin embargo, vale para jueces, pero no para ciertos peritos.

V.2.7. *Quebrantamiento del secreto de las actuaciones y libertad de información*

En principio, las actuaciones judiciales no tendrán carácter público hasta que se abra el juicio oral y solo son conocidas por las partes, disponiéndose incluso la corrección con multas para quienes revelen su contenido (301 LECrim). Secreto, digamos «externo», que puede complementarse con el secreto «interno» de las actuaciones que puede acordarse para las partes (art. 302 LECrim y 232.2 LOPJ), de mucho más calado y significación procesal en la medida en que, por una parte, impide que el investigado conozca suficientemente los términos de la imputación y las pruebas o indicios de su existencia, y, por otra, permite al fiscal, a la policía judicial y a la agencia tributaria realizar diligencias de investigación sin intervención de las defensas; lo que es evidente que merma el ejercicio del derecho de defensa[11]. A este segundo secreto se refiere, por cierto, el artículo 466 CP, que viene a castigar a quien «revelare actuaciones procesales declaradas secretas por la autoridad judicial».

La instrucción judicial se ha convertido en centro de atención preferente de los medios de comunicación, en los que se dan cuenta de investigaciones e informes policiales reservados, se transcriben declaraciones y documentos de las actuaciones, incluso

[11] Rodriguez Ramos, Luis, «¿Hacia el ocaso de los derechos de defensa? (La progresiva perversión de la justicia penal) (i) y (ii), en *Abogados*, septiembre de 2016, pp. 30 y ss.

antes de darse traslado de ellos a las partes, se televisan detenciones, entradas y salidas de juzgados y comisarías, traslados, entradas y registros y se «juzga» en tertulias durante meses a los investigados por especialistas —llamemos a la cosas por su nombre— generalmente «impresentables». Por eso, las instrucciones judiciales de hechos de cierta repercusión social se han convertido o en un exitoso espectáculo de *prime time*, que, a mi juicio, va más allá del esencial derecho de información, para insertarse en el puro y simple espectáculo del morbo y la exasperación punitivista, y hace poco bien a la causa de la Justicia.

Todo ello no podría producirse sin la colaboración activa de quienes tienen relación con la investigación policial y con la instrucción, que son los que disponen de la información sobre los acontecimientos noticiables y acceso a los documentos, informes y declaraciones que se difunden; y que son, al tiempo, quienes pueden y deberían adoptar las medidas precisas para que las diligencias de investigación se produzcan sin el estrépito que las acompaña. Todo ello sin que —como hay ejemplos en el derecho comparado— se estén adoptando medidas para evitar estos sonrojantes espectáculos, que se inscribe dentro del clima de exacerbación de los aspectos más primitivos del *ius puniendi*, que continuamente se alimenta.

VI. Consideraciones finales

Prácticamente durante toda mi actividad profesional he militado en la idea de que el penalista de verdad debía dedicarse en exclusiva a la docencia y a la investigación universitaria. En definitiva, una simpleza más de las que cada quien guarda en el fondo de su armario. Hoy, definitivamente, pienso lo contrario: un penalista necesita conocer el funcionamiento real de lo que estudia, investiga y enseña. Y lo ideal sería que lo hiciera desde las distintas perspectivas: juez, ministerio fiscal y abogado, aunque creo que la visión más completa y real del sistema se adquiere desde la posición de abogado defensor.

En todo caso, tengo la impresión de que se hace necesario un acercamiento real a la práctica, que revitalice la presencia de la doctrina en «el circuito» de la creación, interpretación y aplicación del Derecho Penal, espacio que en la actualidad controlan mayoritariamente jueces y fiscales. Personalmente, tengo la sensación de que ellos son los que influyen realmente en las iniciativas y reformas legislativas, asesoran a ministerios y responsables políticos, intervienen mayoritariamente en proyectos y ante organismos europeos e internacionales, se sientan en los consejos de redacción de las principales editoriales jurídicas, publican en las revistas de mayor difusión e influencia en el foro, crean el criterio con el que abogados, jueces y fiscales interpretan, aplican y ejecutan la ley penal, y monopolizan el debate social sobre lo penal. De hecho, la imagen y valoración social de la justicia penal (excesivamente autocomplaciente, para mi gusto) se construye prácticamente en exclusiva con lo que proyectan jueces, fiscales, y, en menor medida, abogados. Creo que en ese ámbito sería deseable una presencia

doctrinal más decidida, más abierta a buscar y encontrar los caminos para hacerse realmente presentes y necesarios en esos espacios de clara y creciente «supremacía judicial». Porque ninguna hegemonía es buena, y los penalistas tenemos (tenéis, en realidad, yo, ya emérito, soy solo espectador) mucho que decir.

Lo que menciono, porque así lo creo, y porque el Prof. Romeo Casanova fue durante toda su vida referente ejemplar en la representación de la más rigurosa y respetada doctrina penal en el ámbito médico y deontológico, nacional e internacional, haciendo valer lo importante que es y que debe ser la doctrina penal en el estudio, mejora y crítica del sistema penal; lo que pasa necesariamente por conocerlo bien.

VII. **Bibliografía**

AA.VV., «La responsabilidad penal en la administración pública. Una imperfección normativa», en *Conclusiones del Seminario sobre Responsabilidad Penal y Administraciones*, celebrado el 5 de junio de 2009, Barcelona, 2010 y González Rus, Juan José, «Los conceptos jurídico-administrativos y las cuestiones prejudiciales administrativas en el ámbito penal», en *La responsabilidad penal en la Administración pública. Una imperfección normativa*, Barcelona, 2010, pp. 93-125.

González Rus, Juan José, «Concepto penal de corrupción», en *Libro Homenaje al Prof. Dr. Agustín Jorge Barreiro*, Madrid, 2019, pp. 1035 y ss., con una propuesta concreta de las figuras delictivas incluibles en esa denominación

— «La supresión del Libro III y los delitos leves», en Morillas Cueva (dir.), *Estudios sobre el Código Penal reformado*, Madrid, 2015, pp. 21 y ss.

— «Secuelas "colaterales" no pretendidas de la LO 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código Penal», en *La Ley*, 2015, n.º 8553 Rodriguez Ramos, Luis, «¿Hacia el ocaso de los derechos de defensa? (La progresiva perversión de la justicia penal) (i) y (ii), en *Abogados*, septiembre de 2016, pp. 30 y ss.

— en AAVV, *Sistema de Derecho Penal Español. Parte Especial*, Madrid, 2011, pp. 1035 y ss.

Hertog, Thomas, *Sobre el origen del tiempo. La última teoría de Stephen Hawking*, Ed. Debate, 2024.

González Rus, Juan José, «Teoría de la pena y Constitución», en *Estudios Penales y Criminológicos*,1984. v. 7, pp. 221-277.

Marchena Gómez, Manuel, «El nuevo código procesal penal: Una oportunidad histórica», en *El Notario del siglo xxi*, julio/agosto, 2013, pp. 18 y ss.

Román Puerta, «La reforma del proceso penal. El ocaso del juez de instrucción (¿)», en *El Notario del siglo xxi*, mayo/junio 2010, p. 60 y ss.

Torres Dulce, Eduardo, «La inevitable reforma de la Administración de Justicia», en *El Notario del siglo xxi*, julio/agosto 2013, p. 10 y ss y Marchena Gómez, Manuel Jesús, op. cit.

19

LA CONCURRENCIA DE ILÍCITOS PENALES Y ADMINISTRATIVOS PARA UN MISMO HECHO EN LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

Hernán Hormazábal Malarée*
Catedrático de Derecho Penal

SUMARIO: I. Introducción. II. El principio *ne bis in idem* en la constitución española y en los convenios internacionales. III. Un mismo hecho, presupuesto de la prohibición de un nuevo proceso. IV. *Bis in idem*. Las limitaciones al principio *ne bis in idem* en la doctrina jurisprudencial. IV.1. La relación de sujeción especial del responsable con la administración. IV.2. La necesidad de perseguir otros aspectos complementarios del comportamiento. V. Conclusiones. VI. Bibliografía.

I. Introducción

El principio *ne bis in idem* prohíbe que un hecho que ya ha sido enjuiciado sea objeto de un nuevo procedimiento y de una nueva sanción. En el sistema penal tiene relevancia en tanto que constituye un límite al *jus puniendi* que opera tanto en la incriminación primaria, —en el proceso de creación e interpretación de la norma penal—, como en la incriminación secundaria, —en el momento de la aplicación de esa norma—, cuando el juez constata en una sentencia firme que por el mismo hecho ya anteriormente se había enjuiciado a la misma persona.

Como se sabe la garantía de prohibición de un segundo procedimiento y de una nueva sanción por los mismos hechos no sólo está prevista, aunque no expresamente sino por vía interpretativa, en la Constitución Española[1] (en adelante CE) como un

* Al profesor Dr. Carlos María Romeo Casabona (QEPD) un ejemplo de seriedad y rigor científico que me distinguió con su amistad.

[1] El principio *ne bis in idem*, como se sabe, no está reconocido directamente en la Constitución Española. El Tribunal Constitucional, no obstante, ha señalado que está comprendido entre los derechos a un proceso con todas las garantías del artículo 24 CE y en el principio de legalidad del artículo 25 CE. Ver SSTC 94/1986 de 8 de julio; 17/1981 de 1 de junio; 154/1990 de 15 de octubre y 2/2003 de 16 de enero, FJ 3 a) entre otras.

derecho fundamental y, por tanto, susceptible de ser protegido ante el Tribunal Constitucional (en adelante TC) por el recurso de amparo[2] sino también expresamente en el artículo 50 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante CDFUE)[3] y en el artículo 4 del Protocolo 7 del Tratado Europeo de Derechos Humanos (en adelante Protocolo 7)[4]. El control de cumplimiento de estas últimas normas está a cargo del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) respectivamente[5].

En las sentencias de estos organismos jurisdiccionales se puede identificar una doctrina jurisprudencial del principio *ne bis in idem* que no es uniforme. Se aprecian diferencias entre los planteamientos doctrinales del TC, por una parte, y los de los tribunales europeos (TEDH y TJUE) por la otra. Esas diferencias ya se manifiestan respecto del derecho prevalente protegido por el *ne bis in idem* (el bis), los requisitos del hecho para que deba ser considerado el mismo (el *idem*) y teniendo en cuenta que en determinadas condiciones se admite que un mismo hecho sea fuente de una pena y de una sanción administrativa, en los límites de esta garantía.

II. El principio *ne bis in idem* en la constitución española y en los convenios internacionales

Como se señaló antes en el derecho español el principio *ne bis in idem* no se encuentra expresamente reconocido en la CE. De acuerdo con el TC, es una garantía que se infiere del principio de legalidad y del derecho a un proceso con todas las garantías (supra I, nota 2). Para el TC el principio *ne bis in idem* engloba dos derechos fundamentales: el derecho

[2] Artículo 41. Uno de la Ley Orgánica de Tribunal Constitucional. Los derechos y libertades reconocidos en los artículos catorce a veintinueve de la Constitución serán susceptibles de amparo constitucional, en los casos y formas que esta ley establece, sin perjuicio de su tutela general encomendada a los Tribunales de Justicia. Igual protección será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo treinta de la Constitución.

[3] Artículo 50 CDFUE. Derecho a no ser juzgado o condenado penalmente dos veces por la misma infracción. Nadie podrá ser juzgado o condenado penalmente por una infracción respecto de la cual ya haya sido absuelto o condenado en la Unión mediante sentencia penal firme conforme a la ley.

[4] Artículo 4 Protocolo 7 TEDH. 1. Nadie podrá ser inculpado o sancionado penalmente por un órgano jurisdiccional del mismo Estado, por una infracción de la que ya hubiere sido anteriormente absuelto o condenado en virtud de sentencia definitiva conforme a la ley y al procedimiento penal de ese Estado. 2. Lo dispuesto en el párrafo anterior no impedirá la reapertura del proceso, conforme a la ley y al procedimiento penal del Estado interesado, si hechos nuevos o nuevas revelaciones o un vicio esencial en el proceso anterior pudieran afectar a la sentencia dictada. 3. No se autorizará derogación alguna del presente artículo invocando el artículo 15 del Convenio.

[5] También en otros instrumentos internacionales como en el artículo 14. 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 cuyo control de cumplimiento no es jurisdiccional como los citados en el texto, sino que está a cargo del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas integrado por expertos independientes.

a no sufrir una segunda pena y el derecho a no ser procesado por segunda vez por el mismo hecho. De esta manera, el TC distingue entre una vertiente penal, material o sustantiva con anclaje en el principio de legalidad del artículo 25 CE y una vertiente procedimental o procesal comprendida en el derecho a un proceso con todas las garantías en los artículos 24. 1 y 2 CE[6]. Sin embargo, para el TC la vertiente penal, material o sustantiva prevalece sobre la procedimental o procesal ya que, según entiende, es la que está en la base del *ne bis in idem* y la que le da sentido a la garantía procedimental o procesal[7].

En cambio, para el TEDH y el TJUE el principio *ne bis in idem* garantiza el derecho de una persona a no ser procesado por segunda vez por un mismo hecho. Para estos tribunales el contenido del *ne bis in idem* es sólo procesal y entienden que la prohibición del doble castigo ya está garantizada con la prohibición de un nuevo enjuiciamiento. Si hay un único proceso no puede haber un doble castigo por el mismo hecho ya que es sólo la consecuencia de la inobservancia de la prohibición de un nuevo proceso por el mismo hecho[8].

Este diferente modo de entender el principio *ne bis in idem* entre el TC y los tribunales europeos ha tenido consecuencias en los supuestos en que a una sanción penal o administrativa previa sobre un mismo hecho le ha sucedido un procedimiento administrativo o penal sobre ese mismo hecho y se ha tenido que decidir si el procedimiento y la sanción previa ha activado la garantía ne *bis in idem*. En estos casos para decidir si se vulnera la prohibición *ne bis in idem*, según los tribunales europeos se debe valorar si el procedimiento y la sanción administrativa es jurídicamente equiparable a un procedimiento penal y a una pena. En efecto, a juicio de los tribunales europeos se debe apreciar el *bis in idem* si una vez comprobado que el hecho es el mismo se estima que la resolución administrativa firme que impuso la sanción puede ser considerada una «*sentencia penal firme conforme a la ley*» y «*al procedimiento penal de ese Estado*» como exigen el artículo 50 CDFUE[9] y el artículo 4 Protocolo 7[10] y, por tanto, suficiente en el

[6] STC 2/1981, FJ 4; SSTC 66/1986, de 26 de mayo, FJ 2; 154/1990, de 15 de octubre, FJ 3; 234/1991, de 16 de diciembre, FJ 2; 270/1994, de 17 de octubre, FJ 5; y 204/1996, de 16 de diciembre, FJ 2.

[7] STC 177/1999 de 11 de octubre, FJ. 4. La prevalencia de la vertiente sustantiva o penal se mantiene en la STC 2/2003 de 16 de enero. En Puerta Seguido, F., y Beltrán de Felipe, M., «Perplejidades acerca de los vaivenes en la jurisprudencia constitucional sobre el *ne bis in idem*», *Revista Española de Derecho Constitucional*, Núm. 71, 2004, pp. 363-393, los autores sistematizan los argumentos de prevalencia del TC contenidos en los FD 7, 8, 9, 10 y 11 de esta sentencia.

[8] Bueno Armijo, A., «El principio non bis in *idem* en el derecho de la Unión Europea. Una configuración cada vez más alejada del ordenamiento español», *Anuario de Derecho Administrativo sancionador*, 2021, pp. 271-307.

[9] Artículo 50, CDFUE. Nadie podrá ser acusado o condenado penalmente por una infracción respecto de la cual ya haya sido absuelto o condenado en la Unión mediante sentencia penal firme conforme a la ley.

[10] Artículo 4, Protocolo 7 CEDH. 1. Nadie podrá ser inculpado o sancionado penalmente por un órgano jurisdiccional del mismo Estado, por una infracción de la que ya hubiere sido anteriormente absuelto o condenado en virtud de sentencia definitiva conforme a la ley y al procedimiento penal de ese Estado.

caso de la apertura de un posterior nuevo procedimiento para sostener fundadamente una violación del *principio ne bis in idem*.

El problema por resolver son los criterios cuya concurrencia o ausencia permitirán decidir si la resolución administrativa firme que impone una sanción puede ser considerada una «*sentencia penal firme conforme a la ley*» y «*al procedimiento penal de ese Estado*» como exigen la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el Protocolo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. En este sentido el TEDH ha señalado en numerosas sentencias que el concepto «*proceso penal*» debe ser interpretado poniéndolo en relación con las expresiones «*acusación penal*» y «*pena*» contenidas en los artículos 6 y 7 del Convenio Europeo[11] y que para establecer si hubo o no una «*acusación penal*» hay que atender a criterios materiales[12].

En esta dirección el TEDH en el año 1976, para decidir si una resolución administrativa sancionadora puede ser equiparada a una sentencia dictada en un proceso penal, estableció los que se conocen como «criterios Engel»[13]. Entre estos criterios, que también acepta el TJUE[14], el TEDH incluye la clasificación legal que haya podido hacer el propio Estado, pero al mismo tiempo deja claro que no puede ser el único criterio para la aplicación del principio *ne bis in idem*, que su valor es relativo y que la decisión debe fundarse en criterios como la naturaleza o esencia misma de la infracción o el grado de severidad de la sanción. De otro modo, ha dicho el Tribunal, la aplicación del principio se «*estaría dejando a la discreción de los Estados parte en un grado que puede ser incompatible con el objeto y propósitos del Convenio*»[15]. Luego, si el proceso tiene o no carácter penal no se decidirá en función de si la sentencia es formalmente el resultado de un procedimiento administrativo, sino si ese procedimiento materialmente se puede asimilar a un «*procedimiento penal*» que se ha sustanciado con todas las garantías conforme al significado que le da el Convenio a ese término[16].

[11] El artículo 6 del CEDH reconoce bajo el epígrafe «Derecho a un proceso equitativo» las garantías del debido proceso y el 7 bajo el de «No hay pena sin ley» el principio de legalidad penal.

[12] STEDH Goulandris and Vardinogianni v. Greece, de 16 de junio de 2022, § 51.

[13] STEDH Engel and others v. the Nederlands, de 8 de junio de 1976, §§ 82, 83.

[14] STJUE, caso Menci, de 20 de marzo de 2018, Gran Sala, párrafos 30 y 31. El TJUE en esta sentencia, como antes lo había hecho en la STJUE, Gran Sala caso Bonda, de 5 de junio de 2012, párrafo 37, para decidir si un procedimiento y una sanción administrativos tienen o no carácter penal en el sentido del artículo 50 de la Carta, recurrió a los llamados criterios Engel que había fijado el TEDH en el año 1976 en la STEDH Engel y otros contra Países Bajos, de 8 de junio de 1976, §§ 82, 83. Señaló que «*la aplicación del artículo 50 de la Carta no se limita únicamente a los procesos y sanciones que el derecho nacional califica de "penales", sino que se extiende —con independencia de su calificación en Derecho interno— a procedimientos y sanciones que deban considerarse de carácter penal*» por su finalidad represiva o por un cierto grado de gravedad.

[15] STEDH Igor Tarasov v. Ukraine, de 16 de junio de 2016, § 24.

[16] STEDH Tsonyo Tsonev v. Bulgaria (No 2), de 13 de abril de 2006, §56.

En esta línea en sentencias posteriores el TEDH ha estimado que, de acuerdo con el artículo 4.1. del Protocolo N.º 7 del Convenio Europeo[17], la intervención judicial no es necesaria para que la sentencia sea considerada como sentencia firme en los términos del citado artículo y sostuvo que «*lo que importa en cada caso es que la decisión de que se trate provenga de una autoridad que forma parte de la administración de justicia conforme al sistema legal nacional y que esa autoridad de acuerdo con las leyes domésticas sea competente para establecer y castigar cuando proceda la conducta ilegal de la que se acusa a la persona*»[18].

En cambio, para el TC el problema se plantea de diferente manera. Como entiende que la garantía prevalente del *ne bis in idem* es la prohibición del doble castigo, si un hecho puede ser calificado al mismo tiempo como ilícito administrativo y como ilícito penal, simplemente concluye que la norma administrativa no podrá aplicarse. Como dice textualmente «*una vez que el legislador ha decidido que unos hechos merecen ser presupuesto fáctico de una infracción penal y configura una infracción penal en torno a ellos, la norma contenida en la disposición administrativa deja de ser aplicable y sólo los órganos judiciales integrados en la jurisdicción penal son órganos constitucionalmente determinados para conocer de dicha infracción y ejercer la potestad punitiva estatal*»[19].

El TC al mismo tiempo que establece la preferencia de la vertiente sustantiva o penal de la garantía *ne bis in idem* rechaza en primer lugar, que en el derecho español pueda equipararse un procedimiento administrativo con un proceso penal[20] y, en segundo lugar, que una resolución administrativa firme pueda equiparase a una sentencia penal firme y pueda producir efecto de cosa juzgada y consecuentemente enervar la apertura de un nuevo procedimiento por los mismos hechos ya «*que, en sentido estricto, dicho efecto es predicable tan solo de las resoluciones judiciales, de modo que sólo puede considerarse vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, en cuyo haz de garantías se ha reconocido el respeto a la cosa juzgada…*[21]».

A partir de lo anterior es fácil comprender que el TC prescindirá de los criterios doctrinales de los tribunales europeos que conducen a asimilar un proceso administrativo

[17] STEDH Mihalache v. Romania ([GC] de 8 de julio de 2019), §§ 93-95. La Gran Cámara constató que había una diferencia entre dos versiones auténticas del artículo 4.1. En la francesa se dice que la persona debía haber sido «acquitté ou condamné par un jugement» en tanto que tanto en la inglesa dice que debía haber sido «finally acquitted or convicted» o sea, como dice la castellana «absuelto o condenado en virtud de sentencia firme». El caso Míhalache v. Romania dio la oportunidad al TEDH después de reconocer que ambos textos son auténticos, de pronunciarse a favor de la versión que es menos restrictiva como puede apreciarse después de la lectura del parágrafo 95 que se transcribe en el texto.

[18] Mihalache v. Romania ([GC] de 8 de julio de 2019), § 95.

[19] STC 2/2003, de 16 de enero, FD 9.

[20] STC 2/2003, de 16 de enero, FD 8: «…con *la regulación legal actual del procedimiento administrativo sancionador difícilmente se podrá efectuar la equiparación de ambos procedimientos…*»

[21] STC 2/2003, de 16 de enero, FD 7.

con uno penal, como, por ejemplo, de los criterios Engel[22]. Como regla general el TC no admite que en estos supuestos de dobles procesos, administrativo uno y penal el otro, pueda vulnerarse el *ne bis in idem* en su dimensión procesal, pero, en cambio, sí en su dimensión sustantiva o penal a partir del momento en que se constata que con la suma de la sanción administrativa y de la pena se ha producido exceso punitivo y se ha impuesto una pena no prevista en la ley y, por tanto, una vulneración de la garantía sustantiva o penal prevalente prevista en el artículo 25.1 CE, que es una de las garantías que el TC considera englobadas en el principio *ne bis in idem* junto con la garantía procedimental o procesal del artículo 24.2 CE que estaría en un segundo plano.

No obstante, como el TC fundamenta el *ne bis in idem* en su dimensión sustantiva o penal como una garantía contra el exceso punitivo, concluye que, si en la ejecución de la sentencia penal posterior se ha compensado la sanción administrativa anterior, no cabe apreciar ni tan solo en esta dimensión una vulneración de este derecho ya que con el descuento se evita el perjuicio de la resolución previa que impuso la sanción que deja de ser desproporcionada[23].

Como puede apreciarse entre la doctrina jurisprudencial de los tribunales europeos y la del TC hay serias diferencias. Los tribunales europeos consideran que si se trata de los mismos hechos y si un procedimiento administrativo puede equiparase, de acuerdo con determinadas pautas, a un proceso penal cabe apreciar una vulneración del principio *ne bis in idem*. En cambio, para el TC, que niega radicalmente que pueda hacerse tal equiparación, no admite, de acuerdo con su particular concepción del contenido garantista del principio *ne bis in idem*, que se haya vulnerado dicho principio en su dimensión procesal, pero sí, en cambio, en la sustantiva o penal y, así y todo, condicionada al hecho

[22] STEDH caso Engel y otros contra Países Bajos, de 8 de junio de 1976, párrafos 82, 83. En esta sentencia el TEDH se contienen los criterios que deben ser observados para la clasificación de los hechos como ilícitos administrativos o penales. Sostiene en esta sentencia que la clasificación legal que haya podido hacer el propio Estado no puede ser el único criterio para la aplicación del principio *ne bis in idem*, que su valor es relativo y que la decisión debe fundarse en criterios como la naturaleza o esencia misma de la infracción o el grado de severidad de la sanción. Desde entonces se conocen estos criterios como los «criterios Engel».

[23] STC 334/2005 de 20 de diciembre, FJ 2: «*no cabe apreciar una reiteración punitiva constitucionalmente proscrita cuando aun partiendo de la existencia de la imposición de una doble sanción en supuestos de identidad de sujeto, hecho y fundamento, en la ulterior resolución sancionadora se procede a descontar y a evitar todos los efectos negativos anudados a la previa resolución sancionadora, ya que, desde la estricta dimensión material el descuento provoca que en el caso concreto no concurra una sanción desproporcionada*». También en la STC 2/2023 de 6 de febrero, FJ 4 c) concluyó casi con los mismos términos que, si bien la pena impuesta con posterioridad a una sanción administrativa por un mismo hecho vulnera la garantía *ne bis in idem*, como su objetivo es evitar el exceso punitivo, el juez ordinario debe «*descontar y evitar todos los efectos negativos anudados a la previa resolución sancionadora ya que, desde la estricta dimensión material, (el descuento) provoca que en el caso concreto no concurra una sanción desproporcionada*».

de que en el momento de la ejecución de la sentencia no se haya descontado y evitado «*todos los efectos negativos anudados a la previa resolución sancionadora*».

El propósito de las líneas anteriores era resumir el estado actual de la doctrina jurisprudencial en lo que se refiere a la concurrencia de ilícitos penales y administrativos para un mismo hecho y el principio *ne bis in idem* y poner de manifiesto las diferencias doctrinales que es posible apreciar entre la jurisprudencia del TC y la de los tribunales europeos.

Sin embargo, estas no son las únicas diferencias. También las hay respecto de las condiciones que deben reunir el hecho para que sea considerado el mismo y también respecto de los límites del principio *ne bis in idem*.

III. Un mismo hecho, presupuesto de la prohibición de un nuevo proceso

El presupuesto que activa la garantía *ne bis in idem* es la identidad de hechos. Hasta el año 2009 el TEDH para poder resolver el problema de si el hecho que había sido enjuiciado y había dado lugar a una resolución firme con efecto de cosa juzgada era el mismo que posteriormente habría de servir de base a la apertura de un nuevo procedimiento, desde diferentes enfoques había propuesto diversas soluciones. Ese año el TEDH consideró que esos diferentes enfoques generaban «*una incerteza jurídica que es incompatible con un derecho fundamental, concretamente con el derecho a no ser procesado por una segunda vez por la misma infracción*» y que, por tanto, había llegado el momento de la armonización[24].

En efecto, en años anteriores el TEDH había resuelto en alguna ocasión que se había infringido el artículo 4.1. del Protocolo 7 porque las dos decisiones se habían basado en la misma conducta del recurrente[25]; en otro consideró que una misma conducta podía dar lugar a diversos delitos, por tanto, a un posible concurso ideal de delitos y que, por tanto, debería ser enjuiciado en otro procedimiento[26] y en un tercer enfoque puso el énfasis en los elementos esenciales de las dos infracciones[27]. Confirmó que el artículo 4 del Protocolo 7 permitía el castigo por los diferentes delitos que pudieran surgir de un solo hecho (concurso de delitos) pero que no debía atenderse exclusivamente a sus diferentes nombres sino a los elementos esenciales que son los diferenciadores[28].

Finalmente, ante esta situación de incerteza el TEDH en el año 2009 en el caso Zolutukhin v. Rusia, después de un detenido análisis de las propuestas existentes, decidió que para resolver el problema de si los ilícitos son los mismos o diferentes debía

[24] STEDH Zolutukhin contra Rusia de 10 de febrero de 2009, párrafo 78.

[25] STEDH Gradinger contra Austria de 23 de octubre de 1995.

[26] STEDH Oliveira contra Suiza de 30 julio de 1998.

[27] STEDH Franz Fischer contra Austria de 29 mayo de 2001.

[28] Una síntesis de los diferentes enfoques en STEDH Zolotukhin contra Rusia de 10 de febrero de 2009, párrafos 70-77. También Vervaele (2014), p. 9.

atenderse sólo a los hechos que están en la base de los ilícitos y prescindir para esa valoración de sus fundamentos jurídicos. Si el nuevo procesamiento surge de hechos idénticos o de hechos que son sustancialmente los mismos a los de la sentencia previa se habrá desconocido la prohibición del *bis in idem*[29].

De esta manera, los hechos que deben considerarse a efectos de comprobar la identidad o diferencia son los que fueron objeto de valoración en el primer procedimiento, el que terminó con una resolución, condenatoria o absolutoria, firme. Como dice el TEDH normalmente este documento contendrá los hechos referidos a la infracción por los que se procesó y acusó al que ahora alega el *ne bis in idem*. Esos hechos, continúa el TEDH, constituyen un buen punto de partida para determinar en el caso si los hechos en ambos procedimientos son idénticos o sustancialmente los mismos. El Tribunal considera irrelevante que aspectos de los nuevos cargos serán eventualmente descartados o rechazados en el procedimiento siguiente porque el artículo 4 del Protocolo 7 contiene una garantía frente a un nuevo juicio o al riesgo de un nuevo juicio antes que una prohibición de una nueva condena o absolución.

Para apreciar esa identidad el TJUE, en armonía con el TEDH, en recientes sentencias definitivamente abandona el criterio conforme al cual había que estimar que los hechos eran los mismos cuando se constataba la triple identidad de fundamentos, hechos y sujetos[30]. En la actualidad sostiene que para establecer esa identidad debe descartarse la consideración de si los fundamentos son los mismos ya que ni la calificación jurídica en el derecho nacional ni el interés jurídico protegido «*son pertinentes para determinar la existencia de la misma infracción*», puesto que el alcance del artículo 50 de la Carta variaría de un Estado miembro a otro[31].

Para el TJUE «*el criterio pertinente es el de la identidad de los hechos materiales, entendido como la existencia de un conjunto de circunstancias concretas indisolublemente ligadas entre ellas que han dado lugar a la absolución o la condena definitiva de la persona de que se trate*»[32]. De esta forma, de acuerdo con lo expuesto la comprobación de la identidad del hecho material que está en la base de los ilícitos, al suprimirse el criterio del fundamento jurídico, quedó reducida a la comprobación de la identidad de

[29] STEDH Zolutukhin contra Rusia, de 10 de febrero de 2009, párrafos 78-84.

[30] Bueno Armijo, A., «Carácter procedimental del *non bis in idem* en la Unión Europea», *Revista de Administración Pública*, Núm. 218, 2022, 171-206. El autor se une a la crítica de la jurisprudencia vacilante del TJUE entre *idem crimen* y *crimen factum* y pone de manifiesto que definitivamente el TJUE optó por el *idem factum* para todos los ámbitos del derecho en las sentencias de la Gran Sala bpost y Nordzucker y otros, de 22 de marzo de 2022.

[31] STJUE caso Menci, de 20 de marzo de 2018, Gran Sala, párrafo 36.

[32] SSTJUE caso Menci, de 20 de marzo de 2018, Gran Sala, párrafo 35; caso Mantello de 16 de noviembre de 2010 Gran Sala.

los hechos y sujetos[33]. El *idem* exigido, por tanto, cambió con la nueva jurisprudencia a la comprobación de *idem* entre hechos valorados jurídicamente a la comprobación de pura y simplemente de los hechos materiales. De *idem crimen* se pasó a *idem factum*[34].

Este cambio jurisprudencial europeo relativamente reciente no se ha reflejado en la jurisprudencia del TC que sigue manteniendo como condición la concurrencia de la triple identidad de hechos, sujeto y fundamento[35]. En efecto, de acuerdo con el TC el juez ordinario para valorar si en el caso concreto hay identidad de hechos, en la medida que sigue manteniendo la exigencia del mismo fundamento debe comprobar, además, si el interés o el bien jurídicamente protegido en los ilícitos es el mismo[36] de modo que, por ejemplo, si los hechos no comparten fundamento no puede estimarse que sean los mismos y no cabe, por tanto, ni siquiera plantearse la posibilidad de una vulneración de la garantía *ne bis in idem*.

Para los tribunales europeos basta con la comprobación de la identidad de los hechos materiales entre los hechos que fueron sancionados administrativamente y los que pueden ser sancionados penalmente en el nuevo procedimiento.

IV. *Bis in idem*. Las limitaciones al principio *ne bis in idem* en la doctrina jurisprudencial

La doctrina jurisprudencial tanto del TC como de los tribunales europeos admite que bajo ciertas condiciones un mismo hecho pueda ser sancionado tanto penal como administrativamente. Se trata de situaciones excepcionales en las que el *bis in idem* no está prohibido o, si se quiere, de limitaciones del derecho *ne bis in idem*. En la motivación de las sentencias tanto del TC como de los tribunales europeos que admiten para un mismo hecho una pena y una sanción administrativa se encuentran las razones jurídicas que legitimarían el doble castigo. Para el TC un sanción penal y una administrativa serían compatibles si existe una relación de sujeción especial del responsable con la Administración. Para los tribunales europeos la compatibilidad se justificaría por la necesidad de perseguir otros aspectos complementarios del comportamiento.

[33] SSTJUE caso Menci, de 20 de marzo de 2018, Gran Sala; caso Nordzucker, de 22 de marzo de 20220 y caso bpost Gran Sala, de 22 de marzo de 2022.

[34] Bueno Armijo, A., «Carácter procedimental…», ob. cit., p. 177.

[35] En este sentido las SSTC 2/2003 de 16 de enero, 48/2007 de 17 de abril y 2/2023 de 6 de febrero. También el TS se hace eco en el reciente ATS 825/2024, de 31 de enero, FD Primero.

[36] STC 2/2023, de 6 de febrero, FJ 4 e). El TC todavía se mantiene en la tesis de la triple identidad como criterio para resolver si se trata de la misma infracción.

IV.1. **La relación de sujeción especial del responsable con la administración**

El TC ha establecido que la imposición de una sanción administrativa por un mismo hecho que previamente ha sido objeto de una condena penal no vulneraría el *ne bis in idem* si la persona afectada por la doble sanción tiene una la relación especial de sujeción con la Administración, por ejemplo, funcionario o empleado público, que la vincula a su poder disciplinario. Este poder disciplinario de la Administración está asociado a las normas que establecen deberes propios de la función pública específica de la persona, como, por ejemplo, sería el deber de la policía de investigar los delitos y perseguir a los delincuentes.

De esta manera, en principio, un mismo hecho para esas personas que se encuentran dentro de esa relación de sujeción especial con la Administración podría ser fuente de una responsabilidad penal y también de una responsabilidad administrativa sin que se pudiera estimar lesionado el principio *ne bis in idem*.

Tiene especial interés en ese sentido la STC 234/1991, de 10 de diciembre. En esta sentencia el TC se pronunció sobre una posible vulneración de la garantía *ne bis in idem* en un supuesto en que a un policía al que se había sido condenado como autor de un delito de falso testimonio a una pena privativa de libertad, se le impuso posteriormente en uso del poder disciplinario de la Administración, la sanción disciplinaria de traslado de residencia como responsable de la falta prevista en el artículo 206 del Reglamento Orgánico de la Policía Gubernativa. El TC dispuso que la dualidad de sanciones en este caso estaba justificada porque a) si bien los hechos son los mismos estos son contemplados en el procedimiento administrativo desde la perspectiva de un interés protegido jurídicamente diferente del que se salvaguardó cuando se impuso la sanción penal; b) la segunda sanción no se impone en ejercicio del *ius puniendi* del Estado para perseguir los delitos o faltas sino «*en uso del poder disciplinario que la Administración tiene sobre sus dependientes o funcionarios, esto es, en virtud de la relación jurídica estatutaria que vincula al funcionario con la Administración sancionadora*»; y c) el interés jurídicamente protegido es distinto[37].

Como puede apreciarse, el TC legitima el doble castigo no sólo con la doctrina de la sujeción especial con la Administración, sino también con el argumento de la diversidad de intereses protegidos entre la norma penal y la administrativa. En este último punto se aprecia una contradicción del TC con su propia doctrina. Como se dijo anteriormente (supra III) el TC considera que se está frente a un mismo hecho si concurre la triple identidad de hechos, sujetos y fundamento (*idem crimen*), de manera que, si falta alguno de estos elementos, el hecho no puede ser considerado el mismo y, por tanto, el problema a resolver no es el de una doble sanción por el mismo hecho, no se trata de un conflicto con la prohibición del *bis in idem*. Como ha podido apreciarse el TC en

[37] STC 234/1991, de 10 de diciembre, FJ 2.

este caso recurre para justificar el doble castigo a los distintos intereses jurídicamente protegidos por la norma penal y la administrativa, pues como dice textualmente «*para que la dualidad de sanciones sea constitucionalmente admisible es necesario, además, que la normativa que la impone pueda justificarse porque contempla los mismos hechos desde la perspectiva de un interés jurídicamente protegido que no es el mismo que aquel que la primera sanción intenta salvaguardar o, si se quiere, desde la perspectiva de una relación jurídica diferente entre sancionador y sancionado*»[38].

Ahora bien, el TC en este caso ha podido hacer este razonamiento porque ha omitido una valoración previa que es absolutamente necesaria en todo supuesto en que el objeto de análisis es el derecho fundamental *ne bis in idem*, esto es, si el hecho que está en la base de la sanción penal y en la de la infracción administrativa es el mismo. En efecto, en este caso el TC en ningún momento se plantea el problema de si los hechos son los mismos, sino que lo da por supuesto y entra derechamente a hacer valoraciones en relación con el *ne bis in idem* para legitimar la concurrencia de una pena y una sanción administrativa.

El razonamiento del TC, sin proponérselo, encaja perfectamente con la doctrina del *idem factum* de los tribunales europeos que aplicada a este caso concreto hubiera llevado a considerar que hay dos hechos diferentes y, en consecuencia, apreciar un concurso de leyes y abstenerse de hacer cualquier consideración sobre el *ne bis in idem*.

IV.2. **La necesidad de perseguir otros aspectos complementarios del comportamiento**

En la STJUE de 20 de marzo de 2018 dictada a partir de una petición de decisión prejudicial de un tribunal italiano, el TJUE resolvió que un mismo hecho, atendido lo dispuesto por el artículo 50 CDFUE y el artículo 4 Protocolo 7, podía ser sancionado administrativa y penalmente[39]. La consulta en concreto se refería a la posibilidad de perseguir penalmente al que no ha pagado el impuesto del valor añadido (en adelante IVA) devengado después de haber sido sancionado administrativamente por ese hecho.

En aquella ocasión, el TJUE después de constatar que en la consulta no se cuestionaba el carácter penal del procedimiento y de la sanción administrativa conforme a sus criterios jurisprudenciales[40] y de que se trataba de la misma infracción ya que coincidían los hechos materiales[41], resolvió que una limitación del derecho *ne bis in*

[38] *Ibidem*.

[39] STJUE, caso Menci, de 20 de marzo de 2018, Gran Sala. La consulta provenía de un tribunal de Bérgamo.

[40] SSTJUE, caso Bonda, de 5 de junio de 2012 y caso Akerberg Franson, de 26 de febrero de 2013.

[41] Párrafos 34 y siguientes.

idem podía justificarse sobre la base del artículo 52, apartado 1 CDFUE[42] en tanto que esa limitación haya sido establecida por ley y respete el contenido esencial del derecho.

A partir de lo anterior una vez que hubo comprobado que la normativa interna italiana permite perseguir penalmente al deudor moroso del IVA devengado y que es un objetivo de interés general reconocido por la Unión la percepción de la totalidad del IVA, el TJUE concluyó que «*una acumulación de procedimientos y sanciones de carácter penal puede justificarse cuando, para alcanzar dicho objetivo, estos tengan objetivos complementarios relativos, en su caso, a distintos aspectos del mismo comportamiento infractor de que se trate, extremo que corresponde verificar al órgano jurisdiccional remitente*»[43]. Así, para el TJUE en materia de IVA resulta legítimo que el Estado inicie un procedimiento administrativo después del penal para perseguir otros aspectos del mismo comportamiento. En la sentencia, sin embargo, se advierte que la carga que pueda resultar de la suma de las sanciones no puede ser excesiva[44].

De esta forma, el TJUE acepta que el derecho *ne bis in idem* pueda limitarse con una persecución penal de la infracción que antes ha sido sancionada administrativamente[45] si a) la persecución penal está establecida por ley; b) si se persigue un objetivo de interés general; c) que las sanciones tengan finalidades complementarias; d) que la carga adicional por la suma de los procedimientos sea la estrictamente necesaria y e) que se establezcan normas que garanticen esa limitación.

En esta sentencia el TJUE recuerda expresamente que el derecho *ne bis in idem* se encuentra reconocido en el Protocolo 7 del CEDH y que el TEDH ha declarado que la acumulación de procedimientos administrativos y penales que repriman los mismos hechos no viola el *ne bis in idem* «*cuando los procedimientos tributarios y penales de que se trate presenten un vínculo material y temporal suficientemente estrecho*»[46].

El TJUE se refiere a la STEDH, Gran Sala, A y B contra Noruega, de 15 de noviembre de 2016 que como se verá sin duda marcó a la STJUE antes comentada. Se trataba también de un caso en que dos personas que como contribuyentes morosos habían sido

[42] Artículo 52. Alcance de los derechos garantizados. 1. Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Sólo se podrán introducir limitaciones, respetando el principio de proporcionalidad, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás.

[43] Párrafo 44.

[44] Párrafos 45 y 46.

[45] En el derecho español por regla general el procedimiento administrativo sancionador debe suspenderse si se incoa un proceso penal por los mismos hechos. Así en el Estatuto Básico del Empleado Público, el artículo 94.3 señala que «3. Cuando de la instrucción de un procedimiento disciplinario resulte la existencia de indicios fundados de criminalidad, se suspenderá su tramitación poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal».

[46] Párrafo 61.

sancionados administrativa y penalmente. El TEDH en esa oportunidad resolvió que en ese caso concreto no se lesionaba el derecho *ne bis in idem* porque el ilícito administrativo y el ilícito penal formaban un todo coherente y que los propósitos perseguidos en el proceso eran complementarios y estaban temporal y estrechamente conectados. Para apreciar la conexión suficientemente estrecha entre los procedimientos administrativos y penales el tribunal señaló que debe atenderse a «factores materiales»[47] como a) si los diferentes procedimientos persiguen propósitos complementarios y que, en consecuencia, comprenden diferentes aspectos de la infracción; b) la dualidad de procedimientos para la misma conducta sea una consecuencia previsible en la ley ; y c) sobre todo que se evite que la persona afectada pueda sufrir una carga excesiva con la sanción que se pueda con posterioridad a la administrativa.

El criterio de la complementariedad de los propósitos perseguidos en la consideración de distintos aspectos del hecho y la coherencia y conexión material entre el ilícito administrativo y el penal constituye la premisa legitimadora de la acumulación de unas sanciones que consideradas conjuntamente forman un todo coherente. Este planteamiento doctrinal que, como señalábamos anteriormente, está plasmado en las sentencias del TEDH y del TJUE antes comentadas, sin embargo, es perfectamente aplicable en el caso que muchos años, concretamente en el año 1985, resolvió el TC.

V. **Conclusiones**

1.ª La doctrina jurisprudencial sobre el principio *ne bis in idem* del TC y la de los tribunales europeos como lo ha destacado la doctrina científica no es uniforme. Esta discrepancia ya se manifiesta en lo que respecta al derecho o a los derechos garantizados por el *ne bis in idem*. Si para los tribunales europeos el principio *ne bis in idem* garantiza que por los mismos hechos no se va a iniciar un nuevo proceso para el TC prevalece la garantía de que por esos hechos no se va a imponer una nueva sanción.

2.ª Las discrepancias también se manifiestan en lo referente al concepto de «*mismo hecho*». Para el TC el hecho será el mismo si coinciden hechos, sujetos y fundamento (*idem crimen*), en cambio los tribunales europeos prescinden de la exigencia de fundamento y exigen sólo la concurrencia de los hechos materiales (*idem factum*). Está dentro de lo posible y es deseable que el TC asuma el concepto menos restrictivo de *idem factum*, es decir que para estimar la identidad de hechos atienda sólo a los hechos materiales.

3.ª En la jurisprudencia del TC y de los tribunales europeos respecto de los límites al *ne bis in idem*, por tanto, de supuestos en que la concurrencia de sanciones es admisible, hay puntos de encuentro.

[47] Párrafo 132.

a) Es atendible la postura del TC que entiende que el hecho es merecedor de una doble sanción si el responsable tiene una especial relación con la Administración y si los intereses que protegen las normas penales y administrativas son distintos.
b) También lo es la de los tribunales europeos de considerar el ilícito penal y el administrativo como un todo coherente del que derivan deberes complementarios cuya inobservancia debe ser perseguida, pero evitando el exceso punitivo.

VI. Bibliografía

Alcacer Guirao, Rafael, «El derecho a no ser sometido a doble procesamiento: discrepancias sobre el *bis in idem* en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en el Tribunal Constitucional», *Justicia Administrativa, Revista de Derecho Administrativo*, Lex Nova, Núm. 61, 2013, pp. 25-52.

Bueno Armijo, Antonio, «El principio non bis in *idem* en el derecho de la Unión Europea. Una configuración cada vez más alejada del ordenamiento español», *Anuario de Derecho Administrativo sancionador*, 2021, pp. 271-307.

— «Carácter procedimental del *non bis in idem* en la Unión Europea», *Revista de Administración Pública*, Núm. 218, 2022, pp. 171-206.

Gómez Tomillo, Manuel, «Non bis in *idem* en los casos de dualidad de procedimientos penal y administrativo. Especial consideración de la jurisprudencia del TEDH», *InDret*, Núm. 2, 2020, pp. 421-456.

López Guerra, Luis María, «"Ne bis in *idem*" en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista Española de Derecho Europeo*, Núm. 69, 2019, pp. 9-26.

Perelló Domenech, Isabel, «Derecho administrativo sancionador y jurisprudencia constitucional», *Jueces para la Democracia*, Núm. 22, 1994, pp. 76-81.

Perez Manzano, Mercedes, *La prohibición constitucional de incurrir en bis in idem*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2002.

— «Reflexiones sobre el Derecho Fundamental a no padecer *bis in idem* al hilo de la STC 2/2003, de 16 de enero», *La Ley*, Núm. 3, 2003, pp. 1652-1665.

Puerta Seguido, Francisco, y Beltrán de Felipe, Miguel, «Perplejidades acerca de los vaivenes en la jurisprudencia constitucional sobre el *ne bis in idem*», *Revista Española de Derecho Constitucional*, Núm. 71, 2004, pp. 363-393.

Torres Fernández, María Elena, «De nuevo sobre el principio *non bis in idem* en la jurisprudencia constitucional», *La Ley*, Núm. 4, 2003, pp. 1513-1531.

Trayter Jiménez, Juan Manuel, «Sanción penal-sanción administrativa: el principio "non bis in *idem*" en la jurisprudencia», *Poder Judicial*, Núm. 22, 1991, pp. 113-133.

Vervaele, John A.E., «El Principio de *non bis in idem* en Europa», en *Publicaciones del Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales*, Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional, Universidad de Castilla-La Mancha, 2006.

20

ACTOS PREPARATORIOS PLURIPERSONALES PUNIBLES: CUESTIONES GENERALES*

DIEGO-M. LUZÓN PEÑA
Catedrático de Derecho Penal (emér.)
Univ. de Alcalá, Madrid
Dr. h.c. mult. Presidente de honor de la FICP; contacto@ficp.es

SUMARIO: I. ACTOS PREPARATORIOS Y ACTOS EJECUTIVOS. II. PREPARACIÓN INDIVIDUAL Y PREPARACIÓN PLURIPERSONAL. II.1. Actos preparatorios individuales. II.2. Actos preparatorios de la intervención plural o pluripersonal. III. ACTOS PREPARATORIOS PLURIPERSONALES: FASES PREVIAS A LA CODELINCUENCIA O INTERVENCIÓN PLURAL DE AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN. III.1. Fundamento. III.2. Clases. III.3. Ámbito: delitos a los que son aplicables; sistemas legales. III.4. Naturaleza. IV. PUNICIÓN DE LOS ACTOS PREPARATORIOS Y DE LAS FORMAS DE IMPERFECTA EJECUCIÓN.V. BIBLIOGRAFÍA.

I. ACTOS PREPARATORIOS[1] Y ACTOS EJECUTIVOS

La preparación, de pre-parar (*prae-parare*), pre-venir o disponer para hacer algo posterior[2], es una fase previa o anterior al comienzo de la realización típica, o sea a la tentativa si la conducta es dolosa, supone ciertamente realizar ya actos, individual o conjuntamente con otras personas, encaminados a un posterior comienzo de ejecución,

* Dedico esta contribución a la memoria de mi muy querido amigo y compañero Carlos M. Romeo Casabona con todo el afecto que le he profesado desde hace tantos años y con el reconocimiento por su larga y fructífera vida académica, que nunca olvidaremos.

[1] Es digno de destacar que buena parte de la doc. hispanoamericana no trata o casi no trata en las obras de PG (en el *iter criminis* o en la codelincuencia) las diversas posibles formas de actos preparatorios que pueden ser punibles. Igual ocurre en la doc. italiana, debido a una peculiar mención de dos de ellos, la conspiración o acuerdo y la instigación, en el art. 115, precepto aún en la PG pero totalmente separado de la tentativa y que como regla los considera impunes salvo disposición contraria en la PE.

[2] Preparación y preparatorio derivan del verbo preparar. Según las primeras acepciones del DRAE, «preparar»: (Del lat. *praeparāre*)./1**.** tr. Prevenir, disponer o hacer algo con alguna finalidad./2. tr. Prevenir o disponer a alguien para una acción futura.». Idéntica connotación tiene el término en italiano, francés, portugués o inglés: *preparare*, *préparer*, *preparar*, *prepare*, y en alemán *vorbereiten*: de *bereiten*, disponer, y *vor*: previamente, antes.

pero en un estadio previo, sin iniciar aún la fase de ejecución típica, la fase de tentativa. Es por tanto no sólo anterior a la simple tentativa, sino aún más anterior y alejada de la consumación, lo que explica que su punición no sea regla general, sino excepción. Sobre el inicio de la ejecución o actos ejecutivos, que marca el fin de la mera preparación y el comienzo de la tentativa, conviene abordarlo al inicio del examen de la Tentativa

II. Preparación individual y preparación pluripersonal

En los casos en que se declaran punibles, bien en la PG o en la PE, tanto supuestos de preparación pluripersonal como más excepcionalmente de preparación individual, son *causas de ampliación de la tipicidad antes de la tentativa*, es decir, *una segunda ampliación más allá de la extensión de tipicidad que ésta supone* antes de la tipicidad normal de la consumación[3].

II.1. **Actos preparatorios individuales**

Como regla en la inmensa mayoría de legislaciones, si los actos preparatorios son individuales, realizados por el propio sujeto sin mezclar a terceros o intentarlo para delinquir después, son impunes: por una parte, como en cualquier acto de mera preparación por la menor peligrosidad y más facilidad de abandono al no haber pasado a la ejecución, y por otra parte, por estar actuando el sujeto solo sin implicar a terceros, que no controla igual que a él mismo, y sin implicarse y comprometerse él ante terceros. La excepción es la tipificación expresa de un acto preparatorio individual como delito autónomo (consumado) en algunos casos en la Parte Especial, v.gr. la tenencia de instrumentos utilizables para el robo, la falsificación o la elaboración de drogas, o el autoadoctrinamiento y autoadiestramiento terrorista. (La tendencia expansiva al aumento de uso de esta técnica[4] implica un preocupante peligro de abuso, una propensión hacia un Derecho penal del riesgo —a tipificar la creación de riesgo aún muy alejada de la lesión— o de contravenciones, o incluso a su uso extendido en un Derecho penal del enemigo). Aisladamente algún Código tipifica en su PG con carácter general la preparación aun individual, como el art. 46.1 CP neerl. tras la tentativa la preparación mediante posesión de medios u objetos para el delito o el art. 12.1 CP cub. la preparación de

[3] En este sentido ya Luzón Peña, *Iter criminis y actos preparatorios pluripersonales e individuales*, ForFICP 2023-2 (27 ss.), 32; y doc. cit. *infra* n. 8.

[4] Destacando críticamente la creciente expansión de estos actos preparatorios individuales tipificados como delitos autónomos en la PE Alonso Rimo, InDret 2017-4, 67 ss.; El tipo subjetivo de los actos preparatorios, 2023, 57 ss. Aparte de ello remito al amplísimo número de trabajos cits. en Bibliografía de mi trabajo cit. en n. 4, en ForFICP2023-2 (27 ss.), 104 ss., la mayoría en sentido muy crítico, sobre nuevos delitos preparatorios invididuales o tb. pluripersonales tipificados en la PE como delitos autónomos por las diversas legislaciones penales.

diversos modos de delitos (de cualquier delito en la versión anterior, o en la versión actual sólo de delitos expresamente previstos).

II.2. **Actos preparatorios de la intervención plural o pluripersonal**[5]

Se trata de actos preparatorios de autoría y participación (codelincuencia). Actos preparatorios pluripersonales punibles (APPP[6]) que suponen una **nueva y segunda ampliación o extensión de la tipicidad y consiguiente punibilidad**[7] *más allá, antes de la ampliación o extensión de la tipicidad que ya constituye la tentativa* (dolosa), y por tanto antes de la autoría y participación ya en esa primera fase de ejecución anterior a la tipicidad normal de la fase de consumación, estamos ante una doble ampliación de la tipicidad, pues se amplía no sólo antes de la consumación a la ejecución, sino antes de la fase de ejecución a la de preparación[8]. Por esa razón no cabe de ningún modo

[5] Destacando su carácter pluripersonal ya Quintano, Comentarios I, 1946, 46, 50. Y desde luego la doc. y la regulación alemana, que, como vemos a continuación, los enfoca bajo el prisma de las *Vorstufen der Beteiligung*, fases o etapas previas de la intervención plural o codelincuencia.

[6] Parece más exacto agregar en la abreviatura una tercera P, la de punibles, para los actos preparatorios pluripersonales que además son punibles (APPP), y dejar la fórmula más breve APP para los actos preparatorios pluripersonales tanto punibles como no punibles; pero también puede usarse APP para la terminología más extendida de actos preparatorios punibles, sin especificar si son pluripersonales o individuales. La terminología «actos preparatorios pluripersonales» (con más de una persona) «punibles» y la abreviatura APPP para los punibles las utilizo ya en Luzón Peña, ForFICP 2023-2, 32 ss. Manjón-Cabeza, «Actos preparatorios: una discusión duradera. Especial consideración a la proposición», *RGDP,* 41, 2024, 1 ss., los llama «actos preparatorios colectivos»; pero tal denominación es menos exacta que la de pluripersonales, ya que, como recoge la RAE, colectivo/a («perteneciente o relativo a una agrupación de individuos») se refiere una agrupación, o sea a un conjunto de personas agrupadas, incluso asociadas, lo que no es el caso si el acto preparatorio intenta involucrar solamente a dos o muy pocas personas.

[7] Así, entre otros, Jescheck, AT 1.ª 1969 a 4.ª 1988/Tratado PG, 1981, § 65 I 2-3; Jescheck / Weigend, AT, 5.ª 1996/PG, 2002, § 65 I 2, 3; Octavio de Toledo / Huerta, PG, 2.ª 1986, 420 ss.; Rodríguez Devesa / Serrano, PG 18.ª 1995, 771; Luzón Peña, Curso PG I, 1996, 351; Lecc PG, 2.ª/3.ª 2012/2016, 14/15 s.; ForFICP 2023-2, 32; Díaz y García Conlledo, EJB 1995, 1520; en Luzón Peña (dir.), EPB, 2002, 300; Bacigalupo, Principios PG, 5.ª 1998, 334, 352: extensión de la tipicidad; Moreno-Torres, en Zugaldía / Pérez Alonso, PG, 2002, Secc. 3.ª 2.ª Parte, 696: extensiones de la tipicidad; Barber Burusco, Los actos preparatorios, 2004, 31 ss.; Roxin, AT II, 2003/PG II, 2014, § 28/1; Hillenkamp, LK, 11.ª 2006-07, antes del § 22/9; Schünemann, LK, 11.ª 2006-07, § 30/1; Llabrés Fuster, en Gómez Tomillo (dir.), Coment, 2010, 135; Schönke / Schröder / Cramer / Heine, StGB, 29.ª 2014, § 30/2; Schünemann / Greco, LK, 13.ª 2019, § 30/1; Schönke / Schröder / Cramer / Heine / Weisser, StGB, 30.ª 2019, § 30/2; El iniciador del concepto para la tentativa y la participación, M. E. Mayer, AT, 1915/1923, 341 ss.; PG, 2007, 425 ss., utilizaba el término «causas de extensión de la pena (o punibilidad)»: «*Strafausdehnungsgründe*»; siguiéndole p. ej. Mezger, Lehrbuch, de 1.ª 1931 a 4.ª 1954 (Tratado, II, 1946), § 51 I; H. Mayer, AT StuB, 1967, 140; Manjón-Cabeza, RGDP 41 2024, 24 ss.

[8] Segunda ampliación que por ello en Derecho comparado suele ser excepcional, aplicable no a todos sino sólo a algunos delitos en los mayoritarios sistemas de *numerus clausus* frente al minoritario sistema de *numerus apertus*: v. Luzón Peña, ForFICP 2023-2, 39 ss.

en estos APPP formas de imperfecta realización, es decir tentativa ni preparación de estos actos preparatorios pluripersonales, ni mera participación en ellos: v. *infra* II 3.d). Mientras la doc. de habla hispana los trata generalmente bajo la rúbrica de «actos preparatorios punibles»[9], es otra la terminología en la dogmática penal de Alemania: la doctrina quizás mayoritaria los denomina: fases o etapas previas de (a) la intervención plural o participación en sentido amplio: autoría y participación (*Vor-stufen*[10] *der*

[9] Así, entre otros, Pacheco, CP coment I, 1856, 101 ss.; Ferrer, I, 1946, 75 ss.; Antón Oneca, DP I, 1949, 402 ss.; Quintano, Comentarios I, 1946, 46 ss.; Curso I, 1963, 222 ss.; Mir Puig, ADPCP 1973, 373 s.; PG, 2:.ª 1985, 283; 10.ª 2015/16, 13/28 ss.; Ruiz Antón, El agente provocador, 1982, 202; Orts Berenguer, CPC 1982, 491 ss.; Octavio de Toledo / Huerta, PG, 2.ª 1986, 421 ss., denominándolos tb. (419 ss.) actos preejecutivos (aun reconociendo en 424 que tb. son pre-coautorías o pre-participaciones); Sainz Cantero, Lecciones, 3.ª 1990, 775 s.; Quintero, PG, 2.ª 1989, 520 ss.; Curso PG, 1.ª 1996, 455 ss.; Campo Moreno, CDJ 1994-39, 278 ss.; Los actos preparatorios punibles, 2000; Díaz y García Conlledo, EJB 1995, 1520 ss.; en Luzón Peña (dir.), EPB, 2002, 299 ss.; Bacigalupo, Principios, 5.ª 1998, 336; Cobo / Vives, PG, 5.ª 1999, 720 ss.; Olmedo Cardenete, en Cobo (dir.) Coment CP, I, 1999, 870 s.; Cerezo, Curso III, 2001, 178 ss.; PG, 2008, 900; Moreno-Torres, en Zugaldía / Pérez Alonso, PG, 2002, 700 ss.; Barber, Los actos preparatorios, 2004, *passim*, 86 ss.; Orts / González Cussac, PG, desde 1.ª 2004, 219 ss., a 9.ª 2022, 279 ss.; del Rosal Blasco, LH-Rodríguez Mourullo, 2005, 949 ss.; Martínez-Buján Pérez, RP 21 2008, 267 ss.; López Barja-Q., Trat PG, 2010, 871; Gil Gil, en Gil / Lacruz / Melendo / Núñez, Curso PG, 1.ª 2011, 318 ss.; 2.ª 2015, 324 ss.; Quintero / Morales, PG, 5.ª 2015, 407 ss.; Polaino, Lecc PG II, 2.ª 2016, 238 ss.; Alonso Rimo, InDret 2017-4; EPCr XXXVIII, 2018, 461 ss.; El tipo subjetivo de los actos preparatorios, 2023; Morillas, Sistema PG, 2018, 844 ss.; Díez Ripollés, PG, 5.ª 2020, 544 ss.; Arango Durling / Muñoz Arango, El iter criminis, 2021, 20 ss.; Manjón-Cabeza, RGDP 41 2024, 1 ss., 4 ss. (Algunos como Sainz Cantero, Ruiz Antón, Olmedo destacan además expresamente que se trata de la preparación anterior a la ejecución de la tentativa y no de formas vinculadas a la participación).

Tratándolos dentro del *iter criminis*, pero antes incluso de los actos preparatorios como meras «*resoluciones manifestadas*» (por ser sólo verbales sin actos materiales, que requiere la preparación; lo que es incorrecto), Jiménez de Asúa, Ley y delito, 2.ª 1954, 500; Tratado, VII, 2.ª 1977, 228 ss., 263 ss., 268 (aunque aquí reconoce que tb. pueden considerarse actos preparatorios); Luzón Domingo, DP TS, II, 1964, 31 s.: Rodríguez Devesa / Serrano, PG, 18.ª, 1995, 778 s; Landecho / Molina Blázquez, PG, 5.ª 1996, 430 ss., 11.ª 2020, 506 ss.; y Molina Blázquez, PG, 1.ª 2022, 488 ss.; Luzón Cuesta, Comp PG, 26.ª 2021, 188; STS 29-11-2002, A 10874. En contra con razón Quintano, Curso I, 1963, 223; Rodríguez Mourullo, ADPCP 1968, 278; Orts Berenguer, CPC 1982, 487; Mir Puig, PG, 2.ª 1985, 283 n. 15; 10.ª 2015/16, 13/28 n. 15; del Rosal Blasco, La provocación, 1986, 209; Sainz Cantero, Lecciones, 3.ª 1990, 775 s.; Rebollo Vargas, La provocación, 1997, 17 s.; Cobo / Vives, PG, 5.ª 1999, 720 s.; Barber, Los actos preparatorios, 2004, 53 s.; Cuello Contreras, PG II, 2009, XIV/342 n. 363; Molina Fernández, MementoPen 2021, 2020; 2023, 2022, 342, nm. 2652 ss.; Alonso Rimo, El tipo subj. de los actos preparatorios, 2023, 50 ss. Considerándolas tanto actos preparatorios cuanto resoluciones manifestadas como sinónimos muchas STS: 29-9-1980, A 3353; 10-10-1980, A 3683; 14-11-1984, A 5484; 16-11-1987, A 8520; similar aunque entendiendo que los auténticos actos preparatorios requieren actos materiales 29-11-2002, A 10874.

[10] Literalmente *Stufe* es peldaño o grado, así que *Vorstufen* son peldaños o grados previos (al tomar parte, a la participación en sentido amplio), aunque también se traduce más libremente como etapas o fases previas o estadios previos.

Beteiligung)[11], o sea, como tb. se reconoce en la doc. española, fases o etapas previas a la codelincuencia[12]. Aunque nada menos que el tratado de Roxin los considera como «formas de preparación del delito con intervención (al menos pretendida) de varias personas» y concluye que «merece aplauso la 'teoría de la preparación', según la cual el § 30 conmina con pena formas de preparación del delito especialmente peligrosas»[13], e igual preferencia por considerarlos preparación muestran otros autores[14], con lo que

[11] Consideran predominante el aspecto de fase previa a la intervención plural, codelincuencia o participación en sentido amplio, p.ej. Dreher, GA 1954, 14 ss.; Maurach, AT, 1.ª 1954-4.ª 1971/Tratado II, 1962, § 53 II A; JZ 1961, 138; Schröder, JuS 1967, 289 ss.; Letzgus, sólo en el título de su monografía Vorstufen der Beteiligung, 1972, aunque acaba prefiriendo (215 ss., 225 s.) la consideración como preparación; Schmidhäuser, StuB AT, 2.ª 1984, 11/108; Maurach / Gössel, AT 2, 7.ª 1989/PG 2, 7.ª 1995, § 53/3 ss.; Baumann / Weber, AT, 10.ª § 32 II 1; Blei, AT, 18.ª 1983, § 81 II, antes de 1; Jescheck / Weigend, AT, 5.ª 1996 (PG, 2002) § 65 I 3 (pero tb. preparación); igual Roxin, AT II, 2003/PG II, 2014, § 28/2; Stratenwerth, AT, 4.ª 2000 (Stratenwerth / Kuhlen, AT, 6.ª 2011), § 12/165 ss. (instigación y concertación como tentativa de participación, mientras que 11/1 ss. habla de «preparación» en la individual); Kühl, AT, 8.ª 2017, § 20/243. Posición intermedia en Köhler, AT, 1997, 545; Frister, AT, 9.ª 2020, 29/1 ss.: tentativa y preparación ante varios intervinientes en el hecho, 29/28 ss.: tentativa de intervención pluripersonal.

[12] Así Quintano, Comentarios I, 1946, 50: su naturaleza «nada tiene que ver con los grados de perfección de la infracción y sí con la codelincuencia» (pero en 46 ss. los llama actos preparatorios); Rodríguez Mourullo, en Córdoba / Rodríguez Mourullo, Coment I, 1972, 151, 154 ss.; Gómez Benítez, TJD PG, 1984, 556 ss.: pre-estadios de la autoría y participación; Muñoz Conde / García Arán, PG, de 1.ª 1993, 398, a 10.ª 2019, 427: formas de participación intentada; Gómez Rivero, LL 1996-1, 1624 ss.: formas de participación intentada; López Peregrín, La complicidad, 1997, 480 n. 206; Cuello Contreras, PG II, 2009, XIV/342, actos preparatorios de la participación en sentido amplio (aunque en nm. 342 ss. entiende que conspir. y propos., los únicos que considera tales, son preparatorios sólo de coautoría, cambiando su anterior posición en ADPCP 1976, 536, y La conspiración, 1978, *passim*, de entender la conspiración como tentativa de inducción mutua) Demetrio Crespo, en Demetrio / de Vicente / Matellanes, Lecc II, 2.ª 2015, 196, 250: formas de coautoría y participación intentadas. En un ***sentido ecléctico*** (similar al de autores alemanes que se cita a continuación): a la vez actos preparatorios o previos a la participación y actos preparatorios del delito, Politoff, Los actos preparatorios, 1999, 53; Barber, Los actos preparatorios, 2004, 86 ss.; Llabrés Fuster, en Gómez Tomillo (dir.), Coment, 2010, 134 s.; Mir, PG, 10.ª 2015/16, 11/28 ss., 31.

[13] Roxin, AT II, 2003/PG II, 2014, § 28/2. Ya antes en LK, 11.ª 1994, § 30/2. Pese a eso trata estos actos preparatorios en AT/PG al final de la Sección 8.ª: Autoría y participación (§§ 25 a 28) como § 28 con la rúbrica «Fases previas de la intervención plural o participación en sent. amplio» e inmediatamente antes de la Secc. 9.ª: La teoría de la tentativa (§§ 29 y 30), porque en § 28/3 lo justifica en que muchos de los principios de la inducción y de la coautoría son aplicables a la instigación intentada y a la conspiración, mientras que los de la tentativa no lo son salvo las reglas del desistimiento. Pero ese enfoque se explica porque *Roxin* siguiendo la tradición alemana dedica su Secc. 9.ª a la tentativa, y no al concepto y enfoque más amplio del *iter criminis*.

[14] Así Stienen, JW 1924, 1708 ss.; Jescheck, AT 1.ª 1969 a 4.ª 1988/Tratado PG, 1981, § 65 I 2,3 (aunque tb. anterior a participac.); Busch, R., FS-Maurach, 1972, 248; Letzgus, Vorstufen der Beteiligung, 1972, 215 ss., 225 s.; Schönke / Schröder / Cramer, StGB, de 18.ª 1975 a 26.ª 2000, § 30/1-2; Kühl, JuS 1979, 874; Walder, SchwZStr 99 1982, 225 ss.; FS-Leferenz, 1983, 537 ss.; Schnarr, NStZ

le están dando la razón al enfoque mayoritario de nuestra doctrina. El § 30 StGB alem. utiliza la rúbrica de «tentativa (o intento) de la intervención plural o participación en sentido amplio»: *Versuch der Beteiligung*), en una fórmula, obviamente muy reproducida por la doc., que mezcla los títs. 2.º: tentativa y 3.º: autoría y participación, aunque el precepto se encuadra al final del tít. 3.º

III. Actos preparatorios pluripersonales: fases previas a la codelincuencia o intervención plural de autoría y participación

Pueden ser punibles, según los sistemas legales que después veremos, declarados como tales ya en la Parte general o solamente en figuras concretas de la Parte especial, diversos actos preparatorios no individuales, sino que implican o intentan implicar a varias personas, y, como vamos a ver, representan fases previas o anticipadas a las formas de codelincuencia: a la autoría y participación típicas y punibles en la fase normal, la de ejecución a partir de la tentativa. Se tipifican, ya se verá con qué alcance y frente a qué delitos, figuras como la instigación intentada o proposición a otro, la provocación o incitación colectiva o pública, la apología pública, la conspiración, concertación, complot o acuerdo de varios, e incluso de modo minoritario también el ofrecimiento a delinquir o la aceptación del ofrecimiento.

III.1. **Fundamento**

No puede admitirse un fundamento de su punición puramente subjetivo, es decir, considerar que la voluntad delictiva ya exteriorizada y empezada a preparar según el plan del sujeto, aunque no se haya iniciado el momento decisivo de realizar el tipo, denota suficiente peligrosidad del sujeto y su hecho y sería merecedora de pena; pues no es admisible una fundamentación únicamente subjetiva del ilícito o injusto penal, y además en este campo ello conduciría a no establecer diferencia entre preparación y ejecución[15], ni entre preparación individual y pluripersonal.

1990, 257 ss.; Bloy, JR 1992, 494: «criminalidad del campo previo: *Vorfeldkriminalität*»; igual Kühl, AT, 8.ª 2017, § 20/243, Dessecker, Im Vorfeld eines Verbrechens, JA 2005, 549 ss.; y Thalheimer, Die Vorfeldstrafbarkeit, 2008; Gropp, AT, 1.ª 1997, 289 s.; Jescheck / Weigend, AT, 5.ª 1996/PG, 2002, § 65 I 2, 3 (aunque tb. anterior a participac.); Hillenkamp, LK, 11.ª 2006-07, antes del § 22/5 ss., 9 s.; Schünemann, LK, 12.ª 2006-07, § 30/1; Mitsch, Jura 2013, 696 ss.; Petzsche, en: Sinn ed., Menschenrechte und Strafrecht, 2013, 67 ss.; Schünemann / Greco, LK, 13.ª 2019, § 30/1; Rengier, AT, 12.ª 2020, § 47/1: acciones preparatorias, aunque lo trate al final del cap. de autoría y participación; igual Heinrich, AT, 7.ª 2022, nm. 1365, 1362 ss.; Wessels / Beulke / Satzger, AT, 51.ª 2021, nm. 912 ss.: punibilidad de la preparación del delito (instigación, concertación).

[15] *Cfr.* ampliamente sobre (y en contra de) una fundamentación subjetiva de los actos preparatorios, sean individuales o pluripersonales, Alonso Rimo, El tipo subjet. de los actos preparatorios, 2023, 57 ss., 81 ss.

La fundamentación de la punición de determinados actos preparatorios pluripersonales frente a la mucho mayor impunidad de la preparación individual– ha de ser, pues, ***objetiva*** (unida, claro está, al mayor desvalor de acción de tener que ser en los distintos CP *preparación dolosa*, tanto la pluripersonal como excepcionalmente la individual, ya que no hay actos preparatorios punibles en el campo de la imprudencia[16]). En los supuestos en los que la ley los considere punibles —lo que varía mucho de unos sistemas legales a otros, como se verá a continuación—, su fundamento puede verse en que el preparar un delito junto con otros, instigando a otros o proponiéndoles delinquir o concertándose varias personas para delinquir y planificándolo conjuntamente, implica ***frente a la preparación individual mayor peligrosidad objetiva*** *de la conducta de cada interviniente* en esta situación al involucrar a terceros[17] por la *conjunción de estos factores*: a) Primero porque, como muchos señalan, el sujeto ya no tiene control o muy difícilmente sobre la actuación de los demás aunque él decidiera parar o echarse atrás (lo que en la preparación individual basta en cualquier momento para detener el *iter* y no pasar a la ejecución), y por tanto ha puesto en marcha un curso causal ya no dominable o controlable[18]. b) Pero además, como agudamente se ha destacado por algunos, la situación se hace más peligrosa no sólo por esa falta de control sobre la actuación de los terceros involucrados, sino en la situación del propio sujeto que ha querido involucrar a terceros (tanto en la proposición/incitación como más claramente aún en la conspiración ya con todos puestos de acuerdo) por la «vinculación de su voluntad»,

[16] Señalándolo asimismo Díaz y García Conlledo, EJB 1995, 1520; en Luzón Peña (dir.), EPB, 2002, 300; muy ampliamente Alonso Rimo, El tipo subjet. de los actos preparatorios, 2023, 277 ss. (tras dedicar una parte esencial del libro, 119 ss., al tipo subjetivo doloso de los APP), pero analizando críticamente tb. en 283 ss. supuestos de castigo de pre-ejecución delictiva imprudente.

[17] Así Antón Oneca, DP I, 1949, 404; Rodríguez Mourullo, en Córdoba / Rodríguez Mourullo, Coment I, 1972, 154; Cuello Contreras, La conspiración, 1978, 16 ss.; PG II, 2009, XIV/347; Mir Puig, PG, 2:.ª 1985, 284; 10.ª 2015/16, 13/30; Geppert, Jura 1997, 547; Roxin, Anmerkung zu BGHSt 44, 103, NStZ 1998, 616; AT II, 2003/PG II, 2014, § 28/5; Beulke, NStZ 1999, 26; Díaz y García Conlledo, en Luzón dir., EPB, 2002, 301; Barber Burusco, Los actos preparatorios, 2004, 31 ss., 114 ss.; López Barja-Q., Trat PG, 2010, 871; Kühl, AT, 8.ª 2017, § 20/244; Serrano González de Murillo, LH-Morillas, 2018, 627 s. (en 608 expone argumentos contrarios a esta fundamentación de Rodríguez Mourullo, ADPCP 1968, 292 ss., Orts, CPC 1982, 491, y Martínez Escamilla, El desistimiento, 1994, 152 ss.); Manjón-Cabeza, RGDP 41 2024, 9, 12 ss. Tb. sents. BGHSt 1, 309; BGH NStZ 1998, 347; BGHSt 44, 103.

[18] Así lo señalan BGHSt 1, 309; BGH NStZ 1998, 347; BGHSt 44, 103; Geppert, Jura 1997, 547; Kretschmer, Anm. zu BGH NStZ 347, en NStZ 1998, 401; Roxin, Anmerkung zu BGHSt 44, 103, NStZ 1998, 616; AT II, 2003 /PG II, 2014, § 28/1, 5; Kühl, AT, 8.ª 2017, § 20/244; Díaz y García Conlledo, en Luzón dir., EPB, 2002, 301; Barber Burusco, Los actos preparatorios, 2004, 31 ss., 114 ss.; Hillenkamp, LK, 11.ª 2006-07, antes del § 22/9; Schünemann, LK, 11.ª 2006-07, § 30/3; Llabrés Fuster, en Gómez Tomillo (dir.), Coment, 2010, 134; Alonso Rimo, El tipo subjet. de los actos preparatorios, 2023, 73; tb. sents. BGHSt 1, 309; BGH NStZ 1998, 347; BGHSt 44, 103. Críticam. Rodríguez Mourullo, ADPCP 1968, 292 ss.: no siempre el sujeto perderá el control por involucrar a terceros.

por el compromiso que ha adquirido a los ojos de los mismos, que le hará sentirse a él más vinculado y obligado para no echarse atrás[19]. c) O que incluso podrá llegar a sentir coacción o presión de los terceros que se han visto involucrados.

No obstante, hay opiniones que rechazan que esas fundamentaciones (a y b) sean suficientes para justificar la punición de las fases previas de la intervención plural por indeterminación y castigar la actitud interna o que sólo la admiten con ulteriores restricciones[20]. Y por otra parte, ROXIN, que sí defiende esa doble fundamentación, cree que *no concurre* en la peculiar figura del § 30, 2 StGB alemán del «declararse dispuesto» ni puesta en marcha de un curso no controlable ni vinculación de la voluntad al compromiso con tercero, por lo que propone su supresión y sustituirlo por la asunción de un compromiso de delinquir[21].

Según la situación concreta del respectivo acto preparatorio esa mayor o más grave peligrosidad de la conducta —mayor grado de ilícito o injusto que en la preparación individual— podrá considerarse, en la proposición o provocación cuando los incitados no se hayan convencido, o, como peligro abstracto pero con aptitud/idoneidad para acabar en lesión del bien jurídico, o sea, mayor desvalor objetivo de la acción; o incluso como

[19] Así lo destaca ROXIN, AT II, 2013 /PG II, 2014, § 28/5: «vinculación de la voluntad» para el que interviene en una conspiración y en la «aceptación de un ofrecimiento» tb. punible en el StGB; en el mismo sentido ya SCHÄFER, NiedStrKomm 2, 1958, 207; la Fundamentación o exposic. de motivos del oficial P 1962 de reforma del StGB: Begründung zum E 1962, BT-Drucks. IV/650; JESCHECK, AT 1.ª 1969 a 4.ª 1988/Tratado PG, 1981, § 65 I 2; SCHMIDHÄUSER, AT Lb, 2.ª 1975, 15/105, 107; JESCHECK / WEIGEND, AT, 5.ª 1996/PG, 2002, § 65 I 2; GEPPERT, Jura 1997, 547; HILLENKAMP, LK, 11.ª 2006-07, antes del § 22/9; SCHÜNEMANN, LK, 11.ª 2006-07, § 30/3; KÜHL, AT, 8.ª 2017, § 20/245. Aplicando esta argumentación también a la inducción intentada: proposición o incitación/provocación BGHSt 44, 95 ss.; lo que considero correcto, pues también se compromete moralmente ante el instigado, mientras que ROXIN, AT II, 2003 /PG II, 2014, § 28, n. 9 lo considera curioso o extraño: «curiosamente». Con referencia tb. general a los APPP tb. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en Luzón dir., EPB, 2002, 302; BARBER BURUSCO, Los actos preparatorios, 2004, 114 ss.; LLABRÉS FUSTER, en Gómez Tomillo (dir.), Coment, 2010, 134; ALONSO RIMO, El tipo subjet. de los actos preparatorios, 2023, 73.

[20] *Cfr.* la exposición de ROXIN, AT II, 2003/PG II, 2014, § 28/6 sobre los del rechazo total y § 28/7 sobre los del rechazo parcial. Rechazan su fundamentación y justificación KOHLRAUSCH / LANGE, StGB, 43.ª 1961, § 49a/II, III, entendiendo que esas figuras vulneran mandato de determinación y el principio de igualdad y propenden al castigo de la actitud interna; por esta última razón tb. KÖHLER, AT, 1997, 545, y para la conspiración FIEBER, Die Verbrechensverabredung, 2001, 187 s., considerándola inconstitucional; tb. se oponía en un primer momento a todas estas figuras JAKOBS, ZStW 97 (1985), 751 ss., entendiendo que no rebasan la esfera privada y no perturban el orden externo; pero ya mucho más contenido en AT, 2.ª 1991/PG, 1997, 27/2. Poniendo restricciones para la justificación de estas figuras, BUSCH, FS-Maurach, 1972, 245, 256; LETZGUS, Vorstufen, 1972, *passim*, 127 ss., 143 ss. Me remito a las convincentes respuestas de ROXIN, cit. En la doc. española tb. críticamente frente al fundamento de los APPP con diversos argumentos en parte coincidentes con los alemanes, RODRÍGUEZ MOURULLO, ADPCP 1968, 292 ss., ORTS, CPC 1982, 491, MARTÍNEZ ESCAMILLA, El desistimiento, 1994, 152 ss.; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, LH-Landrove, 2011, 1084 ss.; LH-Morillas, 2018, 613 s.

[21] ROXIN, AT II, 2003/PG II, 2014, § 28/8.

peligro abstracto/concreto de futura lesión en la conspiración con puesta de acuerdo de todos o en la proposición e incitación/provocación cuando los incitados sí se hayan sentido inducidos pero sin manifestar su acuerdo y por tanto sin llegar a la conspiración, supuestos en que el ilícito o injusto agravado se traduce en mayor desvalor objetivo de la acción sumado a un desvalor de resultado de peligro aunque no se haya entrado aún en la tentativa.

III.2. **Clases**

Las figuras más frecuentemente recogidas en las legislaciones que declaran punibles ciertos actos preparatorios pluripersonales son la instigación o incitación, pública o a veces la privada, a cometer delitos, la apología o exaltación de delitos, y la conspiración, concierto o acuerdo criminal o complot de varios. Por tanto, aparecen la proposición y provocación (art. 17.2 y 18 CP español, pero provocación sólo la pública[22], StGB alemán, § 30.1: intentar inducir a cometer o a inducir —seguido por el art. 34 CP parag. en su tentativa de instigación—, § 111, provocación pública o incitación pública a cometer delitos, es decir, instigación privada y provocación pública como en otros muchos CP); la apología (CP esp., franc., arg., fed. mex., per., bras., …); y la conspiración o complot, concierto o concertación, acuerdo, ajuste, conjuración o términos similares (casi todos los CP). Aisladamente algunos códigos añaden otras figuras: así el § 30.2 StGB (ya en el antiguo § 49a antes de 1975): además el declararse dispuesto, o aceptar un ofrecimiento (igual en los arts. 123bis, 136septies, 2.º CP belg.: ofrecer o aceptar el ofrecimiento, pero sólo para determinados delitos graves). Hay que preguntarse si en esos casos se trata de preparación de una inducción o cooperación en cadena. Aún más actos preparatorios tanto pluripersonales como individuales menciona el art. 12.4 CP cub.: la organización de un plan, la adquisición o adaptación de medios o instrumentos, la reunión, la asociación o el desarrollo de cualquier otra actividad encaminada inequívocamente a la perpetración del delito[23].

[22] Igual que en arts. 31, 1.º y 32 CP nicar. —pero provoc. privada o pública—, que en el 31, 2.º tb. es igual al CP esp. en la regulación de la conspiración; similar en las definiciones del art 17 CP guat. de proposición y conspiración, mientras que añade pero sin definir la provocación e instigación, o las de conspiración y proposición en el art. 23 CP salv. y en el art. 17 CP hondur. (mientras que la apología pública de un delito se castiga en la PE art. 349 CP salv., como la incitación pública al genocidio en el 361).

[23] Art. 12.3 CP cub. 1987: «3. Los actos preparatorios comprenden la organización de un plan, la adquisición o adaptación de medios o instrumentos, la reunión, la asociación o el desarrollo de cualquier otra actividad encaminada inequívocamente a la perpetración del delito», idéntico a ese mismo precepto en el anterior CP cub. 1978.

III.3. **Ámbito: delitos a los que son aplicables; sistemas legales**

Depende de los modelos seguidos por las legislaciones. Se puede distinguir en primer lugar dos grandes grupos según que el Código mencione y prevea los actos preparatorios pluripersonales ya en la Parte general o únicamente los trate en la Parte especial, y a continuación cabe distinguir nuevas subdivisiones, la fundamental entre el sistema mayoritario de *numerus clausus*, de punición de los APP únicamente en los delitos en que se prevea expresamente, y el minoritario sistema de *numerus apertus*, que permite la punición de los APPP (todos o algunos) en cualquier delito. Remito sobre ello a la amplia exposición que he efectuado en otro trabajo sobre el tema[24].

III.4. **Naturaleza**

Ya hemos visto (*supra* II y II.2) que, cuando se declaran punibles en los diversos sistemas supuestos de preparación pluripersonal, igual que aún más excepcionalmente de preparación individual, son siempre ***causas de ampliación o extensión de la tipicidad de la participación estricta o de la (co)autoría*** (según los casos) no sólo antes de la consumación, sino una segunda ampliación incluso ***antes de la tipicidad ya ampliada en la tentativa***[25]. Por esa razón no cabe de ningún modo en estos APPP formas de imperfecta realización, es decir tentativa inacabada o acabada de estos actos preparatorios pluripersonales[26], ni menos aún actos preparatorios de futuros APPP ni mera participación

[24] *Cfr.* muy ampliamente Luzón Peña, *Iter criminis* y actos preparatorios pluripersonales e individuales, ForFICP 2023-2 (27 ss.), 38-47.

[25] Así, entre muchos, Jescheck, AT 1.ª 1969 a 4.ª 1988/Tratado PG, 1981, § 65 I 2-3; Schmidhäuser, AT Lb, 2:.ª 1975, 15/105; Jescheck / Weigend, AT, 5.ª 1996/PG, 2002, § 65 I 2, 3; Octavio de Toledo / Huerta, PG, 2.ª 1986, 420 ss.; ; Rodríguez Devesa / Serrano, PG 18.ª 1995, 771; Luzón Peña, Curso PG I, 1996, 351; Lecc PG, 2.ª/3.ª 2012/2016, 14/15 s.; ForFICP 2023-2, 32; Díaz y García Conlledo, EJB 1995, 1520; en Luzón Peña (dir.), EPB, 2002, 300; Bacigalupo, Principios PG, 5.ª 1998, 334, 352: extensión de la tipicidad; Moreno-Torres, en Zugaldía / Pérez Alonso, PG, 2002, Secc. 3.ª 2.ª Parte, 696: extensiones de la tipicidad; Barber, Los actos preparatorios, 2004, 31 ss.; Roxin, AT II, 2003/PG II, 2014, § 28/1; Llabrés Fuster, en Gómez Tomillo (dir.), Coment, 2010, 135; Schönke / Schröder / Cramer / Heine, StGB, 29.ª 2014, § 30/2; Hillenkamp, LK, 11.ª 2006-07, antes del § 22/9; Schünemann, LK, 12.ª 2006-07, § 30/1; Schünemann / Greco, LK, 13.ª 2019, § 30/1; Schönke / Schröder / Cramer / Heine / Weisser, StGB, 30.ª 2019, § 30/2. Y por constituir una segunda ampliación ya de la tipicidad, como he destacado *supra* n. 9, en Derecho comparado suele ser excepcional, aplicable no a todos sino sólo a algunos delitos importantes en los mayoritarios sistemas de *numerus clausus* frente al minoritario sistema de *numerus apertus*.

[26] Así Mir Puig, PG, 2.ª 1985, 284, a 10.ª 2015/16, 13/30; Octavio de Toledo / Huerta, PG, 2.ª 1986, 425 s.; Díaz y García Conlledo, EJB 1995, 1520; en Luzón Peña (dir.), EPB, 2002, 300; Moreno-Torres, en Zugaldía / Pérez Alonso, PG, 2002, 704; Llabrés Fuster, en Gómez Tomillo (dir.), Coment, 2010, 135; Luzón Cuesta, Comp PG, 26.ª 2021, 188. STS 1-10-1990; 556/2006, 31-5.

en ellos[27], que ya supondría una tercera ampliación o extensión de la tipicidad a una preparación sólo iniciada pero incompleta (o ni siquiera iniciada, sino sólo preparando la futura preparación) de la futura actuación de intervinientes como partícipes o autores en una tentativa, inadmisible por su total alejamiento de la tipicidad normal de la autoría del delito consumado y consiguiente ausencia de un grado relevante de peligrosidad.

En los casos en que se declaran punibles bien en PG o en PE supuestos de preparación (dolosa) pluripersonal, si se trata de preparar —en la conspiración— una coautoría o una autoría individual junto con partícipes, son causas de ampliación o extensión de la tipicidad antes de la tentativa del (co)autor[28]. Si se trata de preparar la participación del sujeto como inductor o cooperador antes de que un autor pase a la tentativa —lo que puede suceder en la proposición y la provocación, pero también en quienes en una conspiración no acuerdan intervenir luego como autores—, tales actos preparatorios de una ulterior participación en sentido estricto, además de ser también una ampliación de la tipicidad antes de la tentativa, constituyen una *excepción al principio de accesoriedad (limitada) de la participación* que determina que el partícipe inductor o cooperador sólo responde si hay un hecho principal típico-antijurídico del autor y en consecuencia[29] solamente responde si el autor ha entrado ya en la primera conducta típica, la tentativa[30], *por lo que como regla general no es punible la inducción o cooperación meramente intentada* pero sin éxito, es decir la tentativa de participación.

Pero por lo demás, la preparación de actos de participación estricta (inducción o cooperación) ha de regirse por las reglas de la accesoriedad limitada, sólo que aquí

[27] Así Octavio de Toledo / Huerta, PG, 2.ª 1986, 425 (sólo sobre la preparación); Díaz y García Conlledo, EJB 1995, 1520; en Luzón Peña (dir.), EPB, 2002, 300; Moreno-Torres, en Zugaldía / Pérez Alonso, PG, 2002, 704.

[28] Por eso Mir, PG, 10.ª, 2015/16, 13/31, que considera que la conspiración es una forma previa de coautoría o coautoría anticipada (no incluyendo en ella a meros partícipes futuros), sostiene que está sometida al principio de imputación recíproca de los actos de los coautores respecto del hecho futuro.

[29] Por la denominada «accesoriedad cuantitativa» desde Maurach, AT, 1.ª 1954-4.ª 1971/Tratado II, 1962, § 53 I-II, y otros que aceptan esa denominación, como Herzberg, Täterschaft und Teilnahme, 1977, 139 ss.; Peñaranda, La participación, 1990, 337 ss.; Díaz y García Conlledo, EJB, 1995, 4779 ss.; en Luzón (dir.), EPB, 2002, 979 ss.; Robles, La participación en el delito, 2003, 170 ss.; Martínez-Buján, El contenido de la antijuridicidad, 2013, 90 y n. 146; Cuerda Riezu, LH-Mir 2, 2017, 497 ss. (y la doc. cit. a continuación para los APPP). Y en relac. con los actos previos a la participación en sentido amplio, Jakobs, AT, 2.ª 1991/PG, 1997, 27/1 n. 2; Olmedo Cardenete, en Cobo (dir.) Coment CP, I, 1999, 870; Cuello Contreras, PG II, 2009, XIV/342; Barber, Los actos preparatorios, 2004, 33 s., 38).

[30] Así Maurach, AT, 1.ª 1954-4.ª 1971/Tratado II, 1962, § 53 II A 1-2; Cuello Contreras, La conspiración, 1978, 59 (para la conspirac.); PG II, 2009, XIV/342 (pero esa posición no se compagina con que —como ya hemos visto *supra* n. 13— en nm. 342 ss. entiende que conspir. y proposic, los únicos APPP que considera tales, son preparatorios sólo de coautoría y no de mera participación estricta); Jakobs, AT, 2.ª 1991/PG, 1997, 27/1 n. 2; Barber, Los actos preparatorios, 2004, 38.

«accesoriedad hipotética»[31] de la futura participación respecto del futuro hecho principal, o sea, preparar una participación en un hecho típico-antijurídico del autor, sea o no culpable[32].

IV. Punición de los actos preparatorios y de las formas de imperfecta ejecución

Sobre todo cuando se regulan en la PG, la pena puede ser: Igual punición que la tentativa (CP español y algunos otros, sistema criticable como vemos a continuación) [33]. Inferior a la de la tentativa (otros CP, p.ej. § 30 StGB alemán: pena de la tentativa atenuada; diversos CP que las castigan la conspiración, incitación y proposición con pena inferior a la tentativa[34]), sistema este claramente más coherente y por ello preferible.

[31] Denominación procedente también de Maurach, AT, 1.ª 1954-4.ª 1971/Tratado II, 1962, § 53 II A2, B2; JZ 1961, 138, y otros que acogen esa denominación: v. p. ej. Jescheck, AT, 1.ª 1969 a 4.ª 1988 (PG, 1981), § 65 I.3; Letzgus, Vorstufen, 1972, 219 ss.; Schönke / Schröder / Cramer, StGB, 18.ª 1975 a 26.ª 2000, § 30/2; Baumann, AT, 8.ª 1977, 619; Jescheck / Weigend, AT, 5.ª 1996 (PG, 2002), § 65 I.3; Muñoz Conde / García Arán, PG, de 1.ª 1993, 398, a 10.ª 2019, 427; López Peregrín, La complicidad, 1997, 480 n. 206; Barber, Los actos preparatorios, 2004, 34; Schünemann, LK, 11.ª 2006, §§ 30/2. Acogiendo la denominación, pero en cambio rechazando operar aquí con una accesoriedad hipotética Olmedo Cardenete, en Cobo (dir.) Coment CP, I, 1999, 870 s.

[32] Lo destacan Maurach, AT, 1.ª 1954-4.ª 1971/Tratado II, 1962, § 53 B2 b (en Trat II, p. 388); Jescheck, AT, de 1.ª 1969 a 4.ª 1988 /Tratado PG, 1981, 981], § 65 I 3 [en Trat PG, 1981, p. 981]; Rodríguez Mourullo, en Córdoba / Rodríguez Mourullo, Coment I, 1972, 174 s., 188, para la provocación (pero para la conspirac. en 156 s. exige culpabilidad de todos los concertados); Cuello Contreras, La conspiración, 1978, 59 (para la conspirac.); Muñoz Conde / García Arán, PG, de 1.ª 1993, 398, a 10.ª 2019, 427; Jescheck / Weigend, AT, 5.ª 1996 (PG, 2002), § 65 I 3; Mir, PG, 10.ª 2015-16, 13/32 y n. 21.

[33] Así, además de en los sucesivos CP españoles, en otros Códigos: p. ej., CP cub., cuyo art. 12.5 establece: «La tentativa y, en su caso, los actos preparatorios, se reprimen con las mismas sanciones establecidas para los delitos a cuya ejecución propenden, pero el tribunal podrá rebajarlas hasta en dos tercios de sus límites mínimos»; CP suiz. que en su art. 24.2 castiga la inducción intentada con la misma pena de la tentativa; StGB austr. para la inducción intentada, o sea, la provocación o proposición, que es tentativa del delito equiparada (§ 15.1) en pena a la consumación, ya que en § 12 tiene un sistema unitario de autor en el que el inductor es autor (pero para el complot el § 277 prevé pena muy inferior a la de los delitos: v. n. sig.); art. 11 Ley guat.s. financiam. del terrorismo, que castiga la conspiración y proposición con la misma pena de la tentativa (mientras que en la PE del CP los supuestos previstos de conspir., propos. e instigación púbica tienen penas inferiores a la tentativa).

[34] Así en el StGB alem., donde el § 30 atenúa siempre en los APPP, mientras que en el § 23.2 la tentativa puede castigarse igual que la consumación o atenuarse la pena; el CP chil. en arts. 111 castiga en crímenes contra la seguridad exterior o de rebelión la conspiración menos que la tentativa y la proposición aún menos; en el CP franc., que en la PG, art. 121-4 y en múltiples supuestos de la PE equipara la tentativa a la consumación, castiga con menores penas los diversos supuestos de provocación o proposición a múltiples delitos; el StGB austr. para el complot criminal para diversos delitos graves, sancionado en el § 277 con prisión de 6 meses a 5 años, muy inferior a la pena de esos delitos, mientras que la tentativa tiene en el § 15.1 la misma pena que el delito consumado (pero en cambio la tentativa de inducción, o sea, la provocación o proposición, es tentativa del delito —v. n. anterior— equiparada en pena a la consumación); el

Otros CP, carentes de un claro criterio político-criminal, no guardan criterio uniforme en la gravedad de penas en tentativa y APPP, siendo la pena de algunos de éstos a veces inferior a la de la tentativa, pero a veces no[35]. Y la incongruencia llega ya al extremo

---

CP urug. castiga menos que la tentativa la conspiración y propos. y el acto preparatorio en arts. 136, 146 o 346 bis (delitos contra la patria, atentados al presidente de la República y rebelión, rapiña frente a tentativa en arts. 132 ss., 140 s., 344 s.); el CP parag. en el art. 34, 1.º atenúa la pena de la tentativa para la instigación intentada; el CP venez., que en el art. 82 rebaja la pena de frustración y tentativa de solamente un tercio hasta dos tercios, castiga en los arts. 283 y 286 la instigación pública a cualquier delito y la apología pública de un delito con penas muy inferiores a la del delito consumado; en el CP neerl. art. 45.2 la pena de tentativa se reduce sólo un tercio, en el 46.2 la de la preparación individual a la mitad, pero en el 46a la de la inducción intentada no puede superar a la de la tentativa; en el CP ecuat., cuyo art. 39,2.º sanciona la tentativa con pena de uno a dos tercios de la del hecho consumado, se castiga la apología del delito en art. 342, 3.º con prisión de 15 a 30 días, muy inferior a la de la tentativa de la mayoría de delitos, y las penas de las contadas figuras de incitación en arts. 176, 283, 4.º, 342, 2.º, 348 son tb. inferiores a las de la tentativa de esos delitos; en el CP guat. los supuestos previstos en su PE de conspir., propos. e instigación púbica tienen penas inferiores a la tentativa; en el CP hondur. el art. 67 baja para la tentativa en un tercio la pena de la consumación, mientras que en los supuestos previstos en la PE de conspir., proposic. o instigación indirecta a algunos delitos graves las penas son inferiores; en el CP domin. art. 60 la conspiración y provocación tienen la pena del cómplice, la inferior a la del autor, mientras que en art. 14 la tentativa de infracciones graves tiene la misma pena que la del autor de delitos consumado; asimismo las penas en la PE del CP nicar. para los supuestos de conspirac., propos. o provocación muchas veces son inferiores a las de los arts. 73 y 74 para frustración y tentativa, pero a veces son iguales a las de la frustración, o sea superiores a las de la simple tentativa, o incluso superiores a las de la frustración.

[35] Así el art. 208 CP fed. mex., en cuyos arts. 12 y 52 la pena de la tentativa se deja al arbitrio judicial según la gravedad el hecho y la culpabilidad, lo que puede significar atenuación o no respecto del delito consumado, castiga la provocación o apología públicas con pena propia menor si el delito no se comete, y con la misma pena del delito si se comete, pero en el art. 13. I se considera autores o partícipes del delito, sin diferencia de pena a «los que acuerden o preparen su realización», lo que supone para el acuerdo o concierto y para la preparación en general la pena del autor del hecho consumado. El CP per., donde la tentativa comporta sólo disminución prudencial de la pena de la consumación (art. 16, 2.º), en art. 108 D castiga la conspiración para el sicariato (prisión de 5 a 8 años) mucho menos que la tentativa del 108 C, prisión no menor de 25 a.), en art. 296, 4.º algo menos la conspiración —pris. 5 a 10 a.— que la tentativa de tráfico de drogas (el consumado pris. de 8 a 15 a. en el 296,1.1), e igual en el 249 la conspiración para la rebelión sedición o motín: pena no superior a la mitad del máximo del delito consumado; en cambio, el 316 CP per., 1.º prevé para la figura básica de apología del delito prisión de 1 a 4 a., lo que es una mala regulación, pues, aunque podrá ser menor que en la tentativa de ciertos delitos graves, en delitos de no mucha gravedad puede ser igual o superior a la tentativa o incluso la consumación e igual de complicada es la situación de las penas de otras diversas figuras de provocación o incitación. El CP arg. prevé en el art. 209 para la instigación pública a cometer un delito prisión de 2 a 6 años, que ciertamente es menor que la de la tentativa en delitos graves, pero en otros puede igualarla o superarla: v. n. anterior. El CP colomb. en art. 348, 1.º castiga la instigación a cualquier delito con multa (en párr. 2.º pena más grave para la instigación a delitos muy graves), pena inferior a la de la tentativa en la mayoría de delitos, pero al concierto para el delito el art. 340 le impone prisión de 48 a 108 meses (4 a 9 años), pena que según los delitos puede ser inferior, igual o incluso superior a la de la tentativa. El CP pan., en cuyo art. 82 la pena de la tentativa va del mínimo de la pena típica a la mitad de ese mínimo —el equivalente a la inferior en grado en el sistema español—, no hay un criterio único para la punición de APPP, pues p. ej. el art. 312

del absurdo cuando algunos Códigos castigan al menos ciertos casos de APPP más que la tentativa[36]. Pues bien, es ***claramente preferible el*** segundo ***sistema de pena siempre inferior a la de la tentativa para los actos preparatorios punibles***, que lamentablemente nunca han seguido los CP españoles.

En efecto, en un acto preparatorio, aunque sea pluripersonal, de la codelincuencia hay menor gravedad del ilícito o injusto penal, es inferior su desvalor de acción (objetivo y subjetivo), pues, aunque se prepare, aún no se pone en práctica el inicio de ejecución, el empezar o disponerse inmediatamente a realizar ya un primer acto típico, que supone traspasar la frontera de lo inequívocamente delictivo, y por ende la peligrosidad del acto preparatorio —incluso pluripersonal— es más remota, menos concreta y la intención se refiere pues a algo no tan grave. Por tanto, si hay indudable mayor gravedad de ilícito en la ejecución que en la preparación —y prueba de ello es el castigo de la tentativa en todos o casi todos los delitos según los Códigos, mientras que sólo son punibles, y no en todos los Códigos, algunas formas de actos preparatorios pluripersonales y esas formas casi siempre sólo para determinados delitos, a veces muy contados—, debería ser mayor la pena en la tentativa y menor en el acto preparatorio aun pluripersonal, por

---

castiga la conspiración para el tráfico de drogas con prisión de 2 a 4 años, muy inferior a la tentativa: 5 a 10 años pues para los delitos consumados la pris. es de 10 a 15 años, en el art. 398 la incitación pública a cometer cualquier delito se pena con pris. de 1a 3 años, su equivalente en días-multa o con arresto de fin de semana, que ciertamente es inferior a la de la tentativa de muchos delitos de cierta gravedad, pero puede ser igual o hasta superior a la de la tentativa de delitos poco graves y para colmo en el art. 364.1 la concertación para alterar actos de contratación pública tiene incluso la misma pena que los delitos consumados, es decir superior a la tentativa.

[36] Singular y rechazable es la regulación de algunos Cód. que en regulaciones erróneas castigan a veces más los APPP que la tentativa: así CP nicar., que en castiga en los arts. 162, 183, 398, 412, 424 los supuestos punibles de conspiración, propos. y provoc. a delitos contra la vida, contra la libertad sexual, terrorismo, rebelión o motín, contra naves y puertos con pena superior a la tentativa: con la misma pena del art. 73, la frustración o tentativa completa, mientras que el art. 74 castiga la tentativa (inacabada) con la pena inferior a la frustración (en cambio, las castiga menos que la tentativa en el 369, 393, 485 en el tráfico de drogas, crimen organizado, genocidio); el CP belg. en art. 52 prevé siempre para la tentativa de crimen la pena inferior a la del crimen (aunque en la PE a veces está equiparada a la pena del crimen consumado), pero el art. 66, 3.º y 4.º equipara al autor y su pena a los que provocan directamente al crimen o al delito personalmente con determinados medios o artificios o públicamente o por medios de difusión; o CP salv., que en art. 68 sanciona la tentativa siempre con pena menor que la consumación, pero en arts. 129-A, 224-C la propos. y conspir. para el homicidio agravado (asesinato), para robo, extorsión y receptación, con la misma pena del delito consumado, (en cambio, la tentativa tiene más pena que la impuesta en 149-A, en 251, 342, 345 o en 361 a esos APPP a detenciones y secuestro, a defraudación al fisco, a rebelión y sedición, a agrupaciones ilícitas o a genocidio). El CP arg. prevé en el art. 209 para la instigación pública a cometer un delito prisión de 2 a 6 años, que ciertamente es menor que la de la tentativa en delitos graves, pero puede igualarla o incluso superarla en delitos no tan graves, y en el 213 para la apología del delito prisión de 1 mes a 1 año, que casi siempre será menor que la de la tentativa; y como hemos visto en la n. anter., de modo similar en el CP panam. en el art. 364.1 la concertación para alterar actos de contratación pública tiene incluso la misma pena que los delitos consumados, es decir superior a la tentativa.

lo que es criticable la equiparación de penalidad de dichos actos preparatorios con la tentativa que han seguido todos los CP españoles[37]: No sólo por elemental exigencia, requerida por los principios de constitucionales de justicia e igualdad[38], de proporcionalidad entre la gravedad del hecho y la de la pena, sino además y muy importante, porque a efectos de prevención general intimidatoria sólo si es más grave la pena de la tentativa los delincuentes sentirán un mayor efecto disuasorio ante la mayor pena para pensarse si abandonar la preparación y traspasar la frontera de la ejecución más castigada, mientras que si las penas son iguales, el delincuente no sólo no tendrá un motivo para dudar si traspasar esa frontera (dado que al pasar a la tentativa los actos preparatorios de la codelincuencia quedan absorbidos por la fase más avanzada del *iter* pero sancionada con la misma pena en ese sistema), sino que, al no correr el menor riesgo de agravación de la punición, el delincuente lógicamente querrá pasar (o, si es sólo partícipe, que el autor pase) a la ejecución de aquello que ha preparado con otros.

Parte de la doctrina plantea que además debería haber diferencias de pena entre la conspiración, más grave por estar más avanzada, y los otros actos previos como la proposición, instigación o provocación sin efecto[39]. Sin embargo creo, sin poder profundizar y extenderme más en ello, que no son tan grandes las diferencias de desvalor entre las

[37] Criticando por tal razón dicha equiparación la doc. dom. española: Rodríguez Mourullo, ADPCP 1968, 296; Coment II, 1972, 236; del Rosal Blasco, La provocación, 1986, 273 s.; Farré, La tentativa, 1986, 216 s.; Sainz Cantero, Lecciones, 3.ª 1990, 776; Díaz y García Conlledo, EJB, 1995, 1520; en Luzón (dir.), EPB, 2002, 300; Cuerda Arnau, LH-Casabó, 1997, 448 s.; Rebollo, La provocación, 1997, 102 s.; Olmedo Cardenete, La inducción, 1999, 1999, 809, 825 ss.; Cerezo, Curso III, 2001, 180; PG, 2008, 902; Barber, Los actos preparatorios, 2004, 267 ss.; Cuello Contreras, PG II, 2009, XIV/354, 361; Serrano González de Murillo, LH-Morillas, 2018, 610 s.; Díez Ripollés, PG, 5.ª 2020, 547. Barber, 276 ss., y Serrano González de Murillo, 611, defendiendo la reducción siempre a la pena inferior en dos grados. Destaca la menor gravedad de esos actos preparatorios, que serían tentativas imperfectas, pero sin criticar expresamente la penalidad, Quintano, Comentarios I, 1946, 50, quizás por conceder peso a la consideración de que implican voluntades ajenas, lo que para él justifica que no se les aplique exención por desistimiento (destacando esa posible explicación Barber, Los actos preparatorios, 2004, 266 s.).

[38] Criticando esa vulneración del principio de igualdad si esta preparación se trata igual que la tentativa Kohlrausch / Lange, StGB, 43.ª 1961, § 49a/II, III.

[39] Así p. ej. Quintano, Curso I, 1963, 225; Rodríguez Mourullo, ADPCP 1968, 295 s.; en Córdoba / Rodríguez Mourullo, Coment II, 1972, 236; Puig Peña, DP II, 6.ª 1969, 283; Farré, La tentativa, 1986, 217 n. 333; del Rosal Blasco, La provocación, 1986, 252 s.; Vives, Coment I, 1996, 105; Silva Sánchez, El CP de 1995: cinco cuest., 1997, 149 ss. (aunque del Rosal Blasco y Silva plantean que la provocación, aun siendo anterior a la conspiración, podría equipararse en pena por dirigirse a una colectividad). *Cfr.* sobre ello la exposición más detallada de Barber, Los actos preparatorios, 2004, 264 ss. También alguna legislación minoritaria castiga la incitación con menor pena que la conspiración: así, como hemos visto *supra* en n. 62, en el art. 13. I CP fed. mex. considera autores o partícipes del delito, sin diferencia de pena a «los que acuerden o preparen su realización», lo que supone para el acuerdo o concierto y para la preparación en general la pena del autor del hecho consumado, mientras que el art. 208 castiga la provocación o apología públicas con pena propia menor si el delito no se comete.

distintas fases preparatorias todas pluripersonales por intentar —al menos— involucrar a terceros, y que por ello no compensa el esfuerzo de establecer marcos penales típicos distintos entre unos y otros, bastando con la determinación de la pena en función de la gravedad mayor o menos del supuesto concreto[40].

V. Bibliografía

AAVV, *Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Strafgesetzbuches (1962),* Bundestagsdrucksache (BT-Drucks.), IV/650, 1962.

Alonso Rimo, A., «Actos preparatorios o pre-crímenes? ¿Penas o pre-castigos?: Aproximación al fundamento de la criminalización de la preparación delictiva», *Estudios Penales y Criminológicos XXXVIII,* 2018, 38.

— «¿Impunidad general de los actos preparatorios? La expansión de los delitos de preparación», *InDret*, Núm. 2017-4.

— *El tipo subjetivo de los actos preparatorios. Un estudio de las figuras preparatorias de la Parte General y Especial del DP*, 2023.

Antón Oneca, J., *Derecho Penal I*, 1949.

Arango Durling, M. / Muñoz Arango, P., *El iter criminis en el CP del 2007,* Panamá, Asesorías Eds. Gráficas, 2021.

Bacigalupo, E., *Principios de Derecho Penal. Parte General* (5.ª ed.), 1998.

Barber Burusco, S., *Los actos preparatorios del delito*, 2004.

Baumann, J. / Weber, U., *AT*, 10.ª ed., 1983.

Baumann, J., *AT,* 8.ª ed., 1977.

Beulke, W., «Anmerkung zu BGH v. 5. 5. 1998 - 1 StR 635/96», *NStZ*, 1999.

Blei, H., *AT*, 18.ª ed., 1983.

Bloy, R., «Grund und Grenzen der Strafbarkeit der mißlungenen Anstiftung», *JR*, 1992.

Busch, R., «Zur Teilnahme an den Handlungen des § 49 a StGB», *FS-Maurach*, 1972

Campo Moreno, J.C., «Actos preparatorios punibles», *CDJ*, 1994, 39.

— *Los actos preparatorios punibles*, 2000.

Cerezo, J., *Curso de Derecho Penal III*, 2001.

— *PG*, 2008.

Cobo, M. / Vives, T.S., *Derecho Penal. Parte General*, 5.ª ed., 1999.

Córdoba, J. / Rodríguez Mourullo, G. (eds.), *Comentarios al Código Penal II*, 1972.

Cuello Contreras, J., «La Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre los actos del artículo 4.º del Código penal: conspiración, proposición y provocación», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP)*, 1976.

— *El derecho penal español. Parte General II*, 2009.

— *La conspiración para cometer el delito. Interpretación del art. 4.1 CP (Los actos preparatorios de la participación)*, 1978.

[40] Así lo propone con razón Barber, Los actos preparatorios, 2004, 266. Cuello Contreras, PG II, 2009, XIV/361, defiende incluso la equiparación penológica de la proposición con la conspiración porque entiende que tan grave es la conducta del proponente, que tuvo la iniciativa, como la del destinatario de la proposición si acepta y se convierte en conspirador.

Cuerda Riezu, A., «Límites temporales de la participación delictiva según el CP: la accesoriedad cuantitativa», *LH-Mir 2,* 2017.
Del Rosal Blasco, B., «La regulación legal de los actos preparatorios en el CP 1995», *LH-Rodríguez Mourullo*, 2005.
— *La provocación para cometer delito en el derecho español*, 1986.
Demetrio Crespo, E., en Demetrio Crespo, E. / De Vicente, R. / Matellanes, N., *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal II*, 2.ª ed., 2015.
Dessecker, A., «*Im Vorfeld eines Verbrechens: die Handlungsmodalitäten des §30 StGB,*», *JA,* 2005.
Díaz y García Conlledo, J., en Luzón Peña, D. M. (dir.), *Enciclopedia Penal Básica (EPB)*, 2002.
Díaz y García Conlledo, M., *Enciclopedia Jurídica Básica (EJB)*, 1995.
Díez Ripollés, J. L., *Derecho Penal español. Parte General*, 5.ª ed., 2020.
Dreher, E., «Grundsätze und Probleme des § 49a StGB», *GA*, 1954.
Farré Trepat, E., *La tentativa de delito: doctrina y jurisprudencia*, 1986.
Ferrer, *I*, 1946.
Fieber, U., *Die Verbrechensverabredung*, 2001.
Frister, H., *AT,* 9.ª ed., 2020.
Geppert, K., «Die versuchte Anstiftung (§ 30 Abs. 1 StGB)», *Jura*, 1997.
Gil Gil, A., en Gil, A. / Lacruz, J.M. / Melendo, M. / Núñez, J. (eds.), *Curso de Derecho Penal. Parte General*, 1.ª ed., 2011, 2.ª ed., 2015.
Gómez Benítez, J., *Teoría jurídica del delito. Derecho Penal: Parte General (TJD PG)*, 1984.
Gómez Rivero, R., «Regulación de las formas de participación intentada y de la autoría y participación», *Revista Jurídica española La Ley,* 1996-1.
Gropp, W., *Strafrecht. Allgemeiner Teil (AT),* 1.ª ed., 1997.
Heinrich, B., *Strafrecht. Allgemeiner Teil (AT)*, 7.ª ed., 2022.
Herzberg, R.D., *Täterschaft und Teilnahme*, 1977.
Hillenkamp, T., *Strafgezetzbuch. Leipziger Kommentar (LK)*, 11.ª ed., 2006-07.
Jakobs, G., «Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutverletzung», *ZStW*, 97(4), 1985.
— *AT*, 2.ª ed., 1991/ *PG*, 1997.
Jescheck, H.H., & Weigend, T., *Lehrbuch des Strafechts, Allgemeiner Teil (AT)*, 5.ª ed. 1996 / *Tratado de Derecho Penal. Parte General (PG)*, 2002.
Jescheck, H.H., *Lehrbuch des Strafechts, Allgemeiner Teil (AT)*, Ediciones 1.ª a 4.ª, 1969-1988 / *Tratado de Derecho Penal. Parte General (PG)*, 1981.
Jiménez de Asúa, L., *Tratado de Derecho Penal*, VII, 2.ª ed., 1977.
Köhler, M., *Strafrecht. Allgemeiner Teil (AT)*, 1997.
Kohlrausch, E., / Lange, R. (1961). *Strafgesetzbuch,* 43.ª ed., 1961.
Kretschmer, J., «Anforderungen an die versuchte Anstiftung. Anm. zu BGH v. 29.10.1997 - 2 StR 239/37», *NStZ*, 1998, 347.
Kühl, K. *Strafrecht. Allgemeiner Teil (AT)*, 8.ª ed., 2017.
— «Grundfälle zu Vorbereitung, Versuch, Vollendung und 30-31 Beendigung», *JuS*, 1979.
Landecho, C.M., & Molina Blázquez, C. (1996). *Derecho Penal español. Parte General*, 5.ª ed., 1996 /11.ª ed., 2020.
Letzgus, K., *Vorstufen der Beteiligung. Erscheinungsformen und ihre Strafwürdigkeit,* 1972.
Llabrés Fuster, A., en Gómez Tomillo, M. (dir.), *Comentarios al Código Penal (Coment),* 2010.
López Barja de Quiroga, J., *Tratado de Derecho Penal (Trat PG),* 2010.
López Peregrín, M.C., *La complicidad en el delito*, 1997.
Luzón Cuesta, J.M., *Compendio de Derecho Penal. Parte General (Comp PG),* 26.ª ed., 2021.

Luzón Domingo, M.M., *DP TS, II*, 1964.
Luzón Peña, D. M., «Iter criminis y actos preparatorios pluripersonales e individuales», *Foro de la Fundación Internacional de Ciencias Penales (ForFICP),* 2023-2.
— (dir.), Enciclopedia Penal Básica (EPB), 2002, pp. 299 y ss.
— *Curso de Derecho Penal. Parte General I*, 1996.
— *Lecciones de Derecho Penal. Parte General (Lecc PG),* Ediciones 2.ª/3.ª, 2012/2016.
Manjón-Cabeza, A., «Actos preparatorios: una discusión duradera. Especial consideración a la proposición», *Revista General de Derecho Penal (RGDP),* 41, 2024.
Martínez Escamilla, M., *El desistimiento en el Derecho Penal*, 1994.
Martínez-Buján Pérez, J., «La expansión de las formas preparatorias y de participación», *Revista Penal (RP)*, 21, 2008.
Martínez-Buján, C., *El contenido de la antijuridicidad*, 2013.
Maurach, R., «Die Problematik der Verbrechensverabredung (§ 49 a II StGB)», *JZ*, 1961.
Maurach, R., / Gössel, K.H., *AT 2,* 1989 / *PG 2*, 7.ª ed., 1995.
Maurach, R., *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil (AT)*, Ediciones 1.ª a 4.ª/1954 a 1971.
— *Tratado de Derecho Penal II,* 1962.
Mayer, H., *AT StuB,* 1967.
Mayer, M. E., *AT*, 1915/1923; *PG*, 2007.
Mezger, E., *Strafrecht. Ein Lehrbuch*, de 1.ª ed. 1931 a 4.ª ed. 1954 / *Tratado de Derecho Penal II*, 1946.
Mir Puig, S., «Los términos delito y falta en el Código Penal», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP),* 1973.
— *Derecho Penal. Parte General*, 2.ª ed., 1985; 10.ª ed., 2015/16.
Mitsch, W., «Vorbereitung und Strafrecht», *Jura*, 2013.
Molina Blázquez, C., *Derecho Penal. Parte General*, 1.ª ed., 2022.
Molina Fernández, F., *Memento Práctico Francis Lefebvre. Penal*, 2021.
Moreno-Torres, M., en Zugaldía / Pérez Alonso (eds.), *Derecho Penal. Parte General*, 2002.
Morillas Cueva, L., *Sistema de Derecho Penal. Parte General*, 2018.
Muñoz Conde, F., / García Arán, M., *Parte General del Derecho Penal (PG)*, de 1.ª ed., 1993 a 10.ª ed., 2019.
Octavio de Toledo, E. / Huerta Tocildo, S., *Derecho Penal. Parte General. Teoría Jurídica del delito (PG)*, 2.ª edición, 1986.
Olmedo Cardenete, M.D., en Cobo del Rosal, M. (dir.), *Comentarios al Código Penal (Coment CP)*, I, 1999.
— *La inducción como forma de participación accesoria,* 1999.
Orts Berenguer, E., «Consideraciones sobre la fase interna y los actos preparatorios del delito», *CPC*, 1982.
— y González Cussac, J. L., *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, de 1.ª ed., 2004, a 9.ª ed., 2022.
Pacheco, J.F., *Código Penal concordado y comentado I*, 1856.
Peñaranda Ramos, E., *La participación en el delito y el principio de accesoriedad,* 1990.
Petzsche, A., «Punishability of Preparatory Acts in German Criminal Law», en Sinn, A. (ed.), *Menschenrechte und Strafrecht*, 2013.
Polaino Navarrete, M., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General II,* 2.ª ed., 2016.
Politoff, S., *Los actos preparatorios del delito, tentativa y frustración*, 1999.
Puig Peña, F., *Derecho Penal. Parte General II*, 6.ª ed., 1969.

QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Comentarios al Código penal I*, 1946.
— *Curso de Derecho penal I*, 1963.
QUINTERO OLIVARES, G., *Derecho Penal: Parte General acorde con el nuevo Código Penal de 1995*, 1.ª ed., 1996.
— *Derecho Penal: Parte General*, 2.ª ed., 1989.
QUINTERO OLIVARES, G. / MORALES PRATS, F., *Parte General del Derecho Penal,* 5.ª ed., 2015.
REBOLLO VARGAS, R., *La provocación y la apología en el nuevo CP. La exteriorización de la voluntad delictiva,* 1997.
RENGIER, R., *Strafrecht. Allgemeiner Teil (AT)*, 12.ª ed., 2020.
RODRÍGUEZ DEVESA, J.M. / SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho Penal español. Parte General*, 18.ª ed., 1995.
RODRÍGUEZ MOURULLO, G., «La punición de los actos preparatorios», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP),* 1968.
— en Córdoba Roda, J., / Rodríguez Mourullo, G. (eds.), *Comentario al Código Penal (Coment I),* 1972.
ROXIN, C., «*Anmerkung zu BGH v. 10. 6. 1998 - 3 StR 113/98*», *NStZ,* 1998.
— *Strafrecht. Allgemeiner Teil II* (AT II), 2003 / *Derecho Penal. Parte General II*, 2014.
RUIZ ANTÓN, F., *El agente provocador en el Derecho Penal*, 1982.
SAINZ CANTERO, J., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 3.ª ed., 1990.
SCHÄFER, R., *NiedStrKomm*, 2, 1958.
SCHMIDHÄUSER, E., *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Lehrbuch (AT Lb),* 2.ª edic., 1975.
— *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Studienbuch (StuB AT)*, 2.ª edic., 1984.
SCHNARR, K.H., «Gehören Vorbereitungshandlungen nach § 30 StGB zum Deliktsbereich von Katalogtaten?», *NStZ*, 1990.
SCHÖNKE, A. / SCHRÖDER, H. / CRAMER, P., *StGB,* 18.ª 1975 a 26.ª 2000.
SCHRÖDER, H., «Grundprobleme des § 49 a StGB», *JuS*, 1967.
SCHÜNEMANN, B., *LK*, 11.ª ed., 2006.
— y GRECO, L., *LK*, 13.ª edic., 2019.
SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J.L., «Fundamento del castigo de las formas de ejecución preejecutivas», *Estudios jurídico penales y criminológicos. En Homenaje al Profesor Dr. Dr. H.C. Mult. Lorenzo Morillas Cueva (LH-Morillas)*, 2018.
— «Fundamento y alcance de la responsabilidad penal por conspiración», *Un derecho penal comprometido. Libro Homenaje al Profesor Dr. Gerardo Landrove Díaz (LH-Landrove)*, 2011.
SILVA SÁNCHEZ, J.M., *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, 1997.
STIENEN, A., «Die Strafbarkeit der vorbereitenden Handlung und die Reform des Strafrechts», *JW*, 1924.
STRATENWERTH, G., *Strafrecht. Allgemeiner Teil (AT)*, 4.ª ed., 2000.
— y KUHLEN, L., *Strafrecht. Allgemeiner Teil (AT)*, 6.ª ed., 2011.
THALHEIMER, K., *Die Vorfeldstrafbarkeit nach §§ 30, 31 StGB*, 2008.
VIVES ANTÓN, T.S. en T.S. Vives Antón (coord.) *et al.*, *Comentarios al Código Penal de 1995 (Comentario I)*, 1996.
WALDER, H., «Straflose Vorbereitung und strafbarer Versuch», *SchwZStr*, 1982.
— *Kriminologie, Psychiatrie, Strafrecht: Festschrift für Heinz Leferenz zum 70. Geburtstag*, 1983.
WESSELS, J. / BEULKE, W., / SATZGER, H., *Strafrecht. Allgemeiner Teil (AT)*, 51.ª ed., 2021.

21

¿TENTATIVA, COAUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN LA INFRACCIÓN PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA REGULADA EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL?

CARLOS MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ*
Catedrático de Derecho penal
Universidad de A Coruña

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA CUESTIÓN REFERIDA AL HECHO DE CONEXIÓN REALIZADO POR LA PERSONA FÍSICA. II.1. Admisibilidad de la tentativa. II.2. Admisibilidad de la participación. III. LA CUESTIÓN REFERIDA A LA *INFRACCIÓN PENAL* DE LA PERSONA JURÍDICA. III.1. Inadmisibilidad de la tentativa. III.2. Inadmisibilidad de la participación y de la coautoría. IV. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El título de este trabajo —intencionadamente ambiguo— permite cobijar dos cuestiones diferentes que, en ocasiones, aparecen indebidamente mezcladas en la doctrina y en la jurisprudencia. La primera responde a la pregunta de si es posible que el denominado «hecho de conexión» realizado por la persona física, como uno de los elementos integrantes de la infracción penal de la persona jurídica (en adelante PJ) consista en una conducta de tentativa, de coautoría o de participación. La segunda responde a la pregunta de saber si es posible que la infracción penal de la propia PJ consista en una conducta de tentativa, de coautoría o de participación.

La primera de dichas cuestiones puede ser abordada sin necesidad de tener que exponer previamente cómo se concibe la estructura de la responsabilidad penal de la persona jurídica (en adelante RPPJ). La segunda, en cambio, presupone no solo exponer

* A la memoria de mi querido colega y amigo Carlos Romeo Casabona, a quien conocí allá por el año 1982, compartiendo a diario mesa y mantel en la Residencia de Estudiantes de la Calle del Pinar de Madrid, en la que estuvimos alojados a lo largo de las dos semanas que duró la oposición al extinto cuerpo de profesores adjuntos. La entereza con la que Carlos sobrellevaba su —a la sazón— delicado estado de salud (que, por supuesto, no le impidió obtener brillantemente una plaza en dicha oposición) siempre fue para mí motivo de profunda admiración.

la estructura de la infracción penal de la PJ, sino también señalar algunas *precomprensiones* sobre las que se asienta dicha estructura.

Por tanto, ambas cuestiones serán analizadas de forma separada en los siguientes epígrafes.

II. La cuestión referida al hecho de conexión realizado por la persona física

II.1. Admisibilidad de la tentativa

Esta cuestión ha sido objeto de controversia, dado que el CP no prevé indicación específica alguna al respecto[1].

Obviamente, la tentativa constituye un hecho delictivo punible (o, dicho con mayor precisión, consiste en el inicio de la realización de un hecho penalmente típico), por lo que, en principio, no habría obstáculo conceptual alguno para entender que el requisito del «delito cometido» por la persona física, al que alude el art. 31 bis, quedaría integrado ya por la realización de una tentativa[2].

Ahora bien, el problema reside en saber cómo interpretamos el requisito de obrar «en beneficio directo o indirecto» de la PJ incluido en el apartado 1 del art. 31 bis.

Y es que, en efecto, si se concibe la expresión «en beneficio» en el sentido de requerir el logro de un efectivo beneficio tangible para la sociedad, parece claro que, ya en el plano conceptual, la tentativa no podría ser admitida como hecho de conexión[3].

En cambio, si entendemos dicha expresión como un elemento que revela una mera aptitud o idoneidad para conseguir el beneficio, de modo equivalente a lo que sucede en los denominados delitos de aptitud para la producción de un daño (entendimiento que, a mi juicio, resulta preferible por diversas y convincentes razones ya apuntadas en la doctrina especializada[4]), entonces no habría problema alguno para admitir que una tentativa pueda cumplir el requisito del hecho de conexión realizado por la persona física.

[1] Sobre la posibilidad de castigar a la PJ por los delitos meramente intentados de la persona física, *Vid.* ya Gómez Tomillo, 2010, pp. 149 ss. *Vid.* además, Silva, 2013, p. 23, quien, partiendo de la base de que el CP no contiene indicación especial alguna al respecto, considera que en el caso de que la persona física realice una tentativa la atribución de responsabilidad penal a la PJ «plantea algunas dificultades en relación con el principio de legalidad»; González Cussac, 2020, p. 159, quien, en cambio, se muestra partidario de admitir la RPPJ en caso de que la persona física realice una tentativa, sin perjuicio de que ello pueda «tomarse en consideración en el flexible proceso de determinación de la pena».

[2] Por supuesto, parto de la base de que el verbo «ejecutar», incluido en el art. 16 para definir la tentativa, equivale a «realizar» o a «cometer». *Vid.* Martínez-Buján, 2019, pp. 27 s.

[3] En este sentido *Vid.* Silva, 2016, p. 688, para quien no es fácil concebir supuestos de tentativa en los que se pueda aplicar el «criterio del beneficio» para la PJ, exigido explícitamente en el texto legal, de modo que —a su juicio— «la posibilidad aludida debe estimarse remota».

[4] *Vid.* tales razones en Martínez-Buján, 2023, epígrafe IV.4.3.2. y bibliografía que se indica. Este entendimiento implica, en concreto, que el juez se limitará a valorar, desde una perspectiva *ex ante*, la ido-

En fin, si la expresión se interpretase en un sentido subjetivo (interpretación que, ciertamente, en mi opinión, debe ser tajantemente descartada[5]), es obvio que tampoco existiría obstáculo alguno al respecto[6].

Y, de hecho, en la jurisprudencia existen sentencias en las que se condena a la PJ sobre la base de un delito ejecutado en grado de tentativa por la persona física. *Vid.*, p. ej., la STS 3-11-2016 (pte. Soriano) en la que se condenó por un delito intentado de estafa procesal, o la SAP Barcelona 113/2018, de 11-2, que condenó a una empresa por dos delitos contra la Hacienda pública en grado de tentativa con base en los arts. 305-1 y 310 bis CP[7].

Eso sí, una vez sentada la posibilidad conceptual (o en abstracto) de aceptar la tentativa, su admisibilidad en el caso concreto exigirá acreditar que, al tiempo de iniciar la realización de la acción típica, el autor obró con la resolución de consumar el hecho delictivo (elemento subjetivo del tipo de acción de la tentativa). Ni que decir tiene que tal exigencia no podrá cumplirse ya conceptualmente en el supuesto en el que el autor «no haya podido ser individualizado», por lo que en este supuesto el requisito del hecho de conexión únicamente podrá verse cumplido con un hecho típico consumado.

Por otra parte, una cuestión específica y peculiar se plantea en el caso de que la persona física que ha iniciado la ejecución del hecho típico *desista después voluntariamente de consumar* el delito.

---

neidad del comportamiento del integrante de la PJ para contribuir a las finalidades que guían la actividad de un determinado ente colectivo (*Cfr.*, así, Ragués, 2017, p. 112).

[5] *Vid.* las razones que expuse ampliamente en otros trabajos con respecto a todos los elementos cuya descripción va precedida de la preposición «en» (*Vid.*, especialmente Martínez-Buján, 2021, pp. 284 ss.). *Vid.* asimismo Martínez-Buján, 2023, epígrafe IV.4.3.2. y bibliografía que se cita, donde además añado que, aun admitiendo como mera hipótesis de trabajo que esta preposición pudiera denotar gramaticalmente un significado subjetivo, tal significado carecería de sentido en el marco de la RPPJ en nuestro CP, dado que el art. 31 ter admite que la persona física responsable no tiene por qué haber sido individualizada.

[6] En este sentido, *Vid.*, por ejemplo, coherentemente Dopico, 2018, p. 139, partiendo de la base de que el requisito «en beneficio», constituye un elemento subjetivo específico.

[7] Lo que resulta incorrecto es afirmar, como hace la STS 3-11-2016, que se castiga a la PJ «como autora penalmente responsable de un delito de estafa procesal en grado de tentativa». Frente a ello hay que aclarar que la que realiza el delito (sea consumado, sea intentado) es la persona física: la PJ no realiza delito alguno, sino una *infracción penal*, que, eso sí, incluye como uno de sus elementos (en concreto, como una especie de *resultado objetivo*) la realización de un delito por parte de la persona física (delito que puede ser, ciertamente, consumado o intentado). *Vid.* ampliamente Martínez-Buján, 2023, epígrafe II.2.1., donde expongo la estructura de la infracción penal de la PJ como un hecho propio objetivamente antijurídico, integrado por un presupuesto (el déficit organizativo caracterizado como un hecho omisivo) y un resultado (el hecho de conexión posterior imputable objetivamente a la omisión).

Resulta claro que en tal caso se habrá cumplido el hecho de conexión, por lo que, en principio, subsistiría la RPPJ[8]. A mi juicio, la razón estriba en que, el desistimiento en la tentativa posee la naturaleza de causa de anulación (o levantamiento) de la punibilidad, que, como tal, opera cuando ya se ha realizado un hecho típico, antijurídico y culpable, y que posee naturaleza personal, por lo que en la teoría jurídica del delito solo se aplica a aquellos intervinientes en quienes concurra, sin que el efecto liberador de pena se pueda proyectar sobre aquellos otros intervinientes en el hecho que no han decidido retornar a la legalidad[9]. Consecuentemente, de modo análogo a lo que sucede en la teoría del delito, es obvio que el desistimiento de la persona física no puede poseer incidencia en la exclusión de responsabilidad penal de una PJ, que, debido a su defecto estructural, dio lugar a que se produjera una tentativa.

Ahora bien, cuestión diferente es que, conocida la realización de una tentativa, la PJ adopte medidas que contribuyan eficazmente a evitar la consumación del delito por parte de la persona física. Ciertamente, tal situación no ha sido prevista por el legislador español (que solo recoge la posibilidad de una atenuación en casos de adopción de medidas posteriores a la consumación del delito y de cara a la prevención de futuros delitos, en el art. 31 quater), pero cabría entender que existiría materialmente un comportamiento posterior positivo eficaz análogo al que tiene lugar en el desistimiento de la participación en el caso de las personas físicas (art. 16-3 CP) y que, por tanto, conjura en el caso concreto el riesgo inicial creado con el defecto estructural[10].

Por lo demás, pudiera pensarse que, dado que, a mi juicio, el hecho de conexión debe ser caracterizado como un auténtico resultado (eso sí, objetivo) de la infracción penal de la PJ, la inclusión de la tentativa en el hecho de conexión, equiparada a la consumación, podría entrar en fricción con el principio de proporcionalidad, puesto que la infracción penal de la PJ quedaría ya plenamente integrada (y castigada con las

[8] Así también, *Vid.* Dopico, 2018, p. 139, sin llegar a exponer las razones en las que se basaría esa conclusión.

[9] En efecto, si bien tal desistimiento es conceptualmente anterior a la consumación del delito, materialmente supone la realización de un hecho posterior al injusto de la tentativa. *Vid.* por todos Martínez-Buján, DPEE. P.G., 6.ª ed., 2022, pp. 892 s.

[10] En sentido próximo, *Vid.* SILVA (2016, p. 688), quien escribe que, si la consumación del delito pudo ser impedida por el modelo de prevención utilizado, entonces la PJ no podría responder, porque el modelo operaría de modo análogo a como tiene lugar el desistimiento de la participación en el caso de las personas físicas.

Repárese, no obstante, en que Silva no menciona la concurrencia de un comportamiento posterior positivo por parte de la PJ, y se limita a afirmar que la consumación no se produjo debido al modelo de prevención existente. A mi juicio, en tal supuesto no habría, en rigor, un desistimiento, dado que sería el modelo de prevención de delitos previamente adoptado el que proporcionaría los medios para evitar la consumación. De ahí que cabría argüir que entonces no concurriría ya el *presupuesto* (primer elemento) de la infracción penal de la PJ.

mismas sanciones) tanto con la realización de un delito consumado como con la de un delito intentado.

Sin embargo, entiendo que tal fricción con el principio de proporcionalidad es solo aparente. Ante todo, porque el peculiar sistema de sanciones previsto para la infracción penal de la PJ posibilita que en el caso concreto la sanción penal se adecue a la gravedad del delito que se hubiese cometido, y, por tanto, que se adapte también a la menor pena que corresponda a un delito intentado. Así, en la mayor parte de los preceptos que castigan las infracciones penales de las PJ se establece un marco penal diferente en función de la duración de la pena prevista para el delito cometido por la persona física (distinguiendo supuestos de pena de prisión de menos de dos años y de más de dos, tres o cinco años), con lo que la menor pena que resultará en todo caso de la realización de una tentativa del delito de que se trate podrá tener reflejo en la menor sanción que se imponga a la PJ con relación al delito consumado. Pero, además, a lo anterior hay que añadir que los preceptos en los que no se prevé tal diferenciación, siempre se fija un marco sancionador con un máximo y un mínimo, dentro del cual el juez podrá tomar en consideración el dato de que el delito hubiese sido consumado o solo intentado, atendiendo en su caso a las reglas del art. 66 bis. En fin, a la hora de valorar la aludida fricción con el principio de proporcionalidad también hay que tener en cuenta el fundamento y la estructura de la infracción penal de la PJ que propongo: y, a tal efecto, recuérdese que, si bien es cierto que parto de la base de otorgar al delito realizado por la persona física la función de un resultado (que, por tanto, contribuye a fundamentar el injusto de dicha infracción), se trata de un resultado que solo se vincula *objetivamente* a la omisión de las medidas eficaces de prevención de delitos merced a una conexión de riesgo, una omisión que —no se olvide— constituye la esencia o sustrato de la infracción penal de la PJ y que, por ello, es la portadora del mayor merecimiento de pena[11].

En lo que concierne a la admisibilidad de los *actos preparatorios* como posible hecho de conexión, cabe reproducir, *mutatis mutandis*, las mismas consideraciones que acabo de efectuar con respecto al requisito de obrar «en beneficio directo o indirecto» de la PJ. Por su parte, también cabe trasladar aquí idénticas consideraciones en materia de desistimiento, dado que comparto la idea de que las previsiones de los apartados 2 y 3 del art. 16 CP son aplicables por analogía (y por el argumento *a fortiori*) a los casos de desistimiento de los actos preparatorios.

[11] Ni que decir tiene que todo lo que se acaba de exponer con relación a la admisibilidad de un hecho de conexión integrado por un delito en grado de tentativa y su posible fricción con el principio de proporcionalidad es trasladable a los casos de admisibilidad de un hecho de conexión integrado por un acto preparatorio o por un delito atribuido a título de participación, casos a los que me refiero a continuación en el texto. Por lo demás, lo expuesto también es trasladable al caso en el que el hecho de conexión venga integrado por la realización de un *delito imprudente*, según expliqué en Martínez-Buján, 2023, IV.4.3.3.4.

Por lo demás, si se acepta la tesis de que no hay obstáculo conceptual para considerar cumplido el hecho de conexión, entiendo que, desde el punto de vista de la tipicidad de la propia *infracción penal* de la PJ, tampoco habría inconveniente legal para admitir la RPPJ a la vista de la regulación del CP español. En efecto, hay casos en los que, aunque el legislador incluye el castigo de los actos preparatorios en un precepto posterior a aquel en el que admite la responsabilidad penal de las PJ, lo cierto es que esta responsabilidad va ya literalmente referida a «los delitos comprendidos en este artículo» (en el mismo en el que se incluyen los actos preparatorios)[12]. Ciertamente, en el caso del art. 302 se alude al «artículo anterior», o sea al art. 301 y no al 304, y en el art. 369 bis, se alude a «los dos artículos anteriores», mientras que los preparatorios se incluyen en el art. 373); no obstante, cabe interpretar que los preceptos relativos a los actos preparatorios incluidos en los arts. 304 y 373 forman parte, materialmente, de los preceptos que incluyen los tipos consumados.

II.2. **Admisibilidad de la participación**

Del mismo modo que —según acabo de examinar— sucede con la tentativa, también se ha suscitado la cuestión de saber si el hecho de conexión que tiene que llevar a cabo la persona física debe ser exclusivamente una conducta constitutiva de autoría (o coautoría) o puede ser también además una *conducta de participación*. La cuestión ha sido controvertida, dado que el CP tampoco prevé aquí indicación expresa alguna al respecto[13].

Vaya por delante que, tanto en los arts. 31 bis y siguientes como en los preceptos de la Parte especial en los que se prevé la RPPJ el legislador utiliza los verbos «cometer» y «realizar» para caracterizar la conducta de la persona física que habrá de llevar a cabo el hecho de conexión, verbos que sirven (al igual que, a mi juicio, también el verbo «ejecutar») para definir la conducta de autoría en el CP, según los arts. 28, 29, 30 y concordantes[14].

[12] Así, *Vid.* arts. 156 bis-8 y 177 bis. En el caso del art. 251 bis (en relación con art. 269) también existe una remisión genérica a «los delitos de estafa».

[13] Sobre la posibilidad de hacer responsables a las PJ por delitos llevados a cabo a título de participación por parte de las personas físicas, *Vid.* ya Gómez Tomillo, 2010, pp. 149 ss.; Silva, 2013, p. 23, con idénticas consideraciones a las efectuadas con relación a la admisibilidad de la tentativa. *Vid.* además, con ulteriores referencias, Lascuraín, 2019, s. p., en el sentido que expongo a continuación; González Cussac, 2020, p. 159, con idéntica solución a la que propone para la tentativa; Morales Prats, 2023, pp. 902 ss., también en el sentido que expongo a continuación.

[14] *Vid.* Martínez-Buján, 2019, pp. 27 s. y n. 13, con respecto a los verbos «ejecutar» y «realizar». No obstante, la identificación puede ser extendida al verbo «cometer», que se contrapone expresamente a «participar» en el art. 17-2 CP (como apunta certeramente Lascuraín, 2019, s. p.).

Así las cosas, pudiera pensarse entonces que el tenor de los preceptos en los que se prevé la RPPJ impide admitir que el hecho de conexión pueda ser integrado con una conducta de mera participación de la persona física integrante de la PJ[15].

Sin embargo, creo que no debería haber inconveniente en interpretar que, cuando a la hora de definir la RPPJ el legislador utiliza los verbos «cometer» y «realizar» para caracterizar la conducta de la persona física que habrá de llevar a cabo el hecho de conexión (esto es, para caracterizar el *resultado* de la infracción penal de la PJ), no les otorga el mismo significado que poseen en los arts. 28, 29 y 30 y concordantes, sino un significado diferente que permite englobar también las conductas de participación. De ahí que no pueda considerarse vulnerado el principio de legalidad

Por lo demás, repárese en que, si atendemos al fundamento y a la estructura de la infracción penal de la PJ que propongo (no se olvide en el seno de un *subsistema diferente* al sistema de las personas físicas)[16], tenemos que concluir que no hay razón alguna que justifique que el hecho de conexión tenga que restringirse a los casos en que la persona física realice una conducta de autoría. Así, v. gr., no hay razón alguna para excluir la RPPJ cuando, existiendo el presupuesto de la infracción penal de la PJ (el defecto estructural) un integrante de la PJ (actuando en nombre y en beneficio de la PJ) induce a un tercero a realizar un delito que puede vincularse merced a una conexión de riesgo con la omisión de las medidas de prevención exigibles.

Ciertamente, en contra de la admisibilidad de una conducta de participación se ha esgrimido, a mayores, un argumento que se califica de «sistemático» y que se considera «más importante» que el antecitado argumento gramatical, a saber: dado que —se afirma— la RPPJ «no es sino una especie de participación omisiva en el delito individual», entonces el castigo penal de una PJ en relación con una conducta individual de participación supondría admitir el castigo de «la participación en la participación»[17]. Sin embargo, este argumento tendría sentido si concibiésemos la RPPJ como una responsabilidad análoga o equivalente a la de la persona física. Sin embargo, debo reiterar que personalmente no parto de esa premisa, dado que considero que la RPPJ se configura como una *infracción penal* (que no un delito) cimentada en un hecho propio e independiente y se inserta en un subsistema diferente al sistema de la persona física. Sentado esto, cabe añadir que a la vista de la estructura de esa infracción penal que preconizo,

[15] Haciéndose eco de este argumento, *Vid.* Lascuraín, 2019, s. p., si bien considera que este argumento «semántico» posee menos relevancia que otros argumentos sistemáticos a los que aludo a continuación.

[16] *Vid.* Martínez-Buján, 2023, epígrafe I.1.2. y bibliografía citada, donde explico que se trata de una responsabilidad penal *en sentido amplio* basada en la infracción de la norma de valoración, según el paradigma de la responsabilidad estructural.

[17] Así, *Cfr.* Lascuraín, 2019, s. p. Adhiriéndose a este argumento *Vid.* Morales Prats, 2023, p. 904.

en modo alguno cabe afirmar que *dogmáticamente* esta consiste en una «participación omisiva en el delito individual».

Sí tiene, *prima facie,* sentido, en cambio, el ulterior argumento sistemático que se aduce en contra de la admisibilidad de una conducta de participación por parte de la persona física al realizar el hecho de conexión, esto es: «dado que la participación tiene un reproche diferenciado y menor que la autoría, lo que se manifiesta fundamentalmente en la posibilidad de rebajar la pena y en la exclusiva sanción de la participación dolosa», entonces «si el legislador hubiera querido sancionar a la persona jurídica por no prevenir razonablemente la participación delictiva de los suyos, habría previsto expresamente la posibilidad de atenuación»; de ahí se infiere que se produce una vulneración del principio de proporcionalidad[18]. Sin embargo, aun aceptando aquí la equivalencia con el sistema de la persona física[19], el argumento no me parece decisivo por varias razones. Ante todo, porque, a los efectos que aquí interesan, lo relevante es que, en el sistema del delito de la persona física, tanto la inducción como la cooperación necesaria se castigan por regla general (salvo la excepción —potestativa— prevista para contados delitos en el art. 65-3 CP) con la misma pena que la asignada al autor; solo la complicidad se sanciona con una pena inferior en grado. Por consiguiente, lo único que podría deducirse de este argumento es que no habría que admitir la complicidad; no obstante, entiendo que, en el caso de admitir la complicidad, tampoco existiría una vulneración del principio de proporcionalidad[20], en atención a las razones que apunté más arriba al analizar la posibilidad de que el hecho de conexión consista en una tentativa, razones que, por lo demás, explican que el legislador no haya previsto expresamente una atenuación para las conductas de participación, del mismo modo que no la prevé para la tentativa ni para los delitos imprudentes.

III. La cuestión referida a la infracción penal de la persona jurídica

Según indiqué en el epígrafe I, la respuesta a esta cuestión exige tener que exponer previamente cómo se concibe la estructura de la RPPJ, así como señalar algunas *precomprensiones* sobre las que se asienta dicha estructura.

[18] *Cfr.* Lascuraín, 2019, s. p.

[19] Lo cual es mucho aceptar, porque, si bien es cierto que aquí nos estamos refiriendo a las características del delito de la persona física, no es menos cierto que este delito pasa a insertarse en el marco del subsistema de la RPPJ, caracterizado como el resultado (objetivo) de la infracción penal de la PJ.

[20] Esta es asimismo la opinión de González Cussac, 2020, p. 159, quien admite la participación, sin perjuicio de que, a los efectos de la RPPJ, ello pueda «tomarse en consideración en el flexible proceso de determinación de la pena», en particular en el caso de la complicidad. A favor también de su admisión: Feijoo, 2016, p. 71; Mir, P.G., 2015, p. 841.

A mi juicio, hay que partir de la premisa de que la *infracción penal* de la PJ no consiste en un *delito* en el sentido de los arts. 1, 5, 10 y concordantes del CP[21].

En efecto, la PJ no puede *realizar o cometer delitos*, conforme a la definición de delito contenida en el CP español y comúnmente compartida en la doctrina, esto es, con arreglo a los conceptos del Derecho penal individual, en atención a lo cual no cabe hablar de una responsabilidad penal *en sentido estricto* de la PJ, análoga o equivalente a la de las personas físicas; solo cabe identificar una responsabilidad penal en sentido amplio. Esta premisa, que es compartida por un amplio sector doctrinal, se fundamenta, a mi juicio, en la idea básica de que *la PJ no cuenta ya con un sustrato real propio que pueda considerarse análogo o equivalente a la libertad de acción, que, en mi opinión, constituye el* presupuesto básico del sistema penal (y, en particular, el punto de unión entre la doctrina de la acción y la de la norma). Al partir de la base de que, con arreglo a la concepción significativa de la acción, la libertad de acción va referida a un comportamiento humano y de que dicha libertad es ya presupuesto de la acción misma, o sea, presupuesto de la imagen de mundo desde la perspectiva de la acción, es obvio que (sin necesidad de tener que llegar a examinar otras categorías dogmáticas) la PJ carece ya de capacidad de acción en el sentido jurídico-penal que se predica de la persona física[22].

Por tanto, la PJ no puede «realizar/ejecutar» un tipo penal en el sentido en el que lo lleva a cabo la persona física, es decir, la PJ ni siquiera *realiza* ya, en puridad de principios, «un tipo de acción objetivamente antijurídico» (tipo relevante y ofensivo, que, según la sistemática de la concepción significativa, constituye la primera categoría de la teoría del delito). Consecuentemente, la PJ es ya *a priori* incapaz de lesionar una norma de determinación, ni, consecuentemente, puede ser castigada con auténticas penas[23] y, por ello, carece de todo sentido interrogarse sobre si puede obrar con dolo o imprudencia o si es susceptible de soportar el juicio de culpabilidad.

[21] De hecho, es ya el tenor literal del art. 31 bis CP el que señala paladinamente que quienes «*cometen*» o «*realizan*» los delitos son exclusivamente las personas físicas enumeradas en las letras a) y b) del art. 31 bis-1.

[22] *Vid.* Martínez-Buján Pérez, El postulado de la libertad de acción y la incapacidad de acción de las personas jurídicas, en LH Queralt, Barcelona 2021-a, pp. 293 ss.

[23] Obviamente, ello no implica que no puedan ser sancionadas con otras consecuencias jurídico-penales, *derivadas* de los delitos *cometidos* por las personas físicas que las integran. En este sentido, comparto la idea de que no hay obstáculo para identificar un *estado de cosas objetivamente antijurídico*, en el sentido propuesto ya por Silva Sánchez, La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Derecho español, en Silva / Montaner, Criminalidad de empresa y Compliance, Barcelona 2013, pp. 34 ss., esto es, una realidad objetivamente favorecedora de la comisión de delitos por parte de las personas físicas integrantes de la PJ. En fin, un estado de cosas que lesiona únicamente normas jurídico-penales de valoración y que debe ser concebido como un injusto meramente sistémico (que ni siquiera puede ser objetivamente típico con base en los tipos —de autoría— de la Parte especial) y que debe ser despojado, por supuesto, de todo aspecto subjetivo. *Vid.* Martínez-Buján, 2023, epígrafes I y II.

Sentadas estas premisas, cabría concluir que en la *infracción penal* de la PJ existe una situación *análoga* (análoga porque —insisto— la PJ no realiza ya una *acción*) a lo que conocemos como antijuridicidad material u objetiva (o, lo que es lo mismo, un tipo de acción), basada exclusivamente en la pretensión de validez de la norma penal que denominamos pretensión de *relevancia*[24], y que equivale *mutatis mutandis* a lo que la opinión doctrinal dominante conoce como *tipo objetivo*. En síntesis, podemos convenir en que, en el marco de un *subsistema penal*, el legislador español de 2010 y 2015 tipificó una *infracción penal* que, por así decirlo, es imputable (solo) *objetivamente* a la PJ.

Así las cosas, la *infracción penal* de la PJ se compone de dos elementos: 1) la tipicidad en sentido estricto (pretensión puramente conceptual, vertiente fáctica) que se limita a abarcar aquellos presupuestos de la infracción que cumplan una función definitoria de la clase de infracción de que se trate; 2) el desvalor de resultado o antijuridicidad material u objetiva (pretensión de ofensividad, vertiente valorativa).

III.1. **Inadmisibilidad de la tentativa**

Sentadas las consideraciones generales que se acaban de exponer sobre la *infracción penal* de la PJ, hay que efectuar una *ulterior* salvedad en su analogía con el tipo de acción de la persona física, a saber: en la tipicidad de la infracción de la PJ no tienen cabida unos elementos análogos a los que en la teoría del delito denomino *elementos subjetivos del tipo de acción* («elementos subjetivos del injusto» para la opinión mayoritaria), concebidos como elementos que cumplen una función definitoria de la acción[25]. En efecto, si la PJ no está en condiciones ya de *realizar* una acción en sentido jurídico-penal, porque carece del sustrato biológico o soporte cognitivo que posibilitaría justificar su conexión con la norma penal, tampoco podrá existir en ella una *intención* dirigida a una determinada meta.

Y de ahí se deduce que en la *infracción* penal atribuible a la PJ no cabe imaginar ya conceptualmente algo análogo a lo que en la teoría del delito denominamos *tentativa*, habida cuenta de que el tipo de acción de esta requiere un elemento subjetivo, integrado por la resolución (o voluntad) de consumar el hecho típico, o dicho más correctamente, la voluntad (eventual) de alcanzar una meta que coincide (objetivamente) con el hecho descrito en un tipo penal[26]. La infracción penal de la PJ solo se puede castigar en grado de consumación (por así decirlo).

[24] Por tanto, en la *infracción* penal de la PJ no habría pretensión de ilicitud (antijuridicidad subjetiva) ni, por supuesto, pretensión de reproche (culpabilidad). *Vid.* ya Martínez-Buján, LH Queralt, 2021-a, pp. 297 ss. y 2023, epígrafe I.1.1.

[25] *Vid.,* Martínez-Buján Pérez, 2021, pp. 58 ss. Son elementos imprescindibles en algunas clases de acciones, en la medida en que no pueden ser definidas sin ellos. No tienen que ser confundidos con el dolo (pp. 122 ss.).

[26] *Vid.* Martínez-Buján, 2021, pp. 80 ss.

Así las cosas, conviene aclarar el malentendido en el que incurre un sector doctrinal y jurisprudencial, a saber: una cosa es dilucidar si resulta posible que el hecho de conexión (el hecho penalmente típico realizado por la persona física) consista en una tentativa, algo que, en mi opinión, resulta factible según expliqué más arriba; y otra cosa diferente es admitir algo semejante a una tentativa de la propia infracción penal de la PJ, lo cual resulta conceptualmente imposible. Por tanto, no es, en rigor, correcta la afirmación incluida en algunas sentencias en las que se indica que se castiga a la PJ «como autora penalmente responsable de un delito de estafa procesal en grado de tentativa» (*Vid.*, p. ej., la STS 3-11-2016)[27].

III.2. **Inadmisibilidad de la participación y de la coautoría**

Mutatis mutandis, lo que se acaba de exponer en el epígrafe anterior es trasladable a la *participación*. De hecho, ambas instituciones (tentativa y participación) suelen aparecer vinculadas en la doctrina y en la jurisprudencia como susceptibles de ser aplicadas a la infracción penal de la PJ[28]. Por tanto, de nuevo hay que afirmar que la infracción penal de la PJ solo se castiga a título de autoría (por así decirlo)[29], por lo que resulta incorrecto decir que la PJ realizó una conducta de participación, dado que la participación requiere también un elemento subjetivo consistente en el acuerdo de voluntades entre el autor y el partícipe, que incluye tanto la voluntad de realizar la conducta cooperadora como la

[27] *Vid.,* sin embargo, el comentario a esta sentencia de Gómez-Jara, 2019, pp. 231 ss., quien respalda dicha afirmación, aludiendo también a una «tentativa de la persona jurídica». A mi juicio, tal afirmación, tal y como está expresada, incurre en una confusión de planos. En efecto, según se desprende de la estructura de la infracción penal de la PJ que preconizo, esta no *realiza* una tentativa de un *delito* de los tipificados en la Parte especial (porque el delito —sea consumado, sea intentado— lo realiza únicamente la persona física, tal y como indica el art. 31 bis). De lo que se hace responsable a la PJ es de una *infracción penal* (que siempre es consumada), que, eso sí, incluye como uno de sus elementos (en concreto, como una especie de *resultado*) la realización de un delito por parte de la persona física (delito que, como veremos, puede ser, ciertamente, consumado o intentado). Cuestión diferente es que se afirme que a la PJ se *le imputa* el delito cometido por la persona física en grado de tentativa (y *va a responder por* el delito realizado por la persona física), lo cual es correcto. Esto está bien explicado por FEIJOO en un pasaje de su exposición, cuando con claridad escribe que «la persona jurídica no responde por una tentativa del art. 31 bis, sino en relación con un delito específico en grado de tentativa» y que ello es posible porque la PJ «responde en relación con el delito de la persona física y, por ello, la modalidad delictiva depende de éste» (Feijoo, 2023, p. 14). También hay que compartir, obviamente, la consecuencia que extrae FEIJOO a renglón seguido, a saber: que la ley penal aplicable en el tiempo o en el espacio dependerá del momento o del lugar en los que la persona física haya realizado el delito (p. 15, y también p. 85).

[28] *Vid.* por todos Morales Prats, 2023, p. 902.

[29] Al igual que sucede en la analogía con las restantes categorías y elementos del delito (de la persona física), en rigor tampoco cabe hablar propiamente de una *autoría* de la PJ (ni siquiera en su caracterización lógico-gramatical), porque la autoría consiste en *realizar* o *ejecutar un tipo de acción*, en el sentido de que presupone al menos una tentativa (*Vid.* Martínez-Buján, 2019, pp. 107 ss.). En cambio, la PJ *no realiza un tipo de acción;* en realidad, *no realiza nada*; solo se le imputa algo.

voluntad de consumar un hecho penalmente típico, algo inconcebible en la PJ. Lo que sí puede afirmarse, nuevamente, es que el hecho de conexión realizado por la persona física puede consistir en una conducta de participación, según expliqué más arriba[30].

En fin, la misma argumentación es trasladable a la *coautoría*, que también requiere un elemento subjetivo, integrado por el mutuo acuerdo, esto es, por una *resolución conjunta* de realizar el delito (o conocimiento recíproco de la actuación conjunta), la cual representa para cada coautor un elemento estructuralmente análogo al elemento de la resolución de consumar el hecho típico en la tentativa[31].

Cuestión distinta es que se hable de coautoría en un sentido *impropio*, como hace Gómez Tomillo, para referirse a supuestos en los que varias empresas (v. gr., empresas integrantes de una UTE) «se encargan de aspectos parciales en la ejecución de un delito» (p. ej., una construcción ilegal del art. 319-1), en cuyo caso este penalista admite que cabría «extrapolar, *mutatis mutandis,* los criterios desarrollados en el marco de la de la teoría de la coautoría de las personas físicas» al ámbito de las personas jurídicas, con la conclusión de que «estaríamos ante un caso de coautoría de diversas personas jurídicas»[32].

No obstante, repárese, ante todo, en que en tales supuestos se trataría de una coautoría (solo) *objetiva*, por así expresarlo, en la que faltaría el elemento subjetivo[33]. Y, si entiendo bien lo que propone este penalista, existiría esa especie de coautoría objetiva de la PJ en la medida en que las *personas físicas* integrantes de cada una de

[30] Morales Prats, 2023 (pp. 903 s.) rechaza también que la PJ pueda responder en régimen de participación, pero con la particularidad de que se está refiriendo al supuesto específico en el que la persona física lleva a cabo una conducta de participación. En tal caso descarta la RPPJ con el argumento de que, en caso de que se reconociese su responsabilidad, la PJ «respondería como partícipe del partícipe», porque la hipótesis que él plantea es la consistente en dilucidar si es posible «extender» la responsabilidad como partícipe de la persona física a la PJ.

Como expliqué más arriba (*Vid. supra* epígrafe II.2.2.), mi divergencia con esta posición reside en que no veo obstáculo para admitir una RPPJ (siempre a título de *autoría*, claro es) en la que el hecho de conexión consista en una conducta de participación. A esta hipótesis no se refiere explícitamente Morales, seguramente porque da por sentado que solo cabe una RPPJ cuando el delito de la persona física se realiza a título de autoría, según se desprende de la cita de la opinión de Lascuraín (2019, s. p.), a la que se adhiere.

[31] *Vid.* Martínez-Buján, 2019, p. 296.

[32] *Vid.* Gómez Tomillo, 2021, pp. 104 ss.

[33] Apreciación que, *prima facie,* parece compartir Gómez Tomillo (2021, p. 107) cuando reconoce que en el ámbito de las PJ no puede haber un «plan conjunto», dado que «por sí mismas ni actúan ni acuerdan nada». Sin embargo, a renglón seguido añade algo en lo que no puedo estar de acuerdo, a saber, que cabría hablar de una coautoría de las PJ (entiendo que auténtica, porque son las PJ «las que se encargan de aspectos parciales de la ejecución del delito»), si «se toma como referencia la actuación de las personas físicas con capacidad para comprometer a la persona jurídica, enmarcadas en las diversas estructuras empresariales. Lo característico, pues, de los casos de coautoría de personas jurídicas sería la existencia de una pluralidad de hechos de conexión».

las diferentes PJ *realizasen el delito* (ahora sí) del art. 319-1 a título de coautoría con todos sus elementos objetivos y subjetivos. Ahora bien, lo que realmente sucede en tal supuesto es que, una vez sentado que quienes *realizan* el *delito* del art. 319 solo pueden ser las personas físicas integrantes de la PJ[34], la única *coautoría* existente solo podrá ser, consecuentemente, la de dichas personas físicas. Y con respecto a cada una de las PJ lo único que podrá afirmarse, en su caso, es que se le podrá *hacer responsable* del delito realizado por su integrante, siempre —claro es— que quepa acreditar que ese delito puede ser imputado objetivamente a la omisión de las medidas adecuadas de prevención de delitos; pero, en modo alguno cabe hablar de «coautoría» de las diversas PJ, sino de «personas jurídicas penalmente responsables (como vengo indicando, en rigor ni siquiera cabría hablar de *autoría*) del delito cometido por la persona física», con la única particularidad de que todas ellas responderían por el mismo delito del art. 319-1. Es más, lo que también podría suceder en el caso propuesto por Gómez Tomillo es que a algunas de las PJ integrantes de la UTE no se les pudiese hacer responsables del delito realizado por su integrante, debido a que este delito no pudiese ser imputado a una omisión de las medidas adecuadas de prevención. En fin, la responsabilidad penal de cada PJ (su *infracción penal)* es *independiente* de la responsabilidad de las demás PJ, por más que sus integrantes hubiesen realizado el delito a título de coautoría[35].

En resumidas cuentas, de todo lo anteriormente expuesto cabe concluir que, en rigor, lo correcto sería afirmar que, dado que a la PJ se la va a considerar «penalmente responsable de los delitos cometidos por» las personas físicas descritas en el art. 31 bis, la PJ responde penalmente por (o se le imputa) el delito que realizó la persona física con las características que concurrieron en el caso concreto y que pudo ser un delito realizado en grado de consumación o de tentativa o una conducta llevada a cabo a título de autoría, coautoría o participación. Pero la infracción penal de la PJ *no consiste en la realización* de un hecho constitutivo de tentativa, de participación o de coautoría; es más, la PJ ni siquiera es, en rigor, autora, porque *no realiza* nada.

[34] Por esta razón no puede compartir, pues, la antecitada afirmación de Gómez Tomillo (2021, pp. 104 s. y 107), consistente en entender que son las PJ las que «llevan a cabo una construcción ilegal concurriendo las características del art. 319-1 CP» y las que «se encargan de aspectos parciales en la ejecución del delito».

[35] Las consideraciones que efectúo en el texto con respecto a la coautoría son obviamente trasladables, *mutatis mutandis*, a la posibilidad de que la PJ pueda ser calificada de autora mediata, posibilidad admitida también por Gómez Tomillo, 2021, pp. 107 ss.

IV. Bibliografía

Bajo Fernández, Miguel / Gómez-Jara Díez, Carlos / Feijoo Sánchez, Bernardo José, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Aranzadi, Pamplona 2012 (hay 2.ª ed., Madrid 2016).

De la Mata Barranco, Norberto J. / Dopico Gómez-Aller, Jacobo / Lascuraín Sánchez, Juan Antonio / Nieto Martín, Adán, *Derecho penal económico y de la empresa,* Dykinson, Madrid, 2018.

Feijoo Sánchez, Bernardo**,** «La función de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho penal español», *Revista Electrónica de Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas y Compliance* (*REDEPEC*) 1/2023

Gómez Tomillo, Manuel, *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español*, Lex Nova, Valladolid, 2010.

— «Concepto penal de persona jurídica y teoría de la autoría y participación en el delito», *LH Zugaldía*, Tirant lo Blanch, Valencia 2021.

Gómez-Jara Díez, Carlos, *El Tribunal Supremo ante la responsabilidad penal de las personas jurídicas. El inicio de una larga andadura*, 2.ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2019.

González Cussac, José Luis, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

Lascuraín Sánchez, Juan Antonio, «¿Penamos a la persona jurídica por conductas de participación?», *Almacén de Derecho*, 13-3-2019

Martínez-Buján Pérez, Carlos, *La autoría en Derecho penal. Un estudio a la luz de la concepción significativa (y del Código penal español),* Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

— *Los elementos subjetivos en la antijuridicidad. Un estudio a la luz de la concepción significativa (y del Código penal español),* Valencia, 2021.

— «El postulado de la libertad de acción y la incapacidad de acción de las personas jurídicas», *LH Queralt*, Atelier, Barcelona, 2021-a

— *Derecho penal económico y de la empresa (Parte general)*, 6.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

— «La estructura de la *infracción penal* de la persona jurídica: el presupuesto (el déficit organizativo peligroso) y el resultado/condición objetiva de punibilidad (el hecho de conexión posterior)», *Revista Electrónica de Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas y Compliance (REDEPEC),* 2023-n.º 3

Mir Puig, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, 10.ª ed. (con la colaboración de Víctor Gómez Martín / Vicente, Valiente Iváñez), Reppertor, Barcelona 2015.

Morales Prats, Fermín, «¿Son las personas jurídicas responsables solo como autoras o también en régimen de participación?», *LH Díez Ripollés*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

Ragués Vallès, Ramón, *La actuación en beneficio de la persona jurídica como presupuesto para su responsabilidad penal,* Marcial Pons, Madrid, 2017**.**

Silva Sánchez, Jesús María, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Derecho español», en Jesús-María Silva Sánchez (dir.), Raquel Montaner Fernández (coordinadora), *Criminalidad de empresa y Compliance*, Atelier, Barcelona, 2013.

— «La eximente de "modelos de prevención de delitos". Fundamento y bases para una dogmática», *LH Bajo Fernández*, Ramón Areces, Madrid, 2016.

22

RAFAEL SALILLAS, PENITENCIARISTA Y PRIMER CRIMINÓLOGO EN ESPAÑA

RICARDO M. MATA Y MARTÍN
Catedrático de Derecho penal
Universidad de Valladolid

SUMARIO: I. LA TRAYECTORIA DE RAFAEL SALILLAS. II. LA DOCTRINA CRIMINOLÓGICA DE SALILLAS. III. LA ESCUELA DE CRIMINOLOGÍA. IV. EL RÉGIMEN PARA LA EJECUCIÓN DE LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD BAJO LA INFLUENCIA DE SALILLAS. V. A MODO DE REFLEXIONES FINALES. VI BIBLIOGRAFÍA.

I. LA TRAYECTORIA DE RAFAEL SALILLAS

A día de hoy permanece el interés indudable para la criminología, el sistema y derecho penitenciario sobre Rafael Salillas y Panzano. Médico aragonés que llegó a gran altura en el ámbito de la criminología y de la ciencia penitenciaria, quien incluso podía aludir tempranamente a la noción de Derecho penitenciario[1]. De él dirá el Profesor García Valdés que se trata de uno de nuestros más ilustres y preclaros penitenciarios y penitenciaristas, «faro del Derecho penitenciario español entre el último tercio del siglo XIX y primeras décadas del XX». También como en su incesante y variada actividad «todo lo toca y de todo sabe»[2]. En ese tiempo de principios del siglo XX, por sus tareas y afanes, pudo ser conocido como «un pequeño Lombroso», como se menciona en la obra de Pio Baroja[3].

[1] SANZ DELGADO, E., «Rafael Salillas y los orígenes de la individualización científica», en *Hitos de la historia penitenciaria española. Del siglo de Oro a la Ley General Penitenciaria*. (Mata Y Martín, director / Andrés Laso, coordinador). BOE 2020, p. 154. CÁMARA ARROYO, S., «Rafael Salillas y la infancia delincuente: orígenes del modelo de justicia tutelar de menores en España», *REP, Homenaje a Salillas*, Extra 2023, p. 277.

[2] «Introducción a Rafael Salillas: el contexto penitenciario y en el recuerdo», *REP*, Homenaje a Salillas, Extra 2023, pp. 13-14.

[3] CABEZAS GARCÍA, F., *La medicina y los médicos en la obra de Pío Baroja*, Ediciones Beta, III Milenio, Bilbao 2012, p. 105; CÁMARA ARROYO, S., «Rafael Salillas y la infancia delincuente: orígenes del modelo de justicia tutelar de menores en España», *REP, Homenaje a Salillas*, Extra 2023, p. 247.

Para Téllez Aguilera es necesario hacer no pocas puntualizaciones en la valoración de la trayectoria penitenciaria de Rafael Salillas, pues observa que su figura en ocasiones ha sido tratada de manera sobredimensionada, especialmente si se la compara con las realizaciones de Fernando Cadalso[4]. En realidad, para este autor deben diferenciarse dos Salillas, mirando su obra y —especialmente— su actuación en el ámbito penitenciario. Un primer Salillas más cercano a sus paisanos, como Joaquín Costa, y que cuenta con un gran entusiasmo por la obra y reforma penitenciaria. «es el Salillas penitenciarista por antonomasia; el que se acerca a la realidad para conocerla, la describe y pone todo su esfuerzo intelectual y profesional para solucionar los defectos detectados, siempre al lado de una Administración penitenciaria de la que se siente parte»[5]. Es, también, «el gran Salillas, penitenciarista y sensato reformador»[6]. Y un segundo Salillas, que se irá abriendo paso después de su cargo como Director de la Cárcel Modelo, en el que aprecia una mayor acomodación y un alejamiento del Cuerpo y Dirección General de Prisiones[7]. Aun así, para este mismo autor, sus méritos son indudables, con esa amplia etapa de entrega total a la reforma penitenciaria, sus trabajos de criminología, el rescate de algunas fases relevantes de nuestra historia penitenciaria, el abordaje de mil y un problemas penitenciarios en los que intervino o, especialmente la necesidad de un análisis personal del condenado que lleve a un tratamiento individualizado[8]. En la obra de Enrique Sanz Delgado, Salillas está muy presente, pues «fue un ejemplo de inteligencia entregada a la investigación de la vida social, criminológica y penitenciaria»[9], al tiempo que sus propuestas penitenciarias se verían reflejadas posteriormente en la reforma del sistema de encarcelamiento en la última parte del siglo XX: «El modelo que adoptó el legislador de 1979 recuperó los mimbres salillistas y cadalsianos»[10].

Personalidad que ya en sus orígenes resulta singular como compañero de pupitre en el Instituto de Huesca o de amistad de grandes figuras del porvenir como Joaquín Costa y Santiago Ramón y Cajal[11]. Rafael Salillas después de sus estudios de Medicina y del ejercicio por un tiempo de esta profesión, llega a Madrid y accede a la sección sanitaria de la Dirección General de Establecimientos Penales en 1880 como mero oficial en el

[4] «Cadalso ante el espejo», *REP* n.º 262 (2020), p. 14.

[5] Téllez Aguilera, A., «Cadalso ante el espejo», *REP*, Núm 262, 2020, p. 19.

[6] «Cadalso ante el espejo», *REP,* Núm. 262, 2020, p. 24.

[7] Literalmente el autor indica que «la amargura y el rencor se irán adueñando de su persona». «Cadalso ante el espejo», *REP*, Núm, 262, 2020, p. 16-7.

[8] Téllez Aguilera, A., «Dorado, Salillas y la naranja mecánica», *REP, Homenaje a Rafael Salillas*, Extra 2023, p. 223.

[9] «Rafael Salillas penitenciarista», *ADPCP*, VOL. LXV, 2012, p. 156.

[10] Sanz Delgado, E. «Rafael Salillas penitenciarista», *ADPCP*, VOL. LXV, 2012, p. 175.

[11] Personalidad que ya ha sido abordada por mí en «Los orígenes de la formación criminológica en España: la escuela de criminología», *Criminologia Integrativa: contributos para uma comunidade criminológica de língua portuguesa* (Da Agra / Gomes), Editora d´Placido 2018, p. 491 y ss.

servicio mencionado realizando labores de inspección sanitaria en los centros penales[12]. En marzo de 1881 se produce su incorporación a la Dirección General mencionada en calidad de oficial de segunda[13]. Inicia ya en estos primeros años la publicación sus trabajos, en ese momento en la Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Gran aficionado a la literatura, ya antes del acceso al trabajo en el ámbito penal, llegó a publicar obras de teatro, novela y hasta un cuento[14]. El conocimiento directo del medio penitenciario y criminal le permitió aplicarlo a la literatura, así como de la literatura supo extraer datos y conceptos para sus elaboraciones criminológicas.

Un poco más adelante, en el año 1885, por la dedicación a su actividad en el ámbito penitenciario y su creciente prestigio profesional, será nombrado Jefe del Negociado de Higiene y Antropología del Ministerio de la Gobernación, Departamento en el que por entonces todavía se organizaban administrativamente las prisiones españolas. En este momento toma contacto y colabora por primera vez con el Dr. Simarro en la preparación de un Proyecto de Ley de Manicomios Judiciales[15], situación en el que al parecer decide su vocación criminológica[16]. De esa manera se va introduciendo desde su formación médica en los temas penales y penitenciarios hasta llegar a ser un gran especialista en materia criminológica y penitenciaria, no sólo en España sino que también gozará de un reconocimiento internacional. Su enorme interés por el tema penitenciario y la capacidad de penetración en los asuntos penales con su permanente dedicación le hacen desarrollar un grupo de artículos que configuran su primera gran obra, *La vida penal en España* (1888), testimonio de la realidad penitenciaria en su evolución histórica. Entres sus obras más conocidas están, además de la acabada de citar, *La antropología en el derecho penal* (1889), *Doña Concepción Arenal en la ciencia jurídica, sociológica y en la literatura* (1894), *El delincuente español: el lenguaje (estudio filológico, psicológico y sociológico)* … (1896), *Hampa: antropología picaresca* (1898), *La teoría básica (biosociologia)* (1901), *Un gran inspirador de Cervantes: el doctor Juan Huarte* (1905) y *La evolución penitenciaria* (1918).

Su actividad científica dedicada al mundo penitenciario y de la criminología posee numerosos ángulos de aplicación. En 1887 pasa del Ministerio de la Gobernación al de Gracia y Justicia donde se le encarga la organización de la sección penitenciaria de la Exposición Universal de Barcelona. También se encargaría de cometidos semejantes

[12] Antón Oneca, J., «Don Rafael Salillas», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, T. 27, 1974, p. 206.

[13] *La correspondencia de España*, 21/03/1881. *Gaceta Universal*, 21/03/1881.

[14] Estrena el drama *Las dos ideas* en el Teatro Español, con una aceptable acogida. *El Correo militar*, 08/10/1884. *La Época* 08/10/1884. *El Liberal*, 08/10/1884.

[15] Fernández Rodríguez, M.D., *El pensamiento penitenciario y criminológico de Rafael Salillas*. Santiago de Compostela, 1976, p. 76.

[16] Téllez Aguilera, A., *Criminología*, Edisofer, 2009, p. 216.

a través de las reuniones científicas organizadas por la Asociación para el Progreso de las Ciencias como la celebrada en Valladolid en 1915 y en la que presentó, entre otros contenidos, una maqueta del Presidio de Modelo de Valladolid de mediados del siglo XIX.

Su labor ya iniciada y la dedicación que hace al conjunto de la actividad penitenciaria facilitará que sea designado como representante español en distintos Congresos Penitenciarios Internacionales que venían celebrándose desde la mitad del siglo XIX. De esta forma asiste a los organizados en San Petersburgo, Lieja o Turín entre la última década del siglo XIX y la primera del XX. Con ocasión de estas reuniones científicas tendrá oportunidad de visitar prisiones emblemáticas de aquellos países y otros como serán los centros de San Petersburgo, Moscú, Paris o Berlín.

Sin dejar su actividad de investigación en temas variadísimos, que va construyendo en una carrera de fondo una amplia obra y su teoría criminológica, participa en la comisión dirigida a la reforma del Código penal, en la comisión de reforma del Reglamento General de Establecimientos penales (1889), reorganiza el Registro Central de penados y Rebeldes, en 1902 es nombrado Secretario de la Junta Superior de Prisiones y sucesivamente Consejero y Secretario del Consejo Penitenciario en 1904 o Director de la Carcel Modelo de Madrid y Director de la Escuela Especial de Criminología en el año 1906. También asistirá a la puesta en funcionamiento oficial de las nuevas prisiones celulares y modelo, como son las de Valencia (1901) y Barcelona (1904).

Es una constante de Salillas, desde su llegada a la Dirección General de Establecimientos Penales, su actividad divulgadora y de investigación que se plasma en un buen número de publicaciones y revistas. Comenzó sus publicaciones en El Diario *El Liberal*, con el que seguiría colaborando largo tiempo, como cuando se ocupó de la cárcel de Cavite en los tiempos de la guerra en Filipinas. También en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* y fruto de todo ello fue su primera gran obra, *La vida penal en España*. Participó en la publicación —miembro de su Consejo Rector— de la *Revista de Antropología Criminal y Ciencias Médico Legales*, fundada en Valladolid en 1888 por Angel M.ª Álvarez-Taladriz, la primera revista científica de este área[17]. Después continuaría publicando de manera amplia con algún intervalo, finalizando con otra de sus grandes aportaciones a la historia penitenciaria con la *Evolución penitenciaria de España* de 1918.

De acuerdo a lo vamos a poder comprobar, desde el punto de vista criminológico, en lo que es la determinación de la etiología del delito, Salillas es inicialmente positivista (antropología criminal), aunque posteriormente se observa su atención a campos más amplios como el medio social del que procede el delincuente, su jerga, sus hábitos (y en este sentido más amplio pueden ser calificados sus estudios de antroposociolo-

[17] Téllez Aguilera, A., «Dorado, Salillas y la naranja mecánica», *REP, Homenaje a Rafael Salillas*, Extra 2023, pp. 206-7.

gía criminal o biopsicosociología criminal). Pero en lo que concierne a su visión y pretensión penitenciaria respecto al delincuente, cabe calificarlo de correccionalista o, si se prefiere de defensor de la idea de la tutela penal del delincuente condenado a prisión. Es significativo a este respecto la inclusión en el Plan de Estudios de la Escuela de Criminología, que el mismo impulsará, de materias como «La tutela y el sentido moderno de la función penal» o las distintas posibilidades que abarca «El patronato de los delincuentes».

Su entrega y dedicación, junto con un gran apasionamiento y capacidad de trabajo le hizo participar de numerosos organismos vinculados a la lucha contra la criminalidad y de otro tipo de interés social. Así sería nombrado secretario del Consejo Penitenciario, vocal del Patronato Nacional para la Trata de blancas, vocal y miembro permanente del Instituto Nacional de Previsión, vocal del Instituto de Reformas Sociales, también del Consejo Superior de Protección a la Infancia y represión de la mendicidad. Actividad que no sólo era de carácter burocrático, sino que la llenaba de carácter científico. De ahí que en ese contexto publique *La prostitución en la villa de Madrid* (1909), investigue de forma novedosa sobre el fenómeno de la trata de blancas u organice una convención internacional sobre la situación de la infancia.

Pese a su formación médica originaria, la toma de contacto diaria con el medio penal le irá haciendo conocer otros dominios como el penal, penitenciario y administrativo, en los que llegará a desenvolverse con soltura y habilidad. La necesidad de tomar en cuenta y manejar estos otros ámbitos le permitirá llegar a hablar de forma sorprendente para la época de derecho penitenciario, en un momento (año 1907[18]) muy previo al establecimiento y posterior desarrollo de esta noción, así como su configuración doctrinal y legal. Será en el contexto de la labor profesional de los funcionarios de prisiones que ya indicaba que con su especialización podrán ir asumiendo tareas propias de los jueces, dando lugar al sistema propio de la sentencia indeterminada, de acuerdo al cual las condiciones y duración del internamiento no es una tasa previamente fijada, sino que dependerá de la evolución del penado.

Después de una intensa vida de dedicación al estudio del criminal y del marco penitenciario de su tiempo e histórico, de la importancia de sus contribuciones criminológicas y de los hallazgos especiales en la historia penitenciaria, su mejor aportación será la creación y desarrollo de la Escuela de criminología. Pese a la trascendencia y el cuantiosísimo volumen de sus trabajos en múltiples campos lo habitual es considerar como su conquista más valiosa la promoción y dirección de este centro de formación, en el sentido más amplio, en la tarea criminológica y penitenciaria para numerosas promociones de los funcionarios de instituciones penitenciarias y otros especialistas penales.

[18] Véase lo recogido por Gudín, F./Nistal, J., *La historia de las penas. De Hammurabi a la cárcel electrónica*. Tirant lo Blanch, 2015, nota 35, p. 468.

II. La doctrina criminológica de salillas

Muy influido inicialmente por el positivismo criminológico de corte lombrosiano, sin embargo, lo supera en una fase temprana, pues en el avance de sus formulaciones la métrica y fisionomía cede el protagonismo a lo bio- psico- social, siendo alrededor de 1894 cuando se podría fijar el momento en el que abandona la ortodoxia lombrosiana[19]. Salillas termina por descartar al delincuente concebido como un ser atávico o como un mero enfermo, sino que considera que encarna las manifestaciones viciosas y desequilibrios de la sociedad a la que pertenece. El hampa es la manifestación sociológica de esas tendencias sociales al desequilibrio y al vicio, mientras que la picardía forma el referente psicológico de la delincuencia en un país como España. El hampa se desarrolla en medios sociales propicios a la vagancia o parasitismo social en un país pobre y la picardía por su parte se desenvuelve como el engaño propiciado por la pobreza, enraizados ambos aspectos en las condiciones económicas del medio de vida.

Tras esa primera etapa formativa de notorio sesgo lombrosiano, la novedad propia de su tiempo, supera ésta y aun sintiendo gran admiración por el ilustre antropólogo de Turín, se aleja de muchas de sus nociones y planteamientos sobre el origen delictivo como el atavismo y la degeneración[20]. Salillas apunta ya hacia las orientaciones sociológicas como las de Lacassagne y Aubry que aprecian en el delito como un fenómeno de género y naturaleza sociales desarrollado en un medio morboso individual o predisposición, rechazando de esa manera la idea del positivismo lombrosiano del criminal nato. Es su etapa de mayor desarrollo creativo y exposición de sus observaciones. Se puede decir efectivamente que hasta la culminación con su publicación de la llamada por el mismo Teoría básica en el año 1901, es la fase de una actividad investigadora y de elaboración más intensa. Después vendrá el periodo en el que va a asumir en mayor medida responsabilidades públicas en el ámbito de la justicia criminal que, sin que le aparten de sus actividades de formación e investigación, le limitan en cierta medida esas posibilidades.

Interesado por la antropología criminal, Salillas va construyendo su concepto de criminal, especialmente referido al delincuente español, pues los caracteres del mismo, entiende Salillas, están vinculados a la sociedad a la que pertenece. Pero la concepción de Rafael Salillas se produce en términos más complejos y amplios de lo que cabría esperar desde un punto de vista del positivismo reinante en la ciencia y de lo que propugna el referente fundamental en aquél tiempo, como era la obra de Lombroso. Por evitar los reduccionismos del primer positivismo e ir ampliando las bases de sus tesis

[19] Téllez Aguilera, A., *Criminología*. Edisofer, 2009, p. 221. El mismo autor en «Dorado, Salillas y la naranja mecánica», *REP, Homenaje a Rafael Salillas*, Extra 2023, p. 207.

[20] Gudín, F./Nistal, J., *La historia de las penas. De Hammurabi a la cárcel electrónica*. Tirant lo Blanch, 2015, p. 466.

criminológicas a campos muy diversos cabe considerar «al sabio aragonés como uno de los adelantados de la Criminología de finales del s. XIX y principios del XX»[21].

En su análisis que comienza en la obra sobre el Hampa («El delincuente español. Hampa, 1898) señala que buscando en los autores de la novela picaresca española ha reunidos suficientes datos como para enlazar o vincular las ideas y conceptos literarios con las ideas y conceptos antropológicos. El delincuente de acuerdo a su visión se caracteriza y reúne las mismas tendencias viciosas que la sociedad que lo ha engendrado, dando lugar a distintos tipos de delincuentes, como los degenerados mentales, delincuente nato el habitual o los delincuentes habituales[22]. En España los tipos de acción representados en las diversas manifestaciones del hampa son dos: el de tipo picaresco y el de tipo matonesco[23].

Cuando avanza en la construcción del modelo de delincuentes indicará que el ser humano está constituido por distintos ordenes de bases, una especie de arquitectura del hombre que responden a distintas bases de sustentación en lo nutritivo, moral, psíquico y social. Por eso en su formulación de la llamada Teoría Básica por él en dos amplios volúmenes (1901) estas bases del ser humano se conectan con el origen del delito y las manifestaciones de la delincuencia, extendiéndose por tanto a más campos que el puramente biológico. Las mismas bases ya aludidas se manifiestan tanto en lo orgánico, como en lo psíquico, pero también en el terreno sociológico. Es decir que no deja de apuntar este carácter multifactorial del delito, frente a modelos más reduccionistas presentes en su época, pues detecta y expone factores endógenos (o internos) al sujeto, pero también otros caracteres externos (o exógenos), aunque esta caracterización por sí misma es insuficiente para este autor[24]. Para Tellez[25] «Salillas construye, pues, una teoría criminológica para explicar al delincuente patrimonial habitual al que, partiendo del citado déficit nutricional, atribuye una serie de características sociales (nomadismo con sobriedad cosmetológica, esto es, en el vestido), morfológicas (sobriedad bromatológica), fisiológicas (insensibilidad física manifestada en resistencia individual) y psicológicas (imprevisión, indiferentismo y fatalismo), estudiando desde esa perspectiva notas características propias del delincuente como la jerga y el tatuaje». Como también ha indicado Cámara Arroyo se produce esa evolución que lo aleja de Lombroso y lo acerca a las explicaciones más sociológicas y culturales del delito: «el facultativo penitenciarista se aproximó finalmente más al pensamiento de Ferri o Garofalo que al de Lombroso, pues baste revisar algunas de sus publicaciones para entender que

[21] Gudín, F./Nistal, J., *La historia de las penas. De Hammurabi a la cárcel electrónica*. Tirant lo Blanch, 2015, p. 467.

[22] *El delincuente español. Hampa*, Madrid, 1898, p. 450.

[23] Salillas, R. *El delincuente español. Hampa*, Madrid, 1898, p. 452.

[24] Salillas, R. *Teoría básica*, T.I. Madrid, 1901, p. X.

[25] «Dorado, Salillas y la naranja mecánica», *REP, Homenaje a Rafael Salillas*, Extra 2023, p. 208.

sus inclinaciones sobre la etiología del delito tenían un componente más sociológico, incluso cultural (nacional), que fisiológico, donde el contexto y el papel que desempeña el entorno social toman un peso crucial. Al menos, puede atisbarse una evolución de su pensamiento en esta materia, cada vez más escorado hacia razones de índole contextual y espacios criminógenos»[26].

III. La escuela de criminología

La Escuela de Criminología creada a principios del siglo XX bajo el impulso y la iniciativa de Rafael Salillas, constituye el centro de referencia en la formación criminológica en España, estando destinado a la cualificación del personal penitenciario. Por ello puede decirse con propiedad que «Es en la Escuela de Criminología donde confluyen dos de sus principales facetas. Salillas el criminólogo y Salillas el penitenciarista»[27]. Antecedente remoto de la formación criminológica lo podemos encontrar en el presidio modelo que a mediados del siglo XIX se abrió en el desaparecido convento de San Vicente Paul en Madrid y que había inaugurado la misma reina Isabel II en 1845[28]. Este presido modelo había sido concebido para la formación práctica de los empleados del ámbito penitenciario y como ejemplo para el resto del sistema, pero tuvo una vida bien efímera pues desapareció rápidamente al no continuar como tal la Dirección General de penales sino quedar incluida en otros ámbitos como era el de la beneficencia. Incluso puede que este mismo sentido tuviera el inmediatamente posterior Presido Modelo de Valladolid. Con la ventaja en este último caso de que se trató de un edificio diseñado y construido originariamente para centro penal y con ese carácter de referencia general, ahora con forma octogonal y de distribución parcialmente celular. Pero también fue rápidamente abandonado en 1852 sin que pudiera comprobarse la eficacia de su labor.

Todavía antes de lo que consideramos el centro de referencia en la formación criminológica se creó en la Universidad de Madrid una Cátedra de Antropología criminal y Estudios superiores del Derecho Penal, ideada para la formación del doctorado[29]. La misma fue puesta en marcha en el año 1901 de manera que fue desempeñada sucesivamente por Aramburu y Zuloaga y Quintiliano Saldaña. Autores, especialmente el último, que tuvieron una dedicación a la materia criminológica. Pero todavía no había llegado el momento central de los inicios de una formación criminológica continuada.

[26] «Rafael Salillas y la infancia delincuente: orígenes del modelo de justicia tutelar de menores en España», *REP, Homenaje a Salillas*, Extra 2023, p. 247.

[27] Rodríguez Yagüe, C., «La Escuela de Criminología de Rafael Salillas, origen de la formación del personal penitenciario», *REP, Homenaje a Salillas*, Extra 2023, p. 152.

[28] Rico de Estasén, J. J. «Salillas», *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, Núm. 27, 1947, p. 25.

[29] Serrano Gómez / Serrano Maillo, «La antropología criminal en la historia de la criminología española», *Universitas Vitae. Homenaje a Ruperto Nuñez Barbero*, Universidad de Salamanca 2007.

El enorme interés despertado por los estudios de Cesare Lombroso en el campo de la antropología criminal produjo que se multiplicaran en numerosos ámbitos los «museos», «laboratorios» e «institutos» para la realización de investigaciones sobre el delincuente[30]. A lo largo de la segunda mitad del siglo XIX se produce el ascenso de la corriente positivista que alcanza a las disciplinas penales[31]. Desde sus presupuestos el positivismo considera el encarcelamiento, al menos en su versión de aislamiento celular, como un grave error hasta llegar a la conocida acusación de FERRI al referirse a este aislamiento como una de las aberraciones del siglo XIX. Se trataría de un mecanicismo puramente formal del sistema legal, sin adaptarse a las necesidades del delincuente y sin efectuar el cambio ansiado por el positivismo desde la pena-castigo hacia la pena-defensa[32]. La ciencia penitenciaria debe ampliarse entonces hacia la necesaria individualización de la ejecución, la clasificación y seriación antropológica de los penados así como su tratamiento. Con ello también queda englobada en los problemas generales de la criminalidad e incluida por tanto en la ciencia más general de la criminología. Se sitúa asociada de esta manera la ciencia penitenciaria al estudio que la criminología dispensa al delincuente y al delito.

El propio Lombroso, otro de los destacados miembros de la Escuela Positivista, había iniciado sus investigaciones en el manicomio y en la cárcel[33]. El iniciador de la criminología había atendido en un primer tiempo a los factores atávicos en el origen de la delincuencia pero después se situará en el campo de lo morboso, situando al criminal en una zona intermedia entre el ser humano normal y el alienado, lo que finalmente calificará de locura moral. Pero en su perspectiva se trata de lograr hallar la raíz orgánica de la perturbación comportamental que es propia de la delincuencia y para ello pesa, mide y cuantifica todo lo que se relaciona con el delincuente, y que cree detectar en alteraciones de los centros cerebrales que gobiernan la conducta de los seres humanos[34]. Por su semejanza con las manifestaciones de la epilepsia convulsiva, los trastornos propios del delincuente los reúne en el síndrome de la epilepsia larvada. Está iniciada la antropología criminal que, en buena medida, se convierte en antropometría y que precisamente se desarrolla, al menos al principio, en sede privativa de libertad. La importancia de las aportaciones de este momento radica, entre otros aspectos, en que se trata de la primera vez en la que se propone y lleva a cabo el estudio individual del delincuente[35].

[30] JIMÉNEZ DE ASUA, L., *Tratado de Derecho Penal*, T. I. Ed. Losada, Buenos Aires, 1950, p. 198.

[31] MATA Y MARTIN, R.M., *Fundamentos del sistema penitenciario*, Tecnos, 2016, pp. 27 y ss.

[32] *Principios de Derecho Criminal. Delincuente y delito en la ciencia, en la legislación y en la jurisprudencia*. Traducción por José-Arturo Rodríguez Muñoz, Reus, Madrid 1933, p. 341 y ss. Problema al que dedica FERRI un capítulo entero bajo el título de «La adaptación ejecutiva de la sanción».

[33] LANDECHO, C.M., *La tipificación lombrosiana de delincuentes*, T. I. UNED, 2004, pp. 84 y 171.

[34] LANDECHO, C.M., *La tipificación lombrosiana de delincuentes*, T. I. UNED, 2004, p. 264.

[35] STEARNS, W. «Evolution of Punishment». *Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 27, 1936, p. 228.

Por eso los precedentes más inmediatos de lo que será la Escuela de Criminología los podemos situar en dos ámbitos. Por uno aparece la Escuela de Estudios Superiores creada por el Ateneo de Madrid en 1896 y en la que dieron cursos al menos ese año y el siguiente, el profesor Antón de antropología general y etnografía, el Dr. Olóriz de antropología física y el Dr. Salillas de antropología y sociología de los criminales[36]. Por otra parte está el Laboratorio que en el año 1899 creara Giner de los Ríos. Este último era catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad Central de Madrid y aunque procedía originariamente de la pedagogía terminó recalando en el Derecho. Por eso se había interesado por la delincuencia desde el punto de vista social y de la pedagogía correccional[37]. No era por tanto la orientación la de la experimentación y desde temprano su iniciador contó con la presencia y el trabajo de Rafael Salillas que fue su Director como refleja su Hoja de Servicios. De hecho, pese al poco tiempo de funcionamiento, ya destacó la labor de este último con distintas publicaciones sobre la criminalidad en España, como la que versaba sobre el tipo de criminalidad en relación a la edad del autor[38].

La desaparición del anterior Laboratorio de Criminología no desanimó al médico aragonés y propició otra institución de estudios sobre la criminalidad en el ámbito en el que él realizaba su actividad profesional, la de la ejecución de las penas privativas de libertad. En el periodo de Eduardo Dato como Ministro de Gracia y Justicia las inquietudes en este terreno que venía manifestando Salillas encuentran un cauce oficial. Por Decreto de 1903[39] se creaba la Escuela Especial de Criminología en los locales de la cárcel Modelo de Madrid. A ella podían concurrir los miembros de la Sección directiva del Cuerpo de Prisiones, los de la Dirección General y el personal de los establecimientos de educación correccional, e incluso de forma complementaria personas ajenas al sistema penitenciario. Su ámbito es la formación y enseñanza teórico-práctica del personal penitenciario en múltiples ámbitos de la ciencia penitenciaria y criminológica. La formación tenía una duración de dos años sin que se efectuara un examen final de cada curso (que estaba explícitamente excluido), sino una valoración de conjunto de la actividad tanto teórica como práctica desarrollada por los alumnos. Los profesores del centro tenían que ser nombrados entre los que alcanzaran notoria reputación en su disciplina pero en todo caso no podían ser designados como titulares de una cátedra sino simplemente como profesores de la Escuela. Todavía tardó un tiempo en abrirse de manera efectiva por razones diversas, de manera que el 24 de mayo de 1904 se discutían ciertas ponencias sobre la Escuela en el Consejo Penitenciario y no será hasta el 5 de

[36] Antón Hurtado, F., «Precursores de la antropología criminal», *Gazeta de Antropología* Núm. 28, 2012, p. 8.

[37] Jiménez de Asua, L., *Tratado de Derecho Penal*, T. I. Ed. Losada, Buenos Aires, 1950, p. 190.

[38] Salillas, R., «Laboratorio de criminología», *RGLJ*, Vol. 50, Núm. 100, 1902, pp. 328 y ss.

[39] Gaceta de 13 de marzo de 1903.

julio de ese año cuando se apruebe el dictamen favorable a la instalación de la misma[40]. Pero tampoco en ese mismo momento habrá una apertura efectiva.

Es sabido el papel de principal impulsor de la Escuela que jugó Rafael Salillas, el primer criminólogo español, siendo profesor de la misma y Director de igual Centro desde 1906. El mismo año fue designado Director de la cárcel modelo de Madrid en donde se ubicaba la Escuela de Criminología, de manera que resultaba muy útil el desempeño de ambos cargos para la enseñanza teórica combinada con la práctica que se quería impartir. «Su inquietud renovadora, unida a su deseo patriótico de lograr para España una reforma penitenciaria acorde con los logros más importantes obtenidos en Europa», permitió que finalmente en 1906 entrara en funcionamiento real la Escuela tras tres años de retrasos y sinsabores[41]. Sobre el cúmulo de tropiezos de la Escuela dirá su mismo fundador «Mi castillo roquero, la personal antipatía contra mí, la torre de todos los vientos desatados, la cúpula de todas las tronadas, lo fue, lo es y lo será una pequeña escuela, la Escuela de Criminología. Cuando se decretó le negaron vida; cuando se constituyó, le negaron la casa; cuando tuvo casa, le negaron las consignaciones; cuando tuvo consignaciones, soplaron fuerte para aventar los materiales de las obras; cuando todo estuvo hecho, le negaron el concurso y procuraron fomentar la huelga; cuando los aspirantes acudieron, le negaron confianza, le negaron eficacia; cuando fue eficaz el hecho, les negaron la posesión; cuando tuvieron la posesión, la enconada lucha quiso acudir en el asedio á cortar las provisiones; cuando fue insuficiente tanto encono, negaron la realidad, y en el fracaso negativo de lo pasado y lo presente, se concentraron en negar lo porvenir»[42]. Las dificultades no cesaron pero su empeño en conseguir la aplicación de la individualización penitenciaria del tratamiento hizo que la Escuela mantuviera su compromiso con la mejora de la ejecución penal[43].

Para la formación de los profesionales penitenciarios colaboraron prestigiosos especialistas. Como indica Anton Oneca[44], quien trató al propio Salillas y a otras personas que con él participaron en el centro de formación, «La mayoría eran, profesores

[40] Sanz Delgado, E., «Rafael Salillas y los orígenes de la individualización científica», *Hitos de la historia penitenciaria española. Del siglo de Oro a la Ley General Penitenciaria*. (Mata Y Martín, director / Andrés Laso, coordinador), BOE, 2020, p. 158. También Sanz Delgado, E., «Rafael Salillas y el Consejo Penitenciario, a través de su órgano oficial: la *Revista Penitenciaria*», *REP, Homenaje a Salillas*, Extra 2023, p. 127.

[41] Al respecto Galera Gómez, A., «Rafael Salillas: medio siglo de antropología criminal española», *Llul*, Vol. 9, 1986, p. 88.

[42] Citado por Sanz Delgado, E., «Rafael Salillas penitenciarista», *ADPCP*, VOL. LXV 2012, pp. 168-9. Sobre las críticas a su labor en la Escuela también Rodríguez Yagüe, C., «La Escuela de Criminología de Rafael Salillas, origen de la formación del personal penitenciario», *REP, Homenaje a Salillas*, Extra 2023, pp. 165 y ss.

[43] Sanz Delgado, E., «Rafael Salillas penitenciarista», *ADPCP*, VOL. LXV, 2012, pp. 168 y ss.

[44] «Don Rafael Salillas», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, T. 27, 1974, p. 208.

universitarios que aceptaron los puestos con una retribución más bien simbólica que retributiva, siendo el verdadero móvil secundar la obra noble y necesaria de Salillas». En los primeros momentos participaron Félix de Aramburu, Federico Olóriz, Manuel Antón (catedrático de antropología y padre del futuro catedrático de Derecho penal José Antón Oneca), Manuel B. Cossio, Luis Simarro, Manuel Castillo o el propio Rafael Salillas.

La Escuela de Criminología se instaló, como ya se ha mencionado, en los pabellones de la izquierda, en su planta baja, en la entrada de la Prisión Modelo de Madrid[45]. La Escuela contaba con varias aulas, biblioteca y museo. Este último reunía una interesantísima colección de instrumentos muy variados relacionados con el mundo criminal y presidial. Destacaba en algún sentido el grupo de cráneos de criminales famosos al estilo que Lombroso había iniciado con el estudio del cráneo de criminales o la craneología criminal tratando de apreciar diferencias anatómicas entre el delincuente y el no delincuente. La Escuela contaba con esta interesante colección de cráneos de célebres delincuentes siguiendo los pasos como se ha indicado que el precursor de la criminología realizara de estudio de los cráneos de delincuentes en prisión. Al menos 17 fueron expuestos, de ellos algunos localizados y traídos por Salillas hasta el museo criminológico después de su visita a los presidios de Ceuta y Valladolid[46]. Allí se situaban los restos óseos de «la mujer del saco», los del célebre bandido Moises Alejo que había estado recluido en el presidio de Zamboaga (Filipinas), los del ladrón Fantasía, también los de Juan Montera doña compañero de tradicionales bandoleros o los de Francisco correa López ejecutado por haber matado a la cantinera del penal de Ceuta[47].

Pero como se ha dicho el centro albergaba otro numeroso grupo de piezas de interés criminológico y penitenciario. Allí permanecían colecciones de fotografía de temidos delincuentes, como la de Manuel Pardiñas, asesino de Canalejas, junto con su ficha dactiloscópica. Igualmente existían maquetas de construcciones penitenciarias muy significativas en la historia de las prisiones como la del presidio Central de Santoña, la del antiguo y muy desconocido Presidio Modelo de Valladolid y la del más conocido panóptico de Benthan[48]. Como último eslabón de estas colecciones históricas, en el año 1999, por tanto en tiempos ya recientes, llegan piezas al museo de medicina legal de la Universidad Complutense procedentes del antiguo Museo Penitenciario de la

[45] Rodríguez Yagüe, C., «La Escuela de Criminología de Rafael Salillas, origen de la formación del personal penitenciario», *REP, Homenaje a Salillas*, Extra 2023, p. 159.

[46] Como indica Fructuoso Carpena, *Antropología Criminal*. Mateu Artes Gráficas, Madrid 1922, p. 212; Serrano Gómez / Serrano Maillo, «La antropología criminal en la historia de la criminología española», *Universitas Vitae. Homenaje a Ruperto Nuñez Barbero*, Universidad de Salamanca, 2007, p. 754.

[47] Rico de Estasén, J., «Salillas», *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, Núm. 27, 1947, pp. 26-7.

[48] Rico de Estasén, J. «Salillas», *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, Núm. 27, 1947, p. 28.

Prisión de Carabanchel, gracias a un Convenio firmado con la Dirección General de Instituciones Penitenciarias del Ministerio del Interior, por el cual se han entregado en calidad de depósitos algunas de las piezas de gran valor histórico del ya desaparecido e histórico Museo.

La creación del centro de formación criminológica fue objeto de un vivo debate que llegó incluso al parlamento, especialmente por las dificultades iniciales para conseguir un número elevado de alumnos[49]. Y lo cierto es que la selección de alumnos era rigurosa pues en primer término se exigía el conocimiento del francés o del italiano «a libro abierto». Pero después debía realizarse un examen en materias de Historia y Geografía, Fisiología, Higiene, Psicología, Ética y Derecho usual.

El Plan de Estudios también resultaba ambicioso con el abordaje de tres grandes grupos de materias[50]: Derecho penal español y comparado, Legislación penitenciaria comparada, así como Ciencia penitenciaria. Esta última, a su vez, estaba integrada por el estudio de

a) Sistemas penitenciarios en todas sus manifestaciones.

b) Instituciones preventivas de todo género: La tutela y el sentido moderno de la función penal en sus varios aspectos.

c) El Patronato de los delincuentes. Formas que reviste en los pueblos cultos; Instituciones penitenciarias, reformatorios de niños y adultos; colonias; Patronato de presos y cumplidos; organización y resultados en los varios países por informes de detalle y estadística.

Y en este último sector de análisis del delincuente se introducían las materias más novedosas de tipo propiamente criminológico: Antropología ó estudio del hombre físico y Antropometría. Antropología criminal. Sociología criminal. Psicología normal y Psicología de los anormales. Pedagogía general y correccional. Criminología con estadística de la criminalidad comparada. El propio Salillas impartirá Ciencia penitenciaria y Antropología criminal. Había costado tres años desde la creación oficial del centro llegar a su apertura real por las dificultades en conseguir un presupuesto, hallar unas dependencias adecuadas y organizar materialmente la Escuela.

Aunque se aducía la ausencia de determinadas materias muy prácticas para la gestión penitenciaria como el Derecho Administrativo, contabilidad y teneduría de libros, lo cierto es que la Escuela realizó una labor de enorme trascendencia para el conocimiento criminológico en España y para la formación de los cuadros directivos en el sistema penitenciario. De manera que puede afirmarse con toda justicia que la Escuela de Criminología fue el

[49] Serrano Gómez / Serrano Maillo, «Centenario de la Escuela de Criminología». *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Núm. 14, 2004, p. 283.

[50] Téngase en cuenta que el Plan de Estudios de la Escuela que apareció en el Decreto fundador de la Escuela sufrió una inmediata corrección de errores mediante la rectificación publicada en la Gaceta de 15 de marzo de 1903.

primer semillero científico de la disciplina[51]. La presencia de los alumnos, funcionarios penitenciarios y del propio director fue constante en los eventos muy significativos de la España del momento organizados por la Asociación para el progreso de las Ciencias, reuniones científicas como la celebradas en Zaragoza, Valencia, Granada, Madrid (1913) con ponencias destacadas de alumnos de la Escuela de Criminología, funcionarios penitenciarios y el propio Salillas[52], o en Valladolid en 1915 y en la que presentó ponencias y una reproducción del histórico Presidio de Modelo de Valladolid.

Con apoyo en los anteriores argumentos en 1917 se llevó a cabo unas primeras transformaciones en la organización de la Escuela que afectaron a su Plan de Estudios y a la incorporación de nuevo profesorado. Cambios que al decir de JIMÉNEZ DE ASUA adulteraban el mismo por extraños pensamientos y ambiciones personales. Para SALILLAS la promoción de alumnos del curso 1916/17 era probablemente la más fecunda desde el inicio de las actividades y de manera excepcional en lo que tocaba a las tareas de investigación en archivos y biblioteca[53]. Y es que al maestro oscense de criminólogos se había interesado por la investigación histórica por lo que animaba constantemente a sus alumnos a distintos tipos de investigación durante su permanencia en el centro y una de ellas era la de historia penitenciaria.

El centro de formación penitenciaria especializada alcanzó merecido prestigio (incluso más allá de nuestras fronteras[54]) y colaboró de forma decisiva en la cualificación del personal de las prisiones y en la mejora del sistema penitenciario español. «Uno de sus antiguos y entusiastas: discípulos ha escrito: Nadie puede negar que el régimen de las prisiones a partir de la fecha institucional de 1909 se transformó absolutamente, haciéndose más humano y más eficaz»[55]. En 1926, ya fallecido Salillas, se dispuso la clausura de la Escuela de Criminología desde el 31 de diciembre de ese mismo año, momento en el cual formaba parte del grupo de profesores, entre otros, Luis Jiménez de Asúa.

IV. El regimen para la ejecución de la privación de libertad bajo la influencia de Salillas

En no demasiado tiempo —después de iniciarse el siglo xx— y producto de las fluctuaciones ministeriales y de quienes tenían capacidad de alentar la política penitenciaria en cada momento se reorienta el régimen penitenciario a seguir en las prisiones

[51] En este sentido Téllez Aguilera, A., *Criminología*, Edisofer, 2009, p. 219.

[52] *La policía científica*, Año I, Núm. 13, 1913, pp. 3 y ss.

[53] Así se expresa en su obra *Evolución Penitenciaria de España*, T. I. Madrid, 1919, p. XXI.

[54] En este sentido recogiendo algunos testimonios Serrano Gómez / Serrano Maillo. «Centenario de la Escuela de Criminología», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Núm. 14, 2004, p. 283, nota 10.

[55] Anton Oneca, J., «Don Rafael Salillas», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, T. 27, 1974, p. 208.

españolas. En 1901 se había impuesto la orientación de Fernando Cadalso con el sistema progresivo. Ahora con los auspicios de Salillas se aprobará la norma sobre el régimen tutelar. En mayo de 1903[56] se establece como forma de vida y de logro de la función penitenciaria el llamado régimen tutelar. Hasta en su lenguaje y la agudeza en la redacción, se nos dice, se adivina la influencia del médico altoaragonés: «Eduardo Dato Iradier creía en Salillas. El Real Decreto de 18 de mayo de 1903 es su obra»[57]. Efectivamente desde el ascenso al trono de Alfonso XIII en marzo de 1902 se dio un renovado impulso a la reforma penitenciaria con el nuevo gobierno que presidía Francisco Silvela, quien además personal y familiarmente había tenido relación con la reforma penal y penitenciaria[58]. Se vivía en aquellos momentos un ambiente transformador, especialmente en círculos científicos y prácticos, que se apoya en parte también en direcciones y corrientes extranjeras para llevar adelante la transformación del régimen penitenciario, que será apoyada por la misma corona[59]. En estas condiciones, Eduardo Dato, «impulsado sin duda por el nuevo espíritu regeneracionista»[60], alentó estas nuevas iniciativas.

La nueva regulación, según manifiesta, consiste en el tratamiento correccional de los penados que se entiende enraizado en las enseñanzas de la escuela correccionalista de acuerdo a la doctrina de la Iglesia relativa a la individualización de la pena. Pero todo ello está conforme con las preceptivas científicas que estudian al ser humano en su naturaleza, relaciones y conducta. Como expresa también el Decreto se quiere tener en cuenta la personalidad humana oculta en el sistema de las prisiones de mero hacinamiento y confusión. Se proclama como principio definidor de las normas, procedimientos y prácticas penitenciarias el del régimen tutelar, que pretende beneficiar a sus destinatarios, dignificar a los encargados de su ejercicio y traducirse en beneficios sociales. La Exposición de motivos es clara respecto a ese sentido: «Aunque parezca novedad inspirada en las doctrinas criminológicas mas en boga y en las instituciones penitenciarias más singulares lo que se propone en el adjunto proyecto sobre tratamiento correccional de los penados, justo es reconocer que lo fundamental del procedimiento está contenido en las enseñanzas de los correccionalistas, quienes, sin distingo alguno,

[56] RD de 18 de mayo de 1903 (Gaceta de 19 de ese mismo mes).

[57] García Valdés, *Del presidio a la prisión modular*, Editorial Opera prima, Madrid, 1998, p. 43.

[58] Ramos Vazquez, I., *La reforma penitenciaria en la historia contemporánea española*, Dykinson, 2013, p. 398. Señala esta autora como el presidente del Consejo de Ministros citado había ya anteriormente tomado contacto con la reforma penitenciaria como Ministro de la Gobernación y era hijo de Francisco Silvela y hermano del catedrático de Derecho penal de adscripción correccionalista Luis Silvela.

[59] En este sentido Sanz Delgado, E., *El humanitarismo penitenciario español del siglo XIX*, Edisofer, 2003, pp. 274 y ss. «Su resultante fue que la reforma penitenciaria se incluyera con señalamiento preciso en el discurso de la Corona» (p. 284).

[60] También Ramos Vazquez, I., *La reforma penitenciaria en la historia contemporánea española*, Dykinson, 2013, p. 398.

han secundado las doctrinas de la Iglesia Católica en el sistema llamado de individualización de la pena. Ahora, como en otras muchas ocasiones, doctrinas que parecieron encontradas vienen a confluir en una misma finalidad, y por eso, dentro de la esencia del espíritu cristiano y del más puro sistema correccional, tienen desahogada posición y afinidad de relaciones las preceptivas científicas que han estudiado al hombre en su propia constitución y señalado los influjos que perturban la naturaleza humana y modifican sus determinaciones». Y efectivamente puede decirse que la filosofía tutelar como la implantada con esta regulación pertenece a la corriente correccional de amplia presencia en la tradición penitenciaria hispana[61].

En el artículo primero del Real Decreto se define de forma genérica el sistema: «La privación de libertad, definidora del estado penal, será entendida como sometimiento forzoso del penado á un régimen de tutela, con el único fin de evitar el delito aplicando á los delincuentes un tratamiento reformador». Las características fundamentales del nuevo sistema propuesto y establecido eran «la acción tutelar individualizada sobre cada penado, aplicada conforme a un procedimiento gradual; el control de la actividad penitenciaria mediante el impulso a la coordinación de la dirección, inspección y vigilancia de las prisiones, criticando el aparente formalismo; la adaptación a cada establecimiento del nuevo sistema para salvar la impropiedad arquitectónica de la mayoría de los establecimientos y la promoción de la Junta correccional para éste y otros cometidos; el destierro de la organización y actitudes militares en la práctica penitenciaria procedentes de la Ordenanza de 1834; y la progresiva instauración del sistema de clasificación indeterminada, en virtud del estudio individualizado de cada penado»[62]. Abel Téllez[63] ha puesto de manifiesto los márgenes no concretados en la nueva regulación, las dificultades para diferenciar entre régimen de tutela y tratamiento, así como la amplitud de la intervención médica y del diseño de tratamientos concretos, hasta considerar el riesgo existente de «convertir a las prisiones en clínicas criminológicas dispensadoras de tratamientos forzosos». En todo caso no deja de reconocer este autor la novedad del sistema basado en el estudio personalizado para poder individualizar el tratamiento correccional que será sin duda una anticipación a posteriores logros[64]. Pese al ímpetu

[61] Como lo indica Abel Tellez Aguilera, en «Dorado, Salillas y la naranja mecánica», *REP, Homenaje a Rafael Salillas*, Extra 2023, p. 213.

[62] Sanz Delgado, E., «Rafael Salillas y los orígenes de la individualización científica», *Hitos de la historia penitenciaria española. Del siglo de Oro a la Ley General Penitenciaria* (Mata Y Martín, director / Andrés Laso, coordinador), BOE, 2020, p. 161.

[63] «Dorado, Salillas y la naranja mecánica», *REP, Homenaje a Rafael Salillas*, Extra 2023, pp. 216 y ss., 220.

[64] Téllez Aguilera, A., «Dorado, Salillas y la naranja mecánica», *REP, Homenaje a Rafael Salillas*, Extra 2023, p. 223.

renovador manifestado por Salillas, sin embargo, como señala García Valdés[65], esta novedosa regulación «coge a todo el mundo penitenciario desprevenido», por lo que fue «poco atendida en la práctica y en la ciencia».

En este torbellino de la reforma penitenciaria de comienzo de siglo se quiere abordar también el encarcelamiento de los jóvenes infractores. Mediante Decreto de 17 de junio de 1901 se habían intentado centralizar una Escuela de Reforma para los menores de 18 años en el penal de Alcalá de Henares. Ahora, en 1903 (RD 7 de agosto[66]), reconociendo que no se dan las circunstancias favorables, se quieren conseguir algunos adelantos «implantando un verdadero sistema educador». También en este momento Rafael Salillas estará en la sombra de esta nueva regulación para los menores[67]. En el mismo sobre la base del sistema tutelar, se combina el análisis individualizado del infractor necesario para la acción tutelar con el sistema de sentencia indeterminada, con definición de la duración dependiente del proceso de individualización, como indica Sanz Delgado[68]. Como también menciona este mismo autor la importancia en este momento de la experiencia del Reformatorio de Elmira —en Estados Unidos— y de la obra de Pedro Dorado Montero que había dedicado una monografía a este centro penal de jóvenes, y con el que mantenía una interesante relación científica el propio Salillas. Sin embargo, las carencias no eran pocas para evitar que se quedara en algunos cambios de nomenclatura y unas orientaciones generales, pues faltaban el sistema de sentencia indeterminada o la formación de un patronato. Reformas posteriores tratarían de revitalizar este nuevo centro de Alcalá de Henares para menores[69]. Salillas apostará sin duda por la pedagogía correccional como método de trabajo con los jóvenes infractores y más después del VI Congreso Internacional de Antropología Criminal en 1906, en el que intervendrá precisamente sobre el control de la delincuencia juvenil y en el que tendrá ocasión de tomar contacto con el Prof. Van Hamel[70].

Como se puede apreciar Rafael Salillas jugará un papel determinante en este periodo del sistema penitenciario español. Además de su personalidad e influencia en tantos

[65] García Valdés, C., «Introducción a Rafael Salillas: el contexto penitenciario y en el recuerdo», *REP, Homenaje a Salillas*, Extra 2023, p. 19.

[66] Gaceta de 11 de agosto de 1903.

[67] Sanz Delgado, E., «Rafael Salillas y los orígenes de la individualización científica». *Hitos de la historia penitenciaria española. Del siglo de Oro a la Ley General Penitenciaria*. (Mata Y Martín, director / Andrés Laso, coordinador), BOE, 2020, p. 155.

[68] «Rafael Salillas y los orígenes de la individualización científica». *Hitos de la historia penitenciaria española. Del siglo de Oro a la Ley General Penitenciaria*. (Mata y Martín, director / Andrés Laso, coordinador), BOE, 2020, p. 155.

[69] Cámara Arroyo, S., «Rafael Salillas y la infancia delincuente: orígenes del modelo de justicia tutelar de menores en España», *REP, Homenaje a Salillas*, Extra 2023, pp. 278-9.

[70] Cámara Arroyo, S., «Rafael Salillas y la infancia delincuente: orígenes del modelo de justicia tutelar de menores en España», *REP, Homenaje a Salillas*, Extra 2023, p. 255.

funcionarios, alumbró y consiguió la puesta en marcha de, como hemos visto, que la Escuela de Criminología y también participará de manera fundamental en la gestación y arranque del proyecto de la Colonia penitenciaria de El Dueso en el contexto del traslado de los presidios del norte de África[71]. Y para él este proyecto resultaba enormemente atractivo aun en medio de las dudas que le genera su caudalosa experiencia administrativa. Por eso en los debates del Consejo Penitenciario dirá: «*el que habla tiene sus entusiasmos, y uno de ellos se refiere precisamente al desarrollo de la Colonia Penitenciaria del Dueso, que es una obra colosal, tal vez la más grande de cuantas hemos emprendido, lográndose con ella la edificación de una magnifica penitenciaria que resultará de balde, pues con el proyecto inicial se le ganarán al mar cinco millones y medio de metros cuadrados de marismas, valuados en muchos millones de pesetas, bastantes para el pago de las obras, y dejar un cuantiosísimo remanente. Cuando ya se es viejo y aún se sigue viviendo de ideales, no es de extrañar que la experiencia de las cosas nos anuble las esperanzas, y todo ese espléndido porvenir de un proyecto lo contrariaba el temor de nuestra inconsistencia burocrática, que el que habla conoce íntimamente durante veintiséis años de azarosas labores administrativas…*»[72].

El régimen de vida penal que se adoptaba en el nuevo centro penal era una combinación del progresivo con el trabajo al aire libre en la colonia penitenciaria que se creaba[73]. Como hemos visto el complejo penal estaba diseñado para poder seguir los tres periodos en los que se descomponía el régimen penitenciario. La normativa disponía de forma general que «*La nueva penitenciaría se planeará, construirá y organizará con arreglo al dictamen progresivo y, dentro de la limitación penal, en las condiciones más expansivas con arreglo á la fórmula de trabajo al aire libre*». Pero luego pasaba a detallar los tres periodos de reclusión celular el primero, el segundo de trabajo industrial y agrícola y el último denominado expansivo que se concebía de forma análoga a la libertad intermediaria. El primero de reclusión celular a cumplir en el edificio con esa finalidad específica y que integraba tres pisos de celdas, cada piso con una graduación diferente que se correspondía con tipos de aislamientos también distintos. La duración era de tres meses por cada piso, es decir, por cada grado en este primer periodo, con un total por tanto de nueve meses. En este primer periodo la función penitenciaria consistía en facilitar medios de instrucción y de trabajo al penado para desarrollarlo dentro de la celda y durante este tiempo se debía forma el expediente correccional del que hablaba el Decreto de 1903 sobre régimen penitenciario. Allí se debían realizar las acciones tutelares de ese régimen. En el segundo de los periodos debía cumplirse en el edificio

[71] Mata y Martín, R.M., «Rafael Salillas y la colonización interior de España: la creación del «El Dueso», *REP*, Extra 2023, pp. 45 y ss.

[72] *Revista Penitenciaria. Órgano oficial del Consejo Penitenciario*, 1908, p. 336.

[73] Mata y Martín, R.M., «Rafael Salillas y la colonización penitenciaria interior: la creación de «El Dueso», *REP*, Extra 2023, pp. 68 y ss.

destinado también de forma exclusiva a ello, aunque sabemos que en realidad fue el único que llegó a construirse. En este la función fundamental consistía en la realización de trabajos agrícolas e industriales. Durante el mismo la conducta del penado iba a ser valorada mediante un sistema de vales o marcas que señalaban la asiduidad y dedicación al trabajo y también en la escuela, de manera que la obtención de vales favorables podía suponer la abreviación del paso por este periodo. En el mismo la celda únicamente se ocupaba para pernoctar. En el tercer y último periodo toda la acción debía ir dirigida directamente a proporcionar los medios para la reintegración social del penado, con aplicación de la indispensable asistencia social para ese fin. Hemos visto que el diseño, nunca logrado, tenía previsto un espacio propio para este tiempo último de condena en condiciones que se querían análogas, en lo posible, a la vida familiar, con un tipo de construcción también de vivienda.

La organización de este régimen de vida penitenciaria resulta de la composición de elementos que tiene relación con algunos de los que la historia penitenciaria nos muestran y de la que era buen conocedor Salillas. Para empezar, se reconoce la impronta de un sistema progresivo como el propuesto por Cadalso en 1901, y así se denomina, con su correspondiente división en periodos del total cumplimiento de la pena. En particular se manifiesta en el primero de carácter celular de nueve meses. Luego se aplica en el segundo periodo, y esta es la idea fundamental, la colonización, ahora tanto agrícola como industrial, que había preconizado Salillas al menos desde el Decreto de 1889 para el presidio de Ceuta. Y en el mismo se sirve el diseño de los vales o marcas que recuerdan también al presidio ceutí y al sistema que Maconochie en la isla de Norfolk más de medio siglo atrás que permitían la mejora de las condiciones de vida y el posible adelanto de la liberación. Y en el último de los periodos introduce la terminología novedosa de expansivo, pero además se indicaba expresamente que se trataba de un periodo semejante a la libertad intermediaria. Esta última expresión era propia del sistema instaurado por Manuel Montesinos en el penal de San Agustín en la Valencia próxima a la mitad del siglo XIX. No en vano Salillas acababa de publicar un estudio sobre la obra penitenciaria de Montesinos justamente el año anterior. Había conseguido conjugar en el sistema reglamentado un conjunto de elementos de distintos sistemas en torno al núcleo fundamental de la colonización, del trabajo agrario e industrial con una apuesta decididamente tutelar dirigida a la plena reintegración a la vida social. La dificultad se encontraba en llevar a la práctica el sistema ante la falta de desarrollo total de la edificación proyectada, la acumulación de penados y las insuficiencias de la organización penitenciaria.

V. A MODO DE REFLEXIONES FINALES

Se ha podido constatar que en España el periodo de mayor impulso en la difusión del conocimiento criminológico en los inicios de esta disciplina se corresponde con la actividad de la Escuela de Criminología. Durante más de dos décadas realizará una intensa labor de investigación y formación, con la creación y transmisión del pensamiento y

del rigor del conocimiento sobre el delincuente y su medio. Con no pocos obstáculos y altibajos en su discurrir, por causas muy variadas, pero su actividad no cesará hasta poco después de la muerte de su primer director y auténtico animador de su quehacer.

Rafael Salillas y Panzano, el primer criminólogo español, será el director de la Escuela de Criminología desde su puesta en funcionamiento (1903-6) hasta su muerte (1923) y el centro cerraría sus puertas al ser suspendidas sus actividades en 1926. Se ha señalado la impronta que el creador dejó de manera imperecedera en la Escuela debido a su autoridad científica y moral, así como por su laboriosidad y entrega a una auténtica misión pedagógica en criminología y ciencia penitenciaria. Para las tareas de la Escuela captó a un nutrido grupo de científicos y especialistas de carácter interdisciplinar, como la misma criminología, a los que supo imbuir la pasión y el rigor científico en su colaboración con el centro criminológico.

Naturalmente las iniciativas de Salillas no estarán exentas de numerosas dificultades prácticas, financieras y de una particular «controversia profesional, doctrinal y legislativa… entre Fernando Cadalso y Rafael Salillas»[74]. Al parecer la pérdida de influencia de Salillas en la política penitenciaria se percibe ya claramente con el Decreto de 5 de mayo de 1913[75]. En el mismo se establece el sistema progresivo como modelo de ejecución penitenciaria con sus características más ortodoxas, «clasificando los establecimientos de cumplimiento, dispersos por nuestra geografía, en consonancia con los grados, de primer, segundo o tercer grado y especificando la duración temporal de cada uno de aquellos»[76]. Pese a las constantes dificultades Salillas mantuvo la continuidad de la institución y a lo largo de su trayectoria sostuvo un elevado nivel científico y ético en la Escuela y pudo transmitírselo así a las sucesivas promociones de sus alumnos. Desde su apertura la actividad de la Escuela de Criminología y de su director consiguió logros y transformaciones en interés del delincuente, en particular del penado, que no sólo era objeto de cuidadoso análisis y estudio, sino que con su labor propició que fuera considerado digno de atención y de ofrecerle mayores posibilidades de ser recuperado para la sociedad.

Una peculiaridad de este centro criminológico será su inserción inicial —aunque no exclusiva— en el espacio de la actividad penitenciaria. Concebida como centro de

[74] Sanz Delgado, E., «Rafael Salillas y los orígenes de la individualización científica». *Hitos de la historia penitenciaria española. Del siglo de Oro a la Ley General Penitenciaria*. (Mata y Martín, director / Andrés Laso, coordinador). BOE 2020, p. 162. También en Sanz Delgado, E., «Rafael Salillas y el Consejo Penitenciario, a través de su órgano oficial: la *Revista Penitenciaria*», *REP, Homenaje a Salillas*, Extra 2023, p. 133.

[75] Sanz Delgado, E., «Rafael Salillas y los orígenes de la individualización científica». *Hitos de la historia penitenciaria española. Del siglo de Oro a la Ley General Penitenciaria*. (Mata y Martín, director / Andrés Laso, coordinador), BOE, 2020, p. 157.

[76] Garcá Valdés, C., «Introducción a Rafael Salillas: el contexto penitenciario y en el recuerdo», *REP*, Extra 2023, p. 19.

formación especializada para los agentes de la justicia penal, los funcionarios de instituciones penitenciarias se encontraban en primera línea. En realidad, sabemos también que los primeros trabajos de Lombroso se realizaron en manicomios y prisiones. Se produce así una simbiosis entre criminología y ciencia penitenciaria, entre el estudio empírico del delincuente y la función penitenciaria. Como ya se ha apuntado «la criminología surge en España como resultado de la conjunción del interés por el delito de los correccionalistas, los penitenciaristas y la polémica sobre el positivismo»[77]. Lo que en definitiva viene a apuntar en buena medida hacia la ciencia penitenciaria y el mismo sistema penitenciario. Esta vinculación entre la criminología y lo penitenciario, le hará decir a Antón Oneca[78], con un conocimiento muy directo de la materia y de la propia Escuela de Criminología, que «En otros países la producción criminológica está a cargo de profesores, magistrados, abogados y policías. En España los funcionarios de prisiones han dado una contribución mayor que otras profesiones». Y esto sólo se explica, desde luego en las primeras décadas de su desarrollo, por la existencia de la Escuela de Criminología y la infatigable labor de su promotor el ilustre Rafael Salillas.

La poca valoración que en España se produce hacia la continuidad de las instituciones que aportan valores a su sociedad, debido a la cortedad de miras de las rencillas personales y políticas, hizo que el centro no se prolongara en su ejercicio más allá de la vida de su creador. Otras instituciones posteriores siguieron el curso trazado por la Escuela de Criminología —que también contribuyeron notablemente a la mejora de la acción social frente al delito—, aunque el tiempo y las convulsiones sociales y políticas no ayudaron a su mantenimiento. Pero en todo caso el enorme caudal de trabajo riguroso y de compromiso ético que Salillas y la Escuela de Criminología proporcionan, resulta inembargable.

VI. Bibliografía

Antón Hurtado, F., «Precursores de la antropología criminal», *Gazeta de Antropología* Núm. 28, 2012.

Antón Oneca, J., «Don Rafael Salillas», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, T. 27, 1974.

Cabezas García, F., *La medicina y los médicos en la obra de Pío Baroja*, Ediciones Beta, III Milenio, Bilbao 2012.

Cámara Arroyo, S., «Rafael Salillas y la infancia delincuente: orígenes del modelo de justicia tutelar de menores en España», *REP, Homenaje a Salillas*, Extra 2023.

Carpena, *Antropología Criminal*. Mateu Artes Gráficas, Madrid 1922

Fernández Rodríguez, M.D., *El pensamiento penitenciario y criminológico de Rafael Salillas*. Santiago de Compostela, 1976.

[77] Serrano Gómez / Serrano Maillo, «La metodología del estudio histórico de la criminología en España. Una hipótesis sobre su nacimiento», *Estudios de historia de las ciencias criminales en España* (Alvarado Planas / Serrano Maillo, editores). Dykinson, 2007, p. 499.

[78] *El liberal*, 2 de enero de 1927.

Galera Gómez, A., «Rafael Salillas: medio siglo de antropología criminal española», *Llul*, Vol. 9, 1986.
García Valdés, C., *Del presidio a la prisión modular*, Editorial Opera prima, Madrid, 1998.
— «Introducción a Rafael Salillas: el contexto penitenciario y en el recuerdo», *REP, Homenaje a Salillas*, Extra 2023.
Gudín, F./Nistal, J., *La historia de las penas. De Hammurabi a la cárcel electrónica*. Tirant lo Blanch, 2015.
Jiménez de Asua, L., *Tratado de Derecho Penal*, T. I. Ed. Losada, Buenos Aires, 1950.
Landecho, C.M., *La tipificación lombrosiana de delincuentes*, T. I. UNED, 2004.
Mata y Martin, R.M., *Fundamentos del sistema penitenciario*, Tecnos, 2016.
— «Los orígenes de la formación criminológica en España: la escuela de criminología», *Criminología Integrativa: contributos para uma comunidade criminológica de língua portuguesa* (Da Agra / Gomes), Editora d´Placido 2018.
— «Rafael Salillas y la colonización interior de España: la creación del «El Dueso», *REP*, Extra 2023.
Ramos Vazquez, I., *La reforma penitenciaria en la historia contemporánea española*, Dykinson, 2013.
Rico de Estasén, J. J. «Salillas», *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, Núm. 27, 1947.
Rodríguez Yagüe, C., «La Escuela de Criminología de Rafael Salillas, origen de la formación del personal penitenciario», *REP, Homenaje a Salillas*, Extra 2023.
Sanz Delgado, E., *El humanitarismo penitenciario español del siglo XIX*, Edisofer, 2003.
— «Rafael Salillas penitenciarista», *ADPCP*, Vol. LXV, 2012.
— «Rafael Salillas y los orígenes de la individualización científica», en *Hitos de la historia penitenciaria española. Del siglo de Oro a la Ley General Penitenciaria*. (Mata y Martín, director / Andrés Laso, coordinador). BOE 2020.
— «Rafael Salillas y el Consejo Penitenciario, a través de su órgano oficial: la *Revista Penitenciaria*», *REP, Homenaje a Salillas*, Extra 2023
Salillas, R. *El delincuente español. Hampa*, Madrid, 1898.
— *Teoría básica*, T.I. Madrid, 1901.
— «Laboratorio de criminología», *RGLJ*, Vol. 50, Núm. 100, 1902.
— *Evolución Penitenciaria de España*, T. I. Madrid, 1919.
Serrano Gómez / Serrano Maillo, «Centenario de la Escuela de Criminología». *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Núm. 14, 2004
— «La antropología criminal en la historia de la criminología española», *Universitas Vitae. Homenaje a Ruperto Nuñez Barbero*, Universidad de Salamanca 2007.
Stearns, W. «Evolution of Punishment». *Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 27, 1936.
Téllez Aguilera, A., *Criminología*, Edisofer, 2009.
— «Cadalso ante el espejo», *REP*, Núm 262, 2020.
— «Dorado, Salillas y la naranja mecánica», *REP, Homenaje a Rafael Salillas*, Extra 2023.

23

ALGUNAS CONSIDERACIONES ACERCA DE LA MEDIDA DE SEGURIDAD DE LIBERTAD VIGILADA*

BELÉN MAYO CALDERÓN
Profesora de Derecho Penal
Universidad de Zaragoza

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: SUPUESTOS DE APLICACIÓN Y CONTENIDO. II. LA DISCUTIDA LEGITIMACIÓN DE LA IMPOSICIÓN DE LA LIBERTAD VIGILADA A SUJETOS IMPUTABLES PELIGROSOS. II.1. Fundamento. II.2. Finalidad. III. DURACIÓN. III.1. La dudosa duración de la libertad vigilada en algunos supuestos en los que se aplica a sujetos imputables peligrosos. III.2. La dudosa duración de la libertad vigilada en los supuestos en los que se aplica a imputables y semiimputables y no acompaña a una medida privativa de libertad. IV. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN: SUPUESTOS DE APLICACIÓN Y CONTENIDO DE LA MEDIDA DE SEGURIDAD DE LIBERTAD VIGILADA

Entre los muchos temas a los que se dedicó el profesor Romeo Casabona en su excelsa y dilatada carrera investigadora destaca el relativo a las medidas de seguridad. Por ello, me ha parecido adecuado dedicar este merecido homenaje, que redacto con afectuoso recuerdo de su figura y trayectoria, al estudio de la libertad vigilada, dada la controversia que ha generado desde que la LO 5/2010, de 22 de junio, previera su imposición, no solo a sujetos inimputables y semiimputables[1], sino también a sujetos

* El presente trabajo se enmarca dentro del Proyecto de Investigación «El Derecho Penal ante los retos actuales de la biomedicina – DERPERBIO» (PID2022-136743OB-100). Se inserta, asimismo, en las líneas de investigación de la Cátedra Johnson & Johnson «Derecho y salud» y del Grupo de Estudios Penales, grupo de investigación de referencia financiado por el Gobierno de Aragón, ambos de la Universidad de Zaragoza.

[1] Hasta que entró en vigor la LO 5/2010, las medidas de seguridad solo podían imponerse —según lo dispuesto en los arts. 101 a 104 CP— a sujetos inimputables (declarados exentos de responsabilidad criminal por aplicación de los números 1.º, 2.º o 3.º del art. 20 CP) y semiimputables (declarados culpables, a los que se les impone una pena atenuada por aplicación de la eximente incompleta del art. 21.1 en relación con el art. 20.1.º, 2.º y 3.º).

imputables peligrosos, para su cumplimiento posterior a la pena privativa de libertad, si bien solo en los delitos en los que expresamente lo prevé el Código penal (art. 106.2, párrafo primero). En aquel momento, solo se previó su aplicación a sujetos condenados por delitos graves contra la libertad sexual (art. 192.1) o a pena grave privativa de libertad por un delito de terrorismo (art. 579 bis.2), pero, posteriormente, la LO 1/2015, de 30 de marzo, amplió el listado, incluyendo los delitos de homicidio, asesinato y el resto de los delitos regulados en el Título I del Libro II (art. 140 bis.1)[2]; los delitos de lesiones, tráfico de órganos y el resto de los delitos regulados en el Título III del Libro II[3], cuando la víctima fuera alguna de las personas a que se refiere el art. 173.2 (art. 156 quater); y el delito de violencia habitual en ámbitos domésticos y similares (art. 173.2, párrafo tercero).

En los supuestos en los que las medidas de seguridad se imponen a inimputables y semiimputables, las no privativas de libertad, entre las que se encuentra la libertad vigilada (arts. 96.3.3.ª y 105 CP), son las únicas que pueden imponerse en los casos en que el hecho delictivo que haya cometido el sujeto declarado peligroso sea uno que no esté castigado con pena privativa de libertad (art. 95.2 CP), pero también, de acuerdo con el principio de necesidad, expresamente invocado por los arts. 101 a 103 e implícito en el art. 104 CP, cuando el hecho delictivo previo realizado esté castigado con pena privativa de libertad y la aplicación de medidas de seguridad privativas de libertad no sea necesaria. Si las medidas privativas de libertad son necesarias, pueden aplicarse acumuladas a una o a varias medidas no privativas de libertad, pudiendo ser acordada la citada acumulación por el juez o tribunal desde el momento mismo en que imponga la medida privativa de libertad o bien con posterioridad, en cualquier momento de la ejecución de esta, siempre que lo haga «razonadamente» (art. 105, párrafo primero, primer inciso CP). Así, su imposición estará justificada cuando el tratamiento de la peligrosidad en régimen de internamiento precise de un complemento o refuerzo mediante la aplicación de alguna de estas medidas no privativas de libertad.

[2] La LO 1/2015 no excluyó la aplicación de la libertad vigilada a sujetos imputables peligrosos ni en el homicidio imprudente ni en las formas de participación en el suicidio punibles, puesto que el art. 140 bis se refiere a los delitos comprendidos en el Título I del Libro II. De esta manera, en el listado de delitos en los que se puede aplicar la libertad vigilada a imputables peligrosos se puede incluir ahora, atendiendo al tenor literal del citado artículo, el delito tipificado en el art. 143 bis, introducido por la LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia.

[3] Se incluyen tanto los delitos de lesiones dolosos como los imprudentes y, como ocurre con el delito tipificado en el art. 143 bis, también se puede incluir el delito del art. 156 ter, introducido en el citado Título con posterioridad, por la LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, puesto que el art. 156 quater prevé su aplicación a las personas condenadas por la comisión de uno o más delitos comprendidos en el Título III.

El art. 106.1 CP especifica cuál es el contenido de la medida de seguridad de libertad vigilada[4]. Consiste en el sometimiento del condenado a control judicial[5] a través del cumplimiento de alguna o algunas de las obligaciones o prohibiciones señaladas en el citado precepto[6], que la doctrina ha clasificado distinguiendo entre las obligaciones y prohibiciones tendentes principalmente a controlar la libertad del sometido a la citada medida, las que tienden principalmente a proteger a la víctima del delito cometido, a sus familiares u a otras personas y las que tienen una finalidad correctiva[7].

Aunque son muchas las cuestiones que plantea esta medida de seguridad, voy a centrarme solo en dos de ellas, dada la dimensión que debe tener este trabajo.

II. La discutida legitimación de la imposición de la libertad vigilada a sujetos imputables

II.1. Fundamento

Como señaló Romeo Casabona[8], la doctrina española no se ha pronunciado de forma unánime al evaluar la viabilidad dogmática y la conveniencia político-criminal de la adopción de un sistema que permita imponer medidas de seguridad a personas portadoras de peligrosidad criminal, plenamente imputables.

En 2010 el legislador acogió la sugerencia del destacado sector doctrinal que se manifestó a favor de su introducción, poniendo de manifiesto que, para determinados delincuentes imputables, como los habituales y profesionales de criminalidad grave[9], la pena ajustada a la medida de la culpabilidad podía no ser un instrumento adecuado y suficiente para hacer frente a su peligrosidad[10].

[4] Sobre el contenido de la libertad vigilada v. Armaza Armaza, E.J., *El tratamiento penal del delincuente imputable peligroso*, Comares, Granada, 2013, pp. 201 y ss.

[5] Como señala Acale Sánchez, M., «La libertad vigilada», en Francisco Álvarez García / José Luis González Cussac (dirs.), *Comentarios a la reforma de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 151, la libertad vigilada es una medida de seguridad y reinserción social que consiste en el control del condenado que no se encuentra privado de libertad durante un tiempo determinado.

[6] La mayor parte de estas obligaciones y prohibiciones constituían, antes de la reforma introducida por la LO 5/2010, medidas de seguridad no privativas de libertad.

[7] Salat Paisal, M., «Regulación actual de la medida de seguridad de libertad vigilada y su aplicación por parte de los Tribunales», *Anuario da Facultade da Universidade da Coruña*, Vol. 20, 2016, pp. 165 ss.

[8] Romeo Casabona, *Prólogo al libro de Armaza Armaza*, E.J., *El tratamiento penal del delincuente imputable peligroso*, Comares, Granada, 2013.

[9] Como he señalado *supra*, tras la reforma introducida por la LO 1/2015, la libertad vigilada puede aplicarse a condenados por delitos menos graves, como el tipificado en el art. 156 ter.

[10] Así lo consideraba Cerezo Mir, J., «Consideraciones político-criminales sobre el nuevo Código penal de 1995», *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, Núm. 4063, 1996, p. 5. En sentido similar, señaló Zugaldía Espinar, J.M., «Medidas de seguridad complementarias y acumu-

La introducción en el Código penal[11] de la libertad vigilada como medida de seguridad postpenitenciaria para sujetos imputables peligrosos de criminalidad grave ha sido valorada favorablemente por un sector doctrinal[12] mientras que otro[13] la ha criticado con diferentes

---

lativas para autores peligrosos tras el cumplimiento de la pena», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Núm. 1, 2009, p. 202, que el legislador de 1995 incurrió en un error básico de concepción del sistema de doble vía, ya que vinculó la aplicación de las medidas solamente a la exclusión (total o parcial) de la culpabilidad del autor, esto es, redujo la aplicación de las medidas de seguridad exclusivamente a autores incapaces (total o parcialmente) de culpabilidad. Asimismo, Boldova Pasamar, M.A., «Consideraciones político-criminales sobre la introducción de la pena de libertad vigilada», *Cuadernos penales José María Lidón. El Anteproyecto de modificación del Código penal de 2008*, Núm. 6, Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 2009, pp. 45-47, se mostró a favor de que el Estado pudiera ejercer control sobre los delincuentes peligrosos una vez que hubieran cumplido su condena, por medio de un nuevo mecanismo acumulativo a la condena que incidiera en la intervención de los derechos del penado distintos de su libertad ambulatoria. Señalaba que si de lo que se trataba era de combatir una probable inclinación a cometer delitos, en principio lo que correspondía era imponer una medida de seguridad sucesivamente a una pena, pues esta consecuencia no depende de que el sujeto presente defectos en la imputabilidad, sino tan solo de que sea peligroso. Eso sí, advertía, con razón, que las medidas de seguridad son instrumentos también peligrosos, de los que hay que hacer uso con cautela.

Por el contrario, otro sector doctrinal se manifestó en contra de la introducción de esta medida de seguridad en nuestro Código penal. En este sentido véase Alonso Rimo, A., «Medidas de seguridad y proporcionalidad con el hecho cometido (a propósito de la peligrosa expansión del Derecho penal de la peligrosidad)», *Estudios Penales y Criminológicos*, Universidad de Santiago de Compostela, Vol. XXIX, 2009, p. 128, pone de manifiesto que aceptar la renuncia a los límites y garantías penales en aras de evitar «males mayores» constituye una pendiente resbaladiza que podría conducir a aceptar cualquier cosa que fuera demandada socialmente con vehemencia.

[11] Sobre la *Führungsaufsicht* prevista en el *StGB,* v. Robles Planas, R., «"*Sexual Predators"*, Estrategias y límites del Derecho penal de la peligrosidad», *Indret* 4/2007, p. 13; Martínez Garay, L., «La libertad vigilada: regulación actual, perspectivas de reforma y comparación con la *Führungsaufsicht* del Derecho penal alemán», en Enrique Orts Berenguer (dir.) / Alberto Alonso Rimo y Margarita Roig Torres (coords.), *Derecho penal de la peligrosidad y prevención de la reincidencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 310 ss.

[12] En este sentido, García Albero, R.M, «La nueva medida de seguridad de libertad vigilada», *Revista Aranzadi doctrinal*, Núm, 6, 2010, pp. 183 ss.; Mapelli Caffarena, B., *Las consecuencias del delito*, 5.ª edición, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2011, pp. 383 s.; Otero González, P., *La libertad vigilada aplicable a ¿imputables?: presente y futuro*, Dykinson, 2015, pp. 137 ss*.; la misma*, *Culpabilidad y delincuentes peligrosos. Las medidas de seguridad postpenitenciarias como respuesta*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 139 ss.; Sanz Morán, A.J., «Una consecuencia jurídica no tan extraña: la libertad vigilada», en Mercedes Pérez Manzano / Miguel Ángel Iglesias Río / Ana Cristina de Andrés Domínguez / María Martín Lorenzo / Margarita Valle Mariscal de Gante (coords.), Servicio publicaciones Facultad Derecho Universidad Complutense, Madrid, 2020, pp. 587 ss.; Del Castillo Codes, E., «Medidas de seguridad: aspectos sustantivos y procesales», Foro FICP (Tribuna y Boletín de la FICP), Núm. 2014-2, pp. 192 y 194 s.; Vázquez González, C., «Consideraciones político-criminales sobre la nueva medida de libertad vigilada», *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, Núm. 25, 2012-I., p.195; Armaza Armaza, E.J., *El tratamiento penal*…, ob. cit., pp. 269 y ss.

[13] En este sentido, Huerta Tocildo, S., *Esa extraña consecuencia*…, ob. cit., pp. 117 ss.; Urruela Mora, A., «Valoración crítica del recurso a la peligrosidad criminal como eje de la intervención penal frente al delincuente imputable», en Luis Roca Agapito (dir.), *Un sistema de sanciones penales para el*

argumentos, como los relativos a la vulneración del principio *non bis in idem,* a su naturaleza de medida predelictual o a la presunción de peligrosidad futura en que se funda.

Los autores que creen que vulnera el principio *ne bis in idem* argumentan que la imposición de una medida de seguridad con posterioridad al cumplimiento de la pena puede dar lugar a que se considere que el juzgador ha impuesto dos respuestas penales por la comisión de un mismo hecho. Sin embargo, como ha señalado otro sector doctrinal[14], en los casos en los que persista la peligrosidad del condenado después de haber cumplido una pena ajustada a la medida de la culpabilidad, no se estaría violentando el principio *ne bis in idem*, en tanto que la segunda reacción penal se impone con un fundamento (la peligrosidad[15]) distinto al que motivó la imposición de la pena ejecutada con anterioridad (la culpabilidad)[16].

---

siglo xxi, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 343 y 345, considera que la libertad vigilada introduce por la puerta de atrás soluciones excepcionales en nombre de una pretendida seguridad pública en constante peligro (al menos, en el discurso oficial y mediático); Jiménez Martínez, C., «La libertad vigilada en el CP de 2010. Especial mención a la libertad vigilada para imputables peligrosos», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Núm. 7, 2012, pp. 48-49, opina que la medida de libertad vigilada significa un atraso, porque es un viejo instrumento que se saca del baúl, maquillándolo, para hacer frente al «nuevo» riesgo social; Martínez Garay, L., *La libertad vigilada*…, ob. cit., p. 326, señala que se trata de una consecuencia jurídica del delito que esconde un nuevo agravamiento de la sanción penal y considera preferible renunciar a la libertad vigilada como medida de seguridad postcondena, proponiendo en su lugar rediseñar la ejecución de las penas privativas de libertad en un sentido verdaderamente rehabilitador; Borja Jiménez, E., «Peligrosidad criminal en la tarea judicial de individualización de la pena», en Roca Agapito (dir.), *Un sistema de sanciones penales para el siglo xx*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 352-353, considera a la libertad vigilada como una de las manifestaciones excepcionales del Derecho penal de autor; García Rivas, Nicolás, «La libertad vigilada y el Derecho penal de la peligrosidad», en Eduardo Demetrio Crespo (dir.)/ Manuel Maroto Calatayud (coord.), *Neurociencias y Derecho penal*, Edisofer, Madrid, p. 610, que alude al denominado por la doctrina «fraude de etiquetas».

[14] En este sentido, Romeo Casabona, C., *Peligrosidad y Derecho penal preventivo*, Bosch, Barcelona, 1986, p. 15; Gracia Martín, L., «Sobre la legitimidad de medidas de seguridad contra delincuentes imputables peligrosos en el Estado de Derecho», en Carlos García Valdés/ Antonio Cuerda Riezu/ Margarita Martínez Escamilla/ Rafael Alcácer Guirao/ Margarita Valle Mariscal De Gante, *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Tomo I, Edisofer, Madrid, 2008, p. 976; Armaza Armaza, E.J., El tratamiento penal…, ob. cit., pp. 153 y 227-228.

[15] Dado que su fundamento es la peligrosidad, es correcto que la libertad vigilada se configure como una medida de seguridad. Sobre la configuración de la libertad vigilada como pena en los distintos proyectos de reforma del Código penal véase Boldova Pasamar, M.A*., Consideraciones político-criminales*…, ob. cit., pp. 52 ss. En relación con el Anteproyecto de 2006, señala Sanz Morán, A.J., «De nuevo sobre el tratamiento del delincuente habitual peligroso», en Francisco Bueno Arús / José Luis Guzmán Dalbora / Alfonso Serrano Maíllo (coords.), *Derecho penal y criminología como fundamento de la política criminal: estudios en homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez*, 2006, p. 1100, que añadir a la prisión la libertad vigilada frente al delincuente «habitual», comporta un modelo «dualista» (pena más medida) de respuesta frente al delincuente habitual peligroso. Sobre la doctrina alemana que se ha inclinado por la solución de carácter «dualista» (combinación de pena más medida) frente a los planteamientos «monistas» (intensificación del recurso a la pena), véase El mismo, *Una consecuencia jurídica no tan extraña*…, ob. cit., pp. 590-591.

[16] En relación con el momento oportuno de la fijación de la libertad vigilada el legislador ha atendido la sugerencia del sector doctrinal que puso de manifiesto que debería estar prevista en la sentencia

Otros autores consideran que la libertad vigilada impuesta a sujetos imputables tiene naturaleza de medida predelictual, con base en el hecho de que al sujeto al que se le impone ya ha cumplido la pena correspondiente al delito cometido, y en el interrogante que genera la presunción de peligrosidad futura en que se funda (presunción en todo caso, *iuris tantum*[17], pues cabe decisión en contra de su ejecución efectiva por parte del Juez o Tribunal sentenciador, previa propuesta del Juez de Vigilancia Penitenciaria, con carácter anterior al comienzo de la propia ejecución de la medida[18])[19].

Sin embargo, no creo que pueda catalogarse como una medida predelictual[20], puesto que concurre el requisito previo del hecho punible[21], aunque sea un requisito tanto para

---

condenatoria. En este sentido señalaba Cerezo Mir, J., «Reflexiones críticas sobre algunas manifestaciones de la moderna tendencia a incrementar el rigor en la exigencia de responsabilidad criminal», *Revista Penal*, Núm. 22, 2008, p. 20, que un enjuiciamiento de la evolución y situación del sujeto al finalizar el cumplimiento de la pena prevista en la sentencia para decidir la imposición de una ulterior consecuencia jurídica del delito infringiría el principio *ne bis in idem*, por lo que para evitar dicha infracción la aplicación *a posteriori* de una pena o medida de seguridad debería estar prevista expresamente en la misma sentencia condenatoria. En el mismo sentido, Zugaldía Espinar, J.M., *Medidas de seguridad complementarias*…, ob. cit., pp. 205 ss. Por el contrario, en contra de la opinión dominante, Huerta Tocildo, Susana, «Esa extraña consecuencia del delito: la libertad vigilada», en Francisco Álvarez García / Miguel Ángel Cobos Gómez de Linares / Pilar Gómez Pavón / Araceli Manjón-Cabeza Olmeda / Amparo Martínez guerra (coords.), *Libro homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 127 ss., consideraba que una vez que se renuncia a su consideración como pena accesoria, no existe ya razón alguna de peso para que hubiera de imponerse en la propia sentencia condenatoria en lugar de después de satisfecha la condena a pena privativa de libertad y una vez comprobado el fracaso efectivo de la finalidad resocializadora de dicha pena, y rechaza que quepa aducir los reparos de constitucionalidad de encontrarnos ante una medida de seguridad de naturaleza «predelictual» o que se lesione el principio *non bis in idem*. Más aun —señalaba la citada autora—, lo que podía provocar problemas de constitucionalidad no era la imposición de la medida de libertad vigilada con posterioridad al cumplimiento de la pena privativa de libertad sino, precisamente, su imposición en la sentencia condenatoria.

[17] Señala Bonsignore Fouquet, D., «La imagen legal del delincuente imputable peligroso: reflexiones a través de la libertad vigilada», *Revista de Derecho Penal y Criminología*. Núm. 20, 2018, p. 22, lo que es imperativo (en fase de sentencia) debido a la naturaleza del hecho, acaba siendo facultativo una vez cumplida la pena de prisión, en caso de darse las condiciones establecidas.

[18] Así lo establece el art. 106.2, párrafo segundo CP.

[19] Urruela Mora, A., *Valoración crítica*…, ob. cit., pp. 343 y 345.

[20] Señala Romeo Casabona, C., *Peligrosidad…,* ob. cit., p. 44, que se conoce como peligrosidad *predelictual* aquella que no requiere para ser declarada la comisión previa de un delito. Por el contrario, la peligrosidad *postdelictual* precisa que el peligroso haya cometido con anterioridad una infracción criminal, cualquiera que fuere la gravedad de esta, bastando con que constituya un hecho típico y antijurídico; no hace falta que, además, sea culpable.

[21] La exigencia de la previa comisión de un delito sirve como en las medidas de seguridad que se aplican a imputables y semiimputables, como criterio que limita las medidas de seguridad del Derecho penal a las postdelictuales y, por tanto, de un límite externo, por razones de seguridad jurídica, al ejercicio del Derecho penal preventivo.

realizar el juicio de culpabilidad que fundamenta la pena como el juicio de peligrosidad que fundamenta la medida de seguridad[22].

Por otra parte, no creo que esta medida de peligrosidad se fundamente en una «presunción» de peligrosidad futura, sino que, como el resto de las medidas de seguridad, se fundamenta en una peligrosidad que ha de probarse y no puede presumirse[23]. Eso sí, ese juicio de peligrosidad, que debe efectuarse de la misma manera que cuando se imponen medidas de seguridad a inimputables y semiimputables, no se realiza en el momento en el que se dicta la sentencia, sino dos meses antes de la extinción de la pena privativa de libertad (art. 106.2, párrafo segundo[24])[25].

La imposición en la sentencia de la libertad vigilada supone únicamente la constatación de la concurrencia del requisito previo exigible para aplicar cualquier medida de seguridad (la comisión de un hecho punible[26]) y también la constatación de la concurrencia del presupuesto relativo a la inclusión del sujeto en una de las categorías de estado peligroso definidas por la ley (ser condenado por alguno de los delitos en los que el Código penal permite aplicarla) pero, igual que las medidas de seguridad que se imponen a inimputables y semiimputables, no se puede aplicar si no concurre la apre-

[22] Como señala Sanz Morán, A.J., *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho penal*, Lex Nova, Valladolid, 2003, pp. 119 ss., la peligrosidad *criminal* podría concurrir, sin duda, independientemente de que el sujeto haya cometido ya o no previamente algún hecho punible. Lo decisivo para la peligrosidad *criminal* es que lo que se estime de probable comisión por el sujeto en el futuro sean hechos punibles. Ahora bien, la peligrosidad criminal, desde el punto de vista de la conducta anterior del sujeto, puede calificarse como predelictual o como postdelictual.

[23] Eso sí, está sometida, como el resto de medidas de seguridad, a la dificultad que comporta la constatación del juicio de peligrosidad. Al respecto, véase Martínez Garay, L., «La incertidumbre de los pronósticos de peligrosidad: consecuencias para la dogmática de las medidas de seguridad», *Indret* 2/2004, pp. 4 ss.

[24] El art. 106.2, párrafo segundo CP señala que, al menos dos meses antes de la extinción de la pena privativa de libertad, el Juez de Vigilancia Penitenciaria, por el procedimiento previsto en el art. 98 CP, elevará la oportuna propuesta al Juez o Tribunal sentenciador, que, concretará el contenido de la medida fijando las obligaciones o prohibiciones enumeradas en el apartado 1 del art. 106.

[25] El art. 106.2 CP se remite al procedimiento establecido en el art. 98.2 y 3 CP. Además, el art. 98.1 CP exige reconsiderar el pronóstico de peligrosidad después, con cadencia, como mínimo, anual (señala que, cuando se trate de una medida de libertad vigilada que deba ejecutarse después del cumplimiento de una pena privativa de libertad, el Juez de Vigilancia Penitenciaria estará obligado a elevar al menos anualmente, una propuesta de mantenimiento, cese, sustitución o suspensión de la misma).

[26] Como destaca Gracia Martín, L., «Las medidas de seguridad y reinserción social», en Luis Gracia Martín / Miguel Ángel Boldova Pasamar / Carmen Alastuey Dobón, *Lecciones de consecuencias jurídicas del deli*to, 7.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 231, la necesidad de que el sujeto haya cometido previamente un hecho punible es un requisito imprescindible para la aplicación de una medida de seguridad, pero en rigor no puede ser elemento constitutivo del supuesto de hecho mismo.

ciación de la peligrosidad criminal[27]. El resultado del juicio de peligrosidad[28] constituye el supuesto de hecho de la medida y esta deberá adecuarse y proporcionarse a aquel[29].

En definitiva, a diferencia de las medidas de seguridad que se imponen a inimputables y semiimputables, en la libertad vigilada que se impone a imputables las dos fases en las que consiste el juicio de peligrosidad se ejecutan en dos momentos diferentes (la inclusión del sujeto en una categoría de estado peligroso se realiza en el momento en el que se dicta la sentencia —art. 106.2, párrafo primero CP—, mientras que la constatación de la peligrosidad criminal se lleva a cabo dos meses antes de cumplir la pena —art. 106.2, párrafo segundo CP—) pero se exigen ambas para que su aplicación quede legitimada.

Otra diferencia entre esta medida de seguridad y las que se imponen a imputables y semiimputables es la delimitación de la categoría de estado peligroso[30], que en este último caso viene determinada por las características del sujeto (las afecciones patológicas que determinan su capacidad de culpabilidad) y en el primero por las características del delito cometido (por la «clase o tipo» de delito cometido[31]). Sin embargo, en ambos casos la necesidad de incluir al sujeto en una categoría de estado peligroso se debe a la sujeción de las medidas de seguridad al principio de legalidad y es una garantía de la

[27] Como ha señalado la doctrina en relación con las medidas de seguridad imponibles a inimputables y semiimputables, la aplicación de la libertad vigilada a imputables no es procedente ya con la comprobación de que el sujeto que ha cometido un delito o varios y está, además, comprendido en una de las categorías de estado peligroso definidas por la ley. Para ello deberá constatarse aún que el sujeto es peligroso. Al respecto, véase Romeo Casabona, C., *Peligrosidad…,* ob. cit., p. 60; García Arán, M., *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código penal de 1995*, Aranzadi, Pamplona, 1997, p. 138.

[28] Como indicó Romeo Casabona, C., *Peligrosidad*…, ob. cit., p. 30, la apreciación de la peligrosidad criminal implica un juicio naturalístico (es decir, no ético, moral o de valor), un cálculo de probabilidad, que se concreta a continuación en una prognosis. El juicio de peligrosidad se desenvuelve en dos momentos, derivados de su propia definición: la comprobación de la cualidad sintomática de peligroso (el diagnóstico de peligrosidad), por un lado, y la comprobación de la relación entre dicha cualidad y el futuro criminal del sujeto (prognosis criminal).

[29] Así, la duración de la medida (sobre esta cuestión véase el siguiente apartado III) deberá ser adecuada y proporcionada a la peligrosidad del sujeto.

[30] Todas las medidas de seguridad solo pueden aplicarse a los supuestos que estén definidos por la ley y a estos se les denomina «categorías o tipos de estado peligroso». Como señala Romeo Casabona, C., *Peligrosidad…,* ob. cit., p. 27, las categorías de estado peligroso aluden a los tipos peligrosos, a los «tipos» o «modelos» criminológicos previos que pueden generar una apreciación de peligrosidad en el sujeto (V. también Jorge Barreiro, A., *Las medidas de seguridad en el Derecho español: un estudio de la Ley de peligrosidad y rehabilitación social de 1970 y de la sala de apelación de peligrosidad*, Civitas, Madrid, 1976, pp. 137 ss.; Luzón Peña, D.M., *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, 3.ª ed. Ampliada y revisada, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 55).

[31] Como señala Bonsignore Fouquet, D., *La imagen legal*…, ob. cit., pp. 22-23, es la *naturaleza del hecho* la que motiva al legislador, quien atribuye *a priori* la etiqueta de potencialmente peligrosos a los autores de los delitos señalados por el legislador.

seguridad jurídica[32]. En el caso de la libertad vigilada que se aplica a imputables peligrosos las categorías o tipos de estado peligroso son los delitos definidos en el Código penal como supuestos en los que puede aplicarse esta medida[33].

Igual que ocurre con el resto de medidas de seguridad, la constatación de la comisión de un hecho punible (requisito previo a la constatación del supuesto de hecho de la medida de seguridad) no tiene otro valor que el que corresponde a un *síntoma revelador o indicio* de la peligrosidad, pero la peligrosidad no radica en el hecho mismo[34]. Asimismo, la concurrencia en un sujeto de las características típicas de una categoría de estado peligroso (primer presupuesto del supuesto de hecho), por haber sido condenado por alguno de los delitos en los que el Código penal prevé la imposición de esta medida de seguridad, será solo un *índice o síntoma de referencia* para la apreciación de la peligrosidad criminal[35]. Solo en este sentido puede considerarse que la constatación en la sentencia de la imposición de la libertad vigilada puede considerarse una presunción *iuris tantum* de peligrosidad, puesto que ambas valoraciones están basadas en el delito cometido. Sin embargo, estas presunciones —como hemos señalado— no constituyen el fundamento ni de esta ni de ninguna otra medida de seguridad. El fundamento de todas ellas es exclusivamente la peligrosidad criminal.

Por último, a diferencia de otras medidas de seguridad, la imposición de la libertad vigilada a imputables exige tener en cuenta en la realización de la prognosis criminal (que debe realizarse dos meses antes de que se cumpla la pena —art. 106.2, párrafo segundo)— el efecto rehabilitador que, en su caso, haya podido conseguir la pena que ha cumplido el condenado. Desde este punto de vista, me parece adecuado que sea el Juez de Vigilancia Penitenciaria el que haga la propuesta[36]. Sin embargo, como señaló

[32] En relación con las medidas de seguridad que se imponen a inimputables y semiimputables, véase Luzón Peña, D.M., *Lecciones…,* ob. cit., p. 55; Romeo Casabona, C., *Peligrosidad…,* ob. cit., p. 28; Beristain Ipiña, A., *Medidas penales en Derecho contemporáneo*, Reus, Madrid, 1974, pp. 84 s.; Rodríguez Mourullo, G., «Medidas de seguridad y Estado de Derecho», en AA.VV., *Peligrosidad social y medidas de seguridad*, Universidad de Valencia, 1974, pp. 359 ss.; Urruela Mora, A., *Valoración crítica…,* ob. cit., pp. 170 s.

Por el contrario, Sanz Morán, A.J., *Las medidas de corrección*…, ob. cit., pp. 111 s., mantiene otra concepción del principio de legalidad respecto de las medidas, pues considera que este no está referido a la exigencia de que el sujeto sea encuadrable en un estado de peligrosidad definido por la ley, sino al delito que necesariamente constituye el presupuesto de aplicación de la medida.

[33] Como indicamos *supra*, el legislador ha seleccionado los delitos a los que se refieren los arts. 140 bis.1, 156 quater, 173.2, párrafo tercero, 192.1 y 579 bis.2.

[34] Véase Gracia Martín, L., *Las medidas de seguridad*…, ob. cit., p. 231.

[35] Así lo señaló Romeo Casabona, C., *Peligrosidad*…, ob. cit., p. 27, en relación con las medidas de seguridad aplicables a inimputables y semiimputables.

[36] La Exposición de Motivos de la LO 5/2010 señala lo siguiente: «Es importante destacar que en la concreción del contenido de la libertad vigilada y en su eventual sustitución, modificación, suspensión o cesación, intervienen tanto el Juez de Vigilancia Penitenciaria, debidamente informado por los servicios

Sanz Morán[37], no me parece correcto que en los delitos que fueron introducidos en 2010, la imposición de la libertad vigilada sea obligatoria.

II.2. **Finalidad**

La legitimación de la medida de seguridad objeto de este estudio exige plantearse también cuál es la finalidad que se persigue al imponerla a sujetos que ya han cumplido una pena adecuada a la gravedad de lo injusto y la culpabilidad.

Al respecto, un destacado sector doctrinal[38], ha señalado que la citada medida de seguridad, además de dificultar la reincidencia, facilita la resocialización y reinserción del

---

penitenciarios, como el Juez o Tribunal sentenciador al que corresponde hacer ejecutar lo juzgado. Precisamente este último, por haber juzgado, conoce con mayor detalle determinadas circunstancias del caso concurrentes con el pronóstico penitenciario del sujeto, que pueden resultar determinantes para la elección de la medida o medidas en que ha de concretarse la libertad vigilada».

[37] Sanz Morán, A.J., *Una consecuencia jurídica no tan extraña*…, ob. cit., p. 595, critica, con razón, que coexistan en el Código penal dos modelos: uno, el inicialmente introducido en el año 2010 para delincuencia sexual y terrorista, en el cual se obliga a la imposición de la libertad vigilada, lo que supone una inadmisible presunción *iuris et de iure* de peligrosidad y otro el previsto para los supuestos añadidos en 2015, en el cual, de manera correcta, la libertad vigilada solo se acuerda facultativamente, lo que implica comprobar la presencia de los requisitos previstos con carácter general en el artículo 95 y, en particular, la verificación de la peligrosidad criminal del sujeto al que se impone la medida.

[38] Sanz Morán, A.J., *De nuevo sobre el tratamiento*…, ob. cit., p. 1100, señala, para fundamentar su opción a favor de la respuesta «dualista» al problema del delincuente peligroso de criminalidad media o grave, en la línea apuntada por *Frisch*, que la pena no está en condiciones de asumir con carácter exclusivo las distintas exigencias derivadas de la prevención especial que, en muchos casos, se satisfacen mejor con una adecuada combinación de penas y medidas; Boldova Pasamar, M.A*., Consideraciones político-criminales*…, ob. cit., p. 47, considera que la libertad vigilada, en la medida en que vaya dirigida a facilitar la resocialización y reinserción del sujeto, además de servir a su control y dificultar la reincidencia, puede lograr que se cumpla esa distribución equilibrada de riesgos y cargas entre el individuo (tiene que soportar restricciones de sus derechos y seguir las obligaciones de conducta) y la sociedad (tiene que soportar la libertad de un individuo peligroso criminalmente). Asimismo, señala el citado autor (p. 41) que la introducción de la libertad vigilada es coherente con la constante reforma del sistema de penas y muy especialmente con la crisis permanente que acompaña a la pena de prisión desde su implantación como pena dirigida al tratamiento del penado y no solo a su custodia e inocuización de la sociedad. El recurso a la libertad vigilada enlaza directamente con la discusión sobre la problemática de las penas privativas de libertad de larga duración y las alternativas que se pueden barajar en torno a ellas, sobre todo cuando se muestran incapaces en numerosas ocasiones de alcanzar resultados satisfactorios derivados del tratamiento dirigido al penado. Así, con relación a esos sujetos imputables peligrosos criminalmente que acaban de finalizar su estancia en prisión, la libertad vigilada puede ser un instrumento adecuado para facilitar su resocialización y reinserción social de forma tutelada, tratando de reincidir en la reducción o eliminación de los factores que influyen en su peligrosidad. Su implementación permitirá además tener al criminalmente peligroso bajo cierto control y de ese modo prevenir la reincidencia, tanto genérica como específica. Asimismo, señala el citado autor que, aunque esta vinculación tan estrecha con la prisión no hace mudar la naturaleza de la libertad vigilada —pues no puede privar, sino solo restringir la libertad del sometido a ella—, al menos es indicativo de que no se trata de una consecuencia autónoma como otras tantas, sino completamente dependiente de una concreta, cual es la prisión temporal y con el objeto de hacer frente a sus limitaciones y fracasos. De manera que la

sujeto, haciendo frente a las limitaciones y fracasos de la pena de prisión. Sin embargo, considero que fundamentar la libertad vigilada en la consecución de la finalidad terapéutica o de tratamiento que no se ha logrado hasta entonces con la ejecución de la pena supone «alargar» este efecto del *ius puniendi*[39]. Aunque, en principio, los objetivos resocializadores corresponden tanto a las penas como a las medidas de seguridad, la imposición de una medida de seguridad posterior a la pena con la misma vocación resocializadora que esta última, supone imputar al reo el fracaso de la consecuencia jurídica previamente ejecutada. Los fines resocializadores están presentes en nuestra Constitución como orientación de las penas privativas de libertad (art. 25.2 CE) pero no son objetivos de obligada consecución[40]. Sin duda, el Estado tiene que activar todos los mecanismos posibles para alcanzarlos cuando se ejecuta la pena, pero, si no se consigue reinsertar al sujeto, este tiene derecho a recuperar su libertad ambulatoria y el resto de sus derechos, a no ser que se justifique la aplicación de otra consecuencia jurídica con otro fundamento.

Sin duda, ha señalado la doctrina[41], esta consecuencia jurídica tiene un carácter asegurativo[42] y, por ello, en mi opinión, solo puede aceptarse si su admisibilidad se plantea

---

libertad vigilada estará en función de la frustración de los fines preventivo-especiales de la prisión, es decir, de la reinserción o readaptación social del sujeto, aun cuando esta se presente en la Constitución tan solo como una orientación de las penas privativas de libertad y no como un objetivo de obligada consecución. Asimismo, Otero González, P., *La libertad vigilada aplicable*, ob. cit., p. 48, destaca que es imprescindible incidir en los aspectos rehabilitadores de la mencionada medida.

[39] Probablemente atendiendo a esta prolongación de los efectos de la pena, un sector doctrinal considera que *de lege ferenda* la libertad vigilada debería estructurarse con arreglo a la categoría jurídica de «pena». En este sentido, Urruela Mora, A., *Valoración crítica*…, ob. cit., p. 346; Mapelli Caffarena, B*., Las consecuencias*…, ob. cit., p. 383, que señala que al legislador le ha interesado calificar a la libertad vigilada como medida porque de esa forma resultaba más fácil de explicar su existencia. Dice el citado autor que se asemeja más a una modalidad de libertad condicional continuada y que si, a pesar de la opinión contraria del legislador, consideramos que tiene una naturaleza jurídica de pena accesoria irregular y no medida de seguridad, tendríamos en ella un ejemplo de pena accesoria subsiguiente (p. 343); Otero González, P. *La libertad vigilada aplicable*…, ob. cit., pp. 51 ss., considera que la libertad vigilada es un *tertium genus* entre pena y medida, pp. 51 ss.

[40] Al respecto, señaló Cerezo Mir, J., *Curso de Derecho penal español. Parte General, I. Introducción*, sexta edición, Tecnos, Madrid, 2004, p. 38, nota 91, que el mandato constitucional de que las medidas de seguridad estén orientadas hacia la reeducación y reinserción social, implica la exigencia de que nunca deje de prestarse atención, ni se regateen esfuerzos para tratar de conseguir la reeducación y la reinserción social de los delincuentes peligrosos. No puede interpretarse en el sentido de que sean anticonstitucionales las medidas de seguridad cuyo fin primordial sea el aseguramiento de la sociedad, o la aplicación de cualquier medida, cuando las posibilidades de reeducación o reinserción social sean escasas.

[41] En este sentido, Martínez Garay, L., *La libertad vigilada*…, ob. cit., pp. 324 ss., que considera que la libertad vigilada obedece a innegables consideraciones de aseguramiento de la sociedad frente al delincuente, antes que a razones terapéuticas, asistenciales o de prevención especial; Marco Francia, M.P., «Pasado, presente y futuro de la medida de seguridad de libertad vigilada para sujetos imputables», *ADPCP*, Volumen LXXIII, 2020, p. 568, que señala que esta medida intenta mantener la inocuización que supone extender la prisión, más allá de los muros del centro penitenciario, mediante el control del sujeto.

[42] La Exposición de Motivos de la LO 5/2010 hace referencia tanto a la finalidad asegurativa como a la finalidad resocializadora, cuando señala lo siguiente: «La libertad vigilada es una medida de seguridad

en los términos propios de un estado de necesidad[43]. Como ha señalado una parte de la doctrina para criticarla[44], la libertad vigilada es una manifestación del Derecho penal de la seguridad, con innegable efecto inocuizador[45], pero, a mi juicio, puede admitirse por ser el resultado de una ponderación entre los intereses de la defensa social[46] y los relativos a la salvaguarda de los derechos fundamentales del penado[47]. La citada ponderación lleva a la conclusión de que la regulación de la libertad vigilada y su aplicación efectiva en cada caso particular, de acuerdo con el contenido que tiene esta medida en nuestro CP (art. 106), representa un mal menor que el que se trata de evitar (la segu-

---

que el Tribunal impone, de manera facultativa o preceptiva, según la propia norma señala en cada caso, y cuyo contenido se concreta en una serie de limitaciones, obligaciones, prohibiciones o reglas de conducta, aplicables separada o conjuntamente, dentro de los márgenes de duración específicos que en su caso resulten de la parte especial del Código, tendentes *no solo a la protección a las víctimas, sino también a la rehabilitación y la reinserción social del delincuente*, objetivo que preside toda la reforma», Al respecto, algunos autores han señalado que lo que en verdad se persigue con su introducción no es más que lo que la propia Exposición de Motivos dice no pretender: la inocuización de los sujetos considerados peligrosos a través de la imposición de una medida de seguridad. Tal aserción se deduce de la propia Exposición de Motivos, en tanto que —a diferencia de la del Proyecto de reforma del Código Penal de 2009— se indica que con esta nueva medida de seguridad lo que se pretende es *tutelar la seguridad y la libertad del resto de ciudadanos* (la cursiva es mía). Esta finalidad inocuizadora queda, además, confirmada—dicen los citados autores— al analizar el contenido de la medida, que fundamentalmente está orientado al control del propio sujeto y a la protección de las víctimas de los delitos previamente cometidos y en menor medida al tratamiento de las personas peligrosas (esta última finalidad es la que persiguen las medidas de las letras j) y h) del art. 106). Al respecto véase Huerta Tocildo, S., *Esa extraña consecuencia*…, ob. cit., p. 125; Sierra López, María del Valle, *La medida de libertad vigilada*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 114; Salat Paisal, M., *Regulación actual*…, ob. cit., p. 163.

[43] Así lo señaló Gracia Martín, L., *Sobre la legitimidad*…, ob. cit., p. 997.

[44] Critican, entre otros argumentos, a la libertad vigilada por considerarla una manifestación del Derecho penal de la seguridad, Huerta Tocildo, S., *Esa extraña consecuencia*…, ob. cit., p. 139 y ss; ALONSO RIMO, A., *Medidas de seguridad*…, ob. cit., pp. 125 ss.; Urruela Mora, A., *Valoración crítica*…, ob. cit., pp. 343 y 347.

[45] El tratamiento penal de los delincuentes habituales peligrosos se lleva a cabo en el Derecho comparado de acuerdo con dos modelos. En el primero se resuelve la cuestión en el ámbito de la pena, mediante el establecimiento de cláusulas de agravación de la misma e incluso de penas de duración indeterminada con fines de aseguramiento. Este es el caso, por ejemplo, de las legislaciones penales de Inglaterra, EEUU, Suecia, Grecia y la mayor parte de los países del Este de Europa. El segundo modelo, que adoptan más bien los países cuyo sistema jurídico penal se basa en el principio de culpabilidad, como es el caso de la mayor parte de los países de Europa occidental, así como Japón, recurre a la segunda vía y establece medidas inocuizadoras con fines de aseguramiento. Al respecto, v. Gracia Martín, L., *Sobre la legitimidad*…, ob. cit., pp. 983-984.

[46] Los intereses de la defensa social son los intereses de prevención de peligros para los bienes jurídicos más importantes y los de protección de las potenciales víctimas frente al delincuente peligroso.

[47] Los derechos fundamentales que formarían parte de esa ponderación son la prohibición constitucional de los tratos inhumanos o degradantes (art. 15 CE) y el derecho a la libertad y seguridad (art. 17.1 CE).

ridad del ciudadano frente a los delincuentes imputables peligrosos)[48]. Es una medida que satisface la demanda de seguridad colectiva frente a los delincuentes peligrosos[49] sin limitar gravemente los derechos del penado, puesto que restringe la libertad del penado sin excluirla, y su imposición queda justificada en el caso concreto si se dan sus presupuestos[50] y se aplica adecuadamente. Por el contrario, considero que el resultado de la citada ponderación de intereses no es favorable a la imposición de otras medidas de seguridad que la doctrina ha examinado para hacer frente al tratamiento penal del delincuente imputable peligroso[51], como, por ejemplo, la custodia de seguridad[52] prevista

[48] Mapelli Caffarena, B., *Las consecuencias*…, ob. cit., p. 383, considera a la libertad vigilada después de extinguida la pena una decisión «razonable» para ciertos delincuentes en unos momentos de eclosión de la seguridad y la prevención general.

[49] Para ello, es imprescindible, como ha puesto de relieve Martínez Garay, L., *La libertad vigilada*…, *ob. cit*. p. 307, la creación o el aumento de los medios materiales y humanos necesarios.

[50] Al respecto, es fundamental, como hemos señalado *supra*, que en el momento de realizarse la prognosis criminal (dos meses antes de que se cumpla la pena —art. 106.2, párrafo segundo—) se compruebe adecuadamente que subsiste la peligrosidad criminad. Al respecto, Urruela Mora, A., *Valoración crítica*…, ob. cit., p. 341 critica, con razón, que en la práctica judicial española la exigencia de que el sujeto revele peligrosidad criminal se exija como un requisito meramente formal, con escaso contenido aplicativo, con base en lo precario de los mecanismos de diagnóstico y pronóstico de la peligrosidad criminal. En sentido similar, Barber Burusco, Soledad, «Libertad vigilada para imputables y cumplimiento de la pena de prisión», en Manuel Cancio Meliá / Mario Maraver Gómez / Yamila Fakhouri Gómez / Pablo Guérez Tricarico / Daniel Rodríguez Horcajo / Gonzalo J. Basso (eds.), *Libro homenaje al Profesor. Dr. Agustín Jorge Barreriro,* Volumen 2, UAM Ediciones, Madrid, 2019, p. 1311, esgrime en contra de la medida de libertad vigilada la vaguedad del pronóstico de peligrosidad, dados los instrumentos con los que se cuenta para efectuarlo. Por el contrario, Sanz Morán, A.J., *Una consecuencia jurídica no tan extraña*…, ob. cit., p. 595-596, considera que las dificultades de la determinación de la peligrosidad criminal como presupuesto de las medidas de seguridad no son mayores que las que concurren cuando se hace de la (falta de) peligrosidad presupuesto de instituciones relacionadas con la pena y su ejecución, como en el ámbito de la suspensión condicional de la pena o en el del acceso al régimen abierto o a la libertad condicional del condenado a pena de prisión.

[51] Como ha señalado Armaza Armaza, E.J., *El tratamiento penal*…, ob. cit., p. 138, entre las medidas de seguridad y reinserción social que revisten mayor interés en relación con el tema del tratamiento penal del delincuente imputable peligroso —y que, además, han sido usadas en algunos países cercanos a nuestro entorno cultural— destacan: el internamiento en un centro de terapia social, el internamiento en un centro de custodia, la libertad vigilada, los denominados registros de delincuentes peligrosos y, finalmente, la castración química.

[52] A un sector doctrinal le parece insuficiente la medida de libertad vigilada y propone la introducción de la custodia de seguridad, por considerarla más adecuada para dar respuesta a la criminalidad de mayor gravedad cometida por sujetos que presentan una probada peligrosidad, pues, al ser privativa de libertad, el control que se ejerce sobre el condenado es sin duda mayor que en el caso de la libertad vigilada. En este sentido, Del Castillo Codes, E., *Medidas de seguridad*…, ob. cit., pp. 193-194.

Por el contrario, otro sector doctrinal considera a la libertad vigilada una opción preferible frente a la custodia de seguridad. Al respecto, señala Boldova Pasamar, M.A., *Consideraciones político-criminales*…, p. 40, que cumple con la función asegurativa que se busca con la reclusión perpetua o con la custodia de seguridad, pero en cualquiera de los casos de forma más humanitaria para el reo. En su opinión, ob.

en el Código penal alemán[53], puesto que, en este caso, teniendo en cuenta el contenido que tiene la citada consecuencia jurídica, el mal causado es mayor que el que se trata de evitar[54/55]. En definitiva, considero, en contra de lo que ha señalado un sector doctrinal[56], que admitir la medida de libertad vigilada no supone asumir el riesgo de aceptar en el futuro otras medidas que no sean el resultado de una adecuada ponderación de intereses.

Desde este punto de vista, no puede aceptarse que en los supuestos en los que la libertad vigilada se aplica a imputables deba seguir teniendo la vocación resocializadora que ha caracterizado a la pena ya cumplida. Con su imposición solo se debería pretender evitar riesgos a la sociedad[57] frente a sujetos que, debido a sus características, por muchos mecanismos de reinserción que se implementen, siguen siendo peligrosos después de cumplir la pena. Por ello, considero que resulta más coherente imponer a los sujetos imputables peligrosos las medidas mediante las que se articula el sometimiento del condenado al control judicial que tienen un carácter asegurativo[58] [las contenidas

---

cit., p. 51, la libertad vigilada puede cumplir funciones asegurativas a la vez que resocializadoras (frente a la custodia de seguridad que se centra en las primeras) y en todo caso con mayor respeto por la dignidad del penado, puesto que entonces es tratado como persona. También se muestra contrario a la introducción de la custodia de seguridad Urruela Mora, A., *Valoración crítica*…, ob. cit., pp. 255, 342 y 345, considerándola una manifestación del Derecho penal del enemigo.

[53] Sobre las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que se han pronunciado acerca de la aplicación de la custodia de seguridad véase Armaza Armaza, E.J., *El tratamiento penal*…, ob. cit., p. 186.

[54] Al respecto, véase los argumentos esgrimidos por Gracia Martín, L., *Sobre la legitimidad*…, ob. cit., p. 997.

[55] Como señala Frisch, W., «Las medidas de corrección y seguridad en el sistema de consecuencias jurídicas del Derecho penal», *Indret* 3/2007, p. 22, la injerencia sobre los derechos del potencial autor, motivada en la prevención especial, solo puede ser justificada en tanto resulte imprescindible.

[56] Ponen de manifiesto este peligro Alonso Rimo, A., *Medidas de seguridad*…, ob. cit., pp. 125 ss., que considera discutible el principio del interés preponderante de protección de la libertad y seguridad de todos, señalando que, habida cuenta de la probada ineficacia de la pena en relación con el fenómeno criminal, podría llegarse sin demasiada dificultad, por la vía del estado de necesidad de aseguramiento y defensa de la sociedad, a generalizar las medidas de seguridad con una duración vinculada a la desaparición de la peligrosidad del sujeto; Urruela Mora, A., *Valoración crítica*…, ob. cit., pp. 343 y 347, que señala que la libertad vigilada es una manifestación del derecho penal de la seguridad, que permite todo tipo de excesos punitivos en nombre de las necesidades de incolumidad del cuerpo social y teme que, mediante su introducción, que puede ir acompañada en el futuro de la introducción de la custodia de seguridad prevista en el modelo alemán, el Derecho penal español pueda terminar adentrándose de manera definitiva por la tan criticable senda del Derecho Penal del enemigo.

[57] Sobre la distinción entre medidas de aseguramiento y de corrección, véase Santos Requena, A.A., *La imposición de medidas de seguridad en el proceso penal*, Comares, Granada, 2001, p. 32.

[58] Del Castillo Codes, E., *Medidas de seguridad*…, ob. cit., p. 190, considera que la libertad vigilada es una medida de seguridad encaminada al mero aseguramiento y no le parece adecuado que se imponga a inimputables y semiimputables, pues ello da lugar a una inadmisible concurrencia de medidas de seguridad de carácter terapéutico y de aseguramiento. Si el delito fue cometido como consecuencia de condicionamientos psíquicos, lo procedente —dice el citado autor— es aplicar una medida terapéutica

en las letras a) a i) del art. 106.1)[59]][60], reservando aquellas que tienen una finalidad correctiva (las incluidas en las letras j) y k) del art. 106[61]) para los supuestos en los que la medida de libertad vigilada se impone a imputables y semiinputables[62].

III. Duración

III.1. La dudosa duración de la libertad vigilada en algunos supuestos en los que se aplica a sujetos imputables peligrosos

La doctrina[63] señala que en los delitos en los que se puede aplicar la libertad vigilada a sujetos imputables peligrosos que introdujo la LO 5/2010 (delitos graves contra

---

dirigida a solventar las causas del delito y no además una libertad vigilada cuyo fundamento en estos casos resulta muy discutible.

[59] En las letras a) a i) del art. 106.1 CP se regulan, como contenido de la libertad vigilada que ha de fijarse dos meses antes de que el condenado cumpla la pena (art. 106.2, párrafo segundo CP), las obligaciones del condenado de estar siempre localizable mediante aparatos electrónicos que permitan el seguimiento permanente, de presentarse periódicamente en el lugar que el juez o tribunal establezca y de comunicar inmediatamente cada cambio del lugar de residencia o del lugar o puesto de trabajo, y las prohibiciones de ausentarse del lugar donde resida o de un determinado territorio sin autorización del juez o tribunal, de aproximarse a la víctima o aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, de acudir a determinados territorios, lugares o establecimientos, de residir en determinados lugares y la de desempeñar determinadas actividades que puedan ofrecerle o facilitarle la ocasión para cometer hechos delictivos de similar naturaleza.

[60] Esta opinión puede mantenerse si se parte, como hace la mayoría de la doctrina, de que entre los fines de prevención especial a los que deben orientarse las medidas de seguridad, no solo está la corrección o enmienda sino también la inocuización del delincuente. Otra cuestión es que pueda debatirse si las medidas de seguridad deben tener o no esta finalidad asegurativa. Si se parte, como hace un sector doctrinal (así lo considera, por ejemplo, Salat Paisal, M., *Regulación actual*…, ob. cit., p. 163) de que toda medida de seguridad debe perseguir solo la resocialización del sujeto sometido a la misma, hay que plantearse a continuación cuál es la naturaleza jurídica de las consecuencias jurídicas con finalidad asegurativa existentes en nuestro ordenamiento jurídico.

[61] En las letras j) y k del art. 106 se recogen las medidas con finalidad correctiva: la obligación de participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación sexual u otros similares y la obligación de seguir tratamiento médico externo, o de someterse a un control médico periódico.

[62] También, claro está, es adecuado imponer a los inimputables y semiimputables las medidas mediante las que se articula el sometimiento del condenado al control judicial que tienen un carácter asegurativo (letras a) a i) del art. 106.1 CP).

[63] En este sentido, Bonsignore Fouquet, D., *La imagen legal*…, ob. cit., pp. 31, 33 y 51; Salat Paisal, M., *Regulación actual*…, ob. cit., p. 164; Otero González, P., «La libertad vigilada aplicada a imputables tras la reforma por la LO 1/2015», *Revista del Ministerio Fiscal*, Núm. 0, 2015, p. 89; Guardiola García, J., «La libertad vigilada como medida de seguridad para imputables en el ámbito de la violencia de género», en *II Seminario jurídico, policial y social sobre la violencia de género, Revista de l'Institut Universitari d'Investigació en Criminologia i Ciències Penals de la UV, Libro de actas*, 2019, p. 30; Marco Francia, M.P., *Pasado, presente y futuro*…, ob. cit., p. 575.

la libertad sexual y terrorismo), la duración máxima[64] es de diez años, mientras que en los delitos que fueron introducidos posteriormente por la LO 1/2015 (entre los que se encuentran el homicidio y el asesinato) su duración es como máximo de cinco años[65]. Sin embargo, la jurisprudencia[66] aplica la libertad vigilada a sujetos imputables peligrosos condenados por delitos de asesinato con una duración de diez años.

En mi opinión, la redacción del art. 105 permite mantener ambas posturas en relación con los delitos introducidos por la LO 1/2015. Teniendo en cuenta que en estos delitos la imposición de la libertad vigilada es potestativa[67], una postura puede ser mantenida por la defensa y otra por la acusación, aunque los tribunales deberían acoger la postura de la defensa, con base en la aplicación del principio *in dubio pro reo*.

Cuando la LO 5/2010 introdujo la medida de seguridad de libertad vigilada se añadió un segundo inciso al párrafo primero del art. 105[68] (que se refiere a los supuestos en los que las medidas no privativas de libertad se aplican a inimputables y semiimputables, junto a medidas privativas de libertad), cuyo tenor («Deberá asimismo imponer alguna o algunas de dichas medidas *en los demás casos expresamente previstos en este Código*») obliga a interpretar a qué supuestos se refiere. Asimismo, se introduce en el catálogo de medidas no privativas de libertad del citado artículo la referencia a la libertad vigilada, previendo para esta medida dos posibles periodos de duración: hasta cinco años [art. 105.1 a)] o hasta diez *«cuando expresamente lo disponga este Código»* [art. 105.2 b)], de manera que este último inciso también genera problemas de interpretación.

[64] Como hemos señalado *supra*, la concreta duración de la libertad vigilada debería estar en función de la peligrosidad del sujeto.

[65] La Exposición de Motivos de la LO 5/2010 señala: «Su duración se mantiene en general en un máximo de cinco años, que es el que establecía hasta ahora el Código para las medidas de seguridad no privativas de libertad que se refunden bajo el concepto de libertad vigilada, pero a ello se añade, ciertamente pensando en esta nueva modalidad postpenitenciaria, la posibilidad de que el propio Código Penal la extienda hasta los diez años (artículo 105.2), como, de hecho, esta misma Ley dispone para los delitos contra la libertad e indemnidad sexual y de terrorismo». Sin embargo, la Exposición de Motivos de la LO 1/2015 no dice nada acerca de la duración.

[66] Al respecto véase, por ejemplo, la SAP de Barcelona, de 14 de abril de 2020, confirmada por la STS 658/2021, de 3 de septiembre (ECLI:ES:TS:2021:3371) —Caso «Crimen de la Guardia Urbana»— o la SAP de A Coruña de 17 de diciembre de 2019, confirmada por la STS 636/2020, de 26 de noviembre —Caso «Diana Quer»— (ECLI:ES:TS:2020:3799)

[67] En los arts. 140 bis.1, 156 quater y 173.2, párrafo tercero, se utiliza la expresión «se les *podrá imponer* además una medida de libertad vigilada». Por el contrario, los arts. 192.1 y art. 579 bis.2 utilizan la expresión «se *impondrá* además la medida de libertad vigilada».

[68] El párrafo primero del art. 105 CP decía entonces y sigue diciendo actualmente lo siguiente: «En los casos previstos en los artículos 101 a 104, cuando se imponga la medida privativa de libertad o durante la ejecución de la misma, el Juez o Tribunal podrá imponer razonadamente una o varias medidas que se enumeran a continuación…».

Por una parte, puede entenderse que los dos incisos que contienen la mención a los supuestos expresamente previstos en el Código se refieren a los supuestos en los que la medida de seguridad se impone a imputables peligrosos, puesto que el art. 106.2, párrafo primero, señala que en este caso solo se puede imponer en los delitos en los que expresamente lo dispone el Código. Así, puede concluirse que en todos los delitos en los que está prevista su aplicación podrá tener una duración de hasta diez años. De esta manera, el art. 105.1 a), que prevé una duración de cinco años, se aplicará cuando esta medida de seguridad se imponga a inimputables y semiimputables, acumulada a una medida privativa de libertad, que son los supuestos a los que se refiere el inciso primero del párrafo primero del art. 105.

Sin embargo, la regulación de la libertad vigilada introducida por la LO 1/2015 permite otra interpretación de los citados incisos, que es la que en un proceso penal podría mantener la defensa.

Antes de hacer referencia a esta otra interpretación hay que recordar que la LO 5/2010, de 22 de junio, cuando introdujo la aplicación de esta medida de seguridad para los casos en que los sujetos imputables peligrosos hubieran sido condenados por delitos graves contra la libertad sexual y terrorismo, hizo constar expresamente, en la regulación de estos delitos en la parte especial del Código, que su duración máxima era de diez años (arts. 192. 1 y 579 bis.2). Sin embargo, cuando la LO 1/2015 amplió su aplicación a los delitos contra la vida regulados en el Título I del Libro II, al delito de violencia habitual en ámbitos domésticos y similares y a los delitos contra la integridad física y la salud y tráfico de órganos cuando la víctima fuera alguna de las personas que son sujetos pasivos del delito del artículo 173.2, no hizo referencia expresa a su duración en la regulación de los citados delitos (arts. 140 bis 1, 173.2 y 156 quater) ni modificó la redacción del art. 105.

Ello permite interpretar que cuando el párrafo 2.b) del art. 105 dice que la libertad vigilada durará hasta diez años «cuando expresamente lo disponga este Código» se refiere a los supuestos en los que la duración de hasta diez años está expresamente prevista en la regulación de los delitos en los que es posible aplicar esta medida de seguridad a imputables peligrosos, es decir, cuando han sido condenados por delitos graves contra la libertad sexual (art. 192.1) o delitos de terrorismo (art. 579 bis 2), mientras que en los demás delitos en los que es posible aplicar esta medida de seguridad (arts. 140 bis 1, 173.2 y 156 quater), en los que no se hace referencia a la duración, hay que interpretar que esta no puede exceder los cinco años.

Esta regulación plantea la duda de si el legislador, cuando amplió en 2015 la aplicación de la libertad vigilada a estos otros delitos, quiso que en ellos fuera menor su duración o simplemente se olvidó de hacer constar la duración, a diferencia de lo que había hecho en 2010 en relación con los delitos contra la libertad sexual y los delitos de terrorismo. En cualquier caso, como hemos señalado, con arreglo al principio de legalidad son posibles las dos interpretaciones expuestas.

III.2. **La dudosa duración de la libertad vigilada en los supuestos en los que se aplica a sujetos inimputables y semiimputables y no acompaña a una medida privativa de libertad**

En los supuestos en los que la libertad vigilada se impone a inimputables o semiimputables acompañando a una medida privativa de libertad (a los que hace referencia el inciso primero del párrafo primero del art. 105) su duración será de hasta cinco años [párrafo 1 a) del art. 105], puesto que, como hemos visto, el párrafo 2 b) del art. 105, que establece una duración de hasta diez años «cuando expresamente lo disponga este Código» se aplica a los supuestos en los que la libertad vigilada se impone a imputables (abarcando todos los delitos en los que está prevista la libertad vigilada o solo los delitos de terrorismo y contra la libertad sexual, según la interpretación que se mantenga).

La duda que se plantea es cuánto puede durar la libertad vigilada en los supuestos en los que se aplica a inimputables y semiimputables pero se impone sola. Al respecto, hay que recordar que antes de que La LO 5/2010 introdujera la medida de seguridad de libertad vigilada, la doctrina puso de manifiesto que resultaba sorprendente que el art. 96.3 CP se limitara a enumerar las medidas de seguridad no privativas de libertad que podían imponerse, sin fijar al mismo tiempo los posibles límites temporales de duración de las mismas para los supuestos en los que estas se imponen solas, puesto que el Código penal solo se refería (en el párrafo primero del art. 105 CP) a los supuestos de imposición facultativa de la medida no privativa de libertad acumulada a la medida privativa de libertad de imposición obligatoria. Pues bien, la introducción en 2010 del segundo inciso del párrafo primero del art. 105 y del párrafo 2.a) (que se refieren a los casos «expresamente previstos en el Código») permite entenderlos referidos no solo a los supuestos en los que la libertad vigilada se aplica a imputables sino también a los supuestos en los que las medidas no privativas de libertad se aplican a inimputables y semiimputables sin acompañar a una medida de seguridad privativa de libertad, pudiendo mantenerse así que en estos supuestos la duración de la libertad vigilada puede alcanzar los diez años. Esta interpretación puede basarse en que el art. 95.2 CP señala que las medidas de seguridad no privativas de libertad —entre las que se encuentra la libertad vigilada (art. 96.3.3.ª CP)— son las únicas que pueden imponerse en los casos en que el hecho delictivo que haya cometido el sujeto declarado peligroso sea uno que no esté castigado con pena privativa de libertad. Por otra parte, de acuerdo con el principio de necesidad, expresamente invocado por los arts. 101 a 103 e implícito en el art. 104, también puede mantenerse que pueden imponerse solas cuando el hecho delictivo previo realizado esté castigado con pena privativa de libertad y la aplicación de medidas de seguridad privativas de libertad no sea necesaria.

IV. **Bibliografía**

Acale Sánchez, María, «La libertad vigilada», en Francisco Álvarez García / José Luis González Cussac (dirs.), *Comentarios a la reforma de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 147.

Alonso Rimo, Alberto, «Medidas de seguridad y proporcionalidad con el hecho cometido (a propósito de la peligrosa expansión del Derecho penal de la peligrosidad)», *Estudios Penales y Criminológicos*, Universidad de Santiago de Compostela, Vol. XXIX, 2009, pp. 107-139.

Armaza Armaza, Emilio José, *El tratamiento penal del delincuente imputable peligroso*, Comares, Granada, 2013.

Barber Burusco, Soledad, «Libertad vigilada para imputables y cumplimiento de la pena de prisión», en Manuel Cancio Meliá / Mario Maraver Gómez / Yamila Fakhouri Gómez / Pablo Guérez Tricarico / Daniel Rodríguez Horcajo / Gonzalo J. Basso (eds.), *Libro homenaje al Profesor. Dr. Agustín Jorge Barreriro,* Volumen 2, UAM Ediciones, Madrid, 2019, p. 1309.

Beristain Ipiña*, Antonio, Medidas penales en Derecho contemporáneo*, Reus, Madrid, 1974.

Boldova Pasamar, Miguel Ángel, «Consideraciones político-criminales sobre la introducción de la pena de libertad vigilada», *Cuadernos penales José María Lidón. El Anteproyecto de modificación del Código penal de 2008*, Núm. 6, Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 2009, pp. 35-70.

Bonsignore Fouquet, Dyango, «La imagen legal del delincuente imputable peligros: reflexiones a través de la libertad vigilada», *Revista de Derecho Penal y Criminología*. Núm. 20, 2018, pp. 13-64.

Borja Jiménez, Emiliano, «Peligrosidad criminal en la tarea judicial de individualización de la pena», en Roca Agapito (dir.), *Un sistema de sanciones penales para el siglo xx*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p.351.

Cerezo Mir, José, «Consideraciones político-criminales sobre el nuevo Código penal de 1995», *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, Núm. 4063, 1996.

— *Curso de Derecho penal español. Parte General, I. Introducción*, sexta edición, Tecnos, Madrid, 2004.

— «Reflexiones críticas sobre algunas manifestaciones de la moderna tendencia a incrementar el rigor en la exigencia de responsabilidad criminal», *Revista Penal*, Núm. 22, 2008, pp. 16-21.

Del Castillo Codes, Enrique, «Medidas de seguridad: aspectos sustantivos y procesales», *Foro FICP* (Tribuna y Boletín de la FICP), Núm. 2014-2, pp. 181-204.

Frisch, Wolfgang, «Las medidas de corrección y seguridad en el sistema de consecuencias jurídicas del Derecho penal», *Indret* 3/2007, pp.1-52.

García Albero, Ramón Miguel, «La nueva medida de seguridad de libertad vigilada», *Revista Aranzadi doctrinal*, Núm, 6, 2010, pp.183-196.

García Arán, M., *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código penal de 1995*, Aranzadi, Pamplona, 1997.

García Rivas, Nicolás, «La libertad vigilada y el Derecho penal de la peligrosidad», en Eduardo Demetrio Crespo (dir.)/ Manuel Maroto Calatayud (coord.), *Neurociencias y Derecho penal*, Edisofer, Madrid, p. 601.

Gracia Martín, Luis, «Sobre la legitimidad de medidas de seguridad contra delincuentes imputables peligrosos en el Estado de Derecho», en Carlos García Valdés/ Antonio Cuerda Riezu/ Margarita Martínez Escamilla/ Rafael Alcácer Guirao/ Margarita Valle Mariscal De Gante, *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Tomo I, Edisofer, Madrid, 2008, p. 975.

— «Las medidas de seguridad y reinserción social», en Luis Gracia Martín / Miguel Ángel Boldova Pasamar / Carmen Alastuey Dobón, *Lecciones de consecuencias jurídicas del deli*to, 7.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 229.

Guardiola García, Javier, «La libertad vigilada como medida de seguridad para imputables en el ámbito de la violencia de género», *II Seminario jurídico, policial y social sobre la violencia de género, Revista de l'Institut Universitari d'Investigació en Criminologia i Ciències Penals de la UV, Libro de actas*, 2019, p. 29.

Huerta Tocildo, Susana, «Esa extraña consecuencia del delito: la libertad vigilada», en Francisco Álvarez García / Miguel Ángel Cobos Gómez de Linares / Pilar Gómez Pavón / Araceli Manjón-Cabeza Olmeda / Amparo Martínez Guerra (coords.), *Libro homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 117.

Jiménez Martínez, Custodia, «La libertad vigilada en el CP de 2010. Especial mención a la libertad vigilada para imputables peligrosos», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Núm. 7, 2012, pp. 13-50.

Jorge Barreiro, Agustín, *Las medidas de seguridad en el Derecho español: un estudio de la Ley de peligrosidad y rehabilitación social de 1970 y de la sala de apelación de peligrosidad*, Civitas, Madrid, 1976.

Luzón Peña, Diego-Manuel, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, 3.ª ed. Ampliada y revisada, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

Mapelli Caffarena, Borja, *Las consecuencias del delito*, 5.ª edición, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2011.

Marco Francia, María Pilar, «Pasado, presente y futuro de la medida de seguridad de libertad vigilada para sujetos imputables», *ADPCP*, Volumen LXXIII, 2020, pp. 553-599.

Martínez Garay, Lucía, «La libertad vigilada: regulación actual, perspectivas de reforma y comparación con la *Führungsaufsicht* del Derecho penal alemán», en Enrique Orts Berenguer (dir.)/ Alberto Alonso Rimo y Margarita Roig Torres (coords.), *Derecho penal de la peligrosidad y prevención de la reincidencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 261.

— «La incertidumbre de los pronósticos de peligrosidad: consecuencias para la dogmática de las medidas de seguridad», *Indret*, 2/2014, pp. 1-77.

Otero González, Pilar, *La libertad vigilada aplicable a ¿imputables?: presente y futuro*, Dykinson, 2015.

— «La libertad vigilada aplicada a imputables tras la reforma por la LO 1/2015», *Revista del Ministerio Fiscal*, Núm. 0, 2015, pp. 71-93.

— *Culpabilidad y delincuentes peligrosos. Las medidas de seguridad postpenitenciarias como respuesta*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

Robles Planas, Ricardo, «»*Sexual Predators*», Estrategias y límites del Derecho penal de la peligrosidad», *Indret 4/2007*, pp. 1-25.

Rodríguez Mourullo, G., «Medidas de seguridad y Estado de Derecho», en AA.VV., *Peligrosidad social y medidas de seguridad*, Universidad de Valencia, 1974.

Romeo Casabona, Carlos, *Peligrosidad y Derecho penal preventivo*, Bosch, Barcelona, 1986.

— *Prólogo al libro de Armaza Armaza, Emilio José*, *El tratamiento penal del delincuente imputable peligroso*, Comares, Granada, 2013.

Salat Paisal, Marc, «Regulación actual de la medida de seguridad de libertad vigilada y su aplicación por parte de los Tribunales», *Anuario da Facultade da Universidade da Coruña*, Vol. 20, 2016, pp. 161-187.

SANTOS REQUENA, Agustín Alejandro, *La imposición de medidas de seguridad en el proceso penal*, Comares, Granada, 2001.

SANZ MORÁN, Ángel José, *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho penal*, *Lex Nova*, Valladolid, 2003.

— «De nuevo sobre el tratamiento del delincuente habitual peligroso», en Francisco Bueno Arús / José Luis Guzmán Dalbora / Alfonso Serrano Maíllo (coords.), *Derecho penal y criminología como fundamento de la política criminal: estudios en homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez*, 2006, p. 1085.

— «Una consecuencia jurídica: la libertad vigilada», en Mercedes Pérez Manzano / Miguel Ángel Iglesias Río / Ana Cristina de Andrés Domínguez / María Martín Lorenzo / Margarita Valle Mariscalde Gante (coords.), Servicio publicaciones Facultad Derecho Universidad Complutense, Madrid, 2020, p. 587.

SIERRA LÓPEZ, María del Valle, *La medida de libertad vigilada*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

URRUELA MORA, Asier, «Valoración crítica del recurso a la peligrosidad criminal como eje de la intervención penal frente al delincuente imputable», en Luis Roca Agapito (dir.), *Un sistema de sanciones penales para el siglo XXI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 323.

— «Los principios informadores del Derecho de medidas en el Código penal de 1995», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Núm. 8, 2001, pp. 167-194.

VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Carlos, «Consideraciones político-criminales sobre la nueva medida de libertad vigilada», *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, Núm. 25, 2012-I, pp.189-210.

ZUGALDÍA, ESPINAR, José Miguel, «Medidas de seguridad complementarias y acumulativas para autores peligrosos tras el cumplimiento de la pena», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Núm. 1, 2009, pp. 199-212.

24

HACIA UNA CERCANA RETROALIMENTACIÓN ENTRE LA POLÍTICA CRIMINAL Y LA DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL EN MÉXICO

Moisés Moreno Hernández*

SUMARIO: I. Introducción y delimitación del tema. I.1. Los primeros contactos con un colega y amigo entrañable. I.2. Los primeros contactos con las cuestiones teóricas y prácticas en la enseñanza y el aprendizaje del Derecho Penal. II. La vinculación entre dogmática jurídico-penal y política criminal. II.1. Algunos antecedentes de su planteamiento en México. II.2. El porqué de la estrecha vinculación. II.3. La cuestión ideológica en la política criminal y la dogmática jurídico penal y su importancia en el proceso de vinculación. II.4. Momentos político-criminales en que puede darse la aportación dogmática jurídico-penal. II.5. Necesidad de adoptar la aportación teórica más correcta por la toma de decisiones políticas. II.6. La dogmática jurídico-penal y los límites del poder penal en el desarrollo de la política criminal de carácter penal. III. Conclusión. III.1. Los tiempos actuales no permiten que la dogmática jurídico penal se cultive sólo como «la teoría por la teoría».

I. Introducción y delimitación del tema

I.1. Los primeros contactos con un colega y amigo entrañable

a) Sin duda, para los amigos y colegas de Carlos María Romeo Casabona, la noticia de su inesperado fallecimiento nos dejó muy apesadumbrados; y seguramente la pesadumbre fue de mayor intensidad para los organizadores de este Libro-Homenaje, porque no pudo ser presentado en vida del homenajeado, ya que adelantó su fecha de partida. Para quienes lo conocimos desde hace alrededor de 50 años, cuando él llegó a la Universidad de Bonn, Alemania, para acrecentar sus conocimientos en la materia penal, al igual que yo, él ya padecía este problema renal y estaba muy consciente de que un desenlace así en cualquier momento podría suceder, pues realmente él había

* Profesor de Derecho penal y Política criminal; Director del Centro de Estudios de Política Criminal y Ciencias Penales, A.C. (CEPOLCRIM) y miembro de número de la Academia Mexicana de Ciencias Penales (AMCP).

logrado prolongar su vida por más de 50 años, gracias a su deseo de vivir y de servir a la comunidad a través de sus aportaciones académicas.

b) Yo conocí a Carlos María allá por el año de 1973, cuando ambos habíamos llegado a la Universidad de Bonn, y desde entonces conocí de su problema de salud, e incluso vi que el tratamiento que recibía en hospitales españoles lo pudo recibir en hospitales alemanes, y así veía que cada determinado tiempo acudía a su tratamiento, sin que ello fuese obstáculo para seguirse preparando. Varios años más tarde, tuve la oportunidad de ser invitado por Carlos María para participar en un Congreso organizado por él en la Universidad de la Laguna en 1992[1], donde tuve la agradable sorpresa de verlo bastante repuesto, con un semblante muy distinto al de Bonn y con una gran energía para trabajar.

I.2. **Los primeros contactos con las cuestiones teóricas y prácticas en la enseñanza y el aprendizaje del Derecho Penal**

a) A principios de la década de los 70 del siglo XX, cuando Carlos María Romeo Casabona y yo, entre otros colegas de habla hispana, nos encontrábamos haciendo estudios de posgrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Bonn, en los Institutos de Derecho Penal y de Filosofía del Derecho, dirigidos por los profesores Armin Kaufmann y Hans Welzel, respectivamente, me di cuenta que aún estaban en boga las grandes discusiones entre la corriente de pensamiento teórico conocida como *causalismo* de Liszt / Beling / Mezger / Baumann y otros, y la del *finalismo* de Welzel / Maurach / Jescheck / Kaufmann, entre otros, en torno a sus fundamentos filosófico-políticos y metodológicos, así como sobre sus implicaciones teórico-prácticas, que para mí eran casi totalmente desconocidos. No obstante, se afirmaba que para ese entonces la gran mayoría de los penalistas alemanes se mostraba partidario del «concepto final de acción» o, en otros términos, ya casi nadie —o muy pocos— era seguidor de un «concepto causal de acción» como base de la estructura del concepto general del delito, con independencia de si aceptaba o no las consecuencias teórico-prácticas de dicho concepto en la estructura del delito. Es decir, se había impuesto el sistema de análisis del delito elaborado por Welzel, a pesar de la presencia de puntos críticos que tenían que ver con el tratamiento de los delitos de *omisión* y los delitos *culposos*[2].

b) Para mi —tal vez no tanto para Romeo Casabona y para otros penalistas jóvenes de países europeos— resultaba muy interesante observar en los libros de derecho penal y en las revistas especializadas en materia penal y procesal penal, así como en las clases de derecho penal, la estrecha relación entre el desarrollo de la dogmática jurídico-penal

[1] Se trató del «XXII Coloquio de Derecho Europeo», que abordó el tema *Responsabilidad penal y Responsabilidad Civil de los Profesionales*, realizado del 17 al 19 de noviembre de 1992 en La Laguna, organizado por el Centro de Estudios Criminológicos de la Universidad de La Laguna, Tenerife, España.

[2] Véase sobre esto mi tesis doctoral *Der finale Handlungsbegriff und das mexikanische Strafrecht, Universidad de Bonn*, Alemania Federal, 1977.

(teoría del delito) y la jurisprudencia en materia penal (decisiones judiciales), porque en el análisis de casos y problemas concretos aquella casi siempre hacía referencia a criterios jurisdiccionales, los que también se convertían en objeto de análisis. Pero, igualmente se podía observar que en el desarrollo de criterios jurisprudenciales casi siempre se hacía referencia a las aportaciones de la teoría del delito para el tratamiento del tema o problema objeto del análisis. Es decir, había una estrecha relación entre teoría y práctica, entre las aportaciones de la dogmática jurídico-penal y las decisiones judiciales. Lo que indicaba que la dogmática jurídico-penal por lo general no se cultivaba sólo como *l'art pour l'art*, sin importar sus implicaciones prácticas o sin atender los problemas que suceden en la realidad, sino que se trataba de elaboraciones teóricas que aportaban criterios de interpretación de la ley penal para lograr una aplicación más racional de la misma por parte de los juzgadores en la solución de problemas concretos.

Por otra parte, a los criterios jurisprudenciales también les importaba contar con un sustento teórico adecuado y, por ello, se apoyaban en las elaboraciones sistemáticas de la teoría del delito (o dogmática jurídico-penal). Por supuesto que, al haber diversas construcciones teóricas, el aplicador de la ley debe elegir entre ellas la que más puede acercarse a sus intereses; pero, igualmente debe tomar en cuenta su fundamento y orientación, así como sus implicaciones.

c) Años más tarde aparecieron las obras de Roxin y Jakobs, que empezaron a cuestionar nada menos que al sistema finalista de Welzel, sobre todo por lo que hace a sus fundamentos de carácter *ontológico*, afirmando que por ello se separaban de su pensamiento; es decir, rechazaron el *ontologismo* e hicieron valer en su lugar el *normativosmo* como fundamento de la dogmática jurídico-penal y de la política criminal; el primero —según *communis opinio*— de manera moderada y el segundo de forma radical. Con ello, se inició una nueva etapa de discusión en el desarrollo de la dogmática jurídico penal, sobre todo de la teoría del delito, que ha continuado hasta principios del siglo XXI.

Importa destacar aquí que, cuando apareció la obra de Roxin sobre *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem* (1971) y que fue traducido al español por Fco. Muñoz Conde, éste afirmó que Roxin había sido el primero que había expuesto con bastante claridad no sólo la necesidad de orientar la dogmática penal a la política criminal —esto es, de que las construcciones sistemáticas deben cumplir una determinada función para los efectos político-criminales, dados los fines que se le atribuyen al principal objeto de estudio de la dogmática jurídico-penal—, sino que ha llevado dicho pensamiento a su más amplio desarrollo —sin desconocer por supuesto la parte que le corresponde a Jakobs—, retomando para ello el *método teleológico* de los neokantianos[3]. Desde entonces se había

[3] *Cfr.* SCHÜNEMANN, B. *Introducción al razonamiento sistemático en Derecho penal*, Tecnos, Madrid, 1991, pp. 63 y ss.; véase, también, SILVA SÁNCHEZ, J. M., ob. cit., loc. *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales* cit., pp. 95 y ss.

hecho común esta afirmación; pero, igualmente surgió la interrogante de si la dogmática jurídico penal *preroxiniana* realmente prescindió de las consideraciones político-criminales, o bien si los planteamientos de que partió no fueron lo suficientemente adecuados para hacer realidad los fines político-criminales que se le atribuyen al Derecho penal. Esta cuestión ha sido objeto de posteriores discusiones y de ciertas precisiones.

II. La vinculación entre dogmática jurídico-penal y política criminal

II.1. Algunos antecedentes de su planteamiento en México

a) Fue a raíz de la lectura de la citada obra de ROXIN y los comentarios que en la introducción a la traducción española hizo MUÑOZ CONDE sobre ella, que este tema ha sido de mi interés. Por ello, me he ocupado de esta cuestión desde mi trabajo de ingreso a la Academia Mexicana de Ciencias Penales en 1992, que se tituló «*Sobre el estado actual de la dogmática jurídico-penal en México. Hacia una vinculación entre dogmática penal y política criminal*», en el que se hicieron varias de las afirmaciones que aquí se retoman[4]. Volví a abordar este tema en el libro «*Política criminal y Reforma penal. Algunas bases para su democratización en México*» (1999) y luego en un artículo para el Libro-Homenaje al Prof. Claus Roxin, que se tituló *Über die Verknüpfungen von Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik* (2001)[5]; asimismo, en una ponencia titulada *Ontologismo o normativismo como base de la dogmática penal y la política criminal*, que presenté en el Congreso Internacional celebrado en Madrid sobre «Modernas Tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología» (2001)[6]; después en un artículo para el Libro-Homenaje al Prof. Hans Welzel con motivo del 100 aniversario de su natalicio (1904-2004), con el título «El Ontologismo de Welzel como fundamento de la dogmática penal y la política criminal» (2005)[7], así como «El finalismo y sus implicaciones en la dogmática penal y la política criminal» (2002)[8]; entre otros.

b) La mayoría de estos trabajos se concentra ahora en mi libro *Dogmática jurídico-penal y Política criminal*[9] (2018) y en algunos otros artículos posteriores, como el que

[4] *Cfr.* Revista Criminalia, Año LVIII, Núm. 3, sept.-dic., 1992.

[5] *En Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, Walter de Gruyter, Berlin-New York, pp. 69-91.

[6] Facultad de Derecho de la UNED, Madrid, 2001.

[7] En Moreno, M., Struensee, E., Cerezo Mir, J., Y Schöne, W. (coords.), *Problemas capitales del moderno derecho penal. Lo permanente y lo transitorio del pensamiento de Hans Welzel en la política criminal y dogmática penal del siglo xxi.* Ed. Jus Poenale, CEPOLCRIM, México, 2005, pp. 187 y ss.

[8] En Joachim Hirsch, H., Cerezo Mir, J., Y Donna, E. A. (dirs.), Welzel, H., en el pensamiento penal de la modernidad, Homenaje en el centenario del nacimiento de Hans Welzel. Rubinzal – Culzoni Eds., Buenos Aires, 2005, pp.

[9] Moreno Hernández, M., *Dogmática penal y Política criminal*, Ed. Ibáñez y Ubijus, Colombia y México, 2018.

se presentó en el Seminario Internacional «*Abuso y límites del poder penal en Estados democráticos de derecho*»[10], en donde se afirmó que «en los tiempos actuales ya no es admisible que a la dogmática jurídico-penal se la cultive sólo como *l'art pour l'art*, esto es, como «la dogmática por la dogmática» sin importar sus implicaciones prácticas, sino como una disciplina que también se transforma por la exigencia de los propios cambios que su objeto de estudio (el derecho penal) va experimentando, los cuales a su vez van respondiendo a las transformaciones de su objeto de regulación (las conductas delictivas).[11] Por ello, la dogmática jurídico-penal debe siempre procurar conectarse con la realidad, dentro de la cual se encuentra y desenvuelve su propio objeto de consideración (derecho penal) y buscar incidir, a través de sus aportaciones sistemáticas, tanto en la solución de los problemas concretos, para los que el derecho penal está llamado a atender, como en el diseño y desarrollo del propio derecho penal, para que éste se ajuste a las exigencias o directrices del Estado democrático de derecho.

II.2. **El porqué de la estrecha vinculación**

a) Desde aquel entonces (1992), planteaba yo la necesidad de una estrecha vinculación entre dogmática jurídico-penal y política criminal[12], concretamente en el ámbito mexicano, donde el desarrollo de estos temas era muy escaso y no siempre con conocimiento de la función que a cada una corresponde[13]; de ahí que con frecuencia se afirmara que la teoría en nada ayuda a los prácticos, o éstos no necesitan nada de aquélla. Por ello, esta necesidad implica darle mayor sentido a las construcciones teóricas y que las decisiones político-criminales se apoyen siempre sobre bases teóricas sólidas para

[10] En este Seminario también participaron los profesores Schünemann, B., Luzón Peña, D. M., Bacigalupo, E., y Ontiveros Alonso, M., en la mesa sobre «La dogmática jurídico penal como mecanismo de contención del poder penal», que ahora aparece en la obra *Abuso y límites del poder penal en Estados democráticos de derecho*, Ed. Tirant lo Blanch, México, 2024, coordinada por Moreno Hernández, M.

[11] En efecto, si las medidas político-criminales se ven impactadas por los cambios que va experimentando el delito, así como por el proceso de internacionalización del delito y del Derecho penal, ello trae igualmente repercusiones importantes en el ámbito de la *dogmática jurídico penal*; no se puede soslayar que la dogmática penal se vea también obligada a transformarse si su objeto de estudio se transforma, o se vea obligada a reaccionar si el cambio del derecho penal sigue una orientación opuesta a las exigencias democráticas de Estados de derecho, adoptando una actitud crítica frente a ello; pero, también puede suceder que los tradicionales criterios dogmáticos tengan que ser revisados para ver qué tanto están en condiciones de seguir siendo la base teórica de la política penal.

[12] Véase Moreno Hernández, M., «Sobre el estado actual de la dogmática jurídico penal en México. Hacia una vinculación entre dogmática penal y política criminal», en *Criminalia*, Año LVIII, núm. 3, Sept.-Dic., México, 1992.

[13] Salvo ciertas excepciones; por ejemplo, ya desde 1954 Celestino Porte Petit había publicado en México un trabajo sobre la *Importancia de la Dogmática jurídico penal*, que implicaba un conocimiento amplio del desarrollo teórico hasta entonces y la función que tenía la dogmática jurídico penal.

responder a sus objetivos. En México, desde hace mucho tiempo se había cuestionado que entre teoría y práctica ha habido una gran separación; que la práctica, ya sea la que tiene que ver con el proceso de creación de las leyes penales o la relativa al proceso de aplicación de las leyes penales para la solución de los casos concretos, siempre había desdeñado las aportaciones de la teoría del derecho penal; mientras que la actividad de los teóricos del derecho penal era vista como algo que no se ocupa mayormente de los problemas concretos, sino más bien como el hacer solo teoría por la teoría, esto es, como «el arte por el arte», sin importar sus implicaciones prácticas, salvo raras excepciones.

Aun cuando la relación entre la teoría del derecho penal y la aplicación práctica de la ley penal en el sistema procesal penal tradicional era muy escasa —y ni qué decir con relación al proceso de creación de la ley penal—, lo cierto es que cuando en México surge la reforma constitucional (2008) y se precisan las bases del nuevo sistema procesal penal acusatorio y oral, aparecieron algunas voces —al interior del propio ámbito académico— que anunciaban que ahora la dogmática jurídico penal no tendría ya nada qué hacer en la práctica procesal penal porque los juicios serán orales y no se requerirá nada de teoría para argumentar —como si antes esto hubiese sido una práctica común—. Es evidente que estas afirmaciones no se basan en un conocimiento claro sobre cuál es la función que a la dogmática jurídico penal le corresponde desarrollar para orientar las decisiones político-criminales y cuál es la tarea de quienes practican la ley penal a los casos concretos como jueces para lograr una aplicación racional de la ley penal y que la administración de justicia sea igualitaria y justa, esto es, para que se alcancen los fines de la justicia material[14]. Por ello, habrá que insistir en la necesidad de establecer esa estrecha relación que debe existir entre las aportaciones de la dogmática jurídico penal (teoría del delito) y las decisiones político criminales de los jueces —así como del legislador penal—; pero, también habrá que explicar —por parte de los teóricos del derecho penal— cómo debe darse esa vinculación, cuáles son los tipos de construcciones teóricas y los tipos de decisiones político criminales que pueden darse, para que el juzgador —o el legislador— adopte el criterio teórico sirva de base para una decisión que se ajuste a las exigencias del sistema penal de un Estado democrático de derecho.

b) Por otra parte, como se destacaba hace ya más de 30 años y según lo dicho en el párrafo anterior, cuando hablamos de una vinculación entre la política criminal y la dogmática jurídico penal estamos haciendo referencia a una política criminal y a un derecho penal que responden a las exigencias de un *Estado democrático de derecho*; por lo tanto, de una política criminal imbricada de una determinada ideología, de una

[14] Véase Moreno Hernández, M., conf.: «Función e importancia de la dogmática penal en el proceso penal acusatorio», en las *Conferencias Internacionales. Procuración de Justicia: Retos y Perspectivas*, organizadas por el Gobierno del Estado de Guanajuato a través de la Procuraduría General de Justicia del Estado, noviembre de 2010.

concepción filosófica y de una orientación política en torno al hombre[15], al Estado[16], al Derecho penal[17] y a las funciones y fines que a éste corresponde, y que es ampliamente respetuosa de los derechos humanos. Lo anterior quiere decir que la Política criminal debe ajustarse a los lineamientos o directrices marcados tanto por la Constitución Política de ese tipo de Estado, como por los instrumentos internacionales que en esta materia han sido hasta ahora aprobados por los Estados del mundo[18].

Lo anterior implica reconocer que, así como hay políticas criminales de *corte democrático*, igualmente existen políticas criminales de corte *autoritario*, que se apartan de las exigencias democráticas de Estados de derecho; son aquellas que permiten un ejercicio sin límites del poder penal, en todos o en algunos de sus sectores, en donde los derechos humanos no constituyen una prioridad y los principios en que se sustentan son muy distintos. De la misma manera, se pueden distinguir construcciones dogmáticas que respondan a exigencias democráticas o a tendencias autoritarias, igualmente según sus fundamentos y sus alcances.

II.3. **La cuestión ideológica en la política criminal y la dogmática jurídico penal y su importancia en el proceso de vinculación**

a) Lo señalado en el párrafo anterior obedece a que tanto la Dogmática jurídico-penal como la Política criminal de carácter penal, por la función que les corresponde, no pueden ser ideológicamente neutras, sino que por lo general siempre están ligadas a cierta *ideología*, que sirve de fondo a los diversos conceptos y criterios que se manejan en cada una de ellas; de ahí que entre una y otra puede haber coincidencias o divergencias, o incluso contradicciones, a la hora de quererse vincular. En efecto, por lo que hace a la Política criminal —que no es sino expresión del ejercicio del poder estatal— es innegable que detrás de ella hay una concepción filosófico-política que le da sustento y determina sus alcances o límites. Por ello, se distingue entre políticas criminales propias de *Estados democráticos de derecho*, que se basan en principios fundamentales que tienen la función de fijarle límites a la potestad punitiva del Estado y proteger derechos humanos, y políticas criminales que responden más a exigencias *autoritarias*, que son

[15] Que reconoce a éste como *persona*, como *fin en sí mismo* y como un ser *capaz* y *libre*.

[16] Que es el Estado de Derecho, que se sustenta en una serie de principios fundamentales que tienen la función de establecer límites a su poder.

[17] Un derecho penal de corte liberal y democrático, que igualmente se sustenta en principios fundamentales que son característicos de Estados democráticos de derecho.

[18] Como la *Convención Internacional de los Derechos Civiles y Políticos* y la *Convención Americana de Derechos Humanos* (o Pacto de San José), que establecen ciertos principios fundamentales en los cuales debe sustentarse el derecho penal y el sistema de justicia penal propios de Estados democráticos de derecho.

aquellas que no tienen como prioridad la protección de derechos humanos y, por ello, tampoco reconocen mayores límites al ejercicio de su poder penal[19].

En cambio, con relación a la Dogmática jurídico-penal, que tendría el propósito de darle sustento teórico a alguno de esos tipos de política criminal y de derecho penal, no parece ser muy común hablar de ideología con relación a ella, pues incluso hay quienes opinan que ella es «ideológicamente neutra». Sin embargo, como lo muestra su propio desarrollo histórico, detrás de las construcciones teóricas de los dogmáticos penalistas ha sido claramente distinguible la orientación filosófico-política que ellos han seguido; así, por ejemplo, Franz von Liszt —de los iniciadores de la moderna dogmática jurídico-penal— partió de las bases del «positivismo jurídico» y del «positivismo naturalista» para la construcción de sus conceptos en torno a la estructura del concepto general del delito, y de ahí los rasgos característicos de su teoría del delito. Lo propio sucedió con los teóricos penalistas posteriores, como los del sistema teleológico o neoclásico[20] y del sistema finalista de Welzel, así como con las construcciones de Roxin y de Jakobs; y cada una de tales elaboraciones teóricas puede ser compatible con una política criminal de *corte democrático* o de *corte autoritario*. La dogmática jurídico-penal, entonces, como producto humano que es y cuyo principal objeto de estudio es el derecho penal, está necesariamente impregnada de ideología, que no necesariamente es coincidente con la de su objeto de estudio, el cual es antes que nada expresión político-criminal. De ahí que, cuando se habla de distintas construcciones sistemáticas y de distintas orientaciones dogmáticas, se habla tanto de la dogmática jurídico penal como de los dogmáticos, pues aquélla refleja el —o es producto del— pensamiento teórico de éstos.

b) Ahora bien, si se admite que la Dogmática jurídico-penal tiene, entre otras, la *función* de proporcionar bases teóricas para una Política criminal que responde a una determinada concepción ideológica —p.ej., la de un Estado democrático de derecho— y, además, que dicha política sea funcional con relación a sus objetivos, ella misma debe ser sensible a la ideología de ésta, ya sea para receptarla e impulsarla o para rechazarla o reorientarla. Del análisis que la dogmática jurídico-penal haga de la orientación de aquélla, podrá determinar la caracterización de la decisión o medida político criminal, como sería por ejemplo la legislación penal material o la resolución judicial[21]. Si la dogmática jurídico penal tiene la pretensión de orientar a la política criminal en materia

[19] La anterior distinción se puede determinar, por ejemplo, por el tipo de medidas político-criminales que se establecen en la legislación penal o procesal penal y la limitada o extensa discrecionalidad que se otorga a quienes las aplican.

[20] Cuya caracterización obedece precisamente por su vinculación con el pensamiento neokantiano de la *filosofía de los valores.*

[21] Lo anterior implica que el teórico del derecho penal debe contar con un conocimiento amplio de las cuestiones filosóficas y de las cuestiones políticas; pues no puede ser que la sensibilidad se rija simplemente por el sentido común o el estado de ánimo.

de legislación penal o de jurisprudencia en materia penal, tiene que procurar incidir en quienes toman las decisiones políticas —el legislador o el juzgador—, quienes a su vez podrán aceptarla o rechazarla, dependiendo de si encuentran cierta coincidencia o no respecto de las ideologías que existen detrás de cada una de tales decisiones políticas, o de la fuerza de convencimiento que tengan las aportaciones teóricas o del rol que asuman los teóricos penalistas frente a los que toman las decisiones. Es decir, quienes toman las decisiones en materia de política criminal no están obligados a tomar como base una determinada construcción teórica que proporciona la dogmática jurídico penal, como es evidente que así sucede en la realidad mexicana, en la que tanto los políticos como los prácticos del derecho penal rara vez toman en cuenta las aportaciones teóricas en sus tomas de decisiones. Sin embargo, ellos están obligados a ajustar sus decisiones políticas a las directrices constitucionales y a las contenidas en instrumentos internacionales sobre la materia, que exigen responder a parámetros propios de Estados democráticos de derecho; y es precisamente en este ajuste donde resulta deseable que tomen en cuenta las aportaciones teóricas que les pueden auxiliar a interpretar los contenidos y alcances de la ley penal. Pero, cuando lo hagan, es también recomendable que opten por las aportaciones que estén más acordes con el pensamiento político-criminal cuyos criterios y principios se corresponden con los propios de un Estado democrático de derecho, que sean respetuosos y garantizadores de derechos humanos; pues, como se dijo, también existen sugerencias teóricas que sirven para orientar una decisión político-criminal de corte autoritario.

c) Esta cuestión que se viene considerando, relativa a la *ideología* en la dogmática jurídico-penal, tampoco ha encontrado consenso según pudimos constatar desde nuestra estancia en la Universidad de Bonn hace ya 50 años. Por ello, desde mis primeros escritos sobre el tema me he permitido sostener que la dogmática jurídico-penal no podía estar exenta de ideología por razón de la propia naturaleza de su función. Si su punto de referencia y objeto de estudio es la ley penal (positiva y vigente), y en torno a ella se construye y desarrolla, desentrañando y sistematizando su contenido, en esa búsqueda del real sentido de la ley puede descubrir imprecisiones o incluso contradicciones de criterios político-criminales, o la presencia de criterios que se contraponen a la ideología constitucional y que, por ende, permiten violaciones a los derechos humanos por los excesos en el ejercicio del poder penal; en cuyo caso deben hacerlo notar y proponer alternativas. Todo ello plantea que esta disciplina no puede ser *neutral* ideológicamente hablando, sino que necesariamente lleva consigo en su desarrollo una determinada concepción, de sí misma y de su función, así como de las cuestiones en torno a las cuales se desenvuelve; pues, es a partir de ella que puede enfocar su objeto de estudio y establecer la orientación (filosófica y política) que prevalece en cada uno de los aspectos de dicho objeto de estudio.

En efecto, si todo el derecho penal está impregnado de valoraciones, su propia naturaleza axiológica determina que el método para analizarlo no puede estar desprovisto de consideraciones valorativas y de idealismo. Lo anterior quiere decir que no es

el método el que determina las características del objeto de estudio, sino al revés, las características del objeto de estudio —el derecho penal— es el que determina el tipo de método a seguir para su análisis. Por ello, existen diversos puntos de vista teóricos con relación a los contenidos de la ley: el de quienes resaltan sus bondades y el de quienes los critican; el de quienes no ven la necesidad de cambio alguno de la ley, y el de quienes señalan sus defectos y los cambios que debe experimentar para responder a un determinado criterio político-criminal. De esa manera es como se construyen, también, los contenidos y los alcances de los diversos conceptos y categorías sobre la estructura del concepto general del delito derivados de la ley penal; y con base en ello es que se realiza la construcción teórica o desarrollo sistemático; estos, entonces, no pueden hacerse matemáticamente o a través de métodos o criterios estrictamente naturalísticos, sino a base de criterios valorativos.

d) Ahora bien, de la misma manera que se exige que la política criminal sea coherente en su integralidad, es decir, que toda ella se fundamente en principios y criterios uniformes, también se exige que la dogmática jurídico penal sea coherente, ideológicamente hablando, tanto por lo que hace a su fundamento como también en cuanto al desarrollo de sus construcciones sistemáticas y de sus implicaciones. Una construcción teórica coherente podrá compaginarse mejor con una, también, coherente política criminal. De todos modos, será tarea de la dogmática jurídico penal la de señalar las imprecisiones o contradicciones que se den en el conjunto político criminal, pero particularmente en el sector de la legislación penal; y, con base en ello, estar en posibilidades de proponer cambios a la ley para lograr la coherencia. Si la dogmática jurídico penal asume ese rol de proponer alternativas a la legislación penal, podrá entonces ser también impulsor de una política penal legislativa coherente y funcional.

La legislación penal sustantiva que se renueva y busca el ideal político criminal, atendiendo a criterios proporcionados por la dogmática jurídico penal —y por la teoría moderna de la política criminal, entre otras disciplinas—, adecuados para ello, puede ser motivo para que la dogmática penal también se reactive y renueve. En otros términos, si la dogmática jurídico penal mexicana es determinante para que las decisiones político criminales del legislador penal se adopten de manera adecuada y la legislación penal se transforme según exigencias de un sistema penal propio del Estado democrático de derecho, ella habrá cumplido de manera correcta su rol. Y la política penal legislativa puede también motivar que la dogmática jurídico penal se siga desarrollando en un determinado sentido; con lo que, resultaría innegable la «retroalimentación».

II.4. **Momentos político-criminales en que puede darse la aportación dogmática jurídico-penal**

a) Cuando se habla de la *función* de la Dogmática jurídico penal es común leer en los escritos de derecho penal, que ella consiste en posibilitar una aplicación racional y uniforme de la ley penal, que ayudará esencialmente a garantizar la seguridad jurídica

y a procurar una administración de justicia igualitaria y justa, como decía Welzel[22]. Si tomamos literalmente esta expresión, podría parecer que la función de la dogmática jurídico penal solamente tiene que ver con la aplicación concreta de la ley penal, que es la función que corresponde atender al juzgador; si bien es lo que más se destaca. Sin embargo, la dogmática jurídico penal puede aportar criterios teóricos para posibilitar una adecuada toma de decisiones político-criminales, tanto en lo que concierne a la *aplicación concreta de la ley penal*, esto es, durante el desarrollo del proceso penal, como también en lo que se refiere a su *proceso de creación*, es decir, durante el desarrollo del proceso legislativo.

Lo anterior quiere decir que la aportación de la dogmática jurídico penal puede darse desde el *proceso de creación de las leyes penales*, incidiendo en las decisiones políticas que corresponde tomar al legislador, tanto en la fijación del bien jurídico que se trata de proteger y del objeto de regulación de las normas penales como de su descripción en los tipos penales y la determinación de las punibilidades, entre otras cuestiones que tienen que ver con los presupuestos necesarios para la imposición de una pena. En este caso, las bases teóricas que se aporten deben ser acordes a la ideología de corte democrático del sistema penal del Estado de derecho, para que la decisión político-criminal del legislador penal sea también tomada de manera coherente, para que la ley penal que dé origen se ajuste a la ideología propuesta por la dogmática jurídico penal, que implicará la observancia de ciertos principios fundamentales que le darán certeza jurídica tanto a su estructura como a su contenido y alcances. Pero, para ello, la construcción teórica que tenga la pretensión de orientar la decisión del legislador debe tener la fuerza suficiente para mover la voluntad de aquél, quien por lo general se muestra reticente a toda aportación teórica y, por ello, sus decisiones no son las más acertadas por lo que hace al sentido y límites de la ley penal. Muestra de esto último son varias de las reformas a la legislación penal y procesal penal que se han generado en los últimos años en México, que no se mantienen dentro de los límites de corte democrático,[23] precisamente por desdeñar las aportaciones de la teoría, o porque ha optado por un criterio teórico equivocado, opuesto a las exigencias democráticas.

b) La Dogmática jurídico-penal puede también fungir como un instrumento de proposiciones y de cambios, esto es, de transformación de su propio objeto de estudio que es el Derecho penal, en la medida en que lo analiza críticamente y determina sus inconsistencias político-criminales. De esta manera se puede establecer un proceso de retroalimentación entre la Dogmática jurídico-penal y la Política penal, ya que puede hacerse posible la existencia entre ellas de «vasos comunicantes», con mayor o menor

[22] Welzel, H., *Das deutsche Strafrecht*, 11.ª ed., 1969, p. 1.

[23] Es lo que ha sucedido, por ejemplo, con relación a la reforma legislativa penal en materia de delitos a los que se aplica *prisión preventiva oficiosa*.

fluidez, dependiendo de su cercanía. Pues, como dice Roxin, ambas esferas tienen que compaginarse en una síntesis[24]. Así, por ejemplo, si en las decisiones políticas del legislador éste adopta criterios racionales proporcionados por la dogmática jurídico penal, por lo que hace a los contenidos de los tipos penales o de las punibilidades, que son los criterios más adecuados político-criminalmente hablando desde la perspectiva de la Constitución, y los plasma en la legislación penal, se podrá observar la vinculación entre una y otra. Pero, para que esta sea fructífera, el legislador debe estar consciente de la gran importancia de su decisión y convencido de haber optado por la mejor y más consistente construcción dogmática para sustentarla, cuya subyacente base ideológica se compagina con la que debe regir su decisión política; la que, en un Estado de derecho y democrático, no debe ser otra que la que ofrece mayor seguridad jurídica y que, a su vez, se corresponde con la ideología de la Constitución.

c) No es, pues, tarea sencilla ni exenta de responsabilidad la del legislador penal (material o formal, pero sobre todo de este último), sino que su decisión es de una enorme trascendencia, ya que de ella depende la libertad, o incluso la vida, o el patrimonio de las personas, así como cuáles son los requisitos mínimos que una conducta debe reunir para que la persona pueda responder penalmente y cuáles son las sanciones a que se hará acreedora. De la decisión del legislador depende, también, si se reconocen legislativamente derechos y garantías procesales de la persona (victimaria o víctima), y en qué medida; en fin, de la decisión del legislador depende si el derecho penal y toda la legislación que sirve de sustento normativo al sistema de justicia penal responden a exigencias democráticas o de corte autoritario. Por esa razón, de ninguna manera puede ser aceptable que el legislador desconozca la trascendencia de su función y que la quiera reducir a una deplorable actividad consistente en solo levantar la mano para aprobar o rechazar una nueva ley penal o la reforma a una ley existente, sin siquiera conocerla, sólo porque la propuesta legislativa proviene del poder ejecutivo o de la oposición a su partido político. Por el contrario, el legislador, además de conocer su función constitucional, debe tener conocimiento de la materia que trata una ley o su reforma; y debe analizarla con profundidad para conocer tanto los objetivos y alcances de la propuesta como su orientación político-criminal y qué tanto ella responde a los requerimientos nacionales en materia de justicia penal. Asimismo, él debe estar en condiciones de proponer modificaciones a las propuestas, así como también proponer él mismo proyectos de nuevas leyes penales o de reformas a las existentes que sean necesarios para transformar positivamente el sistema penal.

d) En cambio, si la intervención de la dogmática jurídico-penal se da en el *proceso de aplicación concreta de la ley penal*, que tiene que ver con la actuación que corresponde al juzgador, para desentrañar el contenido de la ley penal y explicar su sentido y sus

[24] Roxin, C., *Kriminalpolitik*…, p. 10.

alcances, entonces ella tiene la función de ofrecer al juzgador criterios de interpretación de la ley penal para posibilitar una aplicación racional de la misma y ofrecer seguridad jurídica en sus resoluciones. Para ello, la dogmática jurídico penal procurará en primer lugar determinar si la ideología u orientación político-criminal de la ley penal es o no acorde a la que anima la Constitución e instrumentos internacionales sobre la materia de que se trate; asimismo, explicar los objetivos y alcances de la misma, y si ella tiene o no lagunas o contradicciones, entre otras cuestiones. En esta fase de aplicación de la ley penal también se requiere que el juzgador adopte el mejor criterio teórico de interpretación, que permita que la solución del problema proporcione seguridad jurídica a las partes en conflicto y responda a las exigencias de una administración de justicia igualitaria y justa; sólo así podrá decirse que la idea seguida por el juzgador se corresponde con la que tuvo en mente el legislador al dar origen a la ley y que seguramente quedó plasmada en ésta.

Lo anterior se resalta aquí, porque con frecuencia se observa que el juzgador sigue un criterio distinto al del legislador, al que éste quiso plasmar en la ley penal o al que quedó plasmado en ella, que puede ser distinto a aquél; y aunque el juzgador debe partir del criterio político-criminal que está plasmado en la ley y analizarlo desde la perspectiva de la Constitución y de instrumentos internacionales sobre la materia, de todos modos se requiere para ello una adecuada interpretación de la ley basada en las más consistentes aportaciones de la teoría. Si ello sucede así, podrá admitirse que la dogmática jurídico penal ha cumplido su función de incidir en la decisión de quien aplica la ley a los casos concretos, y sólo así puede afirmarse, también, que la decisión político criminal del juzgador ha tomado en cuenta las aportaciones de la dogmática jurídico penal. Y, en la medida en que las decisiones judiciales van conformando jurisprudencia y ésta, a su vez, es objeto de consideración de las elaboraciones teóricas, se puede igualmente afirmar la retroalimentación que existe entre ellas y, de esa manera, ambas habrán adquirido mayor sentido.

II.5. **Necesidad de adoptar la aportación teórica más correcta por la toma de decisiones políticas**

a) Como se ha destacado ya en puntos anteriores, otro aspecto que también ha merecido atención, siguiendo la experiencia de la dogmática jurídico penal y la política criminal alemanas y pensando que ello también sucede o puede suceder en el ámbito mexicano, es que, tanto en el proceso de creación de las leyes penales como en el de su aplicación concreta, puede darse la situación de que la postura teórica adoptada por el legislador o el juzgador —tal vez consciente o no de ello— para apoyar sus decisiones políticas sea opuesta a las directrices que sobre la materia contiene la Constitución o los instrumentos internacionales y, por ende, que ello puede determinar la generación de contenidos de la ley penal o de la resolución judicial que sean igualmente opuestos a las exigencias de sistemas penales de Estados democráticos de derecho, que puede

permitir un ejercicio sin límites del poder penal estatal y vulnerar derechos humanos. Si bien, para esos casos, la propia Constitución prevé mecanismos de control y medios de impugnación sobre la inconstitucionalidad de la ley penal o de la resolución judicial, que implicaría que se rechace tanto una como otra y que se modifique el criterio teórico que sirvió de base y se modifique también la decisión política, lo deseable es que tanto en el proceso de generación de las leyes penales como en el de su aplicación concreta se observen los lineamientos constitucionales propios de sistemas penales de corte liberal y democrático y, además, se recomienda que el tomador de decisiones políticas —legislador o juzgador— se oriente por los criterios teóricos que responden a la misma ideología constitucional.

b) Lo anterior, según se ha dicho, permite distinguir diferentes tipos de construcciones sistemáticas, atendiendo a sus diferentes fundamentos y métodos y a sus diversos conceptos e implicaciones teórico-prácticas, pues no todas llevan a las mismas consecuencias político-penales, como lo muestra el desarrollo de la dogmática jurídico penal en Alemania desde Franz von Liszt (1881) hasta nuestros días. De la misma manera, se distinguen diferentes tipos de política criminal, que igualmente dependen de las distintas bases filosófico-políticas en que se sustentan, de los principios fundamentales que los orientan, de los alcances del poder penal y del respeto (o no) de los derechos humanos. Por ello, cuando se habla de la vinculación que debe existir entre política criminal y dogmática jurídico penal, y que entre ellas debe también haber mayor retroalimentación, habrá que precisar, por un lado, de qué tipo de política criminal se trata y, por el otro, ver el tipo de construcción teórica[25] que le puede servir de sustento.

Es, precisamente, ante esta necesidad de ajuste entre la decisión política y el aporte teórico que resulta deseable que se tomen en cuenta las aportaciones teóricas que puedan auxiliar a los juzgadores a interpretar coherentemente los contenidos y alcances de la ley penal. Pero, al hacerlo, es también recomendable que opten por las aportaciones que estén más acordes con el pensamiento político-criminal cuyos criterios y principios se corresponden con los propios de un Estado democrático de derecho, que sean respetuosos y garantizadores de derechos humanos, para que sus decisiones proporcionen seguridad jurídica y logren una administración de justicia igualitaria y justa; pues, como se dijo, también existen sugerencias teóricas que sirven para orientar una decisión político-criminal de corte autoritario.

c) En efecto, en contraposición a las elaboraciones teóricas que procuran fomentar decisiones político-criminales —del legislador o del juzgador— que respondan a exigencias de sistemas penales propios de Estados democráticos de derecho, se encuentran

[25] Aportada por la dogmática jurídico penal sobre alguno de los tantos problemas o cuestiones de que se ocupa la teoría del delito. Pero, habrá que reconocer que, además de la dogmática jurídico penal, también pueden aportar bases teóricas otras disciplinas que se ocupan del problema del delito, como sería, por ejemplo, la criminología o la sociología criminal, entre otras.

aquellas que tratan de impulsar, justificar o legitimar decisiones y medidas político-criminales de carácter penal que responden más a exigencias autoritarias o totalitarias, en las que los derechos humanos no constituyen una prioridad. Así, se pone como ejemplo de esta tendencia la construcción teórica de la conocida *Escuela de Kiel* en Alemania, que surgió en la década de los treinta a raíz del régimen nacionalsocialista y cuyos principales representantes, Dahm y Schaffstein, optaron por impulsar un *derecho penal autoritario* en lugar de un *derecho penal liberal*, planteando las bases sistemáticas para ese tipo de derecho penal.[26] Esta tendencia es totalmente opuesta a la que se sustenta en una ideología de corte «liberal» y «democrático», como la impulsada por el movimiento internacional que se inició en los países de Europa occidental a principios de la década de los cincuenta, después de los horrores de la segunda guerra mundial; dicho movimiento retomó los principios propios del derecho penal liberal de la segunda mitad del siglo XVIII y pugnó por una política criminal y un sistema penal ampliamente respetuosos de la persona humana y de sus derechos y que concibió a la persona como un fin en sí mismo, como un ser capaz y libre y que constituye el centro de atención de todo quehacer estatal. Es en esta concepción político-criminal donde se sostiene que el derecho penal y todo el sistema de justicia penal deben estar al servicio del hombre y no para servirse de él, y ese fue el criterio que, a partir de la segunda mitad del siglo XX, debía orientar la actuación del legislador y del juzgador en materia penal, como de alguna manera también sucedió en varios países de América Latina, incluyendo México.

d) Si bien ninguno de los extremos señalados se ha desarrollado de manera absoluta en los últimos tiempos, se observa más bien una situación pendular en cada uno de ellos, así como posturas intermedias, sobre todo en el ámbito de la política criminal; mientras que en el campo de la dogmática jurídico penal se encuentran posturas moderadas o radicales. Sin embargo, se puede afirmar que, en términos generales, la gran mayoría de teóricos penalistas y, por ende, de elaboraciones teóricas sobre el derecho penal —de antes y de ahora— ha tomado como punto de referencia y, además, ha defendido y defiende el *Derecho penal de corte liberal y democrático*, así como defiende las instituciones de sistemas penales propios de Estados democráticos de derecho. Por ello, podría concluirse ingenuamente que a estas alturas la mayoría de las decisiones político-criminales se sustentarían en bases teóricas proporcionadas por la Dogmática jurídico penal de ese mismo corte, que se ajustarían a exigencias democráticas. Pero, lo cierto es que las cosas no siempre suceden así; estamos aún muy distantes de ese ideal, de que se dé un mayor acercamiento entre la dogmática jurídico penal y la política criminal en materia penal para poder ver sus fructíferos rendimientos.

e) Por razón de la situación anteriormente señalada, quisiera concluir este apartado haciendo una sugerencia tanto para los teóricos del derecho penal como para los

[26] Véase DAHM, G. y SCHAFFSTEIN, F., ¿*Liberales oder autoritäres Strafrecht*?

tomadores de decisiones político-criminales —legisladores y juzgadores— del ámbito mexicano; que ambos procuren acercarse los unos a los otros, para darle mayor sentido a las construcciones teóricas de los primeros y para que los segundos procuren apoyar sus decisiones político-criminales en los aportes de los teóricos, dada la trascendente función que a sus respectivas actividades corresponde. Los teóricos deben estar conscientes de que sus construcciones sistemáticas sirven para algo, que buscan incidir en las decisiones políticas de quienes realizan la función legislativa, esto es, de quienes generan o reforman las leyes penales, o de quienes realizan la función de juzgar, es decir, de quienes aplican las leyes penales a los casos concretos para administrar justicia, y deben hacer algo para que ese objetivo se alcance. Por lo que, ellos tienen que hacerles ver la importancia de la función que para el ejercicio adecuado de su actividad puede jugar la dogmática jurídico penal, así como que deben contar con cierto conocimiento sobre los fundamentos, métodos y alcances de cada construcción teórica, para que el legislador o el juzgador pueda elegir la que mejor se ajuste a sus pretensiones político-criminales, de las que igualmente deben tener un amplio conocimiento sobre sus objetivos y límites, que también orientarán el cumplimiento de sus respectivas funciones y el ejercicio del poder penal que a ellos corresponde, procurando que sus decisiones se ajusten a las exigencias democráticas de sistemas penales propios de Estados de derecho. El tomador de decisiones, por su parte, también debería acudir a los teóricos para apoyarse de sus elaboraciones sistemáticas en el diseño de las leyes penales o de las resoluciones judiciales, para que de los contenidos de éstas se derive seguridad jurídica para los individuos; con lo que, igualmente, podrán responder de mejor manera a las exigencias democráticas de Estados de derecho.

II.6. **La dogmática jurídico-penal y los límites del poder penal en el desarrollo de la política criminal de carácter penal**

a) Uno de los fuertes reclamos que se hacen a la política criminal mexicana, es que sus medidas o estrategias sean realmente funcionales con relación a sus centrales objetivos, que es la *lucha* efectiva contra la delincuencia, dentro del marco que establecen la Constitución y los instrumentos internacionales sobre la materia, la cual puede lograr previniéndola o reprimiéndola, o a través de ambas medidas, prevención y represión. Entre las medidas de represión —que también puede lograr «efectos preventivos generales»— destaca precisamente el *derecho penal*, que es generado por el legislador y aplicado por el juzgador, y que tiene como función la «protección de bienes jurídicos» frente al delito. Es respecto de ese objetivo que habrá que analizar la «funcionalidad» de la medida político criminal, que es una medida represiva de carácter penal, y cuál es el rol que la dogmática jurídico-penal juega o puede jugar para que, en la consecución de ese objetivo, el ejercicio del poder penal se mantenga dentro de los límites propios del Estado de derecho. Esta debe ser una de las importantes funciones que la dogmática jurídico penal debe desempeñar en los tiempos actuales del siglo XXI frente al desem-

peño de la política criminal, en que constantemente se abusa del poder penal por parte de sus detentadores: la función de contener los abusos que se cometen en el ejercicio del poder penal, tanto en el proceso de creación como de aplicación del derecho penal.

Por razón de lo anterior, como se ha señalado en otras ocasiones, habrá que evitar que la finalidad de la dogmática jurídico-penal se vea distorsionada, y procurar que su rol fundamental se encamine a lograr que la política criminal y el derecho penal puedan diseñarse y desarrollarse dentro de los *límites* que impone el sistema penal de Estados democráticos de derecho; lo que, sin duda, implica la observancia de ciertos principios fundamentales y criterios que permitirán lograrlo, ya que tienen la función de fijarle límites al *ius puniendi* estatal. Pues, sólo si ese objetivo se alcanza en una medida razonable, podrá afirmarse que tanto la función que se le atribuye a la dogmática jurídico-penal como las discusiones teóricas que se dan sobre los temas centrales del derecho penal[27] serán fructíferas, sobre todo si a ello se vinculan los fines político-criminales que se atribuyen al derecho penal en sistemas penales de Estados democráticos de derecho. De ahí que, se sugiere confiar más en los resultados que se deducen de los conceptos sistemáticos superiores y en la utilidad práctica de tales categorías, pues sólo así las construcciones dogmáticas podrán alcanzar mayores rendimientos prácticos.

Por lo tanto, si estos objetivos se alcanzan de manera plausible, de mantener el ejercicio del poder penal dentro de *límites racionales*, no hay duda que en el futuro podría seguirse justificando —no sólo la función del derecho penal, sino también— la función de la dogmática jurídico-penal.[28]

b) c)Ahora bien, el hecho de que a la dogmática jurídico-penal se le atribuya la función de orientar las decisiones político-criminales y, por tanto, de influir en la determinación del tipo de política criminal y de derecho penal que debe regir en un determinado tipo de Estado, como sería el Estado democrático de derecho, ello no implica que la orientación filosófico-política en la medida penal se logre de manera automática, sino que se requiere de una labor de convencimiento, a través de escritos y otros medios, máxime que los que toman decisiones políticas —sobre todo los legisladores— son por lo general reticentes a toda influencia teórica. La realidad muestra que las decisiones político-criminales o político-penales, en el proceso de creación o de reforma de las leyes penales, en la mayoría de las veces se emiten sin siquiera tomar en cuenta las orientaciones constitucionales que exige el Estado democrático de derecho; lo cual se debe, también en muchas de las veces, al desconocimiento de ellas.

Por ello, además de requerirse que el tomador de decisiones político-penales tenga un amplio conocimiento sobre la naturaleza e importancia de la función que le corres-

[27] Como la discusión que se ha dado entre *causalismo* y *finalismo*, entre *ontologismo* y *normativismo*, o entre *finalismo* y *funcionalismo*.

[28] *Cfr.* Moreno Hernández, M. (coord.), *Abuso y límites del poder penal en Estados democráticos de derecho*, Ed. Tirant lo Blanch, México, 2024, pp. 809 a 869.

ponde cumplir, así como sobre la trascendencia de la decisión que tomará al generar o reformar una ley penal, o al emitir una resolución judicial, también es necesario que sepan para qué sirven las aportaciones teóricas y cómo aplicarlas en el ejercicio de su función, si bien esta exigencia se torna muy difícil de cumplir en realidades como la nuestra[29]. Pero, por otro lado, también es exigencia que el dogmático penalista o teórico del derecho penal cuente con un conocimiento amplio de la realidad social, política y jurídica, en que se ejerce el poder penal y de la forma cómo se ejerce, de sus fundamentos y límites, y de los rasgos característicos de las medidas penales que se emiten —leyes penales o resoluciones judiciales— y de cómo éstas inciden en dicha realidad. Asimismo, tanto el teórico como el práctico deben tener un conocimiento preciso de la función que corresponde al Derecho penal y a sus medios o métodos, que son las penas y medidas de seguridad, así como de la función que tiene el Derecho procesal penal y todo el sistema de justicia penal, para que las bases teóricas que proporcione permitan una aplicación racional de la ley penal y se alcances los objetivos del derecho penal y de las consecuencias jurídicas.

c) En fin, la tarea del dogmático penalista está muy lejos de limitarse simplemente a decir que la ley penal se refiere a tal o cual cosa en cada uno de sus contenidos, sino que tiene que explicar su razón de ser, sus bases o fundamentos filosóficos y políticos, así como sus implicaciones teórico-prácticas, e incluso ser crítico ante ella. Es decir, además de procurar una correcta interpretación de los textos positivos, descubriendo sus ideas, sus principios e instituciones, e incluso sus puntos de inflexión, para lograr una aplicación racional de la misma por parte del juzgador, debe adoptar una actitud crítica, principalmente desde la perspectiva político-criminal, para determinar si el

[29] En efecto, en realidades como la mexicana esta exigencia es realmente utópica, porque, por lo que hace a los legisladores, por una parte no se establece ningún requisito que tenga que ver con su preparación y capacidad para ser electo y poder cumplir la *función de legislar*, como si ésta fuera cualquier cosa que cualquiera la puede desempeñar; y, por otra, tampoco se exige que tengan conocimiento sobre la materia que habrán de votar. Por lo que hace a la *función de juzgar*, en cambio, hasta ahora la legislación respectiva establecía una serie de requisitos muy estrictos que tienen que ver con su preparación y capacidad para desempeñarla, que implicaba, al menos en el ámbito federal, el seguir la «carrera judicial». Sin embargo, con las reformas constitucionales al poder judicial de (septiembre de) 2024, esta última exigencia desaparece, porque ahora los juzgadores (jueces, magistrados y ministros) serán «electos por el pueblo», y éste será el único que decida quién será juez; lo que, sin duda, traerá consecuencias muy negativas para la calidad de la administración de justicia y para lo que he venido planteando en este trabajo. Pero, por ser estas reformas judiciales —como muchas otras que se han aprobado durante el gobierno de la 4T— producto de ocurrencias y caprichos autoritarios, motivadas por estados de ánimo vengativos o por simple abuso del poder, bajo falsos argumentos democráticos, habrá que esperar que esta forma de gobernar cambie y, mientras tanto, seguir insistiendo en la necesidad de que, tanto la generación de las leyes penales como su aplicación a los casos concretos, se desarrollen dentro de los cauces propios del Estado democrático de derecho. Es decir, habrá que seguir pugnando por el restablecimiento del Estado de derecho y de sus instituciones.

contenido de la ley responde a los objetivos político-criminales de un sistema penal propio del Estado democrático de derecho que consagra la Constitución, o si se trata de una medida excesiva, que permite un ejercicio abusivo o sin límites del poder penal; y, de esa manera, cuestionarla e incluso proponer su reforma[30].

III. Conclusión

III.1. Los tiempos actuales no permiten que la dogmática jurídico penal se cultive sólo como «la teoría por la teoría»

a) Los tiempos que vivimos a estas alturas del siglo XXI, particularmente en México, pero que es reflejo de lo que sucede en el plano global, no permiten ya que los desarrollos teóricos en el ámbito del derecho penal se sigan haciendo de manera lenta y sin mayor atención de la realidad —nacional e internacional—, pues ello les resta razón de ser. Las realidades actuales, en que las decisiones político-criminales en materia de legislación penal se desarrollan de manera desenfrenada, contrariando principios e instituciones fundamentales del sistema de justicia penal propios de Estados democráticos de derecho, como las que han traído como consecuencia la cuestionada *reforma al poder judicial*, exigen de la dogmática jurídico-penal una actitud más dinámica y crítica, si se piensa que ésta puede fungir como mecanismo de contención de los excesos del poder penal. Ese efecto nunca lo podrá lograr si el teórico del derecho penal se encierra en su bóveda de cristal o espacio de confort y se mantiene pasivo y acrítico, que le importa poco la realidad, y sigue cultivando la teoría como «*l'art pour l'art*», sin importarle sus implicaciones prácticas y que, por tanto, no le interesa influir para orientar las decisiones político-criminales del legislador o del juzgador.

b) Como se ha reiterado ya, hasta ahora los tomadores de decisiones político-criminales —sobre todo en el ámbito legislativo— han desdeñado casi totalmente las aportaciones de la dogmática jurídico-penal, o las han adoptado contrarias a los lineamientos propios de sistemas penales de Estados democráticos de derecho; de ahí

[30] El teórico del derecho penal podría decirle al *legislador* cuál es la *función* que corresponde jugar al derecho penal en las sociedades actuales y sugerirle en qué casos se puede justificar su uso como mecanismo de control social; señalarle lo que realmente se puede lograr con él y lo que no —para evitar falsas expectativas—, y los *límites* que debe observar; podría decirle qué es lo que puede ser *objeto de regulación* de las normas penales y lo que no, es decir, qué es lo que las normas penales pueden prohibir u ordenar, y por qué, para que ellas tengan mayor sentido y se puedan justificar; asimismo, sugerirle cómo deben ser descritas en los *tipos penales* las conductas que son objeto de la prohibición o del mandato, y *quiénes* pueden responder de ellas, así como las *consecuencias* (penas o medidas de seguridad) que se pueden imponer de manera racional a quienes transgredan las normas penales por afectar con sus conductas bienes jurídicos de los individuos y de la colectividad; entre otras tantas cosas. Y muchas otras cosas puede también sugerirle al *juzgador*, para que en el ejercicio de su importante función también haga una *aplicación racional* de la ley penal y ofrezca *seguridad jurídica* a los destinatarios de la justicia material.

las constantes aberraciones en que incurren al dar origen a leyes penales que no sólo carecen de sustento, sino también de utilidad práctica. Pero, tal vez llegará el momento, aunque tardíamente, en que los políticos abrirán los ojos y agudizarán los oídos para reconocer la importancia de las elaboraciones teóricas y dar mayor sustento y sentido a sus elaboraciones legislativas. Lo propio podría decirse con relación a los juzgadores, si bien habrá que reconocer que en el ámbito federal ha existido la tendencia —no generalizada— de apoyar sus decisiones judiciales en tales aportaciones teóricas; en el ámbito de la justicia local, en cambio, se observa todavía un mayor desapego por las cuestiones teóricas, que seguramente se agravará por razón de la reforma al poder judicial (2024).

c) Por razón de lo anterior, si en el pasado o en el presente la dogmática jurídico penal no ha jugado un rol decisivo y, por ello, no ha cumplido con la función de procurar seguridad jurídica, logrando una legislación penal coherente y funcional, o una aplicación uniforme y sin arbitrariedad de la ley penal, o no la ha cumplido ampliamente, deberá procurarse que en el futuro ambas esferas —política criminal y dogmática jurídico penal— se vinculen más estrechamente. Cada una debe procurar romper con esa separación recíproca y compaginarse en una síntesis, atendiendo a sus respectivos objetivos. En la medida en que la Dogmática jurídico penal logre una mayor penetración en el plano de la realidad, esto es, en las decisiones político criminales del legislador o del juzgador, habrá asegurado gran parte de su futuro. Y en tanto la Política criminal se deje auxiliar de una consistente construcción teórica, habrá también asegurado que la generación y la aplicación del Derecho penal se libere del acaso y de la arbitrariedad.

25

LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS «PERSONAS ARTIFICIALES». ESBOZO

Fernando Navarro Cardoso
Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

Al Prof. Dr. jur. Dr. med. Dr. his. Dr. h.c. mult. Carlos M. Romeo Casabona, in memoriam.
Excelente persona, brillante penalista, magnífico colega.

SUMARIO: I. Un trasfondo filosófico. I.1. Aproximación conceptual. I.2. Los contenidos. I.3. Unas dudas. II. La responsabilidad penal de los entes artificiales. II.1. Aproximación semántica. II.2. Aproximación dogmática. III. Reflexiones finales. IV. Bibliografía.

I. Un trasfondo filosófico

I.1. Aproximación conceptual

Parte de la literatura tratadista de la biotecnología y la bioética distingue entre transhumanismo y posthumanismo: el transhumanismo abarcaría el aprovechamiento de los avances tecnológicos para la mejora de la condición humana. El posthumanismo pretende ese aprovechamiento para superar las actuales limitaciones inherentes a la condición humana[1]. Dicho esto, es verdad que ni es fácil ni siempre posible delimitar

[1] Pueden traerse aquí diversas aportaciones, más o menos temáticamente, o por contenidos, próximas, del Prof. Romeo; *v.gr.*, citadas por orden cronológico, Romeo Casabona, C.M., «La persona entre la Biotecnología, la Bioética y el Derecho: el paradigma de los trasplantes de órganos», *Revista de derecho y genoma humano: genética, biotecnología y medicina avanzada*, n.º 55, 2021, pp. 15-53; el mismo, «Aspectos jurídicos de los híbridos y las quimeras», *Temas para el debate*, n.º 301-302, 2020, pp. 32-34; el mismo, «Los híbridos y las quimeras humanos de nuevo a debate», *Revista de derecho y genoma humano: genética, biotecnología y medicina avanzada*, n.º 51, 2019, pp. 15-19; el mismo, «Avances científicos y Derecho penal», en en E. Demetrio Crespo (dir.), *Derecho penal y comportamiento humano.*

con precisión esa distinción entre quienes se ocupan de estos temas[2]. En lo que sigue, dado el carácter de bosquejo que tienen estas líneas, voy a hacer uso, en general, de la expresión transhumanismo.

Éste se puede presentar como una corriente cultural, intelectual, filosófica, moral, que preconiza la idea de la mejora de la calidad de la vida humana a través del uso de tecnologías avanzadas[3] —sobre todo, la inteligencia artificial[4]— en principio implementadas en el cuerpo humano.

El fin último es salvar las naturales limitaciones inherentes a la condición humana, evitando el dolor, las enfermedades, el natural proceso de envejecimiento, y, en sus versiones más radicales, evitar la propia muerte.

En palabras de Diéguez Lucena, «El transhumanismo es la búsqueda del mejoramiento humano —físico, mental, moral, emocional o de otra índole— mediante procedimientos tecnológicos, en especial a través de las biotecnologías, de la robótica y de la inteligencia artificial. En su versión más radical, promueve el advenimiento de una nueva especie poshumana»[5].

Es fácil, pues, intuir la controversia que genera. Como bien dice Santana Ramos, la conexión entre la inmortalidad cibernética y la filosofía transhumanista debe invi-

---

Avances desde la neurociencia y la inteligencia artificial, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 77-107; Payán Ellacuría, E., Romeo Casabona, C.M., «Inmortalidad y transhumanismo», en C.M. Romeo Casabona (coord.), *Tratado de derecho y envejecimiento: la adaptación del derecho a la nueva longevidad*, Fundación Mutualidad Abogacía y Wolters Kluwer España, Madrid, 2021, pp. 881-916.

[2] *Vid.* Una aproximación en Cortina, Albert, Serra, M.A., «Retos de un futuro posthumano», *Diario El País*, 3 de enero de 2016. Disponible en: https://elpais.com/tecnologia/2015/12/29/actualidad/1451389449_117291.html?event_log=oklogin [Última consulta: noviembre de 2024].

[3] Sobre el transhumanismo, *Vid.*, *passim*, Debasa Navalpotro, F.R., «Futurismo y transhumanismo: una mirada desde la construcción social (1909-1989)», en V. González Martín, J.M. Azcona Pastor (coords.), *Italia y España: Una historia convergente*, Sílex, Madrid, 2022, pp. 381-408; el mismo, «Biotecnología, Derechos Humanos y Transhumanismo», en J. Ropero Carrasco (coord.), *Aspectos jurídicos de actualidad en el ámbito del Derecho digital*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 191-214; Diéguez Lucena, A., *Transhumanismo*, Herder, Barcelona, 2017; el mismo, *Cuerpos inadecuados: el desafío transhumanista a la filosofía*, Herder, Barcelona, 2021; Marcos Martínez, A., «Bases filosóficas para una crítica al transhumanismo», *Artefactos*, n.º 2, 2018; Pacheco Rodríguez, M.A., «Transhumanismo: desafíos éticos y jurídicos (Breve inventario de conceptos y problemas), en E. Demetrio Crespo (dir.), *Derecho penal y comportamiento humano. Avances desde la neurociencia y la inteligencia artificial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 759-769; Pérez Luño, A.E., «El posthumanismo no es humanismo», *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 44, 2021.

[4] Sobre el concepto de inteligencia artificial *Vid.* Valls Prieto, J., «Sobre la responsabilidad penal por la utilización de sistemas inteligentes», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 24-27, 2022, pp. 5 y ss.

[5] Diéguez Lucena, A., «Transhumanismo. Propuestas y límites», *Telos: Cuadernos de comunicación e innovación*, n.º 108, 2018, pp. 52-61. Disponible en: https://telos.fundaciontelefonica.com/wp-content/uploads/2017/11/telos-108-cuaderno-humano-digital-antonio-dieguez.pdf [Última consulta: noviembre de 2024].

tarnos a reflexionar seriamente sobre la esencia de la humanidad y la capacidad de las tecnologías para redefinirla[6].

Es cierto que algunas de las propuestas posthumanistas (naturalmente, me estoy refiriendo a las más radicales) no deben, en realidad, generarnos una especial preocupación, básicamente porque, al decir de los expertos, carecen de la más mínima solvencia técnica, científica y filosófica que las sustenten[7]. Dicho en román paladino, se trata, en algunos casos, de «pura charlatanería».

Aunque solo sea con fines pedagógicos, podríamos hacer un paralelismo con ciertas pseudoinformaciones que circulan en las redes sociales y en internet (sobre todo, bulos, *fake news*), y que reciben contundentes respuestas desde la comunidad científica:

> «Las redes sociales le dan el derecho a hablar a legiones de idiotas que primero hablaban sólo en el bar después de un vaso de vino, sin dañar a la comunidad. Ellos eran silenciados rápidamente y ahora tienen el mismo derecho a hablar que un premio Nobel. Es la invasión de los idiotas»[8].
>
> «… los bulos, por muy dura que sea la época en que se produzcan, son también lo que son, y en la mayoría de los casos no son más que afirmaciones estúpidas de gente perezosa, inculta, aburrida o malintencionada»[9].

Al margen de ciertas majaderías (de propuestas peregrinas habla el Prof. Romeo[10]), cierto es que la pretensión de incidir en la esencia de la naturaleza humana ni es coetánea (es decir, propia de nuestros tiempos actuales), ni contemporánea. Y ha habido —y hay— mucha utopía y mucha distopía.

Plantear como opción que nuestra mente pueda ser copiada y pegada en un disco duro, y conseguir de ese modo la inmortalidad (aunque sea digital), no parece que merezca especiales esfuerzos argumentativos para rebatirlo. No obstante, por su incidencia en el debate volveré sobre esta cuestión.

Abandonando el paroxismo y situándonos en espacios más razonables, por supuesto que avances científicos de muy diversa índole (tecnológicos, neurológicos, filosóficos) pueden contribuir —de hecho, ya lo están haciendo— a una indudable mejora de la cantidad y calidad de vida. Dicho *grosso modo*: gracias a ellos, vivimos más y mejor. Solo un apunte en ese sentido. Como recuerda con acierto Debasa Navaltropo, el concepto

[6] Santana Ramos, E.M., «La ética en la criogenización: reflexiones sobre el futuro», *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, n.º 22 y 23, 2023, p. 73.

[7] Diéguez Lucena, A., «Transhumanismo. Propuestas y límites», cit., p. 54.

[8] Eco, U.: «Con i social parola a legioni di imbecilli», entrevistado por G. Nicoletti, diario *La Stampa*, 11 de junio de 2015. Disponible en: https://www.lastampa.it/cultura/2015/06/11/news/umberto-eco-con-i-social-parola-a-legioni-di-imbecilli-1.35250428/ [Última consulta: noviembre de 2024].

[9] De la Mata Barranco, N.J., «Bulos, Derecho Penal y estado de alarma», en *Almacén de Derecho* [blog], 19 de abril de 2020. Disponible en: https://almacendederecho.org/bulos-derecho-penal-y-estado-de-alarma [Última consulta: noviembre de 2024].

[10] Romeo Casabona, C.M., «Los híbridos y las quimeras humanos de nuevo a debate», cit., p. 16.

«biotecnología» es atribuible a un ganadero que, mediante el empleo de tecnología, lo que pretendía era obtener más leche y más carne de los animales[11].

El posthumanismo, no obstante, va más allá: «Con él lo que se describe es un camino para transformar la esencia humana utilizando avances tecnológicos que potencien sus habilidades físicas y cognitivas»[12].

Como toda idea, cuenta con partidarios y detractores: desde quienes solo ven las bondades de sus formulaciones y pretensiones, hasta quienes vislumbran una seria amenaza para la condición humana, tal como hoy la concebimos.

En lo que sigue me referiré al transhumanismo en términos genéricos, asumiendo con Hart que generar una zona lingüística de luz, crea, a su vez, zonas de sombra[13]. Y es que —parafraseando a Schünemann[14]—, una línea de pensamiento o una corriente de opinión puede ser, metafóricamente hablando, como la «gran muralla de Cusco», que solo vista de lejos tiene tal apariencia, porque a medida que nos acercamos comprobamos que puede que no sea tal la homogeneidad.

I.2. **Los contenidos**

El posthumanismo parte de la premisa de que la naturaleza humana no está acabada y definida, de modo que es susceptible de mejoramiento.

Pero va más allá, al concebir esas aportaciones, esas transformaciones, no como un *plus* sino como un *aliud*; es decir, no se trata de aportes cuantitativos o cualitativos que mejoren la condición humana (un *plus*), sino que tales aportes permiten ir más allá y adentrarse en una nueva y distinta naturaleza humana (es decir, un *aliud*, algo nuevo y distinto).

Hay —o puede haber, en todo caso— una perspectiva moral, o religiosa, si se prefiere, en el transhumanismo, vinculada a un entendimiento de la condición humana como no sacralizada. Por lo tanto, desde esa perspectiva, entienden los transhumanistas que no hay barreras morales o religiosas que impidan trascender la actual naturaleza humana.

En otro orden de cosas, claro que puede entenderse que el transhumanismo persigue algunos fines loables, caso de la mejora de la salud y de una ralentización del envejecimiento. Pero no puede pasar desapercibido que la lucha contra el envejecimiento

[11] Debasa Navaltropo, F.: «Biotecnología, Derechos Humanos y Transhumanismo», cit., p. 194.

[12] Santana Ramos, E., «La ética en la criogenización: reflexiones sobre el futuro», cit., p. 60.

[13] Hart, H.L.A., *El concepto de Derecho*, 2.ª edic., trad. por G.R. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, pp. 155 y ss., en relación con lo que denomina «la textura abierta del derecho».

[14] Schünemann, B., *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*, trad. por M. Cancio Meliá, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, p. 49. Recurre a la muralla de Cusco como metáfora que ilustra la aparente homogeneidad de la discusión en el seno de la doctrina alemana hasta la década de los años sesenta.

incluye la fusión de aspectos biológicos y tecnológicos en una integración entre el ser humano y la máquina.

Situados en ese punto, la reflexión se antoja evidente: ese producto, sea lo que sea, ¿seguiría conservando la condición de humana?

Es verdad que hay que introducir algún matiz. La integración física es una realidad. Me estoy refiriendo, por ejemplo, a las extremidades biónicas: el avance de la tecnología biónica, que emula o amplía la función fisiológica de nuestro cuerpo, ha sido posible gracias al diseño de interfaces sintéticas de tejidos que conectan el cuerpo humano con la electromecánica. De hecho, el profesor Hugh Herr, Premio Princesa de Asturias de Investigación y Técnica en el año 2016, contó hace relativamente poco tiempo en España, en Salamanca, lo siguiente. Cito literalmente: «Disponemos ya de nuevas extremidades protésicas, ortésicas y exoesqueléticas que se comportan dinámicamente como sus homólogas biológicas, interfaces neuronales periféricas que sirven de interfaz eléctrica con la extremidad biónica externa y una novedosa tecnología de osteointegración para la transmisión mecánica y neuronal del dispositivo biónico a la extremidad biológica»[15].

Reitero, la integración física es una realidad. Y esto, por cierto, ya empieza a generarme preguntas desde el Derecho Penal: darle un martillazo al brazo biónico de una persona, ¿debe ser tratado como un delito de daños o de lesiones?

No obstante, la controversia se suscita porque también se promueve la integración psíquica; aunque, en realidad, el escenario que vislumbra el posthumanismo es otro: es la transferencia de una mente a una máquina conservando la condición de humana; mejor dicho, la condición de posthumana.

Además, el transhumanismo (*rectius*, sus manifestaciones más radicales) tiene también entre sus fines la inmortalidad. Es decir, que contempla la opción de una existencia perpetua, bien digital (como apunté antes), bien material, vía la criogenización. Dicho de modo muy sucinto, la criogenización, o criopreservación, es un método por el cual se somete a un ser vivo (persona o animal) a condiciones de frío intenso (por debajo de los -130.ºC) en nitrógeno líquido con el objetivo de preservar su cuerpo para ser reanimado en el futuro[16].

[15] Disponible en: https://sid-inico.usal.es/noticias/las-extremidades-protesicas-ortesicas-y-exoesqueleticas-ya-se-comportan-como-las-biologicas/ [Última consulta: noviembre de 2024].

[16] Hoy en día, para ser exactos, habría que decir que se criogenizan los cuerpos con la esperanza de ser reanimados en el futuro, dado que aún no se ha logrado ningún resultado exitoso de reanimación. Hay, no obstante, empresas, como Cryonics Institute, que ofrecen estos servicios (https://cryonics.org). La literatura sobre esta materia se encuentra publicada, sobre todo, en la revista *Cryobiollogy*, editada por la *Society for Cryobiology* (https://www.societyforcryobiology.org/cryobiology-journal). *Vid.* una aproximación en español en García Herrera, V., «La criogénesis: un servicio ¿de ciencia o ficción?», *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad* (R.E.D.S.), n.º 16, 2020, ppp. 33-50.

I.3. **Unas dudas**

Estas filosofías se sostienen en el ideal moderno de progreso, y vienen avaladas por significativos avances científicos y tecnológicos. Como se afirma desde un sector de la Filosofía del Derecho, su dualidad, al estar arraigada tanto en logros tangibles como en promesas de redención (de acuerdo con la 5.ª acepción del *Diccionario de la lengua española*: «Poner término a algún vejamen, dolor, penuria u otra adversidad o molestia»)[17], coloca al transhumanismo dentro del contexto de las utopías[18].

En apariencia, destaca la idea de progreso, de mejora de la persona, sin repudio alguno hacia los avances científicos. Incluso, podría entenderse que, al menos en apariencia, aboga por la igualdad.

Planteado en estos términos, ¿cuáles son las dudas? Citaré algunas. En primer lugar, empezando por la igualdad: podría argüirse que no se trata de transformar (en el sentido de modificar) al ser humano para lograr que todos sean iguales, sino, si acaso, de luchar contra la desigualdad, pero sin renunciar a la esencia humana.

En segundo lugar, si fuese posible la transferencia del conocimiento de la mente a la máquina, ¿desaparecería la conciencia, o la máquina puede tener conciencia? Si acudimos al *Diccionario de la lengua española*, la primera acepción de la palabra conciencia es: «Conocimiento del bien y del mal que permite a la persona enjuiciar moralmente la realidad y los actos, especialmente los propios»[19]. ¿Sería factible, y asumible, que una máquina en el futuro valorase un hecho, un acontecimiento, y lo juzgase a la luz, por ejemplo, de los principios que definen la ética democrática? O sin ponernos tan elevados, ¿podemos traducir a lenguaje máquina conceptos jurídicos indeterminados como «dignidad de la persona», «orden político» y «paz social», por citar tres contenidos en el preclaro y crucial art. 10 de la Constitución española, que proclama que la dignidad de la persona, y el resto de derechos humanos, que le son inherentes (con esta trascendental por imborrable coma entre humanos y que), son fundamento del orden político y de la paz social.

En tercer lugar, plantea un serio problema de equidad y justicia social: ¿Va a ser posible que todos puedan acceder, en condiciones de igualdad, a todos los productos del transhumanismo? Como apunta Lledó Yagüe, que esté disponible para todos y no solo para aquellos que tengan los recursos suficientes, plantea desafíos importantes en términos de justicia social y distribución de beneficios[20].

[17] Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 23.ª ed. Versión 23.7 disponible en: https://dle.rae.es [Última consulta: noviembre de 2024].

[18] Santana Ramos, E., «La ética en la criogenización: reflexiones sobre el futuro», cit., p. 61.

[19] Real Academia Española: *Diccionario de la lengua española*, cit.

[20] Lledó Yagüe, F., «La criogenización hoy día es un acto de fe con el bolsillo lleno de posibles económicos», entrevistado por N. Lauzirika, diario *noticias de Guipuzcoa*, 25 de mayo de 2019, presentación del libro Lledó Yagüe, F., Infantes Esteban, S., *Aspectos jurídico-científicos de la criónica*

En cuarto lugar, forma parte de nuestro pasado más atroz la búsqueda selectiva de lo mejor de la condición humana; o de los mejores. Sin hacer trampas discursivas, ni caer en la demagogia, ni recurrir a expresiones propias de la Teoría del etiquetamiento (del *labeling approach*), no es menos cierto que debemos tener plena conciencia de que también fue la eugenesia positiva (mejorar la raza) una razón para ser y para hacer. Y la raza hay que entenderla en cualquiera de sus acepciones, incluidas, o no, las biológicas (las genetistas)[21].

II. La responsabilidad penal de los entes artificiales

II.1. Aproximación semántica

Puede entenderse que el transhumanismo aporta un sustento filosófico a una fusión entre biología y tecnología capaz de generar un cíborg, definido por el *Diccionario de la lengua española* como «ser formado por materia viva y dispositivos electrónicos»[22]. No obstante, para adentrarnos en el espacio propio de las personas artificiales debemos situarnos en un estadio anterior al de los cíborgs, cual es en el de los entes artificiales, robots, si se prefiere o, como propone Ercilla García, «persona electro-física», en tanto «respondería a la configuración misma de lo que en un futuro serían los robots, a saber, dispositivos físicos con capacidades de computación, almacenamiento y comunicación para controlar e interactuar con un proceso físico, controlados o monitoreados por algoritmos computacionales, e integrados en red»[23].

Hablar de la responsabilidad penal de los entes artificiales encierra una petición de principio (lo que, debe advertirse, no deja de ser una falacia lógica): habría que dotarlos de personalidad jurídica. En efecto. Para poderles atribuir una responsabilidad

---

en seres humanos, Dykinson, Madrid, 2019. Disponible en: https://www.noticiasdegipuzkoa.eus/sociedad/2019/05/25/criogenizacion-hoy-dia-acto-fe-3844273.html [Última consulta: noviembre de 2024].

[21] Para ilustrar lo dicho, hago un breve excurso sobre un conocido eugenetista español. A pesar de ciertas referencias al respecto, no parece cierto, al menos en sentido estricto, que Vallejo Nágera se dedicase a buscar un «gen rojo», una constitución genética que permitiese un agrupamiento de los marxistas. No pudo ser así porque, ciertamente, no era genetista. Es más, se detuvo en esta cuestión para desmarcarse (en Vallejo Nágera, A., *Eugenesia de la Hispanidad y regeneración de la raza*, Editorial Española, Burgos, 1937, fundamentalmente pp. 46 a 49; tesis que reitera posteriormente en *Política racial del Nuevo Estado*, Editorial Española, San Sebastián, 1938, desde la propia Introducción, pp. 7 y ss., y proclamar su fe en la eugenesia; en concreto, en la eugenesia positiva, en *Eugenesia de la Hispanidad*…, cit., pp. 75 a 78). Que no buscase un perfil genético del marxista (ese «gen rojo») no excluye, claro está, que no buscase un perfil eugenésico, que lo hizo, con profusión y fruición, y supuestamente lo halló: el biopsiquismo marxista. *Vid.* Navarro Cardoso, F., «Vallejo Nágera, "los niños perdidos del Franquismo" y los crímenes contra la Humanidad», *Revista General de Derecho Penal*, n.º 22, 2016, pp. 1-45.

[22] Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, cit.

[23] Ercilla García, J., *Normas de Derecho Civil y Robótica. Robots Inteligentes, Personalidad Jurídica, Responsabilidad Civil y Regulación*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 26 y 27.

es necesario validar dos premisas. La primera, que le son atribuibles personalidad, personalidad jurídica. Tener personalidad en Derecho significa poseer capacidad jurídica (ser titular de derechos y obligaciones) y capacidad de obrar (capacidad de ejercer esos derechos y de cumplir deberes), aunque se modulen, como propone Ercilla[24]. Pero no puede perderse de vista que la personalidad es una ficción, una creación del Derecho.

La segunda premisa es que, en tanto se les reconoce capacidad de obrar, debe ser posible responsabilizarlos por los daños que puedan causar en el ejercicio de esa capacidad[25].

Bien es verdad que nuestro objeto de interés no es la responsabilidad civil, ni aquellos supuestos en los que podamos acudir al actuar en nombre de otro o a la autoría mediata, cuando el ente carece de personalidad o cuando es mero instrumento en manos de otro, si se admite su personalidad, casos en los que puede pensarse, *v.gr.*, en el propietario o en el programador[26]. Naturalmente, si se parte del no reconocimiento de aquella personalidad, los supuestos dables serán, en principio, casos de autoría directa[27]. Nuestro objeto de interés es, empero, la posible responsabilidad penal por hechos propios, esto es, una responsabilidad directa.

II.2. **Aproximación dogmática**

Parto de una premisa epistemológica: se admite que la persona jurídica es sujeto de Derecho, que tiene, pues, capacidad jurídica y de obrar, que puede operar en el mercado, y que tiene responsabilidad. Más aún, como bien sabemos, ya existe la responsabilidad penal de la persona jurídica, y por nadie se discute que esta, la persona jurídica, es una ficción. Las ficciones, además, no son en absoluto extrañas en el Derecho, en general, ni en el Derecho Penal, en particular. Podríamos fácilmente convenir que la dogmática de la comisión por omisión es otro buen ejemplo. Y como bien apunta Quintero Olivares,

[24] *Ibidem*, pp. 21 y ss.

[25] Remito, *in totum*, a la excelsa monografía de Ercilla citada en la nota anterior; sobre todo, por los relevantes matices que formula en relación también con la responsabilidad, pp. 65 y ss.

[26] Romeo Casabona, C.M., «La atribución de responsabilidad penal por los hechos cometidos por sistemas autónomos inteligentes, robótica y tecnologías conexas», *Revista de Direito da ULP*, vol. 16, n.º 1-2, 2022, pp. 7-16, 8. Valls Prieto, J., «Sobre la responsabilidad penal por la utilización de sistemas inteligentes», cit., pp. 23 y ss., propone una triple distinción según la fase de empleo de la inteligencia artificial.

[27] Quintero Olivares, G., «La robótica ante el Derecho penal: el vacío de respuesta jurídica a las desviaciones incontroladas», *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*, n.º 1, 2017, pp. 14 y ss.

«no es obligatorio escandalizarse ante la sola sugerencia de que haya normas que partan de la (ficticia) personalidad del robot», aunque luego él la niegue[28].

Admitidas otras responsabilidades, caso de la civil, la pregunta que nos interesa es: ¿Y por qué no la responsabilidad penal de la persona artificial?

El punto de partida en orden a lograr una respuesta es para algunos la propia definición de Derecho Penal: «conjunto de normas jurídicas cuyo destinatario es el ser humano»[29]. Pues bien, ya este solo aparente pacífico concepto encierra un debate de monumental trascendencia. Si así debe ser considerado, ¿cómo se sustenta la responsabilidad penal de la persona jurídica? Los que se posicionan en contra de ella lo tienen fácil (existe, pero no debiera existir), pero ¿y los que sí se muestran partidarios? Dentro de estos últimos pueden identificarse dos grandes posiciones: Una, los que creen que el modelo debe ser el de heterorresponsabilidad. En este caso, llegar a la responsabilidad penal de la persona artificial por esta vía pudiera resultar menos complejo, porque, al fin y al cabo, este modelo se basa en hacer responsable a la persona jurídica por lo que ha hecho una persona física en su seno, en su nombre y en su beneficio. Se generaría, pues, una responsabilidad por transferencia, de modo que la primera resulta contaminada por lo hecho por la segunda; o, dicho de otro modo, la responsabilidad de la persona jurídica es vicaria de la de la persona física[30]. Este es, precisamente, el planteamiento que desarrolla Fernandes Godinho teniendo el mente el modelo vicarial portugués de responsabilidad penal de las personas jurídicas[31].

La otra posición es la que defiende el modelo de la autorresponsabilidad. Aquí vuelve a aparecer la muralla de Cusco a la que antes aludí: dentro de los partidarios de este modelo hay muy distintas posiciones. No obstante, quisiera centrarme en dos de ellas por buscar una determinada contraposición que me resulta útil por ilustrativa en mi razonamiento. Una es la que sostiene que la persona jurídica responde por desatender

[28] Quintero Olivares, G., «La robótica ante el Derecho penal: el vacío de respuesta jurídica a las desviaciones incontroladas», cit., pp. 9, 14 y ss.

[29] Blanco Cordero, I., «Un derecho penal de humanos para entidades artificiales inteligentes. *¿Machina delinquere et puniri potest?*», en A. Doval Pais y E. Gutiérrez Pérez (dirs.), *Manifestaciones de desigualdad en el sistema de justicia penal*, Cizur Menor, Aranzadi, 2023, pp. 371-396, 372. Naturalmente, no es el punto de partida de los preocursores de la responsabilidad directa, siendo de obligada cita Hallevy, G., «The Criminal Liability of Artificial Intelligence Entities–from Science Fiction lo Legal Social Control», *Akron Intellectual Property Journal*, n.º 4, 2010, pp. 171-201.

[30] Representa esta posición la Fiscalía General del Estado en su famosa *Circular 1/2016, de 22 de enero, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015*.

[31] Fernandes Godinho, I., «La autonomía de la IA como argumento dogmático para una reflexión sobre el modelo antropocéntrico de responsabilidad penal», en B. García Sánchez, F. Jiménez García (coords.), *La atribución de una responsabilidad jurídico penal e internacional de la inteligencia artificial*, Iustel, Madrid, 2024, pp. 71-89.

su posición de garante, es decir, responde del delito (el que sea: delito fiscal, blanqueo, etc.) en comisión por omisión, porque la empresa ha omitido el debido control sobre sus empleados[32]. Pero otra sostiene que la empresa comete «su propio delito», al que llama «delito corporativo»[33]. Quedémonos, de momento, con estas ideas.

Nadie discute que hoy por hoy no existe un *Derecho penal de los robots*[34]. Si estos provocan resultados lesivos lo que procede es sancionar penalmente a la persona que está detrás, como dijimos antes (el propietario, el programador, el usuario, etc.), sea una persona física o una persona jurídica.

La clave de bóveda se sitúa en el siguiente razonamiento: si a partir del primer impulso que le otorga el programa informático (el *software*) al robot inteligente este es capaz de aprender de otros y del entorno y, a partir de ahí, realizar razonamientos complejos autónomos nuevos, es decir, si un robot aprende y toma decisiones de manera autónoma, ¿no debería responder «personalmente» de los comportamientos lesivos que realice?[35] Por lo tanto, el objeto de nuestro interés va referido a aquellos supuestos en los que concurren tres características: el robot es capaz de percibir una realidad; procesar la información obtenida, con mejor o peor inteligencia; y alterar esa realidad con una acción «decidida» por él[36].

A la pregunta formulada, la doctrina penalista muy mayoritariamente opina que no. ¿Por qué? Porque dice que el Derecho Penal se dirige exclusivamente a las personas, y aunque ya se admite la responsabilidad de las personas jurídicas, como hemos dicho, no hemos avanzado tanto como para hacer responsables también a los robots dotados de inteligencia artificial[37]. Pero como bien advierte Romeo Casabona, «desde el momento en que se introdujo la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los Estados miembros de la Unión Europea, también sería posible asumir —sin olvidar las reformas necesarias, con el fin de respetar el principio de legalidad— la atribución

[32] Galán Muñoz, A., *Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de la LO 1/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

[33] Gómez-Jara Díez, C., «Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas», en M. Bajo Fernández, B. Feijoo Sánchez, C. Gómez-Jara Díez, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pp. 89-120.

[34] Blanco Cordero, I., «Un derecho penal de humanos para entidades artificiales inteligentes…», cit., p. 372.

[35] *Ibidem*, p. 373.

[36] Quintero Olivares, G., «La robótica ante el Derecho penal: el vacío de respuesta jurídica a las desviaciones incontroladas», cit., p. 5.

[37] Blanco Cordero, I., «Un derecho penal de humanos para entidades artificiales inteligentes…», cit., p. 373.

de responsabilidad penal a los sistemas de IA, prescindiendo de los elementos de un Derecho Penal concebido para atribuir responsabilidad sólo a los seres humanos»[38].

Hay un extremo que resulta de todo punto oportuno traer ya a colación, y es que se admite lo que se ha venido en denominar «las brechas de la responsabilidad». Se sostiene que resulta discutible que las personas humanas tengan que responder de los daños que puedan causar los sistemas inteligentes dotados de la capacidad de aprender de la interacción con otros agentes y el entorno, pues es muy difícil, si no imposible, el control humano y la previsibilidad de su comportamiento[39]. En concreto, advierte Matthias ya en el resumen de su trabajo al respecto, que «Las máquinas autónomas que aprenden, basadas en redes neuronales, algoritmos genéticos y arquitecturas de agentes, crean una nueva situación, en la que el fabricante/operador de la máquina ya no es capaz, en principio, de predecir el comportamiento futuro de la máquina y, por tanto, no puede ser considerado moralmente responsable de él»[40]. A partir de ahí, se arguye que, si no responden los humanos, menos deben hacerlo los entes inteligentes.

Si nos detenemos un momento, podemos observar que en este razonamiento se inserta otra falacia lógica, otra inferencia que encierra una petición de principio: si no responde uno, no debe responder el otro. Pero ¿por qué no responde uno? Porque, dicen, las máquinas pueden llegar a realizar actos autónomos, es decir, actos propios. Es decir, a partir de hechos de otros, realizar los suyos propios.

Es cierto que la responsabilidad penal de la persona artificial requiere previamente, como hemos apuntado, que se le reconozca personalidad jurídica (electrónica).

Y todo ello, en sede penal, ¿en qué se traduce? Pues se esgrime que para que el ente artificial tenga responsabilidad penal debe tener: capacidad de acción, capacidad de culpabilidad y capacidad de penalidad. Y la literatura penalista tratadista del tema,

[38] Romeo Casabona, C.M., «La atribución de responsabilidad penal por los hechos cometidos por sistemas autónomos inteligentes, robótica y tecnologías conexas», cit., p. 14.

[39] Blanco Cordero, I., «Un derecho penal de humanos para entidades artificiales inteligentes…», cit., pp. 373 y 374. En igual sentido interpreto que se pronuncia Demetrio Crespo, E., «El Derecho penal ante el desafío neurotecnológico y algorítmico», en E. Demetrio Crespo (dir.), *Derecho penal y comportamiento humano. Avances desde la neurociencia y la inteligencia artificial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 17-33, 24 y ss.

[40] Matthias, A., «The responsibility gap: Ascribing responsibility for the actions of learning automata», *Ethics and Information Technology*, n.º 6, 2004, pp. 175-183; 1-18 de la edición digital, pp. 12 y ss., epígrafe «4. La brecha de la responsabilidad».

provenga de la academia[41] o de la judicatura[42], sostiene que el robot inteligente no tiene ninguna de esas capacidades. La pregunta, claro está, se antoja evidente: ¿Es que los entes morales, las personas jurídicas, sí las tienen? Recordemos, al menos la posición clásica: La capacidad de acción la hemos vinculado tradicionalmente a la intervención del sistema nervioso central como centro y del aparato cerebral de un sujeto[43]. No obstante, no tenemos ya ningún inconveniente en admitir que las empresas actúan en el mercado, que compran y venden, que defraudan, etc.

La capacidad de culpabilidad es la capacidad que tiene el autor de soportar el reproche por la conducta realizada, o bien porque no actuó como se esperaba (si se es partidario del libre albedrío), o bien porque razones preventivas lo demandan (si no se admite el libre albedrío)[44].

Uno de los actuales entendimientos de la culpabilidad es el que la construye desde el funcionalismo sistémico, desde la prevención general positiva: la atribución de culpabilidad a quien ha cometido un delito busca mantener o restablecer la confianza en la vigencia de las normas con el fin de conservar la fidelidad al ordenamiento jurídico. No puede pasar desapercibido, en términos argumentativos, que quienes sostienen tal

[41] Entre otros, Blanco Cordero, I., «Un derecho penal de humanos para entidades artificiales inteligentes…», cit.; Busato, P.C., «De máquinas y seres vivos: ¿Quién actúa en los resultados delictivos derivados de decisiones cibernéticas?», en E. Demetrio Crespo (dir.), *Derecho penal y comportamiento humano. Avances desde la neurociencia y la inteligencia artificial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp.349-376; De la Cuesta Aguado, P.M., «La ambigüedad no es programable: racionalización normativa y control interno en inteligencia artificial», *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, n.º 44, 2016, pp. 165-194; Demetrio Crespo, E., «El Derecho penal ante el desafío neurotecnológico y algorítmico», cit.; Quintero Olivares, G., «La robótica ante el Derecho penal: el vacío de respuesta jurídica a las desviaciones incontroladas», cit.; Romeo Casabona, C.M., «La atribución de responsabilidad penal por los hechos cometidos por sistemas autónomos inteligentes, robótica y tecnologías conexas», cit. En la doctrina italiana, Mongillo, V., «Responsabilidad penal y extrapenal de las personas jurídicas por delitos relacionados con la inteligencia artificial: vías de intervención legal y principales obstáculos», *Revista Electrónica de Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas y Compliance*, n.º 4, 2024, pp. 12 y ss., y Salvadori, I., «Agentes artificiales, opacidad tecnológica y distribución de la responsabilidad penal», trad. por A. Gálvez Jiménez, *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 133, 2021, pp. 149 y ss., se muestran contrarios desde la concepción antropocéntrica de la responsabilidad penal, tanto de las personas físicas como de las jurídicas. *Cfr.*, augurando una responsabilidad directa de los robots, Miró Llinares, F., «Inteligencia artificial, delito y control penal: nuevas reflexiones y algunas predicciones sobre su impacto en el derecho y la justicia penal», *El cronista del Estado social y democrático de derecho*, n.º 100, 2022, pp. 174-183, 180 y 181.

[42] Lapeña Azurmendi, J., «¿Es posible hablar de una responsabilidad penal de los robots? (1)», *Diario La Ley*, n.º 10543, 10 de Julio de 2024.

[43] Blanco Cordero, I., «Un derecho penal de humanos para entidades artificiales inteligentes…», cit., p. 376.

[44] *Ibidem*.

concepción son los mismos que opinan que la empresa comete su propio delito, independiente del que ha cometido la persona física.

Retomemos el razonamiento, y continuemos con el mismo discurrir: una persona física comete un delito; es un empleado de una empresa, y lo hace en nombre de ella y en su beneficio; pero la persona jurídica no responde por ese hecho, sino por uno propio, el delito corporativo. Pues si se admite que el ente artificial puede aprender de otros y de su entorno, y puede realizar actos nuevos, o al menos actos por los que las personas físicas no deben responder, ¿no es lo mismo que acabamos de decir respecto del ente moral? De hecho, dentro de los partidarios del modelo de autorresponsabilidad se promueve un auténtico sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica, de modo que estas realizan su propio injusto y su propia culpabilidad: El injusto de la empresa lo forma un defecto de organización; y la culpabilidad es una ausencia de cultura de cumplimiento[45].

¿Puede ser este esquema trasladado al ámbito del ente artificial? ¿Y si sustituimos defecto de organización por defecto de programación o de ejecución, y mantenemos la culpabilidad como ausencia de cultura de cumplimiento?

Y con esto llego al núcleo del debate, a su nudo gordiano: ¿Son capaces los entes artificiales, al menos a día de hoy, de tomar decisiones completamente autónomas y libres? Aquí vuelve a surgir la controversia, en este caso, entre los partidarios de la «IA débil» y los de la «IA fuerte»[46]: Según los primeros, no se va a lograr «simular la consciencia por métodos computacionales, por lo que las máquinas no tienen consciencia, ni mente ni tampoco son capaces de sentir, simplemente simulan pensamiento y comprensión»[47]. Pero es que, según los segundos, «los dispositivos actuales no solo tienen una mente y son inteligentes, sino que al funcionamiento lógico de cualquier dispositivo computacional se le puede atribuir un cierto tipo de cualidades mentales. Según esto, la actividad mental consiste simplemente en una secuencia definida de operaciones, lo que se conoce como algoritmo»[48].

[45] Lo resumen muy bien, últimamente, Galán Muñoz, A., «Visiones y distorsiones del sistema español de responsabilidad penal de las personas jurídicas: un diagnóstico 13 años después», *Revista Electrónica de Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas y Compliance*, n.º 2, 2023; González Cussac, J.L., «La Huida de la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas», *Revista Electrónica de Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas y Compliance*, n.º 4, 2024.

[46] Barona Vilar, S., «La seductora algoritmización de la justicia. Hacia una justicia poshumanista (Justicia+) ¿utópica o distópica?», *El cronista del Estado social y democrático de derecho*, n.º 100, 2022, pp. 36-47, distingue tres niveles: desde una IA débil, pasando por una IA general, llegando a una «Super Inteligencia Artificial» (pp. 38 y 39).

[47] Blanco Cordero, I., «Un derecho penal de humanos para entidades artificiales inteligentes…», cit., p. 381.

[48] *Ibidem*.

III. Reflexiones finales

Hay preguntas que ya encuentran respuestas sólidas y aquilatadas con trascendencia jurídico-penal. Por ejemplo, resulta indubitado que un ente artificial puede lesionar bienes jurídicos tutelados por el Derecho Penal[49], y que la dogmática penal cuenta con un arsenal suficientemente maduro para dar respuesta a los hechos generadores de esos resultados lesivos.

La cuestión crucial objeto del presente esbozo es, empero, otra, cabalmente formulada por el Prof. Romeo, preguntándose si tenemos que ir más lejos: «La pregunta más atrevida es si también la IA, los robots, los sistemas inteligentes autónomos y las tecnologías conexas deberán responder directamente de los delitos cometidos por sus hechos»[50].

He intentado en estas líneas una mera aproximación, haciendo un paralelismo con la responsabilidad penal de las personas jurídicas, con la intención de poner de manifiesto que, en términos de lógica teórica, determinadas formulaciones permiten, cuando menos *prima facie*, sustentar, por igual, una responsabilidad penal de las «personas artificiales», acudiendo al sustantivo personas, eso sí, entrecomillando, por mantener el tono atrevido del Prof. Romeo, quien fue también, indiscutiblemente, dicho sea de paso —o no—, un gran humanista. Cuestión bien distinta es si en clave de lógica práctica es necesaria dicha responsabilidad directa y no bastan las respuestas, además de civiles, penales pensadas para las personas físicas y las jurídicas, pero, insisto, dejando apuntado que, tal vez, lo que se dice para estas últimas sirva a otros para llegar hasta la directa incriminación de los entes artificiales.

Es a todas luces evidente que la cantidad y calidad de vida de los seres humanos ha mejorado ostensiblemente con la incorporación de la tecnología a los tratamientos médicos y clínicos. Desde aportaciones muy «blandas», caso de las gafas de vista o de las lentes de contacto —como dice la periodista cultural de *Babelia* Silvia Hernando, «ponerse gafas es mejorar el cuerpo con la tecnología»[51]—, hasta incorporaciones «duras», caso de las extremidades biónicas, más arriba citadas, o de los trasplantes de órganos vitales artificiales, con los consiguientes debates éticos, filosóficos y jurídicos que en su momento generaron[52], u hoy con la manipulación de las células y la edición del ADN.

Dije más arriba que no debemos perder de vista que el Derecho es una ficción en tanto es una creación de los seres humanos, un instrumento del que nos hemos dotado

[49] Valls Prieto, J., «Sobre la responsabilidad penal por la utilización de sistemas inteligentes», cit., pp. 15 y ss.

[50] Romeo Casabona, C.M., «La atribución de responsabilidad penal por los hechos cometidos por sistemas autónomos inteligentes, robótica y tecnologías conexas», cit., p. 8.

[51] hernando, S., «Los humanos del futuro serán naturalmente artificiales», *Diario El País*, 5 de noviembre de 2022. Disponible en: https://elpais.com/babelia/2022-11-05/los-humanos-del-futuro-seran-naturalmente-artificiales.html [Última consulta: noviembre de 2024].

[52] Romeo Casabona, C.M., «La persona entre la Biotecnología, la Bioética y el Derecho: el paradigma de los trasplantes de órganos», cit., p. 25.

para ordenar nuestra convivencia y para resolver nuestros conflictos. «Es decir, que esta poderosa y sofisticada herramienta jurídica [el Derecho Penal] puesta al servicio de la sociedad puede ser supeditada a las necesidades humanas de cada momento y por ello adaptarla y modificarla según demanden aquéllas», como bien dice Romeo Casabona[53]. Pero vuelvo a citarlo, con perdón por la reiteración, porque también advierte, a continuación, que tal adaptación puede provocar el relajamiento o la supresión de los requisitos fijados para exigir responsabilidad penal a los seres humanos[54], afectando a la estabilidad del sistema penal; en definitiva, a nuestras garantías y reglas de imputación, una auténtica conquista en el sistema de responsabilidad.

Dice siempre mi maestro, el Prof. Berdugo Gómez de la Torre, que nuestra obligación como profesores es, ante todo, preguntarnos, generar dudas. Y no se me ocurre mejor pregunta para terminar que la formulada por la Profa. Cortina: «¿Por qué ese empeño en ampliar el círculo de los seres a los que debemos considerar personas?». Y dice más: «es asombroso contemplar cómo se desatiende a millones de personas que mueren diariamente de hambre y miseria y, sin embargo, el empeño con que se pretende llegar a una poshumanidad y a la vez se incluye a nuevos socios en el club de lo que se considera personas»[55].

IV. Bibliografía

Barona Vilar, S., «La seductora algoritmización de la justicia. Hacia una justicia poshumanista (Justicia+) ¿utópica o distópica?», *El cronista del Estado social y democrático de derecho*, n.º 100, 2022.

Blanco Cordero, I., «Un derecho penal de humanos para entidades artificiales inteligentes. *¿Machina delinquere et puniri potest?*», en A. Doval Pais y E. Gutiérrez Pérez (dirs.), *Manifestaciones de desigualdad en el sistema de justicia penal*, Cizur Menor, Aranzadi, 2023.

Busato, P.C., «De máquinas y seres vivos: ¿Quién actúa en los resultados delictivos derivados de decisiones cibernéticas?», en E. Demetrio Crespo (dir.), *Derecho penal y comportamiento humano. Avances desde la neurociencia y la inteligencia artificial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

Cortina, A., «¿Personas artificiales?», *diario El País*, 7 de septiembre de 2023.

— Serra, M.A., «Retos de un futuro posthumano», *Diario El País*, 3 de enero de 2016.

De la Cuesta Aguado, P.M., «La ambigüedad no es programable: racionalización normativa y control interno en inteligencia artificial», *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, n.º 44, 2016.

De la Mata Barranco, N.J., «Bulos, Derecho Penal y estado de alarma», en *Almacén de Derecho* [blog], 19 de abril de 2020.

Debasa Navalpotro, F.R., «Biotecnología, Derechos Humanos y Transhumanismo», en J. Ropero Carrasco (coord.), *Aspectos jurídicos de actualidad en el ámbito del Derecho digital*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

[53] Romeo Casabona, C.M.: «La atribución de responsabilidad penal por los hechos cometidos por sistemas autónomos inteligentes, robótica y tecnologías conexas», cit., p. 8.

[54] *Ibidem*.

[55] Cortina, A., «¿Personas artificiales?», *diario El País*, 7 de septiembre de 2023. Disponible en: https://elpais.com/opinion/2023-09-07/personas-electronicas.html [Última consulta: noviembre de 2024].

— «Futurismo y transhumanismo: una mirada desde la construcción social (1909-1989)», en V. González Martín, J.m. Azcona Pastor (coords.), *Italia y España: Una historia convergente*, Sílex, Madrid, 2022.

Demetrio Crespo, E., «El Derecho penal ante el desafío neurotecnológico y algorítmico», en E. Demetrio Crespo (dir.), *Derecho penal y comportamiento humano. Avances desde la neurociencia y la inteligencia artificial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

Diéguez Lucena, A., «Transhumanismo. Propuestas y límites», *Telos: Cuadernos de comunicación e innovación*, n.º 108, 2018.

— *Cuerpos inadecuados: el desafío transhumanista a la filosofía*, Herder, Barcelona, 2021.

— *Transhumanismo*, Herder, Barcelona, 2017.

Eco, U.: «Con i social parola a legioni di imbecilli», entrevistado por G. Nicoletti, diario *La Stampa*, 11 de junio de 2015.

Ercilla García, J., *Normas de Derecho Civil y Robótica. Robots Inteligentes, Personalidad Jurídica, Responsabilidad Civil y Regulación*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018.

Fernandes Godinho, I., «La autonomía de la IA como argumento dogmático para una reflexión sobre el modelo antropocéntrico de responsabilidad penal», en B. García Sánchez, F. Jiménez García (coords.), *La atribución de una responsabilidad jurídico penal e internacional de la inteligencia artificial*, Iustel, Madrid, 2024.

Fiscalía General del Estado en su famosa *Circular 1/2016, de 22 de enero, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015.*

Galán Muñoz, A., «Visiones y distorsiones del sistema español de responsabilidad penal de las personas jurídicas: un diagnóstico 13 años después», *Revista Electrónica de Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas y Compliance*, n.º 2, 2023.

— *Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de la LO 1/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

García Herrera, V., «La criogénesis: un servicio ¿de ciencia o ficción?», *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad* (R.E.D.S.), n.º 16, 2020.

Gómez-Jara Díez, C., «Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas», en M. Bajo Fernández, B. Feijoo Sánchez, C. Gómez-Jara Díez, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016.

González Cussac, J.L., «La Huida de la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas», *Revista Electrónica de Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas y Compliance*, n.º 4, 2024.

Hallevy, G., «The Criminal Liability of Artificial Intelligence Entities–from Science Fiction lo Legal Social Control», *Akron Intellectual Property Journal*, n.º 4, 2010.

Hart, H.L.A., *El concepto de Derecho*, 2.ª edic., trad. por G.R. CARRIÓ, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995.

Hernando, S., «Los humanos del futuro serán naturalmente artificiales», *Diario El País*, 5 de noviembre de 2022.

Lapeña Azurmendi, J., «¿Es posible hablar de una responsabilidad penal de los robots? (1)», *Diario La Ley*, n.º 10543, 10 de Julio de 2024.

Lledó Yagüe, F., «La criogenización hoy día es un acto de fe con el bolsillo lleno de posibles económicos», entrevistado por N. Lauzirika, diario *noticias de Guipuzcoa*, 25 de mayo de 2019.

— Infantes Esteban, S., *Aspectos jurídico-científicos de la criónica en seres humanos*, Dykinson, Madrid, 2019.

Marcos Martínez, A., «Bases filosóficas para una crítica al transhumanismo», *Artefactos*, n.º 2, 2018.

Matthias, A., «The responsibility gap: Ascribing responsibility for the actions of learning automata», *Ethics and Information Technology*, n.º 6, 2004.

Miró Llinares, F., «Inteligencia artificial, delito y control penal: nuevas reflexiones y algunas predicciones sobre su impacto en el derecho y la justicia penal», *El cronista del Estado social y democrático de derecho*, n.º 100, 2022.

Mongillo, V., «Responsabilidad penal y extrapenal de las personas jurídicas por delitos relacionados con la inteligencia artificial: vías de intervención legal y principales obstáculos», *Revista Electrónica de Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas y Compliance*, n.º 4, 2024.

Navarro Cardoso, F., «Vallejo Nágera, "los niños perdidos del Franquismo" y los crímenes contra la Humanidad», *Revista General de Derecho Penal*, n.º 22, 2016.

Pacheco Rodríguez, M.A., «Transhumanismo: desafíos éticos y jurídicos (Breve inventario de conceptos y problemas), en E. Demetrio Crespo (dir.), *Derecho penal y comportamiento humano. Avances desde la neurociencia y la inteligencia artificial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

Payán Ellacuría, E., Romeo Casabona, C.M., «Inmortalidad y transhumanismo», en C.M. Romeo Casabona (coord.), *Tratado de derecho y envejecimiento: la adaptación del derecho a la nueva longevidad*, Fundación Mutualidad Abogacía y Wolters Kluwer España, Madrid, 2021.

Pérez Luño, A.E., «El posthumanismo no es humanismo», *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 44, 2021.

Quintero Olivares, G., «La robótica ante el Derecho penal: el vacío de respuesta jurídica a las desviaciones incontroladas», *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*, n.º 1, 2017.

Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 23.ª ed. [versión 23.7 en línea].

Romeo Casabona, C.M., «Aspectos jurídicos de los híbridos y las quimeras», *Temas para el debate*, n.º 301-302, 2020.

— «Avances científicos y Derecho penal», en E. Demetrio Crespo (dir.), *Derecho penal y comportamiento humano. Avances desde la neurociencia y la inteligencia artificial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

— «La atribución de responsabilidad penal por los hechos cometidos por sistemas autónomos inteligentes, robótica y tecnologías conexas», *Revista de Direito da ULP*, vol. 16, n.º 1-2, 2022.

— «La persona entre la Biotecnología, la Bioética y el Derecho: el paradigma de los trasplantes de órganos», *Revista de derecho y genoma humano: genética, biotecnología y medicina avanzada*, n.º 55, 2021.

— «Los híbridos y las quimeras humanos de nuevo a debate», *Revista de derecho y genoma humano: genética, biotecnología y medicina avanzada*, n.º 51, 2019.

Salvadori, I., «Agentes artificiales, opacidad tecnológica y distribución de la responsabilidad penal», trad. por A. Gálvez Jiménez, *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 133, 2021.

Santana Ramos, E.M., «La ética en la criogenización: reflexiones sobre el futuro», *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, n.º 22 y 23, 2023.

Schünemann, B., *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*, trad. por M. Cancio Meliá, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996.

Vallejo Nágera, A., *Eugenesia de la Hispanidad y regeneración de la raza*, Editorial Española, Burgos, 1937.

— *Política racial del Nuevo Estado*, Editorial Española, San Sebastián, 1938.

Valls Prieto, J., «Sobre la responsabilidad penal por la utilización de sistemas inteligentes», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 24-27, 2022.

26

NOTAS SOBRE EL MÉTODO DE LA DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL

ESTEBAN PÉREZ ALONSO
Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Granada

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL OBJETO DE LA DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL. III. ALGUNOS ASPECTOS ESENCIALES DEL MÉTODO DE LA DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL. III.1. Garantismo. III.2. Pluralismo flexible. III.3. Racionalismo autocrítico. III.4. Sistemático y correctivo tópico. III.5. Crítico y explicativo. IV. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La evolución y desarrollo del pensamiento jurídico-penal desde finales del siglo XIX hasta la actualidad permite constatar, con facilidad, que hay un amplio consenso doctrinal acerca de la existencia de una *ciencia penal o dogmática jurídico-penal*,[1] que tiene por objeto de estudio el conocimiento sistemático del conjunto de las normas y reglas que constituyen el Derecho Penal vigente[2]. Al mismo tiempo, también es común

[1] *Vid.* al respecto, por todos, SCHÜNEMANN, B., «Introducción al razonamiento sistemático…», ob. cit., pp. 43 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación…,* ob. cit., pp. 48 y ss.; JAÉN VALLEJO, M., «Los puntos de partida…», ob. cit., pp. 57 y ss.; BORJA JIMÉNEZ, E., «Algunos planteamientos dogmáticos…», ob. cit., pp. 595 y ss.; PÉREZ ALONSO, E., «Las revoluciones científicas…», ob. cit., pp. 185 y ss.; SERRANO MAILLO, A., *Ensayo sobre el Derecho Penal…,* ob. cit., pp. 142 y ss.; GARCÍA-PABLOS, A., *Introducción…,* ob. cit., pp. 602 y ss.; VORMBAUM, T., *Historia moderna…,* ob. cit., pp. 211 y ss.; SOLARI MERLO, M., «Los paradigmas del Derecho Penal…», ob. cit., pp. 91 y ss.

[2] *Vid.* MUÑOZ CONDE, F., *Introducción…,* ob. cit., pp. 101 y ss.; MIR PUIG, S., *Introducción…,* ob. cit., pp. 273 y ss.; BACIGAPULO, E., *Delitos y punibilidad…,* ob. cit., pp. 13 y ss.; CEREZO MIR, J., *Curso… (I),* ob. cit., pp. 58 y ss.; MORILLAS CUEVA, L., *Metodología…,* pp. 28 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, J., *Aproximación…,* ob. cit., pp. 43 y ss.; PÉREZ ALONSO, E., *Teoría general…,* ob. cit., pp. 49 y ss.; GARCÍA-PLABOS, A., *Introducción…,* ob. cit., pp. 595 y ss.

y tradicional caracterizar a la dogmática penal como ciencia del espíritu[3], cultural[4], empírico-social[5], hermenéutica[6], normativa y valorativa[7], que supone un saber práctico del Derecho Penal[8].

Para el desenvolvimiento en esta ciencia, como en el de cualquier otra, es necesario que el científico (penalista) cuente con los instrumentos adecuados, esto es, que disponga de un método apropiado para alcanzar su propósito de aproximarse al conocimiento científico de su objeto de estudio (el Derecho Penal). Por ello, como la ciencia jurídica es fundamentalmente una ciencia social, conviene advertir —ya como presupuesto metodológico de partida— que para el conocimiento de una determinada formación social, en el campo de las ciencias sociales, es fundamental que los elementos integrantes de la misma sean entendidos siempre en el interior de esa relación compleja[9]. Con ello

[3] *Ciencia del espíritu*. Se acoge aquí la clásica distinción realizada por Dilthey entre ciencias del espíritu y ciencias de la naturaleza, considerando que la ciencia del Derecho penal queda encuadrada entre las ciencias que tienen por objeto el análisis de la vida humana, que intentan determinar lo humano y diferenciarlo de lo que corresponde a las ciencias naturales. *Vid.* Bacigalupo, E., «La Ciencia del Derecho Penal…», ob. cit., p. 462; Cerezo Mir, J., *Curso…(I),* ob. cit., p. 59.

[4] *Ciencia cultural*. Se acoge la distinción de Rickert entre ciencias naturales y culturales; a las primeras corresponde un método generalizador, mientras que las segundas uno método valorativo e individualizador. *Vid.* Sainz Cantero, J.A., *Lecciones…,* ob. cit., p. 63; Cobo Del Rosal, M./Vives Antón, T., *Derecho Penal…,* ob. cit., p. 84.

[5] *Ciencia empírico-social*, en cuanto que supone un gran bagaje de conocimientos y material tomados de la realidad. *Vid.* Sainz Cantero, J.A., *Lecciones…,* ob. cit., p. 63; Morillas Cueva, L., *Metodología…,* ob. cit., pp. 38 y 39.

[6] *Ciencia hermenéutica*, porque la tarea principal del jurista es la de interpretar un texto legal determinado y comprenderlo en relación mutua y recíproca con el caso real al que se aplica. *Vid.* Bacigalupo, E., «La Ciencia del Derecho Penal…», ob. cit., pp. 462 y ss.; Cobo Del Rosal, M./Vives Antón, T., *Derecho Penal…,* ob. cit., p. 85.

[7] *Ciencia normativa y valorativa*, pues se aleja de consideraciones empíricas para situarse cerca de la lógica-racional, a la hora de sistematizar el material jurídico que aportan los textos legales. Es una ciencia que se expresa por medio de proposiciones normativas, cuya validez se dilucida confrontándolas con las valoraciones contenidas en las normas legales. *Vid.* Cobo Del Rosal, M./Vives Antón, T., *Derecho Penal…,* ob. cit., p. 84; Morillas Cueva, L., *Metodología…,* ob. cit., p. 39.

[8] Ciencia práctica, ya que tiene la función de determinar la base legal que permite resolver un caso juzgado ante los tribunales. *Vid.* Mir Puig, S., *Introducción…,* ob. cit., pp. 331 y 332; Bacigalupo, E., *Delito y punibilidad…,* ob. cit., pp. 17 y 18.

[9] *Vid.* Saavedra López, M., *Interpretación del derecho…,* ob. cit., pp. 126 y ss.; Barcellona, P., *I soggetti e le norme*…, ob. cit., pp. 27 y ss., 65 y ss.; Rodríguez Ibáñez, J. E., *La perspectiva sociológica…,* ob. cit., pp. 230 y 231; este autor, siguiendo a Horkheimer, arguye que «es imposible dejar de lado en la elaboración de la teoría social la categoría histórica, puesto que ésta moldea ya hasta la propia percepción». En efecto, los hechos que nos presentan los sentidos están socialmente coloreados por dos factores: el carácter histórico del objeto percibido y el carácter histórico del sujeto perceptor. Con esto se quiere advertir que «el Derecho no existe para sí, sino en un contexto histórico» y, por tanto, solo puede ser explicado devolviéndolo a la historia de las sociedades de donde nace y se transforma, pues, de lo contrario, se convierte en una tautología, en algo que vale por sí y para sí. *Vid.* también, Pérez Alonso,

se quiere decir que para examinar una situación dada es conveniente tener en cuenta el comportamiento interno de cada uno de los elementos que la conforman con las leyes o reglas a las que están sometidos, así como las transformaciones que se producen por la relación dialéctica que existe entre ellos. De esta advertencia cabe deducir: a) que nada ocurre fuera de la historia, por lo que cada cosa debe ser entendida dentro de su contexto histórico y b) que en la historia nada ocurre de forma aislada, por lo que es imposible comprender algo de forma aislada, debiendo entenderse en su dinamismo dialéctico[10].

> Así, por ejemplo, no puede entenderse bien la concepción personal del ilícito si no se explica en su evolución histórico-dialéctica con la concepción causal del ilícito. Para entender esta dialéctica es importante tener en cuenta la Segunda Guerra Mundial y el régimen fascista que le precedió. En Alemania, con anterioridad a la instauración del nacionalsocialismo, la ciencia penal estaba presidida por el positivismo naturalista de Von Liszt. Con él surgió el concepto de bien jurídico, el sistema causalista y se impuso la concepción preventivo-especial de la pena sobre las teorías absolutas defendidas por Binding. Pero, con la llegada del nacionalsocialismo, se produce un exceso irracional en los fines preventivo-especiales de la pena, al considerase que «Derecho es todo aquello que es útil para el pueblo alemán». Terminada la contienda mundial, «la dogmática alemana, para alejarse del autoritarismo nazi, en vez de dar un paso adelante (lo que hubiera supuesto seguir el desarrollo de las ideas —determinismo, prevención especial, etc.— del liberal que era Von Liszt), se decidió por el paso atrás: por la vuelta a la filosofía del siglo XIX, esto es, al "liberalismo" de Kant y de Hegel, máximos representantes ambos de las teorías absolutas»[11]. Se culpó entonces al positivismo naturalista de Von Liszt de la experiencia nazi, y se volvió al positivismo histórico de Binding, en cuya teoría de las normas y, sobre todo, de la pena, se inspiró Welzel —en una clara reacción contra el nacionalsocialismo— para la elaboración del sistema finalista. La falsedad de los reproches dirigidos a Von Liszt, sin embargo, se ha evidenciado posteriormente con el desarrollo de la dogmática penal alemana, la cual ha pasado por una «despedida a Kant y Hegel» y una «vuelta a Von Liszt» (Roxin, Klug), como lo ha puesto de manifiesto la concepción político-criminal del Proyecto Alternativo del StGB[12].

No es posible, ni puede ser nuestra pretensión, hacer un análisis de los distintos planteamientos metodológicos que han venido empleando las distintas escuelas desde que surgieron los primeros estudios sistemáticos del Derecho Penal allá por el siglo

---

E., *Teoría General…,* Ob. cit., Pp. 49 Y Ss.; SERRANO MAÍLLO, A., *Ensayo Sobre El Derecho Penal…,* Ob. cit., Pp. 79 Y Ss.

[10] *Vid.* ALTHUSER, L., *La transformación de la filosofía*…, ob. cit., pp. 1 y ss.; SAAVEDRA LÓPEZ, M./MARESCA ESTELLER, M., «Sobre la ciencia jurídica…», ob. cit., pp. 77 y ss.

[11] *Cfr.* ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., «Recensión a la «Teoría de las normas…», ob. cit., p. 813. Para una visión general de esta cuestión, *Vid.* BARATTA, A., *Positivismo giuridico…,* ob. cit., pp. 70 y ss.; CUERDA RIEZU, A., *El Legislador…,* ob. cit., pp. 19 y ss.

[12] *Vid.* nota anterior.

XIX[13], sino referirnos a la situación actual del método de la dogmática penal. A grandes rasgos, hoy se puede observar algunos cambios radicales con respecto a los presupuestos metodológicos de aquellos primeros estudios. En la actualidad, como destaca la doctrina, se ha producido «un doble giro: por una parte, un giro de lo abstracto y general, a lo concreto y particular; de lo subjetivo y accidental, a lo objetivo y permanente; de lo formal, a lo material; de otra parte, un giro no menos acusado, de lo individual, a lo estructural, a lo social, a lo macrosocial»[14]. Por tanto, de lo que se trataría ahora es de apuntar y señalar algunas cuestiones importantes sobre el método de la dogmática penal, que nos permita exponer y debatir sobre algunos aspectos básicos de sus presupuestos metodológicos en la actualidad, haciendo una referencia previa al objeto de estudio de la dogmática penal.

II. El objeto de la dogmática jurídico-penal

El objeto de estudio de la dogmática penal hay que enmarcarlo en el fenómeno de la criminalidad, como entidad global, que constituye el objeto de estudio de las ciencias penales. La criminalidad puede ser analizada, a efectos expositivos, desde dos perspectivas distintas: jurídica y extrajurídica, siendo ambas imprescindibles para comprender dicho fenómeno en su totalidad. Por ello, el estudio de la criminalidad requiere de una *ciencia integral del Derecho Penal*, en la línea de lo indicado por Von Liszt, aunque con contenido y significado bien distinto. Se reconoce la totalidad del objeto de estudio, pero se abordará preferentemente desde su perspectiva jurídica, a la que va referida exclusivamente la dogmática como especialidad de la ciencia penal[15]. Ello no significa abandonar la cuestión social, ya que lo jurídico también y principalmente es social, sobre todo presupuesto de la realidad, en cuanto que un hecho no es punible *per se*, sino porque la norma penal lo considera como tal.

Por tanto, el objeto de la dogmática jurídico-penal no estaría constituido sólo y exclusivamente por las normas vigentes del Derecho Penal positivo, sino que tendría un contenido más amplio y plural, en el que se integrarían las cuestiones jurídicas del Derecho Penal, es decir, los dogmas o axiomas en los que encuentran fundamento las disposiciones legales que resultan aplicables por decisión razonada o argumentada del intérprete. No debe olvidarse que siempre son posibles distintas interpretaciones de la norma penal, y de ellas el intérprete debe elegir sólo una para resolver el caso

[13] *Vid.* Sainz Cantero, J.A., *Lecciones…,* ob. cit., pp. 59 y ss.; García-Pablos, A., *Introducción…,* ob. cit., pp. 602 y ss.

[14] *Cfr.* García-Pablos, A., *Introducción…,* ob. cit., p. 746.

[15] Compartimos la tesis de que la dogmática jurídico-penal constituye la ciencia del Derecho Penal por excelencia. *Vid.* por todos, Silva Sánchez, J., *Aproximación…,* ob. cit., p. 45.

concreto[16]. Por otra parte, hoy en día cada vez más vemos como el sistema de fuentes ha cambiado de forma considerable, lo que hace que el objeto de la dogmática ya no pueda ser el tradicional[17]. Y, por otro lado, además, para tener una visión totalizadora del objeto de la dogmática penal, como señala Roxin, «el camino acertado sólo puede consistir en dejar penetrar las decisiones valorativas político-criminales en el sistema de Derecho Penal»[18].

Se trata de mirar ahora hacia la realidad social en la que nace y se desenvuelve la delincuencia, para lo cual será de gran utilidad atender a los resultados de las ciencias empíricas de la criminalidad, que nos proporcionan conocimientos suficientes para someter a una crítica axiológica a la dogmática jurídico-penal. Pero, no solo eso, la aproximación necesaria a las ciencias empíricas debe ir acompañada también de forma necesaria a un acercamiento a la ciencia de la legislación, así como a los sistemas de evaluación de la eficacia y efectividad de la producción normativa, que hasta ahora no han merecido mucha atención por parte de la dogmática[19].

En suma, el objeto central de la dogmática penal, como señala Silva Sánchez, «no lo constituyen las proposiciones legales de un Derecho positivo concreto, sino, más bien, un conjunto permanente de problemas que se hallan ligados entre sí por determinadas conexiones lógico-estructurales y axiológicas, y a los que se trata de dar respuesta mediante un sistema de contenidos valorativos obtenidos a partir de determinadas premisas fundamentales en virtud, a su vez, de conexiones lógicas y axiológicas»[20].

III. Algunos aspectos esenciales del método de la dogmática jurídico-penal

Los elementos y aspectos configuradores del método jurídico (penal) en su globalidad son muchos y complejos, ciertamente, por lo que resulta difícil poder abordarlos en

[16] *Vid.* al respecto, Bacigalupo, E., «La Ciencia del Derecho Penal…», ob. cit., pp. 459 y ss.; Torío López, A., «Racionalidad…», ob. cit., pp. 387 y ss.; Zugaldía Espinar, J.M., *Fundamentos…,* pp. 142 y ss.; Silva Sánchez, J., *Aproximación…,* ob. cit., pp. 102 y ss.; Donini, M., «Escenarios del Derecho Penal …», ob. cit., p. 53.

[17] *Vid.* Donini, M., «Escenarios del Derecho Penal…», ob. cit., pp. 41 y ss.; mismo autor, *Poder judicial…,* ob. cit., pp. 76 y ss. Este autor advierte que «se trata del nacimiento de una "red normativa" realmente compleja: tanto legislativa como judicial, tanto nacional como comunitaria e internacional, que coexiste y, en parte, sustituye, a *la tradicional "pirámide"* de escalones del sistema jurídico. Se asiste a un *entrelazado reticular de fuentes de producción* normativa (que va más allá de las "disposiciones" abstractas de la ley) y a *un pluralismo horizontal y vertical de esas mismas fuentes* y de sus respectivos universos culturales».

[18] *Vid.* Roxin, C., *Política Criminal…,* ob. cit., pp. 32 y ss.

[19] *Vid.* Donini, M., «Escenarios del Derecho Penal…», ob. cit., pp. 53 y 54; mismo autor, *Poder judicial…,* ob. cit., pp. 97 y ss.

[20] *Cfr.* Silva Sánchez, J., *Aproximación…,* ob. cit., pp. 121.

su totalidad. La cuestión del método de la dogmática penal plantea, en consecuencia, muy dispares problemas sobre los que siempre es conveniente incidir o reabrir su discusión científica. Con este propósito se analizarán algunas cuestiones metodológicas que se consideran importantes y que de algún modo constituyen los elementos configuradores del método de la dogmática que se defiende y se intenta aplicar en la investigación jurídico-penal llevada a efecto hasta la fecha.

III.1. **Garantismo**

Así, en primer término, habría que adoptar una *perspectiva metodológica garantista* de los derechos y libertades fundamentales que, además, tienda a alcanzar la seguridad jurídica y evitar la arbitrariedad como una de las funciones básicas de la dogmática penal. Desde esta perspectiva, el respeto absoluto al principio de legalidad penal supone el punto de partida básico de donde deben arrancar todos los demás presupuestos metodológicos[21]. Este garantismo que se predica no puede ser entendido como un método que permita velar de forma absoluta por el conocimiento científico de nuestro objeto de estudio. En el campo de la ciencia jurídica no es posible afirmar la existencia de un método que permita llegar a soluciones obligadas y definitivas, a la única solución justa y científica de la cuestión sometida a discusión. No se garantiza, por tanto, la obtención del conocimiento científico, sino que el método de la dogmática debe tender a velar decididamente por el respeto absoluto de los derechos fundamentales de los ciudadanos, con especial atención protectora al derecho a la libertad personal, y, para ello, el presupuesto básico e ineludible debe ser el respeto al principio de legalidad. Por ello, es fundamental la orientación a los valores constitucionales y a la propia Constitución en toda la actividad dogmática, tanto para la determinación del objeto de protección, como para la limitación del poder de castigar, hasta para el desarrollo de la propia actividad de la dogmática[22].

En esta línea, como es sabido, Ferrajoli redefinió el concepto de este principio liberal y le otorgó un contenido más amplio, para que pueda cumplir de forma adecuada la función —previamente asignada— que le corresponde dentro del sistema legal-penal. Consideraba que ha de entenderse en dos sentidos distintos pero complementarios: como estricta legalidad y como mera o lata legalidad. Así, «mientras que el axioma de la *mera legalidad* se limita a exigir la ley como condición necesaria de la pena y del delito (*nula poena, nullum crimen sine lege*), el principio de la *estricta legalidad* exige todas las otras garantías como condición necesaria de la legalidad penal (*nula lex poe-*

[21] *Vid.* Ferrajoli, L., *Diritto e ragione…,* ob. cit., pp. 6 y ss. Sobre la seguridad jurídica, *Vid.* Serrano Maíllo, A., *Ensayo del Derecho Penal…,* ob. cit., pp. 126 y ss.

[22] Donini, M., «Escenarios del Derecho Penal…», ob. cit., pp. 55 y ss.; mismo autor, *Poder judicial…,* ob. cit., pp. 97 y ss.

nalis sin necesitate, sine iuria, sine actione, sine culpa, sine iudicio, sine accusatione, sine probatione, sine defensione). Gracias al primer principio, la ley es condicionante; gracias al segundo, ella está condicionada»[23]. De este modo, el principio de legalidad se convierte en una línea de resistencia infranqueable frente al poder punitivo del Estado en cualquiera de sus manifestaciones y fases en las que opere.

En este contexto es claro que una dogmática sólida contribuye a la aplicación del sistema penal igualitaria, segura y controlable en todas sus fases. Por ello, la función tradicional y esencial de la dogmática es decisiva a este respecto. Conviene aquí recordar las palabras de Gimbernat cuando señalaba que «la dogmática nos debe enseñar lo que es debido en base al Derecho, debe averiguar qué es lo que dice el Derecho. La dogmática jurídico-penal, pues, averigua el contenido del Derecho Penal, cuáles son los presupuestos que han de darse para que entre en juego un tipo penal, qué es lo que distingue un tipo de otro, dónde acaba el comportamiento impune y dónde empieza el punible. Hace posible, por consiguiente, al señalar límites y definir conceptos, una aplicación segura y calculable del Derecho Penal, hace posible sustraerle a la irracionalidad, a la arbitrariedad y a la improvisación».[24] Pero hay que buscar también una legitimación democrática tanto en la dogmática como en el propio Derecho Penal, que necesita del estilo argumentativo y racional, con orientaciones a valores constitucionales y a saberes empíricos, para seguir cumpliendo sus funciones en la actualidad[25].

III.2. **Pluralismo flexible**

En segundo lugar, también sería adecuado adoptar una *perspectiva metodológica pluralista y flexible* que estuviera abierta a cualquier opción y no restringida de antemano, ya que el objeto que se intenta explorar es muy amplio y difícil de conocer en su totalidad. Por ello, es necesario una apertura a la realidad social y a los avances científicos y técnicos, por lo que habría que apostar por la interdisciplinariedad con otras ramas del saber que puedan aportar nuevos datos y elementos para un abordaje

[23] *Vid.* ampliamente Ferrajoli, L., *Diritto e ragione…,* ob. cit., pp. 69-73, 891 y ss.

[24] *Cfr.* Gimbernat, E., «¿Tiene un futuro…», ob. cit., pp. 78 y ss. Así *Vid.* Muñoz Conde, F., *Introducción…,* ob. cit., pp. 135 y ss.; Bacigalupo, E., *Delito y punibilidad…,* ob. cit., pp. 17 y ss.; Lamarca Pérez, C., «Posibilidades…», ob. cit., p. 542; Silva Sánchez, J., *Aproximación…,* ob. cit., pp. 43 y ss.

[25] *Vid.* Donini, M., «Escenarios del Derecho Penal…», ob. cit., pp. 55 y ss.; mismo autor, *Poder judicial…,* ob. cit., pp. 76 y ss. En este sentido, García-Pablos, A., *Introducción…,* ob. cit., p. 750, ha señalado que dicha legitimación democrática «tiene que reforzar el consenso social que le sirve de fundamento, porque ya no basta la autoridad formal del poder público que lo establece y aplica, ni el estilo aristocrático de las magistraturas que gestionan su ejercicio, ni la dogmática académica y profesional que lo inspira, cerrada en sí misma. El saber jurídico penal debe asumir una nueva *lógica discursiva* cuyo presupuesto es la *accesibilidad* y la *controlabilidad* del mismo, así como la incorporación de conocimientos más cuantificables, más descriptivos, en definitiva, más verificables»

más completo y práctico del fenómeno de la criminalidad[26]. Al tiempo que el proceso de europeización del Derecho Penal no puede llevar más que a una apertura de miras desde el prisma metodológico y del objeto de estudio de nuestra disciplina[27]. Consecuentemente se debería rechazar la idea de un método cerrado que contenga principios rígidos, inalterables y que pretenda dar reglas fijas, de cumplimiento obligatorio, para guiar las elecciones y decisiones de los penalistas, en nombre de un concepto superior de ciencia, desde el cual se predefine y califica lo que deba ser o no objeto del conocimiento jurídico-penal (carácter absoluto de la ciencia)[28]. En este sentido, Feyerabend sostiene que «la idea de un método fijo, o la idea de una teoría fija de la racionalidad, descansa sobre una concepción excesivamente ingenua del hombre y de su contorno social. A quienes consideren el rico material que proporciona la historia, y no intenten empobrecerlo para dar satisfacción a sus más bajos instintos y a su deseo de seguridad intelectual con el pretexto de claridad, precisión, "objetividad", "verdad", a esas personas les parecerá que sólo hay un principio que puede defenderse bajo cualquier circunstancia y en todas las etapas del desarrollo humano. Me refiero al principio *todo sirve*»[29].

Con esto no se pretendería proponer ningún método nuevo, sino tan sólo constatar que todas las metodologías, incluso las más obvias, tienen sus límites, y que debemos demostrarlos para frustrar su uso ilícito en función de su cientificidad universal y absoluta. De este modo, si queremos conocer el método de la dogmática, para darle un alcance explicativo y no meramente descriptivo, deberíamos hacer uso de forma abierta y flexible de todas las ideas, de todos los métodos y de todas las materias concernientes a nuestro objeto de estudio[30]. En este mismo sentido se expresa Vogel con relación al proceso de europeización del Derecho Penal, donde destaca que el pluralismo y la

[26] *Vid.* García-Pablos, A., *Introducción…,* ob. cit., pp. 710 y ss., 751 y ss.; aunque como señala este autor habría que guardarse mucho de las tentaciones del sociologicismo, el formalismo y el tecnicismo acrítico (p. 748). *Vid.* también, Donini, M., «Escenarios del Derecho Penal…», ob. cit., pp. 50 y 51; mismo autor, *Poder judicial…,* ob. cit., pp. 101 y ss.

[27] Vogel, J., «Política criminal…», ob. cit., pp. 140 y 141; García-Pablos, A., *Introducción…,* ob. cit., pp. 757 y 758.; Donini, M., «Escenarios del Derecho Penal…», ob. cit., pp. 46 y ss.

[28] *Vid.* Schünemann, B., «Introducción al razonamiento sistemático…», ob. cit., pp. 31 y ss.

[29] *Vid.* Feyerabend, P., *Tratado contra el método…*, ob. cit., pp. 1-17 y 289 y ss.; Chalmers, A., «*¿Qué es una cosa…*», ob. cit., pp. 187-202 y 230 y ss. Con ciertos límites, Althusser, L., *La transformación…,* ob. cit., pp. 1 y ss.; Saavedra López, M./Maresca Esteller, M., «Sobre la ciencia jurídica…», pp. 77 y ss.; Pérez Alonso, E., *Teoría general…,* ob. cit., p. 85; Serrano Maíllo, A., *Ensayo del Derecho Penal…,* pp. 79 y ss.

[30] *Vid.* Feyerabend, P. *Tratado contra el método…*, ob. cit., p. 29, señala que «la unanimidad de opinión tal vez sea adecuada para una iglesia, para las asustadas y ansiosas víctimas de algún mito (antiguo o moderno) o para los débiles y fanáticos seguidores de algún tirano. La pluralidad de opinión es necesaria para el conocimiento objetivo, y un método que fomente la pluralidad es, además, el único método compatible con una perspectiva humanista».

apertura metodológica son elementos claves para la búsqueda de un método discursivo que arroje los mejores argumentos posibles a fin de evitar, al menos, la arbitrariedad[31].

III.3. **Racionalismo autocrítico**

En tercer lugar, la dogmática tiene que apostar por un *método racional y autocrítico*, capaz de revisar el propio «dogmatismo» de la dogmática. Como ya se ha indicado, la dogmática jurídico-penal constituye el núcleo de la ciencia penal en la medida que tiene encomendada la misión de «desarrollar y explicar el contenido de las reglas jurídicas en su conexión interna, es decir, sistemáticamente»[32]. Por ello, la dogmática desempeña un papel esencial en la construcción del sistema penal, cimentado no sólo en las normas penales vigentes, sino en la formulación y refutación de teorías que argumenten y expliquen el fundamento último de las decisiones doctrinales y judiciales que conducen a la aplicación de una disposición legal a un caso real concreto.

En esta tarea dogmática de concreción del alcance de la norma, el intérprete ha de integrar el caso en la norma y ésta en aquél, pues entre caso real y norma penal existe una relación mutua de adecuación, en la cual el jurista que intenta concretar y comprender la norma actúa movido por criterios meta-normativos (no deducidos de la ley) que son inherentes al proceso hermenéutico de comprensión y que le llevan, *ab initio*, a adoptar una decisión previa respecto al caso, para luego buscar los criterios interpretativos que mejor contribuyan a fundamentar jurídicamente la decisión adoptada. Conviene dejar constancia de este modo habitual de proceder en la ciencia jurídica, pues, en la práctica, es frecuente que la jurisprudencia y la doctrina utilicen las distintas teorías como «meros criterios de interpretación» y que recurran alternativamente a una u otra según cuál resulte más conveniente para fundamentar una decisión tomada de antemano[33].

Por tanto, se reconoce que detrás de todo acto de conocimiento hay decisiones del intérprete, que no han de quedar al margen del proceso de conocimiento, sino que las cadenas argumentales en las que el intérprete fundamenta su decisión han de incluirse también como objeto de estudio. De esta forma, no se trata de eliminar los criterios meta-normativos de la actividad dogmática, sino de incorporarlos explícitamente al proceso

[31] *Vid.* VOGEL, J., «Política criminal…», ob. cit., pp. 141 y ss. *Vid.* también DONINI, M., «Escenarios del Derecho Penal …, ob. cit., pp. 46 y ss.

[32] *Cfr.* WELZEL, H., *Derecho Penal…,* ob. cit., p. 11, donde afirma también que, «como ciencia sistemática da la base para una Administración de Justicia igualitaria y justa, ya que sólo la comprensión de las conexiones internas del Derecho libera a su aplicación del acaso y la arbitrariedad». *Vid.* CEREZO MIR, J., *Curso…(I),* pp. 59 y ss.

[33] En este sentido, *Vid.* MIR PUIG, S., *Introducción…,* ob. cit., pp. 301 y ss.; BACIGALUPO, E., *Delito y punibilidad…,* ob. cit., pp. 32 y 33; LAMARCA PÉREZ, C., «Posibilidades…», ob. cit., pp. 527 y ss.; TORÍO LÓPEZ, A., «Racionalidad…», ob. cit., pp. 387 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, J., *Aproximación…,* ob. cit., pp. 134 y 135.

de concreción, para hacerlos así controlables y susceptibles de una crítica racional. Debe rechazarse, por ende, el dualismo metodológico —relativista— que lleva a la tradicional oposición entre conocimiento y valoración, entre juicios de hecho y de valor[34].

Aceptado esto, el problema más importante que se le plantea a la dogmática es el de buscar y fijar los criterios para decidir entre diversos fundamentos posibles y el de buscar y fijar los criterios para decidir entre las diversas interpretaciones posibles de las normas. Uno de los criterios más importantes utilizados para esos fines, en la actualidad, es el que acude a los resultados de las distintas teorías en la aplicación del Derecho Penal. En esta línea cabe destacar la tendencia propugnada por Roxin de integrar a la política criminal como factor directivo en las distintas fases de la teoría del delito, o, en el mismo sentido, la idea de Hassemer de orientar la dogmática penal a las consecuencias jurídicas, con el fin de dar mayor protagonismo a la eficacia preventiva de la pena[35].

En definitiva, se trataría de buscar criterios racionales que fuesen capaces de lograr *«el consenso científico tras una discusión libre»*, adoptándose las soluciones que mejores efectos jurídicos produzcan en la aplicación práctica del Derecho Penal, esto es*, una dogmática consensuada por su orientación a las consecuencias jurídico-penales*[36].

Pese a reconocer la importancia que el consenso científico juega en la dogmática, ello no puede elevarlo a criterio único y excluyente respecto a otras opiniones —minoritarias—; al contrario, el disenso científico debe admitirse e incluso propugnarse[37]. En suma, como apunta Cuerda Riezu, «el proceso de creación de un consenso suprasubjetivo es necesario para que la comunidad científica comparta una serie de principios básicos que en la práctica apenas se cuestionan, pero ese consenso no sólo no impide, sino que incluso reclama un disenso sobre otras cuestiones; la pluralidad de opiniones dogmáticas garantiza así el desarrollo científico y la dualidad de posiciones que se manifiestan con anterioridad a la decisión judicial. En la actividad científica se entabla una dialéctica muy dinámica entre consenso y disenso, resultando en todo caso imprescindibles ambos fenómenos»[38].

[34] *Vid.* Habermas, J., *La lógica de las ciencias…,* ob. cit., pp. 29 y ss. En el ámbito penal, *Vid.* Mir Puig, S., *Introducción…,* ob. cit., pp. 301 y ss.; Bacigalupo, E., *Delito y punibilidad…,* ob. cit., pp. 30 y ss.; Lamarca Pérez, C., «Posibilidades…», ob. cit., pp. 532 y ss. Para una crítica al relativismo, desde la perspectiva expuesta, *Vid.* Pérez Alonso, E., *Teoría general…,* pp. 59 y ss., pp. 29-44.

[35] *Vid.* Roxin, C., *Política criminal…,* ob. cit., pp. 15 y ss.; Hassemer, W., *Fundamentos…,* ob. cit., pp. 34 y ss.

[36] Sobre el consenso, Cuerda Riezu, A., *El legislador…,* ob. cit., pp. 102 y ss.; Silva Sánchez, J., *Aproximación…,* ob. cit., pp. 162 y ss.; Serrano Maíllo, A., *Ensayo del Derecho Penal…,* ob. cit., pp. 49 y ss.

[37] Sobre el disenso, Cuerda Riezu, A., *El legislador…,* ob. cit., pp. 106 y ss.

[38] *Cfr. Ibidem*, p. 108.

III.4. **Sistemático y correctivo tópico**

En cuarto lugar, la ciencia jurídica (penal) ha de emplear un *método sistemático*, aunque sometido a un correctivo tópico. La tarea principal de la dogmática penal, como es sabido, es crear un sistema, como modelo, que permita la explicación y elaboración del material jurídico con vistas a un mejor conocimiento del mismo y a asegurar la objetividad de su aplicación al caso concreto. Más explícitamente, como señala Schünemann, «el ideal de la elaboración sistemática en Derecho Penal (como en la ciencia jurídica en general) viene representado por un «sistema abierto'' que ordene y conserve los conocimientos alcanzados de modo seguro tras el debate científico, pero que, por otro lado, no esté inmunizado frente a su modificación, o incluso subversión, provocada por la aparición de nuevas soluciones a los problemas o de nuevos conocimientos materiales»[39].

Además, para que este sistema sea fructífero habría que exigirle claridad y ordenación conceptual, referencia a la realidad y orientación en finalidades político-criminales. Por esto, como advierte Roxin, el método jurídico «tiene que partir de que las concretas categorías del delito —tipicidad, antijuricidad y culpabilidad— deben sistematizarse, desarrollarse y contemplarse desde un principio bajo el prisma de su función político-criminal»[40].

De este modo propuesto se salvan las críticas que tradicionalmente se han dirigido contra la dogmática[41]. En primer lugar, se le ha objetado la supervaloración del pensamiento sistemático, como una de las causas que han provocado su actual crisis. Esto puede evitarse mediante el procedimiento de aproximarse a la realidad social de donde nace la norma, acercándose a los problemas sociales que la norma pretende resolver, es decir, dando mayor relevancia al supuesto problemático que a su mecanismo de control y solución[42]. Por ello, en el ámbito punitivo se propone una interacción entre el pensamiento sistemático y el pensamiento problemático (correctivo tópico).

Pero, a diferencia de la relevancia subsidiaria y complementaria que la doctrina penal ha otorgado al pensamiento tópico, ya que tan sólo se ha aspirado a conseguir un

[39] *Cfr.* Schünemann, B., «Introducción al razonamiento sistemático…», ob. cit., p. 43. Sobre la idea de sistema abierto, *Vid.* Silva Sánchez, J., *Aproximación…,* ob. cit., pp. 67 y ss., 102 y ss.; García-Pablos, A., *Introducción…,* ob. cit., pp. 704 y ss.; Serrano Maíllo, A., *Ensayo del Derecho Penal…,* ob. cit., pp. 193 y ss.

[40] *Cfr.* Roxin, C., *Política criminal…,* ob. cit., p. 40.

[41] *Vid.* Mir Puig, S., *Introducción…,* ob. cit., pp. 305 y ss.; Silva Sánchez, J., *Aproximación…,* ob. cit., pp. 72 y ss.; Schünemann, B., «El refinamiento de la dogmática…», ob. cit., pp. 11 y ss.; García-Pablos, A., *Introducción…,* ob. cit., pp. 740 y ss.; Serrano Maíllo, A., *Ensayo del Derecho Penal…,* ob. cit., pp. 186 y ss.

[42] Sobre el correctivo tópico, *Vid.* Viehweg, T., *Tópica…,* ob. cit., pp. 51 y ss.; Saavedra López, M., *Interpretación del derecho…,* ob. cit., pp. 83 y ss.

equilibrio dialéctico entre ambas formas de pensamiento[43], creemos que el método tópico ha de tener una mayor relevancia dentro del sistema penal, quizá como el correctivo más importante a la idea de sistema. En efecto, como es sabido[44], la tópica no supone una contradicción absoluta y excluyente con la idea de sistema, ni con la lógica deductiva, sino que controla y revisa los puntos de partida del método deductivo, cuando conduzcan a resultados insatisfactorios desde la perspectiva dogmática y político-criminal, y, además, cuestiona los dogmas dados como definitivos y no problemáticos. Por tanto, la tesis del pensamiento tópico no es incompatible con el sistema dogmático, sino que contradice la idea de un sistema cerrado y definitivo. Además, el método tópico es un método argumentativo y dialogante dirigido a crear el consenso respecto de las razones de selección de la norma, para evitar la subjetividad del intérprete, así como para controlar y corregir los excesos de la idea de sistema[45]. No debe olvidarse, finalmente, que el proceso de europeización del Derecho Penal también lleva a una priorización del pensamiento problemático sobre el sistemático, pues atiende más a los problemas sociales que a los conceptos o categorías penales[46].

En segundo lugar, el excesivo formalismo de la dogmática ha conducido a su alejamiento de realidad social, así como al mantenimiento del *status quo*, puesto que no ha atendido a los resultados de otras ciencias de la criminalidad, ni ha dado relevancia a la práctica judicial. Tal supervaloración del sistema, como apunta Roxin, «aparta a la dogmática, por un lado, de las decisiones valorativas político-criminales y, por otro, la incomunica de la realidad social, en lugar de dejarle abierto el camino a ella»[47]. Por ello, se propone la integración de la política-criminal y la dogmática, además de dar entrada al aspecto material de las normas y a los valores que hay tras ellas, es decir, a la realidad social que constituye el principio y fin de las mismas[48].

Finalmente, a la dogmática se le ha objetado su excesiva y exagerada elaboración conceptual, pero esta objeción no parece tener siempre suficiente fundamento, ya que la dogmática es un instrumento de control del poder coercitivo del Estado frente a los ciudadanos y garantiza así el principio de legalidad y proporcionalidad de las penas, evitando el uso y abuso judicial de penas excesivas que van más allá de la voluntad del

[43] *Cfr.* García Amado, J.C., *Teorías de la tópica…,* ob. cit., pp. 275 y 276. *Vid.* Muñoz Conde, F., *Introducción…,* ob. cit., pp. 179 y ss.; Mir Puig, S., *Introducción…,* ob. cit., pp. 281 y ss.; Silva Sánchez, J., *Aproximación…,* ob. cit., pp. 78 y ss.; García-Pablos, A., *Introducción…,* ob. cit., pp. 752 y ss.

[44] Para un mayor protagonismo de la tópica en el ámbito penal, *Vid.* Pérez Alonso, E., *Teoría general…,* ob. cit., pp. 76 y ss.; Serrano Maíllo, A., *Ensayo del Derecho Penal…,* ob. cit., pp. 186 y ss.

[45] *Vid.* Saavedra López, M., *Interpretación del derecho…,* ob. cit., pp. 83 y ss.

[46] *Vid.* Vogel, J., «Política criminal…», ob. cit., p. 142; García-Pablos, A., *Introducción…,* ob. cit., p. 758.

[47] *Cfr.* Roxin, C., *Política criminal…,* ob. cit., p. 35.

[48] Sobre esta crítica, *Vid.* Mir Puig, S., *Introducción…,* ob. cit., pp. 305 y ss.; Silva Sánchez, J., *Aproximación…,* ob. cit., pp. 102 y ss.

legislador penal[49]. No obstante, debe tomarse conciencia de que el método sistemático de la dogmática no es un fin en sí mismo, sino el medio necesario para la consecución de sus fines, por lo que no se justifica por su coherencia interna o su propia lógica, sino por sus resultados y función[50]. Hay que insistir nuevamente en la idea, bien expresada por García-Pablos, de que el sistema «ha de estar orientado a la solución de los problemas, en lugar de recrearse en su propia belleza y congruencia interna. Ha de ser un sistema "abierto" a la realidad y a las necesidades, y no cerrado en sí mismo. La justicia y eficacia de las soluciones a los problemas concretos no ha de fundamentarse exclusivamente en la deducción, ni pasar necesariamente por el tamiz de las categorías del sistema»[51].

III.5. **Crítico y explicativo**

En último término, debería incidirse también en una *perspectiva metodológica crítica y explicativa* del sistema penal que estuviera guiada por la idea de autorreflexión. No debe olvidarse que el Derecho Penal «no es más que un instrumento puesto al servicio de los fines de la comunidad. Si se quiere comprender su esencia, es necesario tener en cuenta esos fines y construir el sistema jurídico no hacia dentro, sino hacia fuera, abierto a los problemas y fines sociales»[52]. Por ello, si no se quiere contribuir como científico del derecho a la reproducción de unas relaciones de dominio económico-político y al mantenimiento del *status quo*, la vía de la denuncia y de la crítica sigue abierta para la dogmática penal. Esta crítica que se podría realizar, «además de objetiva e inmanente, es forzosamente jurídica, política y social a la vez, es decir, es dialéctica porque recurre a la totalidad social como elemento mediador de los análisis científico-jurídicos»[53].

Para la construcción de este sistema, la dogmática no sólo precisa de la lógica jurídica formal, sino también de «una *lógica material* que argumente a partir de los valores protegidos con ayuda de consideraciones jurídicas en cuanto a su contenido, y conduzca por esta vía a la creación y fundamentación de nuevas proposiciones jurídicas»[54]. Con tal fin, habría que atender a los resultados de otras ciencias sociales, especialmente a la criminología, para someter a crítica axiológica al propio sistema penal. De este modo, habría que transformar una ciencia descriptiva del Derecho, limitada a la supuesta comprensión hermenéutica del significado del texto jurídico, en una ciencia explicativa. Pero, como advierten Saavedra / Maresca «una ciencia del Derecho ilustrada es algo

[49] *Vid.* Gimbernat, E., «¿Tiene un futuro…», ob. cit., p. 80.

[50] *Vid.* García-Pablos, A., *Introducción…,* ob. cit., pp. 751 y 752.

[51] *Cfr.* García-Pablos, A., *Introducción…,* ob. cit., p. 710.

[52] *Cfr.* Muñoz Conde, F., *Introducción…,* ob. cit., pp. 9 y 10. *Vid.* García-Pablos, A., *Introducción…,* ob. cit., pp. 706 y ss.

[53] *Cfr.* Saavedra López, M./Maresca Esteller, M., «Sobre la ciencia jurídica…», ob. cit., pp. 92 y ss.

[54] *Cfr.* Jescheck, H.H., *Tratado…(I),* ob. cit., p. 59.

más. Rebasa los límites de la existencia de las normas e instituciones jurídicas concretas como hechos históricos, sociales o culturales»[55], debido a que la ciencia del Derecho es una ciencia social. Y «una ciencia social que no sea ciencia histórica es una perversión del conocimiento. Sin perjuicio del conocimiento del qué del Derecho, la ciencia jurídica se debe preocupar del por qué y del para qué del mismo. Es más, no se puede conocer el qué de un fenómeno social sin tener claro su por qué y su para qué. Y el Derecho como fenómeno social y como producto histórico tiene una razón de ser que excede del mero dato de su existencia impuesta por la fuerza del Estado»[56].

En definitiva, se considera que el sistema penal no es únicamente un conjunto estático de normas, sino un complejo dinámico de funciones (proceso de criminalización) al que recurren las diversas instancias oficiales de control jurídico-social. Se debería propugnar por ello una ciencia jurídico-penal que fuese más allá de los límites de la propia dogmática y que superase incluso su primer dogma: el Derecho Penal. De esta forma, la dogmática penal podría concebirse como una práctica y no como una técnica, es decir, como un sistema de conocimiento abierto a todas las contradicciones presentes en una determinada formación social, con pretensiones de transformarla, y no como un conjunto de reglas destinado exclusivamente a una mejor elaboración del material jurídico[57].

IV. Bibliografía

Althuser, L., *La transformación de la filosofía* (conferencia pronunciada en la Universidad de Granada, en marzo de 1976), Colección Propuesta de la Universidad de Granada, 1976.

Bacigalupo, E., *Delito y punibilidad*, Civitas, Madrid, 1983.

— «La Ciencia del Derecho Penal entre el ideal científico de las ciencias naturales y el de las ciencias del espíritu», en *Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona, Libro Homenaje al Prof. Antonio Beristain,* Universidad del País Vasco, San Sebastián, 1989.

Baratta, A., *Positivismo giuridico e scienza del Diritto penale.* Milano, 1966.

Barcellona, P., *I soggetti e le norme,* Giuffrè, Milano, 1984.

Borja Jiménez, E., «Algunos planteamientos dogmáticos en la teoría jurídica del delito en Alemania, Italia y España», *CPC,* Núm. 63, 1997.

Cerezo Mir, J., *Curso de Derecho Penal español. Parte General I.* 5.ª ed., Tecnos, Madrid, 1997.

Cobo Del Rosal, M./Vives Antón, T., *Derecho Penal. Parte General.* 5.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

Cuerda Riezu, A., El *Legislador y el Derecho Penal. (Una orientación a los orígenes)*. Madrid, 1991.

[55] *Cfr.* Saavedra López, M./Maresca Esteller, M., «Sobre la ciencia jurídica…», ob. cit., p. 88. Así, también, Barcellona, P., *I soggetti e le norme…,* ob. cit., pp. 65 y ss.

[56] *Cfr.* Saavedra López, M./Maresca Esteller, M., «Sobre la ciencia jurídica…», ob. cit., pp. 89 y 90.

[57] Zaffaroni, E., «La crítica al Derecho Penal…», ob. cit., pp. 431 y ss.; mismo autor, «Hacia dónde irá la ciencia…», ob. cit., pp. 243 y ss.; García-Pablos, A., *Introducción…,* ob. cit., pp. 748.

CHALMERS, A., *¿Qué es una cosa llamada ciencia?*, 10.ª ed. española, Siglo XXI editores, Madrid, 1990.

DONINI, M., «Escenarios del Derecho Penal en Europa a principios del siglo XXI», en *La política criminal en Europa,* Mir Puig y Corcoy Bidasolo (dirs.), Atelier, Barcelona, 2004.

— *Poder judicial y ética pública.* BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2015.

FERRAJOLI, L., *Diritto e ragione. Teoría del garantismo penale,* Laterza, Bari, 1989.

FEYERABEND, P., *Tratado contra el método. Esquema de una teoría anarquista del conocimiento*, Tecnos, Madrid, 1986.

GARCÍA AMADO, J.C., *Teorías de la Tópica Jurídica,* Civitas, Madrid, 1988.

GARCIÁ-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho Penal,* 4.ª ed., Ramón Areces, Madrid, 2006.

GIMBERNAT ORDEIG, E., «¿Tiene un futuro la Dogmática jurídico-penal?», *Estudios de Derecho Penal*, Tecnos, Madrid, 1990.

HABERMAS, J., *La lógica de las ciencias sociales*. Madrid, 1988.

HASSEMER, W., *Fundamentos de Derecho Penal.* Trad. y notas de Muñoz Conde y Arroyo Zapatero, Barcelona, 1984.

— «La ciencia jurídico penal en la República Federal Alemana», *ADPCP,* 1993.

JAÉN VALLEJO, M., «Los puntos de partida de la dogmática penal», *ADPCP*, 1995.

JESCHECK, H.H., *Tratado de Derecho Penal. Parte General.* Vol. I, Trad. y adiciones de Mir Puig y Muñoz Conde, Barcelona, 1981.

LAMARCA PÉREZ, C., «Posibilidades y límites de la dogmática penal», CPC, Núm. 33, 1987.

LARENZ, K., *Metodología de la Ciencia del Derecho.* 2.ª ed. Trad. por Rodríguez Molinero, Barcelona, 1980.

MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho Penal,* Barcelona, 1976.

MORILLAS CUEVA, L., *Metodología y ciencia penal,* SP. Universidad de Granada, 1990.

MUÑOZ CONDE, F., *Introducción al Derecho Penal,* Barcelona, 1975.

PÉREZ ALONSO, E., *Teoría general de las circunstancias: especial consideración de las agravantes indeterminadas en los delitos contra la propiedad y el patrimonio,* Edersa, Madrid, 1995.

— «Las revoluciones científicas del Derecho Penal: evolución y estado actual de la dogmática jurídico-penal», *ADPCP,* 1997.

RODRÍGUEZ IBÁÑEZ, J., *La perspectiva sociológica. Historia, teoría y método*, Taurus, Madrid, 1989.

ROXIN, C., *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal.* Trad. Muñoz Conde, Bosch, Barcelona, 1972.

— «Franz Von Liszt y la concepción político criminal del Proyecto Alternativo», *Problemas básicos del Derecho Penal*. Trad. Luzón Peña, Ed. Reus, Madrid, 1976.

SAAVEDRA LÓPEZ, M., *Interpretación del derecho e ideología. Elementos para una crítica de la hermenéutica jurídica*, SP. Universidad de Granada, 1978.

— MARESCA ESTELLER, M., «Sobre la ciencia jurídica dominante en las facultades de Derecho: La crisis de la reforma», *ACFS,* Núm. 20-21, 1980-1981.

SAINZ CANTERO, J.A., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General.* 3.ª ed. Barcelona, 1990.

SCHÜNEMANN, B., «Introducción al razonamiento sistemático en Derecho Penal», en *El sistema moderno del Derecho Penal: cuestiones fundamentales*. Tecnos, Madrid, 1991.

— «El refinamiento de la dogmática jurídico-penal. ¿Callejón sin salida en Europa? Brillo y miseria de la ciencia jurídico-penal alemana», en *Temas actuales y permanentes del Derecho Penal después del milenio,* Tecnos, Madrid, 2002.

SERRANO MAILLO, A., *Ensayo sobre el Derecho penal como ciencia: acerca de su construcción,* Dykinson, Madrid, 1999.

Silva Sánchez, J.M., *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo,* Barcelona, 1992.

Solari Merlo, M., «Los paradigmas del derecho penal: 'el progreso de la ciencia a través de las revoluciones científicas'», *RDPCr.*, Núm. 110, Vol. 41, Bogotá, 2020.

Torío López, A., «Racionalidad y relatividad en las teorías jurídicas del delito», *Estudios de Derecho Penal y Criminología, II, Libro Homenaje al Prof. Rodríguez Devesa,* Dykinson, Madrid, 1989.

Viehweg, T., *Tópica y Jurisprudencia*, Trad. Díez-Picazo, Taurus, Madrid, 1986.

Vogel, J., «Política criminal y dogmática penal europeas», *La Ley*, Núm. 11, 2003.

Von Liszt, F., *La idea del fin en el Derecho Penal. Programa de la Universidad de Marburgo. 1882.* Introducción y nota biográfica Zugaldía Espinar. Trad. Pérez del Valle. Los Argonautas, Núm. 2, Granada, 1995.

Vormbaum, T, *Historia moderna del Derecho penal alemán,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

Welzel, H., *Derecho Penal alemán.* Trad. por Bustos Ramírez y Yánez Pérez, 3.ª ed. (castellana), Santiago de Chile, 1987.

Zaffaroni, E.R., «La crítica al Derecho Penal y el porvenir de la dogmática jurídica», en *Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona. Libro-Homenaje al Prof. Antonio Beristain,* SP. Universidad del País Vasco, San Sebastián, 1989.

— «Hacia dónde irá la ciencia jurídico-penal?», en *Estudios de Derecho Penal, Homenaje al profesor Santiago Mir Puig,* BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2017.

Zugaldía Espinar, J.M., «Recensión a la "Teoría de las normas. Fundamentos de la dogmática penal moderna", de Armin Kaufmann», *ADPCP*, Madrid, 1978.

— *Fundamentos de Derecho Penal.*

— «¿Otra vez la vuelta a Von Liszt?», en *Franz Von Liszt: La idea del fin en el Derecho Penal.* Programa de la Universidad de Marburgo. 1882. Trad. Pérez del Valle. Los Argonautas, Núm. 2, Granada, 1995.

27

CUESTIONES CLÁSICAS DEL DERECHO PENAL VINCULADAS A LA TRANSMISIÓN DEL VIH EN EL MARCO DE RELACIONES SEXUALES*

ANA I. PÉREZ MACHÍO
Profesora Titular (Catedrática acreditada) Derecho Penal
Investigadora Instituto Vasco Criminología / Kriminologiaren Euskal Institutua
Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. DELITO DE LESIONES EN LAS TRANSMISIONES DE VIH, COMO CONSECUENCIA DEL MANTENIMIENTO DE RELACIONES SEXUALES CONSENTIDAS: HACIA LA IMPUNIDAD DE LA PARTICIPACIÓN EN LESIONES CONSENTIDAS. III. IMPUTACIÓN OBJETIVA DEL RESULTADO «TRANSMISIÓN DEL VIH» A CONDUCTA PELIGROSA: HACIA LA DESCRIMINALIZACIÓN DE LAS PERSONAS QUE VIVEN CON VIH. IV. IMPUTACIÓN SUBJETIVA DE LA TRANSMISIÓN DEL VIH A TÍTULO DE DOLO O DE IMPRUDENCIA. V. ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES. VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El prof. Romeo Casabona fue uno de los primeros penalistas que evidenció, ya en la década de los noventa, las cuestiones controvertidas que, desde la Parte General del Derecho Penal, suscitaba el tema de la transmisión del virus VIH en el marco de relaciones sexuales[1]. Casi cuatro décadas después, seguimos planteando la discusión no resuelta que, fundamentalmente, en torno a la imputación objetiva y subjetiva, suscitan estos supuestos de hecho, abocando a una inaceptable criminalización a las personas seropositivas**.**

* El presente trabajo se enmarca dentro del Grupo Consolidado GICCAS/Grupo de Investigación en Ciencias Criminales (REF. IT 1486-22).

[1] En este sentido, téngase en cuenta varias de las publicaciones del homenajeado que se han convertido en referentes en esta materia. Así, «Algunos problemas jurídicos relacionados con el sida», *Razón y Fe,* Núm. 1097, 1990; «El sida en las prisiones. Transmisión de sida entre reclusos», *VII Jornadas penitenciarias andaluzas*. Ed. Consejería de Gobernación. Junta Andalucía, Sevilla, 1991; «Responsabilidad médico-sanitaria y sida», *Anales de la Facultad de Derecho. Universidad de La Laguna,* Núm. 12, 1992/1993, y «Sida y Derecho Penal», *Problemas del tratamiento jurídico del SIDA. Cuadernos de Derecho Judicial,* Vol. IV, 1995, entre otros.

Una vez desaparecido el delito de «transmisión maliciosa de enfermedades»[2], los supuestos de transmisión del VIH, como consecuencia del mantenimiento de relaciones sexuales consentidas están siendo objeto de sanción, a través del delito de lesiones del artículo 149.1 CP o del artículo 152.1.2.º CP, por entenderse que el hecho de transmitir una enfermedad somática o psíquica, es tanto como causar una lesión en su salud física o mental.

Varias son las cuestiones de primer orden que serán abordadas desde una perspectiva doctrinal y jurisprudencial. En primer lugar, el recurso al delito o a la falta (en atención a los pronunciamientos jurisprudenciales anteriores a la reforma del Código Penal de 2015) de lesiones en los supuestos de transmisión de VIH en relaciones sexuales consentidas, pero con conocimiento del estado serológico de la pareja sexual; en segundo lugar, la incidencia de la teoría de la imputación objetiva en los supuestos de relaciones sexuales presuntamente peligrosas para el bien jurídico; y, en tercer lugar, la imputación del tipo de lesiones a título de dolo o de imprudencia.

II. Delito de lesiones en las transmisiones de VIH, como consecuencia del mantenimiento de relaciones sexuales consentidas: hacia la impunidad de la participación en lesiones consentidas

La doctrina mayoritaria concibe, en general, el recurso al tipo de lesiones por causación de enfermedad grave, como la alternativa más adecuada para la tipificación de las conductas de relaciones sexuales consentidas, sin conocimiento del estado serológico de una de las partes[3]. No existen, en este sentido, dudas sobre la adecuada calificación como delictiva de estos comportamientos.

En efecto, sobre la calificación jurídica de la transmisión del VIH como delito de lesiones de causación de enfermedad grave y no como falta (con anterioridad a la reforma del 2015)[4], la jurisprudencia ya se ha pronunciado en numerosas ocasiones, sobre la presente cuestión.

Baste señalar, en este momento, la argumentación jurídica que recoge la Audiencia Provincial de Madrid en su sentencia 17/2011, cuando indica lo siguiente: «*Por grave enfermedad ha de tenerse la que real o potencialmente cause un menoscabo de la salud*

[2] Para una profundización de la presente temática véase Arroyo Zapatero, «La supresión del delito de propagación maliciosa de enfermedades y el debate sobre la posible incriminación de las conductas que comportan riesgo de transmisión del SIDA».

[3] Por todos, Barrios Flores, *VIH/SIDA y Derecho,* p. 133; Romeo Casabona, «SIDA y Derecho Penal», p. 74; Schünemann, «Problemas jurídico-penales relacionados con el SIDA», p. 26; del mismo, «Problemas y paradojas jurídico-penales del SIDA en Alemania. Veinte años después», p. 234.

[4] Téngase en cuenta que, desde julio de 2015, han desaparecido las faltas en el ámbito del Código Penal, de tal forma que la referencia a las mismas se llevará a cabo en relación a la jurisprudencia anterior a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015.

de suma importancia, pues así lo exige el tratamiento punitivo que equipara ese concepto a las mutilaciones de miembros principales o a la pérdida de sentidos corporales. Y, en tal sentido, la transmisión del virus VIH debe entenderse comprendida en dicho ámbito punitivo, puesto que se trata de una enfermedad incurable, que precisa de tratamiento para toda la vida, impone serias e importantísimas limitaciones para la vida y relaciones cotidianas de quien resulta afectado por ella y, determina la altísima probabilidad de contraer gravísimas enfermedades con indudable riesgo vital, determinando, tras unos años normalmente entre 6 y 10 el desarrollo del síndrome de inmunodeficiencia adquirida, o fase de enfermedad avanzada por VIH en la que aparecen las infecciones oportunistas como la neumonía o la tuberculosis, y tumores, siendo los más frecuentes los linfomas de células B y el sarcoma de Kaposi»[5].

Se trata, por lo tanto, de acudir al ámbito del Derecho Penal, sobre la base de la afección a la integridad física, en relación a los supuestos en los que la persona que convive con VIH no comunica a su pareja sexual dicha situación. Más adelante centraremos la atención en la concreta imputación subjetiva, es decir, en el análisis sobre si la transmisión del VIH, en el marco de relaciones sexuales, sin conocimiento de la condición de seropositivo de la pareja, procede a título de dolo o de imprudencia.

De lo expuesto, como destaca Gimbernat Ordeig, se sigue que, a diferencia de lo que sucede cuando la persona que vive con VIH ha hecho saber a su pareja sexual dicho extremo —conducta impune, cuando habiéndose propiciado el contacto entre fluidos se genera suficiente cantidad de carga viral— el seropositivo debe responder, en cambio, de un delito de lesiones si ha ocultado dicha información a la persona con quien tiene un contacto sexual y le transmite el virus, ya que aquí no estamos ante una impune participación en unas lesiones consentidas, porque dicho consentimiento de autolesión —del VIH— es jurídicamente inválido, ya que desconocía el alcance del riesgo que corría con la relación[6].

En efecto, a diferencia de lo que sucede en los supuestos en los que el sujeto pasivo desconoce el estado serológico de su pareja sexual, a pesar de la regulación prevista en el artículo 155 CP, que atenúa la pena en los supuestos de lesiones consentidas, convenimos con Gimbernat Ordeig, en la impunidad de dichas conductas, cuando la persona que convive con VIH ha hecho saber a su pareja sexual dicho extremo. Nos encontramos, en estos casos, con supuestos de «autopuesta en peligro y actuación a propio riesgo», en los que la trascendencia práctica de la problemática de la distribución jurídica del riesgos (en el ámbito de la teoría de la imputación objetiva) entre el responsable de la fuente de peligro y la propia víctima, no puede ser puesta en duda. En los ejemplos

[5] Así, el Fundamento Jurídico 3, de la Sentencia 17/2011, de 27 de junio, de la Audiencia Provincial de Madrid.

[6] Gimbernat Ordeig, «La transmisión del sida por vía sexual», p. 2.

ahora referidos (sujetos pasivo conocedor del estado serológico de su pareja sexual) se muestran situaciones en las que el peligro ya se encuentra fuera del ámbito de organización del autor que es potencialmente garante del mismo, y es la víctima la que desvía o dirige el peligro hacia sí misma (autopuesta en peligro) o se incorpora voluntariamente a un contexto en el que la seguridad de sus bienes ya no está garantizada (actuación a propio riesgo)[7].

Desde esta perspectiva, la víctima no presta su conformidad con la lesión o pérdida de sus intereses, pero se incorpora voluntariamente a una forma de contacto que conlleva de forma inevitable la posibilidad de sufrir daños. En esta clase de supuestos, en el sentido manifestado por Requena Juliani, la infracción de deberes de autoprotección por parte de la víctima, excluye la posición de garante del autor e implica una situación de impunidad de la conducta[8].

La presente interpretación se sostiene mayoritariamente sobre la base de la presencia de bienes jurídicos disponibles[9]. En este sentido, la naturaleza no disponible del bien jurídico integridad física puede llegar a plantear algunas dudas de impunidad sobre esta clase de conductas, cuando la condición de ser portador de VIH se ha hecho saber a la pareja sexual[10]. Sin embargo, a pesar de la literalidad del artículo 155 CP al que nos hemos referido anteriormente, no son pocos los autores que, muy acertadamente, admiten la disponibilidad del bien jurídico protegido en el delito de lesiones, en cuanto presupuesto de la participación en el sistema social[11]. Si se reconoce, continúan, que este bien jurídico debe interpretarse conforme al reconocimiento constitucional de la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad, en cuanto principios integradores que han de regir la interpretación de los derechos fundamentales[12], no se entiende que cuando el titular del bien jurídico consiente la lesión del mismo, dicha decisión pueda considerarse madura y seria, pero no se le concedan plenos efectos eximentes de pena[13].

Precisamente dicha interpretación es la que se deduce de la Sentencia del Tribunal Supremo 690/2019, de 11 de marzo, cuando destaca que «*la heteropuesta en peligro consentida comporta una restricción teleológica del tipo de lesiones cuando el peligro equivalga en su aspecto sustantivo, a una normalmente impune autopuesta en peligro con cooperación de terceros. Una equiparación que precisa, continúa el Tribunal Supremo, de la comunión de los elementos que desdibujan la responsabilidad del*

[7] En este sentido, muy acertadamente, REQUENA JULIANI, «La relevancia de la conducta de la víctima», p. 2.

[8] REQUENA JULIANI, «La relevancia de la conducta de la víctima», p. 4.

[9] LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Derecho Penal. Parte General II,* p. 144.

[10] Véanse, en este sentido, ROMEO CASABONA, «SIDA y Derecho Penal», p. 81; SCHÜNEMANN, «Problemas y paradojas jurídico-penales del sida en Alemania», p. 234.

[11] Así, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *Delito de lesiones,* p. 19.

[12] Véase, ÁLVAREZ GARCÍA, *La puesta en peligro de la vida y/o integridad física,* p. 464.

[13] GÓMEZ RIVERO, «Artículo 155», p. 224.

autor con la del propio lesionado, concretamente: a) que la víctima tenga un adecuado conocimiento del riesgo; b) que consienta en la acción arriesgada causante del daños, sin venir tampoco impulsado por una marcada incitación del autor; c) que el daño sea consecuencia del riesgo asumido, sin añadirse otros descuidos del ejecutante y d) que la víctima, hasta el momento del completo descontrol del riesgo, haya podido dominarlo de una manera equivalente al autor mismo. Lo que es plenamente predicable de aquellas personas que, conociendo la patología contagiosa de otro, deciden voluntaria y libremente mantener relaciones sexuales con él, sabedor que éstas son vehículo de transmisión de la enfermedad»[14].

En definitiva, el Tribunal Supremo viene a confirmar que la heteropuesta en peligro consentida, como destaca muy acertadamente Cadena Serrano, elimina el tipo de lesiones, sólo cuando equivale a una autopuesta en peligro impune. Así, en la medida en que en el supuesto de hecho de esta sentencia, parece haber quedado probado que la denunciante mantuvo una relación sentimental con el procesado y que consencuencia de las relaciones sexuales que mantenían se le fue transmitido el virus del VIH del que era portador el procesado, pero sin haberse probado que la denunciante fuera desconocedora de la patología que padecía su compañero sentimental, estamos como insiste este autor, en presencia de una heteropuesta en peligro consentida que restringiría la tipicidad hasta eliminarla[15].

Efectivamente, desde esta perspectiva, consideramos que la persistencia en la interpretación de la naturaleza indisponible del bien jurídico «integridad física», para perpetuar el efecto atenuante en la pena —evitando dejar fuera del ámbito del Derecho Penal los supuestos en los que el sujeto pasivo es conocedor del estado serológico de su pareja sexual—, además de no resultar acorde con la totalidad de los casos en los que se produce una afección a dicho bien jurídico (piénsese en los ejemplos en los que el consentimiento en las lesiones excluye la responsabilidad penal —prácticas deportivas—), supone una inadmisible criminalización de las personas que conviven con VIH, al someterse a la amenaza del «*Ius Puniendi*», si se interpone una querella criminal por dicha transmisión.

Por lo tanto, a la vista de todo lo manifestado, consideramos que, la condición de seropositivo en el marco de relaciones sexuales consentidas, cuando se haya comunicado la condición de seropositivo, el recurso al *Ius Puniendi* para la sanción de dicha transmisión resulta una inadecuada interpretación del principio de intervención mínima del Derecho Penal, al tratarse de supuestos de autopuesta en peligro o de actuación a

[14] En este sentido, téngase en cuenta, el Fundamento Jurídico 1.º de la Sentencia 690/2019, de 11 de marzo.

[15] CADENA SERRANO, «Heteropuesta en peligro consentida», p. 7

propio riesgo que fundamenta, a nuestro modo de ver, la impunidad de dicha conducta sobre la base de la participación en lesiones consentidas.

III. Imputación objetiva del resultado «transmisión del VIH» a conducta peligrosa: hacia la descriminalización de las personas que viven con VIH

Directamente vinculado a la cuestión de la creación del resultado «transmisión del VIH», y por lo tanto, de la lesión del bien jurídico «integridad física», se presenta la necesaria imputación objetiva del hecho, como presupuesto para el recurso al Derecho Penal.

Lejos de tratarse de una cuestión baladí, la jurisprudencia permite confirmar la necesaria incidencia de la imputación objetiva en la sanción de una conducta que se considera «peligrosa», desde la perspectiva de la afección a un determinado bien jurídico. Así, para imputar objetivamente el resultado de transmisión del VIH a la situación de riesgo (relación sexual sin protección), es necesaria la existencia de una acción que cree un determinado grado de riesgo jurídicamente relevante que se realice en el resultado[16].

Efectivamente, la sanción vía delito de lesiones (en los supuestos de desconocimiento del estado serológico de la pareja sexual) implica la existencia previa de una «conducta de riesgo» (relación sexual de riesgo) realizadora de la parte objetiva del tipo, siendo necesario que «*ex ante*» apareciese como creadora de un riesgo típicamente relevante (transmisión del VIH); situación que no sucederá en los supuestos de disminución del riesgo; ausencia de un grado de riesgo suficiente y en aquellos en que se origina un riesgo socialmente adecuado[17].

Al margen del primero (disminución del riesgo) y del último de los supuestos (riesgo socialmente adecuado) que quedan fuera de los casos de transmisión del VIH, la teoría de la imputación objetiva ubica fuera de la influencia del «*Ius Puniendi*», aquellas conductas que no alcanzan un determinado grado de riesgo, en cuanto «*ex ante*» no generan un riesgo cuantitativamente suficiente que se realice en el resultado.

Es el supuesto que motivó la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 7 de noviembre de 2017, en la que el mencionado órgano jurisdiccional destaca la necesidad de proceder a un análisis de las cargas virales que presenta la persona que vive con VIH en el momento en que presuntamente se produce la transmisión, puesto que, si las mismas no alcanzan, cuantitativamente, un determinado número de copias/

[16] Por todos, Díez Ripollés, *Derecho Penal español. Parte General en esquemas,* p. 160; MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General,* p. 259; Muñoz Conde / García Arán, *Derecho Penal. Parte General,* p. 229, entre otros.

[17] En este sentido, véanse, Díez Ripollés, *Derecho Penal español. Parte General en esquemas,* p. 166; Mir Puig, *Derecho Penal. Parte General,* p. 260.

ml, resultará poco probable la transmisión del VIH, posible, pero muy improbable[18], debiendo considerarse que esta conducta «*a priori*» de riesgo, no genera «*ex ante*» un riesgo cuantitativamente relevante (riesgo, por lo tanto, insignificante), desde la perspectiva de la imputación a la misma del resultado producido.

En efecto, al hilo del supuesto de hecho de la presente sentencia (presunta transmisión de VIH como consecuencia de una relación sexual en la que se rompe el preservativo), la Audiencia Provincial de Barcelona se detiene especialmente en el nexo causal directo entre la situación de riesgo y la transmisión del VIH, poniendo especial atención en los informes de los peritos en los que se concreta la carga viral mínima que se precisa para la transmisión de la enfermedad. Los peritos de la acusación particular destacan las cargas virales que presenta el acusado en el año 2007 que oscilan entre 39.951 copias/ml, el 11 de abril y 63.017 copias/ml, el 30 de agosto de dicho año, indicando las mismas que, probablemente, el acusado o no realizaba el tratamiento o éste no alcanzaba el objetivo de eficacia requerido[19].

Sin embargo, las cargas virales correspondientes al 2008, momento en el que se produjo la pretendida transmisión, no superaban las 50 copias/ml. De tal forma, que como se destaca en dichos informes, si la transmisión del VIH resulta muy improbable con cargas virales inferiores a 200 copias/ml, más improbable resulta dicha transmisión, con cargas inferiores no ya a 200 copias/ml, sino a 50 copias/ml, como presentaba el procesado en esas fechas[20].

Así, a tenor de esta fundamentación, la Audiencia Provincial de Barcelona concluye con la absolución del acusado, ante la imposibilidad de imputar a la presunta conducta de riesgo (relación sexual con persona que convive con VIH, pero que presenta en el presunto momento de transmisión unas cargas virales inferiores a 50 copias/ml) el resultado típicamente relevante (transmisión del VIH), puesto que «*ex ante*» dicha conducta, en la que las cargas virales no superan las 50 copias/ml, no puede generar un riesgo cuantitativamente suficiente, como para transmitir el VIH a una persona, no pudiendo haberse probado, a la vista de los datos cuantitativos verificados, la propia transmisión en sí misma considerada.

Por lo tanto, cuando el sujeto pasivo es conocedor del estado serológico de su pareja, la imposibilidad de imputar objetivamente el resultado de transmisión del VIH a una conducta no generadora de un determinado grado de riesgo para la integridad física, como el supuesto previsto en la mencionada sentencia de la Audiencia Provincial

[18] Así se pronuncia la Audiencia Provincial de Barcelona en el Fundamento Jurídico 7, de la sentencia de 7 de noviembre de 2017.

[19] Así se desprende del Fundamento Jurídico 2, de la sentencia de 7 de noviembre de 2017, de la Audiencia Provincial de Barcelona.

[20] Fundamento Jurídico 2, de la sentencia de 7 de noviembre de 2017, de la Audiencia Provincial de Barcelona.

de Barcelona, adquiere, igualmente, una trascendencia relevante, desde la perspectiva de superar la criminalización a la que están sometidas las personas que viven con VIH.

IV. Imputación subjetiva de la transmisión del VIH a título de dolo o de imprudencia

Por lo que respecta a la última de las cuestiones, esto es, la opción por la imputación a título de dolo o de imprudencia, la doctrina mayoritaria, tradicionalmente, ha venido considerando que la transmisión de VIH en el caso de relaciones sexuales sin protección y en las que se oculta a la pareja la situación de seropositivo, responde al dolo eventual de transmisión del VIH y permiten configurar, de esta forma, el dominio del hecho del sujeto activo[21], relegando los casos de imprudencia a supuestos menores.

Esta ha sido, precisamente, la tendencia jurisprudencial dominante en nuestro Ordenamiento Jurídico. Varios son los ejemplos que fundamentan el título subjetivo de imputación sobre la base del dolo eventual.

En este sentido, la sentencia 1/2004 de la Audiencia Provincial de Madrid condena la transmisión del VIH como un delito de lesiones de causación de enfermedad grave tras la celebración del juicio oral.

Según la sentencia, «*la procesada estaba infectada de VIH en 1995. El mes de junio de 1997 conoció a un hombre, con quien entabló una amistad y una posterior relación afectiva que empezó a partir de septiembre de 1997. A partir de este momento, ambos mantuvieron relaciones sexuales inicialmente usando preservativo y, más tarde, sin él o usándolo sólo a veces, situación que se mantuvo durante más de un año, sin que ella le informara que era portadora del VIH o le exigiera el uso del preservativo. En abril de 1999, ella puso en conocimiento de él la infección que padecía. Inmediatamente, él se sometió a pruebas analíticas que dieron resultado positivo. Inicialmente, reaccionó con gran ternura y le propuso vivir juntos lo poco que les pudiera quedar de vida. Incluso mantuvieron todavía relaciones sexuales durante tres o cuatro meses. No obstante, cuando fue informado en detalle de los pormenores de su enfermedad reaccionó con odio y desprecio hacia ella, la relación se rompió e incluso llegó a agredirla*»[22].

A la vista de las presentes cuestiones la Audiencia Provincial destacó que la conducta respondía al dolo eventual, pues conocía perfectamente la probabilidad de transmisión. En la sentencia se destaca que «*la relación, sin tomar especiales medidas precautorias, se prolongó durante más de un año, esto es, fueron decenas las veces en que se mantuvieron relaciones sexuales, sin informar la procesada a su compañero o sin imponerle,*

[21] SCHÜNEMANN, «Problemas y paradojas jurídico-penales del SIDA en Alemania. Veinte años después», p. 234.

[22] Relato fáctico transcrito literalmente de la sentencia 1/2004, de la Audiencia Provincial de Madrid, ya mencionada

cuando menos, aunque pueda resultar insuficiente, en caso de práctica del sexo oral, el uso del preservativo».

En idéntico sentido, encontramos la sentencia 204/2006 del Juzgado de lo Penal de Barcelona número 17.

El único hecho probado en la misma es el siguiente: «*El acusado, mayor de edad y sin antecedentes penales, entre agosto y noviembre de 2002 convivió maritalmente con una mujer, sin advertirle en ningún momento, que tenía el VIH desde 1995. El acusado no tomó medida alguna para evitar el contacto entre fluidos con capacidad infecciosa, que finalmente se produjo y que provocó el fallecimiento de ella el 16 de enero de 2003, quien hasta el momento de conocer al acusado gozaba de buen estado de salud. De acuerdo con las pruebas testifícales de los hijos de la mujer y la declaración dada por el doctor quedó acreditado que el acusado había mantenido con ella relaciones sexuales sin protección; que no le había comunicado que tenía el VIH; y que la única vía de contacto entre fluidos con capacidad infecciosa fueron las relaciones sexuales que ambos mantuvieron*»[23].

El Juzgado de lo Penal número 17 de Barcelona condena al acusado como criminalmente responsable en concepto de autor de un delito de lesiones dolosas en concurso ideal con un delito de homicidio por imprudencia grave, con la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal de parentesco y le impone la pena de tres años de prisión y la accesoria de inhabilitación especial para el derecho al sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

El Tribunal Supremo[24], en atención a la concreta valoración y análisis específicos del relato fáctico, opta, en algunos supuestos, por la imputación a título de imprudencia y en otros a título de dolo eventual. Dos son las sentencias que nos van a permitir concretar los argumentos sobre los que sustenta una u otra interpretación, esto es, la Sentencia 528/2011, de 6 de junio y la 1218/2011, de 8 noviembre.

Según se relata en el supuesto de hecho de la Sentencia 528/2011, «*Único.-El acusado Gerardo, nacido el 27/06/1972, con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, mantuvo con Araceli, nacida el 12/01/1977, una relación de pareja desde el año 1996, cuando Araceli tenía 19 años de edad. En el curso de esa relación, y siendo pleno conocedor el acusado al menos desde el año 1994, de que estaba infectado con el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH) y era portador de sus anticuerpos, habiendo incluso desarrollado la enfermedad del Sida, y habiendo sido a su vez informado de los riesgos y métodos de transmisión a terceros de dicha enfermedad, tuvo relaciones sexuales con Araceli, sin comunicarle su enfermedad, usando*

[23] En este sentido se destaca en el Fundamento Jurídico 2.º de la Sentencia 204/2006, del Juzgado de lo Penal núm. 17 de Barcelona.

[24] En adelante TS.

como medio de protección en sus relaciones el preservativo. A pesar de ello, en alguna ocasión el preservativo se rompió, por lo que, en el mes de agosto de dicho año, Araceli quedó embarazada y dio a luz el 21 de mayo de 1997 a la hija de ambos, Macarena, quien en el mes de agosto de 1997 cayó gravemente enferma, ingresando en el Hospital Gregorio Marañón, donde se descubrió que estaba infectada de SIDA, infección por el virus de inmunodeficiencia humana, en estadio C-3. La menor fue contagiada por su madre durante el parto (transmisión vertical). En tal ingreso se diagnosticó a la menor infección por VIH, asociada a neumonía por Pneumocytis carinii que precisó ingreso en UVI. La menor ha seguido desde entonces tratamiento en el Hospital Gregorio Marañón gracias al cual ha mejorado, sin presentar descompensaciones posteriores, encontrándose en la actualidad en estadio A-1.

A raíz de tal circunstancia, se realizó un estudio médico familiar. Araceli fue diagnosticada de infección por VIH el 17 de septiembre de 1997, estando desde entonces en tratamiento y control en la Unidad de Microbiología Clínica y Enfermedades Infecciosas del hospital Gregorio Marañón. Gracias al tratamiento ha mejorado y no hay constancia de la descompensación de la infección por VIH. Araceli fue infectada por el acusado, al mantener con ella relaciones sexuales.

A la vista del presente relato fáctico, inicialmente el TS considera que, desde el punto de vista de la imputación objetiva, los hechos tienen encaje en el delito de lesiones consistente en la causación de una grave enfermedad, respecto de la transmisión del VIH.

Pues bien, delimitado objetivamente el título de imputación, por lo que respecta a la imputación subjetiva, el Alto Tribunal comienza destacando que «*el hecho de no comunicar que se vive con VIH, siendo una conducta éticamente reprobable, no añade nada nuevo a la ilicitud penal de la conducta que consiste, exclusivamente, en el hecho de haber realizado los actos que casualmente provocaron la transmisión, con intención de ocasionarlos u omitiendo los exigibles deberes de cuidado. A la vista del comportamiento del acusado —continúa el TS— es indudable que la utilización de preservativos, como los médicos prescriben, no sólo elimina la presencia de un dolo directo, sino que aleja la posibilidad de apreciar el dolo eventual, puesto que, al margen del criterio doctrinal por el que se opte, lo cierto es que la adopción de medidas de protección excluye tanto la hipótesis de la representación próxima de la causación del resultado directamente no querido, como la de la aceptación del mismo, como consecuencia de la acción llevada a cabo*»[25].

«No ocurre lo mismo, sin embargo, en relación con la calificación como imprudente de dicha conducta que ha de ser considerada como grave a los efectos de incluirla en las previsiones del artículo 152.1.2.º CP, por la importancia del riesgo ocasionado y

[25] Así lo especifica el Tribunal Supremo en el Fundamento Jurídico 1 de la Sentencia 528/2011, de 6 de junio.

la entidad del resultado potencialmente derivado del mismo (la transmisión del VIH). En este sentido, el TS indica que, a la vista del relato fáctico «*nos encontramos ante un comportamiento descuidado, en el sentido de no poner la diligencia necesaria para evitar roturas o, en todo caso, susceptible, de generar un riesgo real y efectivo, cualquiera que fuere el origen o causa del mismo que se concretó en los lesivos resultados en las personas, primero en la pareja y luego en la hija de ambos, resultados que, reúnen a su vez, los requisitos de previsibilidad y evitabilidad necesarios para completar la configuración del supuesto culposo sancionado en el precepto penal de referencia (art. 152.1.2.º CP)*»[26].

Como destaca Navas Mondaca, el Tribunal Supremo aprecia una conducta imprudente del acusado, señalando que aun con la utilización del preservativo tal resultado de contagio del VIH, vinculado causalmente con los actos realizados por el acusado era no sólo evitable, sino que también previsible. Para el Tribunal Supremo, continúa el autor, el comportamiento descuidado del acusado consiste en no poner la diligencia necesaria para evitar esas 4 o 5 roturas susceptibles de generar un riesgo real y efectivo que se concretó en los lesivos resultados en las personas, primero en la pareja y posteriormente en la hija de ambos. Resultados que, en opinión del Tribunal Supremo, sí reúnen los requisitos de previsibilidad y evitabilidad[27].

Así, Navas Mondaca, considera que el uso defectuoso y reiterado del método de protección, cuya función es justamente la de contención del riesgo de contagio del VIH, crea ciertamente un riesgo jurídico desaprobado que sí está abarcado por el fin de la norma del delito de lesiones. El resultado de contagio y, por tanto, la lesión a la salud de la víctima, es además absolutamente previsible y evitable por una persona en una situación de normalidad motivacional que conoce que es portadora de un virus de significativa peligrosidad para la salud. Por ello, el deber objetivo de cuidado, en opinión de este autor, no está cumplido sólo con la voluntad de actuar bajo un riesgo permitido a través del uso de un medio de protección idóneo, sino que exige que, en concreto, el sujeto realice con ese medio de protección una utilización conforme al cuidado exigido por la norma. En el fondo, el comportamiento del sujeto está normativamente desaprobado por las características de periodicidad y reiteración de su actuar imprudente, pues este comportamiento da lugar a la creación de un riesgo intolerable, ya que ni siquiera la *lex artis* podría aceptar el uso defectuoso del preservativo como un medio aceptable para la contención del riesgo de contagio del VIH[28].

[26] Fundamento Jurídico 1 de la Sentencia 528/2011, de 6 de junio.

[27] NAVAS MONDACA, «Problemas de imputación del contagio imprudente y el cambio del estatus jurídico del objeto de la acción», p. 328.

[28] NAVAS MONDACA, «Problemas de imputación del contagio imprudente y el cambio del estatus jurídico del objeto de la acción», p. 338.

Así, a la vista del presente pronunciamiento, el TS pone el acento en la adopción de medidas de protección, al margen de la comunicación previa del hecho de ser portador del VIH, para fundamentar la existencia de conductas de naturaleza imprudente. En efecto, según el TS, la utilización de preservativos como barrera, frente a la transmisión del VIH, permite excluir no sólo el dolo directo, sino también el eventual, desapareciendo los presupuestos tanto de la teoría de la representación, como de la del consentimiento o aceptación.

A sensu contrario, el comportamiento descuidado, no poniendo la diligencia necesaria para evitar roturas de preservativos, susceptibles de generar un riesgo real y efectivo sitúa esta clase de conductas en el umbral de la imprudencia.

En la Sentencia 1218/2011 el TS analiza el siguiente supuesto de hecho «*Se declara expresamente probado que Jacinto, mayor de edad, en cuanto nacido el día 13 de abril de 1966, en Ginebra, de nacionalidad española, con DNI NUM000, y con antecedentes penales no computables en la causa, susceptibles de ser cancelados, siendo portador del virus VIH desde hacía muchos años, por cuya enfermedad había venido siguiendo diversos tratamientos desde, al menos, el mes de mayo de 1997, inició una relación sentimental con Bibiana, también mayor de edad, en cuanto nacida en Perú el día 13 de enero de 1963, en el mes de mayo de 2006, no contándole, en ningún momento, tal circunstancia, llegando a convivir juntos en el domicilio de él poco después.*

Entre dicho mes y el de junio siguiente mantuvo con ella varias relaciones sexuales, y, a pesar de la infección que padecía, y la alta probabilidad de contagio de la misma por transmisión sexual, no utilizó en dos de tales ocasiones preservativo, ni protección de ninguna clase, hasta que, ya en el último mes, y tras haber mantenido los contactos sexuales referidos, se lo dijo, aunque refiriéndola que acababa de enterarse del contagio, sugiriéndole que se realizara ella también las pruebas en un Centro Sanitario conocido por él, en la calle Sandoval, 7, a lo que ella accedió, y, utilizando como nombre supuesto el de Felicidad, se realizó la prueba el día 11 de julio de 2006, que arrojó un resultado negativo, aunque, al indicarle los facultativos que la atendieron que existía un periodo en el que podía no detectarse la enfermedad, denominado período "ventana", y que debía repetirse la prueba transcurridos unos tres meses, volvió a realizársela el día 31 de octubre de 2006, que esta vez sí arrojó un resultado positivo, resultando Bibiana desde entonces infectada como portadora del virus VIH, lo que la ha ocasionado, asimismo que venga sufriendo, a partir de tal momento, un trastornos adaptativo de tipo depresivo, derivado del shock sufrido al ser diagnosticada la infección por VIH»[29].

Frente al supuesto de hecho anteriormente descrito, el relato fáctico de la presente sentencia sigue la estela de los recogidos en las dos sentencias inicialmente mencionadas

[29] Véase, en este sentido, el relato fáctico de la Sentencia 1218/2011, de 8 de noviembre del Tribunal Supremo.

en este epígrafe, esto es, mantenimiento de relaciones sexuales consentidas, sin medidas de protección, y sin comunicación previa del estado serológico padecido.

Sobre la imputación a título de dolo o de imprudencia, como recoge el TS en la presente sentencia, «*el conocimiento de la posibilidad de que se produzca el resultado y la conciencia del alto grado de probabilidad de que realmente se produzca caracterizan la figura del dolo eventual, desde el prisma de la doctrina de la probabilidad o representación, frente a la teoría del consentimiento que centra en el elemento volitivo asentimiento, consentimiento, aceptación, conformidad, o en definitiva "querer" el resultado, el signo de distinción respecto la culpa consciente. Ambas constituyen las dos principales posiciones fundamentadoras del dolo eventual*»[30].

Esta Sala, continúa el TS, en su evolución, ofrece un punto evidente de inflexión en la sentencia de 23 de abril de 1992 (RJ 19926783 —conocida como «caso de la Colza—), en la que se afirma que «si el autor conocía el peligro concreto jurídicamente desaprobado y si, no obstante, ello, obró en la forma en que lo hizo, su decisión equivale a la ratificación del resultado que, con diversas intensidades ha exigido la jurisprudencia para la configuración del dolo eventual. En la doctrina se ha demostrado convincentemente en los últimos tiempos que, a pesar de declaraciones programáticas que parecen acentuar las exigencias de la teoría del consentimiento, el Tribunal Supremo desde hace tiempo, se acerca en sus pronunciamientos, de manera cada vez más notable, a las consecuencias de la teoría de la probabilidad. Ello no puede llamar la atención, pues esta evolución también se apercibe en la teoría del dolo eventual». Añade dicha sentencia que «*la jurisprudencia de esta Sala, sin embargo, permite admitir la existencia del dolo cuando el autor somete a la víctima a situaciones peligrosas que no tiene la seguridad de controlar, aunque no persiga el resultado típico. El dolo eventual, por lo tanto, no se excluye simplemente por la esperanza de que no se producirá el resultado o porque éste no haya sido deseado por el autor*»[31].

Por lo tanto, a la vista de lo manifestado y del pleno conocimiento por parte del portador del virus de la posibilidad de que se produjera el resultado de lesiones graves, así como el alto grado de probabilidad de que realmente se ocasionaran, tras el mantenimiento de relaciones sexuales, el TS en su Fundamento Jurídico 1.º considera que el dolo eventual fluye sin dificultad, impidiendo la apreciación de la culpa consciente por el alto grado de probabilidad de que se produjera la transmisión, cuya representación resultaba obligada para el autor, como lo evidencia el hecho de que conscientemente y, con la finalidad de seguir manteniendo relaciones sexuales sin protección, omitió informar a su pareja el hecho de tratarse de una persona que vivía con VIH.

[30] En esté sentido, Fundamento Jurídico 1 de la Sentencia 1218/2011, de 8 de noviembre del Tribunal Supremo.

[31] Así, Fundamento Jurídico 1 de la Sentencia 1218/2011, de 8 de noviembre del Tribunal Supremo.

Así, a la vista de lo manifestado, la jurisprudencia opta por la imputación a título de dolo eventual en los supuestos de existencia de alta probabilidad de riesgo de causación del resultado de transmisión del VIH que, a la vista de los distintos relatos fácticos recogidos, se vienen identificando con los siguientes supuestos:

- Mantenimiento de relaciones sexuales consentidas, sin adopción de medidas de protección
- No comunicación a la persona de la situación de ser portador del virus

A sensu contrario, la adopción de barreras de protección frente a la transmisión del VIH, excluye el dolo, pero su conducta resulta constitutiva de un delito de lesiones graves, imputable subjetivamente a título de imprudencia grave si se usa incorrectamente el preservativo[32].

V. Algunas consideraciones finales

Lejos de articularse el Derecho Penal como un instrumento de respuesta a la prevención del VIH, lo cierto es que, tradicionalmente, se ha venido discutiendo la concreta aportación del mismo en la lucha contra su transmisión.

Los supuestos más problemáticos residen en los casos de relaciones sexuales con conocimiento del estado serológico de la pareja sexual; la necesaria incidencia de la teoría de la imputación objetiva para poder atribuir objetivamente el resultado jurídicamente relevante a la conducta; y, en última instancia, la delimitación de los supuestos dolosos de los imprudentes.

En el sentido manifestado a lo largo de todo el trabajo, y por lo que respecta a la primera de las cuestiones, consideramos que la transmisión del VIH en los casos de conocimiento por parte del sujeto pasivo del estado serológico de su pareja sexual deben quedar fuera del ámbito del Derecho Penal, al tratarse de una impune participación en lesiones consentidas.

En efecto, como ya hemos comentado, al margen de las previsiones del artículo 155 CP, cuya literalidad debería implicar una atenuación de la respuesta punitiva, a nuestro modo de ver, la participación voluntaria en una relación sexual con una persona que convive con VIH, siendo ambas conocedoras de este extremo, sólo puede interpretarse desde la perspectiva de entender que la víctima, o bien desvía o dirige voluntariamente el peligro hacia sí misma (autopuesta en peligro), o bien se incorpora, también voluntariamente, a un contexto en que la seguridad de sus bienes ya no está garantizada (actuación a propio riesgo).

La naturaleza indisponible de la integridad física, queda superada en la medida en que dicho bien jurídico debe ser interpretado conforme al reconocimiento constitucional

[32] En este mismo sentido, Pantaleón Díaz / Cancio Meliá, «Transmisión sexual del VIH», p. 321.

de la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad, que debe conllevar plenos efectos eximentes de pena, en los supuestos en los que el titular del mismo adopte de forma seria y madura la decisión de consentir en una lesión.

No habiendo el sujeto pasivo consentido dicha lesión, el recurso al *Ius Puniendi* y, por lo tanto, la sanción de la conducta de transmisión de VIH como delito de lesiones, debe responder, necesariamente, a los criterios que permiten imputar objetivamente a la conducta de riesgo el resultado jurídicamente relevante.

A sensu contrario, si la conducta no alcanza un determinado grado de riesgo, es decir, no genera «*ex ante*» un riesgo cuantitativamente suficiente, que se realice en el resultado, quedará igualmente fuera del ámbito del Derecho Penal, en la medida en que no se le podrá imputar objetivamente la concreta transmisión de VIH. Para ello, resulta determinante, en el sentido mencionado, el análisis de las cargas virales que presenta la persona que convive con VIH en el momento en que presuntamente se produce dicha transmisión. En este sentido, si las mismas presentan valores inferiores a determinadas copias/ml, no se podrá imputar objetivamente a la presunta conducta de riesgo (relaciones sexuales sin protección o sin protección adecuada) el resultado típico relevante, puesto que «*ex ante*», las mismas no pueden generar el riesgo cuantitativamente suficiente como para transmitir el VIH.

Por lo que respecta a la imputación subjetiva, la trayectoria jurisprudencial ha servido para fijar la delimitación entre conductas dolosas e imprudentes. Así, la transmisión de VIH, como consecuencia de una relación sexual sin adopción de medidas de protección, ni comunicación a la pareja sexual del estado serológico, implica la existencia de alta probabilidad de riesgo de causación del resultado de transmisión, imputable a título de dolo eventual. En última instancia, la adopción de barreras de protección frente a la transmisión del VIH, excluye el dolo, pero puede llegar a determinar la existencia de comportamientos descuidados (rotura de preservativos), susceptibles de generar un riesgo real y efectivo que reúne los requisitos de previsibilidad y evitabilidad propios de las conductas imprudentes.

VI. Bibliografía

Álvarez García, Pastora, *La puesta en peligro de la vida y/o integridad física asumida voluntariamente por su titular,* Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

Arroyo Zapatero, Luis, «La supresión del delito de propagación maliciosa de enfermedades y el debate sobre la posible incriminación de las conductas que comportan riesgo de transmisión del sida», *Revista Derecho y Salud,* Vol. 4, 1996, pp. 210 a 218.

Barrio Flores, Luis Fernando, *VIH/SIDA y Derecho. El marco Jurídico: derechos del paciente y responsabilidad sanitaria.* Edit. YOU & US. Madrid, 2008.

Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio, *Delito de lesiones.* Ed. Universidad de Salamanca, Salamanca, 1982.

Cadena Serrano, Fidel Ángel, «Heteropuesta en peligro consentida», *Diario La Ley,* Núm. 9744, 26 noviembre de 2020, pp. 1 a 14.

Díez Ripollés, José Luis, *Derecho Penal español. Parte General en esquemas.* 4. Edic. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

Gimbernat Ordeig, Enrique «La transmisión del sida por vía sexual», en https://www.iustel.com//diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1044765&popup= [Última consulta: 10 julio 2024].

Gómez Rivero, Carmen, «Artículo 155», *Comentarios prácticos al Código Penal. Los delitos contra las personas. Artículos 138-233.* Tomo II. Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 223 a 227

López Barja de Quiroga, Jacobo, *Derecho Penal. Parte General. Introducción a la teoría jurídica del delito.* Ed. Marcial Pons, Madrid, 2002.

Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal. Parte Especial.* 10. Edic. Ed. Reppertor, Barcelona, 2018.

Muñoz Conde, Francisco / García Arán, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General.* 9. Edic. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

Navas Mondaca, Iván, «Problemas de imputación del contagio de vih y el cambio de estatus jurídico del objeto de la acción», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales,* vol. LXIV, 2011, pp. 323 a 340.

Pantaleón Díaz, Marta / Cancio Meliá, Manuel, «Transmisión sexual del vih: imputación objetiva y subjetiva», *InDret,* Núm. 2, 2020, pp. 307 a 326.

Requena Juliani, Jaime, «La relevancia de la conducta de la víctima para la imputación: autopuesta en peligro y actuación a propio riesgo», *La Ley Penal,* Núm. 80, 2011, pp. 1 a 19.

Romeo Casabona, Carlos María, «Sida y Derecho Penal», *Problemas del tratamiento jurídico del sida. Cuadernos de Derecho Judicial,* Vol. IV, 1995, pp. 69 a 98.

Schünemann, Bernd, «Problemas jurídico-penales relacionados con el sida», en Santiago Mir Puig (ed.), *Problemas jurídico penales del sida,* Ed. Bosch, Madrid, 1993, pp. 25 a 120.

— «Problemas y paradojas jurídico-penales del sida en Alemania. Veinte años después», en Diego Manuel Luzón Peña (dir.), *Derecho penal del Estado Social y Democrático de Derecho. Libro homenaje a Santiago Mir Puig,* Ed. La Ley, Madrid, 2010, pp. 227 a 239.

28

¿LOS MOTIVOS ABYECTOS-DISCRIMINATORIOS INCREMENTAN LA CULPABILIDAD? INTRODUCCIÓN A UNA PROPUESTA CONFORME A LA EXIGENCIA DE OFENSIVIDAD*

ANDREA PERIN
Professore ordinario di Diritto penale
Università di Trento (Italia)

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. MOTIVOS AGRAVANTES: ¿POR QUÉ? III. ¿DELINQUIR POR MOTIVOS ABYECTOS AUMENTA LA CULPABILIDAD? IV. MOTIVOS Y REPROCHABILIDAD. REVISIÓN CRÍTICA. V. EN CONTRA DE LA RELEVANCIA AUTÓNOMA DE LOS MOTIVOS ABYECTOS EN EL PLANO DE LA CULPABILIDAD. DOS ARGUMENTOS. V.1.1. Primer argumento. Culpabilidad y «suerte moral». V.1.2. (*Sigue*). Motivos abyectos y dolo en la dosimetría de la pena. V.2.1. Segundo argumento. Motivos y atenuantes: la igualdad sustancial como trasfondo personalista del principio de culpabilidad. V.2.2. (*Sigue*) Motivos culturalmente determinados, igualdad y culpabilidad. VI. MOTIVOS ABYECTOS Y PENAS «ESPURIAS». VII. UNA SOLUCIÓN ALTERNATIVA. VIII. DERECHO PENAL Y DISCRIMINACIÓN (*CAVEAT* FINAL). IX. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

En la amplísima contribución de Carlos María Romeo Casabona al Derecho penal, sobresale en tiempos recientes su reflexión crítica sobre la pena, sus fundamentos y el método de conmensuración, especialmente frente a los riesgos asociados al uso de modelos actuariales basados en inteligencia artificial como herramientas de «justicia predictiva»[1]. Como evidencia en su análisis, el peligro de deshumanización vinculado al empleo de estos

* Esta contribución, en homenaje a mi querido Maestro español Carlos Romeo, retoma —ofreciéndolas en castellano con ligeros ajustes y acudiendo a referencias esenciales— reflexiones desarrolladas en una reciente monografía publicada en italiano, titulada *Motivi aggravanti e circostanze discriminatorie. Legittimità e limiti della sanzione penale dell'offesa alla pari dignità* (Turín, Giappichelli, 2024). Otra versión del trabajo (sin los párr. VII y VIII, añadidos en esta ocasión junto con algunos retoques) aparece en la *Revista de Derecho Penal* (Argentina).

[1] Véase, entre otras de sus contribuciones en esta materia, ROMEO CASABONA, «Riesgo, procedimientos actuariales basados en inteligencia artificial y medidas de seguridad», *Revista penal*, Núm. 42, 2018, pp. 165 y ss.

sistemas aumenta a medida que se admite —de forma más o menos velada— la sustitución de la culpabilidad como base de la pena por pronósticos de peligrosidad criminal o, peor aún, de «riesgo delictivo». Este proceso de cambio, paulatino, pero ya evidente, se materializa —señala Carlos Romeo— mediante la reintroducción de modelos «monistas» de pena; es decir, penas privativas de libertad fundamentadas parcialmente en la culpabilidad y parcialmente en pronósticos de peligrosidad o riesgo delictivo[2].

A la luz de algunos lúcidos y agudos estudios del Maestro cuya guía he tenido la fortuna de encontrar en mi camino, y cuya vida y enseñanza aquí deseamos homenajear, el presente texto propone una reflexión sobre la culpabilidad como principio liberal y categoría de imputación. El enfoque se centra de forma problemática en el debate sobre la justificación del efecto agravante atribuido a los motivos «abyectos» y «discriminatorios», como circunstancias comunes o elementos calificantes de delitos especiales.

II. Motivos agravantes: ¿por qué?

Algunos ordenamientos, entre ellos el italiano y el español, asignan un valor agravante, en el plano sancionatorio, a los motivos «abyectos» eventualmente subyacentes a la conducta autónomamente ilícita (típica y antijurídica)[3]. En ocasiones: (i) el legislador recurre a figuras circunstanciales comunes (es el caso, por ejemplo, de la circunstancia agravante de los «motivos abyectos y fútiles» del Código Penal italiano [art. 61.1]); (ii) otras veces aplican agravantes que califican el carácter reprochable del motivo, como ocurre en los denominados *bias crimes*, que se construyen normativamente, en los sistemas continentales, aplicando a un tipo autónomo una circunstancia derivada de haber actuado por motivos o fines discriminatorios (por ejemplo, el art. 22.4 del Código Penal español —modificado por última vez por la Ley Orgánica 6/2022— o el art. 604-ter del Código Penal italiano); (iii) o bien, el legislador prevé figuras autónomas-especiales, calificadas por el elemento constitutivo del motivo (por ejemplo, en los delitos relacionados con la discriminación y denegación de servicios en el ámbito público y privado de los arts. 511 y 512 del Código Penal español; o en la figura del «femicidio», en cuanto forma de homicidio calificado por la «razón de género», además del sexo del autor y la víctima, en otros sistemas jurídicos).

Ante estos modelos normativos, que —de una forma u otra— otorgan efecto agravante a los motivos «abyectos», surge el problema de su justificación en el plano tanto axiológico y dogmático, como político-criminal.

[2] Romeo Casabona, «¿Crisis del binomio pena por la culpabilidad y medida de seguridad por la peligrosidad criminal?», en Andrea Perin (ed.) / Ignacio Ackermann (coord.), *Imputación penal y culpabilidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, p. 23 y ss.

[3] Sobre los motivos agravantes, a nivel monográfico en la literatura italiana, cabe señalar la contribución de Veneziani, *Motivi e colpevolezza*, Torino, Giappichelli, 2000; en materia de circunstancias, la fundamental monografía de Melchionda, *Le circostanze del reato: origine, sviluppo e prospettive di una controversa categoria penalistica*, Padova, Cedam, 2000.

Desde el punto de vista conceptual, una forma de justificar el tratamiento sancionatorio más severo aplicable cuando concurran motivos moralmente/éticamente descalificantes se basa en la culpabilidad. Haber actuado ilícitamente y, *además*, impulsado por motivos abyectos (por ejemplo, discriminatorios) conllevaría que el delito autónomo o circunstanciado sea más reprochable y, por tanto, proporcionalmente mayor la medida de la pena merecida.

Sin embargo, un aspecto a menudo olvidado, aunque sumamente indicativo, es que el interés por los motivos, como indicadores de *peligrosidad*, fue un rasgo característico ya del positivismo del siglo XIX. Baste aquí anotar que el «Proyecto Ferri» de 1921 (art. 20) establecía expresamente lo siguiente: «Dentro de los límites señalados por la ley, la sanción se aplica al delincuente según su peligrosidad. El grado de peligrosidad se determina según la gravedad y las modalidades del hecho delictivo, los motivos determinantes y la personalidad del delincuente»[4].

III. ¿Delinquir por motivos abyectos aumenta la culpabilidad?

Recurriendo a un sistema conceptual renovado, basado en premisas antropológicas opuestas a las de los positivistas y en sustancial continuidad con el enfoque retributivo clásico, según parte de la doctrina contemporánea el fundamento del valor agravante de los motivos, a los que se asigna jurídicamente un valor social negativo, estribaría en la concepción normativa de la culpabilidad. Su configuración permitiría una graduación del reproche también en consideración a los *motivos de la acción* y a las *circunstancias* en que se realiza, estableciendo una «relación de implicación» legítima entre la moral y el derecho penal[5].

La relación entre el individuo y las normas válidas *erga omnes* se examina así desde una perspectiva dinámica y valorativa, propiamente «personalizante», pudiendo influir en la concreción de la pena[6], tanto a nivel de precisión de la pena entre el

[4] Sobre el enfoque de Enrico Ferri, así como respecto al ambiguo uso alternativo del «motivo» o del «fin» por parte del legislador italiano (en los arts. 604-bis y 604-ter del Código penal: delitos contra la igualdad), también para más referencias, me remito a Perin, *Motivi aggravanti e circostanze discriminatorie Legittimità e limiti della sanzione penale dell'offesa alla pari dignità*, Torino, Giappichelli, 2024, pp. 9 y ss.

[5] Veneziani, *Motivi e colpevolezza…*, ob. cit., pp. 166 y ss.

[6] Veneziani, *Motivi e colpevolezza…*, ob. cit., pp. 187 y ss., 194 y ss. (con especial referencia a las circunstancias atenuantes y agravantes), pp. 204 y ss., en profundidad, sobre la supuesta idoneidad de la culpabilidad normativa para permitir una valorización de los motivos —a los que se atribuye jurídicamente un (des)valor ético-social— en el plano de la proporcionalidad de la pena), pp. 316 y ss. Sobre la importancia de la concepción normativa de la culpabilidad —especialmente desde R. Frank en adelante, aunque también en algunos precursores del paradigma teórico actual— para la graduación judicial del reproche y la pena, como expresión de la necesidad de «personalización» del juicio, v. también Padovani, «Appunti sull'evoluzione del concetto di colpevolezza», *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, 554, pp. 559 y ss.; en

máximo y mínimo legal (discrecionalidad en sentido estricto), como de la conmensuración circunstancial[7].

La tesis consiste en legitimar la idoneidad del análisis motivacional para «iluminar el significado del hecho», «matizándolo en términos de mayor o menor desvalor»; siempre que dicha evaluación —se precisa— no se aplique a «otras características del autor, desvinculadas del hecho: por ejemplo, el carácter»[8].

En este sentido, para representar concretamente la relevancia estructural de los motivos en la culpabilidad, se acude al célebre ejemplo en que Reinhard von Frank compara las apropiaciones indebidas cometidas, respectivamente, por un cajero impulsado por motivos fútiles (dada su dedicación a diversiones costosas) y por un transportista de valores movido por motivos socialmente comprensibles (en cuanto afectado por circunstancias económicas adversas)[9].

La razón por la cual la culpabilidad del cajero debería considerarse más grave —se argumenta— residiría en la misma razón que permite atribuir el efecto inverso, atenuante o eximente, a las «circunstancias concomitantes» capaces de hacer menos exigible o inexigible la conducta alternativa lícita[10].

La consideración de las *circunstancias económicas adversas* que motivan al transportista de valores a cometer el delito puede conducir a una valoración en términos de *menor exigibilidad* (por tanto, como una hipótesis atenuante, no eximente) de la conducta alternativa lícita; el cajero, en cambio, al encontrarse en una *posición socioeconómica favorable*, pero siendo aficionado a diversiones costosas, no tenía buenos motivos para actuar ilícitamente (es más, tenía mayores razones para actuar conforme al precepto de «no robar»).

Un razonamiento análogo parecería aplicable, según algunos autores, a los «delitos culturalmente motivados». Aunque el Código Penal italiano no valora expresamente la especificidad cultural del imputado, el aporte doctrinal y jurisprudencial ha promovido una consideración del motivo cultural en un sentido —al menos parcialmente— eximente, con efectos apreciables en la determinación de la pena.

Esta orientación, por lo demás, ya podría derivarse, en términos generales, de la célebre —e insuperada— sentencia 364/1988 de la Corte Constitucional italiana, que,

---

la literatura más reciente, Viganò, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2021, pp. 187-188.

[7] Sobre la articulación bifásica de la determinación de la pena en el Código penal italiano, Melchionda, *Le circostanze del reato…*, ob. cit., pp. 597 y ss.

[8] Veneziani, *Motivi e colpevolezza…*, ob. cit., pp. 318-319.

[9] Veneziani, *Motivi e colpevolezza…*, ob. cit., p. 204 y ss., retomando la obra de Frank, *Über den Aufbau des Schuldbegriffs* (1907).

[10] Sobre el principio de inexigibilidad y las diversas vicisitudes del debate sobre la normatividad de la culpabilidad a lo largo del siglo xx, especialmente desde Frank en adelante, véase la importante contribución de Fornasari, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Padova, Cedam, 1990, pp. 53 y ss.

como veremos, también recurre al principio de *igualdad sustancial* para corroborar una concepción madura y renovada, solidaria, del principio de *personalidad* de la responsabilidad penal (combinando el art. 27.1 de la Constitución, que lo establece, y el art. 3.2, de la misma, relativo al principio de igualdad sustancial[11]).

Atendida la relevancia de la condición subjetiva del reo en un sentido atenuante o eximente, los *motivos abyectos* asumirían un papel, por así decirlo, «especular». Del efecto atenuante atribuido al proceso motivacional en virtud del principio de exigibilidad, se podría deducir, por el contrario, el agravante. De modo que, mediante el juicio de subsunción llevado a cabo por el intérprete, el hecho —un mismo hecho— podrá ser «iluminado» y calificado por mayor o menor culpabilidad debido al contexto y su relevancia en cuanto a la relación entre el individuo, el proceso motivacional que lo guía y el posible respeto de las normas.

De manera análoga, por tanto, también en el ámbito de los motivos discriminatorios —respecto de los cuales, a diferencia de los motivos abyectos, el desvalor ético está delimitado por el legislador al definir los factores relevantes (étnicos, religiosos, etc.)—, parte de la doctrina comparte la idea de que su valoración sería central en la graduación de la culpabilidad; ciertos motivos indicarían un *quid pluris* de desvalor subjetivo y un mayor grado de reprochabilidad.

La mayor reprochabilidad de los motivos residiría, en particular —según otro sector de la doctrina—, en mostrar un «*intrinsic desire for the wrongdoing*», es decir, un elemento volitivo de mayor intensidad[12]. Sin embargo, una diferencia sustancial entre el mayor grado de culpabilidad atribuible al dolo en cuanto tal, por un lado, y el que se imputa al agente a la luz de los motivos, por otro, radicaría en el elemento a verificar (o a inferir): remitiendo el *móvil* a las causas psicológicas íntimas que calificarían un determinado hecho antijurídico; y el *fin*, en cambio, a una proyección cualificada de la conducta, que no necesariamente —tratándose del llamado «dolo específico»— debe materializarse en el objetivo (evento) ofensivo.

Dada esta —aunque variada— concepción teórica, planteada para legitimar el valor agravante de los motivos abyectos y discriminatorios en el plano de la concepción normativa de la culpabilidad, la reflexión que sigue está orientada a investigar críticamente las

[11] «*È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese*» (Es deber de la República eliminar los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del País).

[12] Dillof, «Punishing Bias: An Examination of the Theoretical Foundations of Bias Crime Statutes», *Northwest U. L. Rev*., Vol. 91, Núm. 3, 1997, 1015, pp. 1065 y ss.

razones fundamentales de los criterios supuestamente idóneos a permitir agravamientos o atenuaciones de la responsabilidad por razones subjetivas.

IV. Motivos y reprochabilidad. Revisión crítica

El valor agravante de los motivos en el plano de la culpabilidad, por tanto, afincaría en (i) el desvalor moral de los mismos y (ii) la posibilidad de vencerlos y determinarse en base a motivos alternativos. Se hace así referencia a la clásica *posibilidad de actuar de otra manera*, de dejarse motivar por el Derecho; una explicación dogmática discutida precisamente en el plano estrictamente moral —del núcleo de la «moralidad» que descansa en la libertad individual—, debido a la imposibilidad lógica de hacernos responsables (culpables) por *quienes somos*.

Detrás de la aparente fuerza psíquica motivadora de los factores contextuales considerados como aptos para «presionar» el «proceso motivacional» del autor hasta tornar inexigible una conducta alternativa conforme a derecho, se percibe un elemento de desvalor normativo asimilable a una «culpa» adicional respecto del dolo subyacente a la conducta típica.

Si volvemos al ejemplo de Frank, en el caso de ese cajero (dedicado a diversiones costosas y, por lo tanto, impulsado por motivos fútiles al cometer la apropiación indebida), esta «culpa» residiría en no haber actuado como se podría esperar del cajero-modelo, dado que, para alguien como él, en su situación, habría sido posible, e incluso más fácil, dadas las circunstancias, evitar apropiarse indebidamente del dinero poseído; estaba más motivado por la norma penal, por lo que era *más exigible* que actuara correctamente[13].

A esta configuración subyace, por lo tanto, una *interrelación dolo-culpa*: mientras que el dolo cubre el hecho-base, la «culpa» calificante se encuentra en una fase anterior, en el momento en que el agente *no se ha dispuesto a un mejor enfoque motivacional frente a las normas*.

La *actio libera in causa* explicaría entonces la mayor culpabilidad del cajero, que podría haber evitado caer en el vicio de los placeres costosos (él es *causa de sí mismo*, su manera de ser es culpa suya, su voluntad podría haber sido mejor), reve-

[13] Veneziani, *Motivi e colpevolezza…*, ob. cit., p. 157 y ss., sobre el juicio de mayor reprochabilidad que se realiza mediante una comparación de los datos psíquicos motivacionales con la motivabilidad abstracta de un agente-modelo, es decir, evaluando cómo se habría motivado un agente modelo «situado» en la situación en la que se encontró el agente concreto, «extrayendo consecuencias (…) que afectan —a través de la graduación de la culpabilidad— a la graduación de la pena (…)». Precisa, por lo tanto, el autor (*ibid*., p. 208), que «la "motivación normal" no debe (…) entenderse como un dato psíquico-fáctico: pertenece más propiamente al ámbito normativo (…), remite a una figura de agente estandarizada, que resulta útil para evaluar la motivación concreta (dato psíquico efectivo) del autor»; «es decir, para establecer si habría sido posible una motivación normal».

lando así la *matriz retributiva* de esta configuración: no podríamos comprender el valor agravante atribuido a los motivos, en igualdad de condiciones objetivas y de ofensividad del hecho, sin adoptar una perspectiva de culpa moral, atendida la libertad moral del individuo.

El fundamento moral de la relevancia atribuida a los motivos es expresamente reclamado por quienes hoy defienden su importancia en el plano de la reprochabilidad penal. No obstante, se reconoce que la normativización de la culpabilidad (un *quid* que tiende cada vez más a trasladarse «de la cabeza del autor del hecho a la cabeza de quien está llamado a juzgarlo», citando el célebre pasaje de Rosenfeld, para ilustrar su carácter evaluativo) puede llevar a «manipulaciones ideológicas o a instrumentalizaciones iliberales», formas de culpabilidad del autor y de una no demasiado vaga coloración ético-moral[14]; en definitiva, un *derecho penal de la actitud interior*[15].

Precisamente frente a estos riesgos, es legítimo reflexionar sobre la oportunidad de no superponer/confundir (en cuanto al efecto atribuido a las posibles anomalías externas que hayan intervenido en la formación del proceso motivacional) dos acepciones diferentes de «inexigibilidad»: a) la que da relevancia a las *circunstancias concomitantes* generadoras de una *dificultad especial*, incluso emocional y psicológica (exigibilidad objetiva); b) la que tiene por objeto dar importancia a *razones moral o éticamente cualificadas*.

En otros términos: la exigibilidad ligada a factores externos, previos o concomitantes, referibles a la condición concreta e individual del agente, que pueden hacer objetivamente más difícil actuar de manera diferente (el origen o el nivel educativo, por ejemplo), por un lado; y, por otro, la exigibilidad de matriz retributiva, que legitima evaluaciones ético-morales agravantes o atenuantes.

En definitiva, lo que se pone en duda es la homogeneidad conceptual entre la relevancia atribuida a las circunstancias ambientales y la relevancia ético-moral asignada a los motivos personales del agente. Una cosa sería el defecto de motivación normal atribuible a conmociones emocionales o a otros obstáculos circunstanciales (concomitantes), o incluso a la cultura de origen del agente (factor previo); otra cosa sería dar relevancia al ánimo turbio o al móvil intrínsecamente reprobable que, en hipótesis, lleva a matar.

[14] Veneziani, *Motivi e colpevolezza…*, ob. cit., p. 158, 169 y ss., 201 y ss.

[15] Entre las contribuciones fundamentales al respecto, Bricola, «Teoria generale del reato», en Stefano Canestrari / Alessandro Melchionda (eds.), *Scritti di diritto penale*, Vol. I, t. I, Milano, Giuffrè, 1997, 539, pp. 607 y ss., 721 y ss., 726, nt. 812 («La relevancia de la actitud interior del agente es el primer paso hacia el *Willenstrafrecht* y una concepción del ilícito penal como ilícito personal de la acción referido al agente», lo que «conduce a una lenta devaluación de la dogmática del delito en favor de una dogmática del autor»).

V. En contra de la relevancia autónoma de los motivos abyectos en el plano de la culpabilidad. Dos argumentos

V.1.1. Primer argumento. Culpabilidad y «suerte moral»

La idea normativa de culpabilidad lleva a concebir el hecho-típico doloso como «un hecho voluntario *que no se debía querer*», y el hecho-típico culposo (o imprudente) como «un hecho involuntario *que no se debía producir*»[16]. En ambos casos, la culpabilidad deriva de haber actuado de manera diferente a como se debía actuar, donde el deber de actuar conforme al Derecho se basa en la posibilidad de autodeterminación del agente; posibilidad que debe excluirse: (a) por falta de *imputabilidad*, si por el condicionamiento de factores internos y externos preexistentes el agente es considerado incapaz de motivarse normalmente, de comprender el sentido de las normas y el desvalor de su propia conducta, de actuar de otra manera; (b) o por falta de *exigibilidad*, en presencia de circunstancias concomitantes excepcionales que igualmente reduzcan o excluyan (alcanzando la fuerza mayor) las facultades para actuar lícitamente.

La imputación de culpabilidad se convierte en el resultado de una evaluación en términos de reprochabilidad, es decir, de imputación del hecho al autor basada en parámetros normativos de juicio. Y esto conlleva, no solo la necesidad de acreditar un vínculo psicológico actual (*dolo*: representación y voluntad[17]) o potencial (*imprudencia*: representabilidad/representación y error[18]) con el hecho cometido y sus consecuencias, sino también valorar *in bonam partem* las circunstancias, previas o concomitantes, que, al afectar la autonomía del agente o su proceso motivacional —impidiendo, podríamos decir, su «normal» desarrollo y realización—, puedan llevar a considerar que esa conducta —aun cuando dolosa o imprudente— no es reprochable.

A la concepción clásica-retributiva se le objeta, como es sabido, que ninguna manifestación de voluntad puede vincularse a la supuesta *libertad moral* del agente; las conductas humanas, lógicamente, al no poder surgir de un vacío causal, solo podrían entenderse como el resultado de la interacción de un número indefinido (hasta ahora, indefinible) de factores naturales y ambientales incontrolables (*nature and nurture*).

[16] Delitala, «Il "fatto" nella teoria generale del reato», en *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, Vol. I, Milano, Giuffrè, 1976, p. 83 y ss., 85.

[17] Sobre la exigencia de «ambos componentes de la acción humana», conocimiento y voluntad, conforme a una perspectiva psicológico-individual que asegure el cumplimiento de los «principios garantistas, materiales y formales, frenando el excesivo arbitrio de los tribunales en la apreciación de los elementos subjetivos», ante la tendencia a normativizar y objetivizar el dolo, Romeo Casabona, *Sobre la estructura del dolo*, Azcapotzalco (Ciudad de México), Ubijus, 2009, pp. 12 y ss., 55 y ss.

[18] Para una recopilación de sus aportes a la teoría del delito imprudente, Romeo Casabona, *Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad de riesgo*, Granada, Comares, 2005.

En definitiva, desde esta perspectiva: lo que hacemos depende de *quiénes somos*, pero nadie es *causa sui*[19].

La tradición retributiva y la crítica a la libertad moral encuentran, sin embargo, una posible síntesis en el compatibilismo funcionalista[20]. En respuesta a la pretensión de las ciencias del comportamiento de explicar causalmente la acción humana (ya que dicha acción puede ser explicada, no es libre o, en cualquier caso, no lo es completamente), esta doctrina defiende una concepción oportunista, laica o instrumental —en definitiva, normativa— de la libertad y de la autonomía (moral) individual[21].

La explicación causal del comportamiento humano llevaría a excluir la responsabilidad individual precisamente porque nadie es *causa sui* y todo depende de factores fuera del control del agente. Tales factores incluyen causas biológicas y ambientales de la cambiante identidad individual, cuya autonomía moral, a medida que avanza el proceso explicativo, *se difumina gradualmente hasta desaparecer*: permanece su actitud hacia ciertos comportamientos, y la posibilidad de preverlos —con márgenes de error variables— según las correlaciones inductivas empleadas para comprenderlo (modelo nomológico-deductivo). Llevando este razonamiento a sus últimas consecuencias, la autonomía moral se disolvería junto con la sostenibilidad conceptual del principio de responsabilidad individual. Solo quedarían leyes (o regularidades) y correlaciones, causas (conocibles o no) y consecuencias (predecibles o no). Puro mecanicismo: explicación y previsibilidad. Estadísticas y perfilación. Un terreno fértil, como habrían deseado los positivistas del siglo XIX y principios del XX, para un ideal de justicia algorítmica y preventiva de carácter predictivo[22].

[19] Sobre la «libre voluntad», la culpabilidad retributiva y sus detractores, también para más referencias, PERIN, *Motivi aggravanti…*, ob. cit., pp. 28 y ss.

[20] Para más referencias también sobre esta doctrina, v. PERIN, *Motivi aggravanti…*, ob. cit., pp. 38 y ss.

[21] La posición del funcionalismo se suele caracterizar por la idea de que no existe incompatibilidad entre las explicaciones causalistas o deterministas de las ciencias del comportamiento, por un lado, y el derecho penal (o, en general, el derecho basado en la responsabilidad individual), por otro. Esto se debe a que las primeras centran su interés en los individuos dentro de la realidad fenoménica (plano empírico-individual), mientras que el derecho regula el comportamiento de los individuos como titulares de posiciones jurídicas en la sociedad (plano normativo-relacional). Por esta razón, las investigaciones sobre la existencia o no de la libertad en sentido material serían irrelevantes. Consciente de los peligros del determinismo biológico, apuntaba al respecto Carlos Romeo que, aun permaneciendo indemostrable el libre albedrío, tampoco podríamos asumir la prueba de lo contrario. Por lo tanto, en el plano normativo el individuo seguiría siendo responsable de sus acciones y punible por la realización voluntaria y culpable de conductas antijurídicas: ROMEO CASABONA, *Los genes y sus leyes: el derecho ante el genoma humano*, Bilbao-Granada, Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano – Comares, 2002, pp. 240 y ss.; ID., *Genética, Biotecnología y Ciencias Penales*, Bogotá, Ibáñez, 2009, pp. 397 y ss., 408 y ss.

[22] Como lucidamente lo advertía ROMEO CASABONA, «¿Crisis del binomio…», ob. cit., pp. 28 y ss., 41 y ss., señalando el preocupante y progresivo abandono del modelo garantista basado en la culpabilidad del agente y el principio de proporcionalidad, a favor de otro autoritario en el que se diluye la culpabilidad,

Virtualmente, el individuo no existiría más que como producto de causas: *si todo se explica, por nada responde*. El *yo* responsable se reduce hasta casi desaparecer, quedando a merced de los eventos que lo rodean o incluso de los que ocurren dentro de sí mismo[23].

Si, en cambio, con el «compatibilismo», se opta por detener el proceso de búsqueda de las causas y la comprensión mecanicista de los comportamientos, lo que queda es ese espacio inescrutable de la identidad individual que llamamos «autonomía moral» (el *yo* responsable). Todo lo que no está explicado ni comprendido causalmente es de su responsabilidad, aunque dependa de factores sobre los cuales, presumiblemente, no haya ejercido ningún poder de control.

Eficazmente, se ha escrito: la frase *comprenderlo todo significa perdonarlo todo* «encierra el reconocimiento de la no libertad de la voluntad y la inadmisibilidad filosófica del concepto de responsabilidad, mientras que no altera en nada el derecho y deber de la colectividad de exigir el obrar moral sin tener en cuenta esta no libertad». En otros términos: «Desde el punto de vista de la colectividad podemos hablar de mérito y culpa, pero no desde el punto de vista de la subjetividad»[24].

Subyacente a la *decisión de no comprender* todo lo que podríamos comprender, hay una deliberación política: una decisión *liberal*, porque impide el avance de paradigmas de control y defensa social basados en pronósticos preventivos-represivos de peligrosidad; y, al mismo tiempo, *solidaria*, porque nos hace responsables, en cierta medida (pero ¿hasta qué punto?), ante los demás.

Esto, a su vez, se refleja en las «dos caras» del principio de *responsabilidad personal*, que, por un lado, limita y condiciona la imputación subjetiva (según la capacidad de motivación, la comprobación de la dolo o la culpa, salvo causas de exculpación, etc.), y, por otro, tiende a hacernos olvidar que *las causas del comportamiento humano, incluido el criminal, son ineludiblemente también sociales*[25].

Dado que, por lo tanto, un agente puede ser correctamente tratado como objeto de juicio moral, aunque algunos aspectos significativos por los cuales se le juzga no dependan de su control (en esto consiste la aceptación de la llamada «suerte moral»: *infra*), el problema recae nuevamente en definir las condiciones adecuadas para confirmar,

---

remplazándola paulatinamente con la peligrosidad social o —peor aún— con el cálculo deshumanizante (estadístico) del riesgo delictivo.

[23] *Cfr.* al respecto, sobre el debate contemporáneo, Fiandaca, *Punizione,* Bologna, Il Mulino, 2024, pp. 30 y ss.

[24] Nordau, *Biología de la ética*, Madrid, V.H. Sanz Calleja, 1919, pp. 147-148. Lo que emerge es que el mantenimiento del principio de responsabilidad exige ignorar virtualmente aquellos factores condicionantes que, de hecho, dentro de ciertos límites (variables en el tiempo), el derecho penal no puede ni quiere considerar: *Cfr.* Donini, «Responsabilità e pena da Kant a Nietzsche. La decostruzione del rimprovero», *Riv. it. dir. proc. pen*., 2020, Núm. 4, pp. 1699 y ss.

[25] Una conciencia plenamente presente en el trasfondo cultural del art. 27.3 de la Constitución italiana, al asignar a la pena una función reeducativa (como medio de reinserción social).

en cada caso concreto, la presunción del proceso deliberativo normal que justifica, de manera laica, la atribución de culpabilidad (imputabilidad).

Es en este sentido que, como ya se ha señalado en otro lugar, la culpabilidad puede considerarse, en última instancia, siempre *eventual* [26]. Es una especie de precio que se debe pagar, un cruel pacto oculto, subyacente a la vida común. Y esto hace aún más necesaria una lectura solidaria que conjugue el principio de igualdad, el de culpabilidad y la reinserción social como finalidad de la aplicación de la pena.

V.1.2. **(Sigue). Motivos abyectos y dolo en la dosimetría de la pena**

El argumento de la irrelevancia de los motivos como reflejos de la incontrolable identidad de cada individuo (nadie es *causa sui*, todos somos producto de la naturaleza y el entorno cultural) sería aplicable, de manera similar, a todo el espectro de la culpabilidad: desde la imputabilidad como «capacidad de entender y querer», hasta el dolo como «conciencia y voluntad». En consecuencia, la tesis según la cual los motivos serían irrelevantes, dado que escapan al control del agente, no resulta, por sí misma, decisiva. Si los motivos son el reflejo de estados psíquico-identitarios aleatorios (de los cuales el individuo no debería ser responsable, ya que, de nuevo, nadie es *causa sui*), entonces el producto eventualmente finalístico del propósito, que dichos motivos llevan a madurar, no debería ser imputable a la responsabilidad (moral) del individuo.

Aceptada la «suerte moral»[27] y salvaguardada, de este modo, la responsabilidad individual, lo que vale para el dolo valdría también para los motivos. Tanto uno como los otros son, en definitiva, fruto de esta fortuita identidad.

[26] Perin, *Prudenza, dovere di conoscenza e colpa penale. Proposta per un metodo di giudizio*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, p. 380. La *eventualidad* de la culpabilidad se capta también en algunas estructuras dogmáticas de la imputación penal, como por ejemplo el «nexo de riesgo» en los delitos imprudentes de resultado: no todas las imprudencias —incluso graves o conscientes— causan daños; mientras eso no ocurra, la víctima no lo sufre ni siente rencor. Pero pende la «Espada de Damocles»; y si, por la intervención aleatoria de factores causales ya ajenos al control del agente, ese «riesgo no permitido» generado por la imprudencia se materializa en un resultado dañino, la situación jurídico-moral del agente, especialmente desde la perspectiva de la víctima, cambia radicalmente. Ese agente es (se convierte en) responsable por el riesgo provocado. Aunque el escenario habría podido ser otro, la superación del riesgo habría pasado desapercibida, al no concretarse en un evento y quedando ajena al plano de los hechos (salvo apliquen delitos de peligro).

[27] Como es sabido, se suelen distinguir cuatro formas de *moral luck*: (1) la *circumstantial luck*, relativa al contexto en el que se encuentra el agente, entorno que puede ofrecer la oportunidad de actuar de un determinado modo; (2) la *constitutive luck*, referida esencialmente a la identidad biológica y/o psicológica del agente, que influye en su carácter e identidad y, por lo tanto, en la predisposición a reaccionar de una u otra manera frente a ciertos estímulos ambientales; (3) la *causal luck*, que considera de manera general las circunstancias ambientales que condicionan la acción individual (por ejemplo, la indigencia que lleva a cometer un robo); (4) la *resultant luck* (o *consequential luck*), respecto a las consecuencias sobre las cuales el agente no tiene un control real y que, sin embargo, determinan ciertos fundamentos

Sin perjuicio de lo anterior, el problema se puede replantear desde la perspectiva del principio del *ne bis in idem* sustancial. Y en este sentido la objeción al cálculo autónomo de los motivos agravantes puede reformularse de la siguiente manera: castigar los motivos (asignándoles una cuota proporcionalmente autónoma de pena) implica castigar dos veces al agente por su abyecto y desafortunado modo de ser, atribuyéndole una suerte de *culpa adicional* por no haber eliminado ciertas condiciones predisponentes a la conducta posterior.

La cuota de mayor culpabilidad por el motivo, desde esta perspectiva, puede reconducirse a una especie de «imputación extraordinaria» que sigue el esquema de la *actio libera in causa*. La razón «ordinariamente» inculpable en t^1 —momento de la conducta típica—, al no ser atribuible a la conciencia o voluntad actual del agente, se vuelve imputable si puede afirmarse que en t^0 —algún momento anterior— el agente habría podido eliminarla o modificarla para predisponerse correctamente (de mejor manera) a actuar en t^1.

Llevando este esquema dogmático al terreno de los motivos, podemos obtener una estructura compuesta por un hecho-base doloso al que se añade una culpa por el motivo. Esta culpa, además, según el esquema de la *actio libera in causa*, debería mantenerse en un «nexo de riesgo» con la conducta que de ella se deriva. Es decir, el dolo actual debería representar la concreción del riesgo previsible y previsto al predisponerse de un determinado modo.

En el plano de la concepción normativa de la culpabilidad, el argumento contrario a la tesis de la relevancia autónoma de los motivos acierta así al destacar el carácter absorbente del dolo. La sanción autónoma de los motivos —que reflejaría un *quid pluris* de culpabilidad y justificaría un aumento proporcional de la pena— conduciría a una doble sanción por el modo de ser. La diferencia radica en que el dolo (aunque presuponga una «suerte moral») abarca la dimensión objetiva del injusto (ningún elemento relevante de la tipicidad es imputable si no es en función de un coeficiente subjetivo); mientras que el motivo, bajo la interpretación en cuestión, no sostiene autónomamente ningún elemento fuera del propio dolo; por tanto, excede la cuota máxima de culpabilidad imputable y añade elementos de valoración que se refieren únicamente a la *personalidad del autor*.

V.2.1. **Segundo argumento. Motivos y atenuantes: la igualdad sustancial como trasfondo personalista del principio de culpabilidad**

Cabe además preguntarse si una persona impulsada por motivos abyectos, particularmente si están ligados a prejuicios o a la ignorancia, puede ser considerada, al contrario, en ciertas condiciones, menos reprochable por el hecho cometido. Este

---

para la atribución de responsabilidad. El debate actual se basa esencialmente en las contribuciones de NAGEL, *Mortal Questions*, New York, Cambridge University Press, 1979; WILLIAMS, «Moral luck», en *Moral Luck*, Cambridge, Cambridge University Press, 1981, 20.

argumento subyace a la posibilidad de que los motivos abyectos puedan ser entendidos como evidencia de una personalidad socialmente inmadura, menos autónoma, menos susceptible de ser motivada por la norma y, por tanto, menos culpable.

En un contexto cultural y argumentativo proclive a redimensionar el peso de las instancias de prevención general y represivas, y a conferir al principio constitucional de culpabilidad un significado *adicional* al mínimo y obvio de la *prohibición de responsabilidad por hechos ajenos*, fue la doctrina, ya desde los años Setenta, la que combinó el principio solidario de la igualdad sustancial (art. 3.2 de la Constitución italiana), también como base del principio reeducativo (art. 27.3 Const. it.), con el carácter personal de la responsabilidad penal (art. 27.1 Const. it.)[28].

No por casualidad, la sentencia de la Corte Constitucional 364/1988 —que declaró la inconstitucionalidad parcial del art. 5 del Código Penal, en la parte en que no reconocía la excusabilidad de la *ignorantia legis* inevitable— contiene una referencia explícita al art. 3.2 de la Constitución[29]. De este modo, se adopta la idea, que ya había comenzado a abrirse camino en aquella doctrina, según la cual el principio de culpabilidad exige la posibilidad de conocer la ley penal y de comprender el desvalor del hecho antijurídico. Si falta esta posibilidad, o si está gravemente disminuida, el incumplimiento del deber de conocimiento —esto es, el error de prohibición— no puede ser reprochado[30].

El razonamiento merece ser retomado con mayor detalle.

Al abordar la cuestión de constitucionalidad del art. 5 del Código Penal (el que establecía, antes de la declaración de inconstitucionalidad parcial de 1988, que *nadie podía alegar en su defensa la ignorancia de la ley penal*), la Corte destacó dos corolarios fundamentales del principio de culpabilidad.

En primer lugar, la responsabilidad penal es incompatible con la ausencia de un «elemento subjetivo»: por tanto, cada segmento relevante del injusto típico debe estar cubierto por el dolo o, al menos, por la culpa del sujeto (según lo establecido por el legislador); ningún elemento relevante del tipo penal, de la tipicidad objetiva, puede ser imputado al autor de forma objetiva. Además, el principio de culpabilidad exige «la

[28] Bricola, «Teoria generale…», ob. cit., pp. 693 y ss., 695-697.

[29] Véanse los comentarios de Pulitanò, «Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza», *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 686, y Padovani, «L'ignoranza inevitabile sulla legge penale e la declaratoria d'incostituzionalità parziale dell'art. 5 c.p.», *Leg. pen*., 1988, 449.

[30] En este sentido, en España, tras el fin de la dictadura, Romeo Casabona, «El error evitable de prohibición en el Proyecto de 1980», *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, 1981, pp. 739 y ss., especialmente sobre la distinción entre error de tipo y error de derecho, y la distinción entre la «teoría del dolo», según la cual éste requeriría también el conocimiento efectivo de la norma de prohibición, y la «teoría de la culpabilidad» (adoptada por la Corte Constitucional 364/1988), en virtud de la cual el dolo, incompatible con el error de tipo, persiste aun cuando exista un *error iuris*, configurándose la conciencia de la antijuridicidad como elemento autónomo de la culpabilidad (749 y ss.).

efectiva posibilidad de conocer la ley penal»[31]: si esta posibilidad falta, en cuanto el sujeto activo no habría podido cumplir con dicho deber de conocimiento (dicho cumplimiento no le era exigible), y por ende la ignorancia no es evitable, no hay culpabilidad.

La inevitabilidad del error —la inexistencia de *culpa iuris*— deriva concretamente de dos categorías de razones: objetivas, como la oscuridad objetiva de la norma penal y de su significado; y subjetivas, cuya relevancia se sustenta a su vez en dos argumentos.

El primer argumento es el más conocido. La Corte recuperó y reafirmó una interpretación evolutiva y orgánica del art. 27 de la Constitución italiana: la estrecha relación entre el carácter *personal* de la responsabilidad penal (art. 27.1) y la función de *reinserción social* de la pena (art. 27.3), dado su trasfondo solidario, se fundamenta en la consideración de que ese objetivo (la única dimensión teleológica de la pena reconocida por la Constitución) carecería de sentido sin culpabilidad[32]. Si el condenado no es reprochable, si su conducta no demuestra indiferencia u hostilidad hacia los valores representados y protegidos por el ordenamiento, cualquier pretensión de resocialización carece de legitimidad y sentido[33].

Queda claro, por lo tanto, que dicha indiferencia u hostilidad presupone el conocimiento o, al menos, la ignorancia culpable de la prohibición. La resocialización implica reprochabilidad; y no hay reprochabilidad sin la posibilidad efectiva de conocer la ley penal. Sin la posibilidad de conocer la prohibición, el ejercicio del poder punitivo es constitucionalmente ilegítimo.

El segundo argumento —una especie de corolario del anterior— es menos conocido o, en todo caso, menos valorado (sobre todo en la discusión actual). Ya había sido planteado por la doctrina[34], y en la sentencia 364/1988 reaparece hacia el final de la motivación, limitado a unas pocas líneas, en las cuales la Corte señala que el art. 5 del

[31] Corte cost. 364/1988, § 19.

[32] La tesis según la cual debería deducirse del artículo 27.3 de la Constitución (reinserción cual fin de la pena) la exigencia constitucional de la *posibilidad de conocer la ley penal*, como condición de culpabilidad, en los términos adoptados por la Corte Constitucional en 1988, había sido planteada en Italia por PULITANÒ, «Ignoranza (Dir. pen.)», *Enc. dir.*, Vol. XX, Milano, Giuffrè, 1970, pp. 36 y ss.; y BRICOLA, «Teoria generale…», ob. cit., p. 564, 693 y ss., 695.

[33] Corte cost. 364/1988, § 11: «Conjugando el primer y el tercer acápite del artículo 27 de la Constitución, se observa fácilmente que, cualquiera sea la interpretación de la función reeducativa de este último, esta presupone al menos la culpabilidad del agente en relación con los elementos más significativos de la figura típica. No tendría sentido la "reeducación" de quien, al no ser al menos "culpable" (en relación con el hecho), ciertamente no tiene "necesidad" de ser reeducado». *Cfr.*, sobre la vacilante evolución de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, las reflexiones de MAUGERI, «Verso la piena affermazione del principio di colpevolezza come diritto fondamentale nel diritto penale europeo, pur con qualche tentennamento», *Arch. pen*., 2022, Núm. 3, pp. 8 y ss., 100 y ss.

[34] BRICOLA, «Teoria generale…», ob. cit., pp. 695-697, quien lo desarrolla como continuación del anterior, conjugando el art. 3.2, y el art. 27.1 y 27.3 de la Constitución.

Código Penal, al no atribuir valor excusante a la imposibilidad de conocer la ley penal, violaba no solo el art. 27, sino también el art. 3 de la Constitución italiana.

En ese momento de la sentencia, la Corte Constitucional vincula el principio de culpabilidad al de igualdad sustancial (art. 3.2 Const. it.), mostrando cómo esto permite fundamentar decisiones exculpatorias basadas en la consideración de características del agente que hagan inexigible —o menos exigible— el deber de conocer la ley penal (es decir, la realización de la expectativa de conocimiento).

La Corte muestra que la inevitabilidad del error de derecho puede depender precisamente de esos persistentes «obstáculos» a la igualdad efectiva de las personas (a la debilidad cultural de quien cometió el error e ignoró la ley penal): «Es posible —precisó la Corte— (…) que el Estado no haya hecho objetivamente reconocibles (o previsibles) algunas leyes; o que, a pesar de toda disposición positiva de determinados sujetos para cumplir con los mencionados deberes instrumentales de información, etc., la ignorancia de la ley penal sea debida a la falta de eliminación de los "obstáculos" a los que se refiere el segundo acápite del art. 3 de la Constitución»[35].

Abriendo, por así decirlo, los ojos del ordenamiento jurídico frente a las diferencias entre los destinatarios de las normas, el canon de la igualdad sustantiva permite calibrar *in bonam partem* la intervención punitiva (hasta su abstención, por ausencia de culpabilidad), en consideración a características personales que pueden influir en el grado de reproche (respecto al grado de idoneidad para motivarse a actuar conforme al precepto): el nivel de autonomía del agente (su capacidad de «entender y querer»), lo que puede conllevar la exclusión de su imputabilidad, total o parcialmente; o bien, el grado de socialización, que permite reconocer la inevitabilidad del error de prohibición.

En un sistema constitucional que reconoce a la libertad personal un papel fundamental, la culpabilidad, cual principio individual-garantista, se despliega de este modo como expresión del principio de igualdad sustantiva y su solidarismo.

Pero en ese razonamiento hay algo más, pues el vínculo del art. 27 (carácter personal de la responsabilidad penal) con el art. 3 Const. it. (que establece el deber del Estado de adoptar acciones positivas para garantizar a todas las personas el ejercicio de sus derechos) permite sostener también lo siguiente: si el hecho de «no haber puesto al sujeto en condiciones de poder conocer la ilicitud de su conducta constituye uno de esos "obstáculos" que el artículo 3 de la Constitución impone eliminar»[36], el Estado debe primero cumplir con su tarea y eliminarlos mediante políticas no penales; luego, en su caso, como *extrema ratio*, puede intentar prevenir y reprimir mediante la pena. Al

[35] Corte cost. 364/1988, § 24.

[36] Moccia, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1992, pp. 169 y ss.

menos, el Estado no debería castigar antes de haber intentado efectivamente eliminar esos obstáculos [37].

Si, por tanto, el agente es lo que es (racista, misógino, etc.) porque ciertos obstáculos para su maduración cívica o para su integración cultural no han sido eliminados —o no se le ha dado la posibilidad concreta de eliminarlos—, el principio de solidaridad social, al combinarse con el principio personalista, recomendaría una reducción de la intervención punitiva.

El razonamiento, al menos en teoría, se completa entonces conjugando el principio de culpabilidad/personalidad (art. 27), con el de igualdad sustantiva (art. 3 Const. it.), que no solo impone calibrar el juicio de culpabilidad en razón de la posibilidad de motivación y de comportamiento conforme a la norma —por lo que al déficit de socialización corresponde una culpabilidad proporcionalmente inferior—, sino que también señala la reinserción como una «acción positiva» adicional y sólo subsidiaria (como oferta de oportunidades, no como negación de oportunidades).

En resumen: el solidarismo se convierte en el trasfondo político-cultural a través del cual se despliega el principio de personalidad y se comprende el fin de reinserción social. La pena como castigo y privación no es una acción positiva en primera instancia; al contrario, esa pena retrocede y espera; y si no se puede prescindir de ella, debe orientarse a devolver a la sociedad a una persona que esa misma sociedad ha llevado a delinquir[38].

V.2.2. **(Sigue) Motivos culturalmente determinados, igualdad y culpabilidad**

El motivo, por tanto, si es atribuible a un déficit de socialización, puede evaluarse en términos de menor o inexistente culpabilidad. Pero las razones atenuantes o exculpatorias pueden entrar en conflicto con las agravantes relacionadas con actitudes moralmente abyectas o socialmente proscritas. Un ejemplo ilustrativo al respecto es la ambivalente percepción penal de los denominados «delitos culturalmente orientados» o motivados[39].

Superando la tendencia a no atribuir relevancia a los motivos relacionados con culturas en conflicto con la moralidad subyacente al ordenamiento jurídico-penal, una orientación jurisprudencial se ha visto orientada a valorar *in bonam partem* los motivos identitarios: en la aplicación de circunstancias atenuantes —y su ponderación con las

[37] Una «política penal de protección de los bienes es justificada y creíble —anota Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari-Roma, Editori Laterza, 2000 (6.ª ed.), p. 476— sólo su es subsidiaria a una política no penal de tutela de los mismos bienes».

[38] Sin embargo —y aquí hay un punto crucia— es cada vez más valorada la idea de que la tarea de eliminar los obstáculos que constituyen desigualdades puede cumplirse prioritariamente mediante la pena, pero no como medio de reinserción, sino como instrumento de represión y de reafirmación simbólico-comunicativa del bien sobre el mal (punitivismo moralizador).

[39] Véase la bibliografía citada en Perin, *Motivi aggravanti…*, ob. cit., pp. 208 y ss.

agravantes—; o, como mínimo, en la conmensuración de la pena (sin embargo, con el límite, establecido también por la jurisprudencia supranacional, de la salvaguardia de los derechos fundamentales).

La base de la relevancia atribuible a las peculiaridades identitarias y culturales radicaría en el conflicto normativo provocado por la antinomia entre la norma penal (el «superego» de la sociedad) y una regla de origen cultural, en los casos donde el incumplimiento de la primera obedece a la conformidad con la segunda. Adoptando una perspectiva conocida en la dogmática de la culpabilidad, se puede argumentar que la norma cultural incide en el «proceso motivacional normal» del agente, disminuyendo la exigibilidad de la conducta lícita alternativa[40].

Este enfoque resulta por lo demás coherente con el razonamiento desarrollado por la Corte Constitucional italiana en la sentencia 364/1988, que —como se ha señalado— reconoció la relevancia de las normas culturales al evaluar la inevitabilidad del error de prohibición[41]: razones inherentes, ciertamente, a la personalidad del reo, pero no vinculadas a valoraciones éticas o moralistas, sino a la objetiva inexigibilidad (o menor exigibilidad) del cumplimiento de ciertas expectativas de comportamiento (alternativo lícito).

Esto muestra la diferencia fundamental entre las circunstancias atenuantes atribuibles a factores culturales, que reflejan un menor grado de exigibilidad debido al contexto sociocultural, y aquellas basadas en valoraciones morales o sociales de la personalidad del acusado. Mientras que las primeras se refieren a valoraciones de exigibilidad inherentes al contexto —circunstancias previas o concomitantes— capaces de condicionar la posibilidad de adecuación a la norma, las relacionadas con el valor moral o social —así como, simétricamente, los abyectos y discriminatorios—, implican evaluaciones que trascienden la dimensión de la culpabilidad por el hecho y se refieren exclusivamente a la personalidad del reo como tal, la cual nos debería resultar totalmente indiferente, más allá de lo que ya influye en la imputación del dolo (*supra*).

VI. Motivos abyectos y penas «espurias»

A lo largo del análisis, se ha puesto de manifiesto que la inclusión de los motivos abyectos como elementos autónomos en la determinación de la culpabilidad y la pena genera un distorsión del «derecho penal del hecho», incluyendo influencias moralizantes que a su vez reflejan una deriva hacia un «derecho penal de autor» y de la «actitud interior». En cambio, el enfoque adoptado por la jurisprudencia que subraya la impor-

[40] *Cfr.* De Maglie, *I reati culturalmente motivati. Ideologie e modelli penali*, Pisa, ETS, 2010, pp. 229 y ss.

[41] Sobre la posibilidad de sostener una *cultural defense* en cuanto error de prohibición inevitable, De Maglie, *I reati culturalmente motivati…*, ob. cit., pp. 233 y ss.

tancia de los contextos culturales y los factores individuales muestra que el principio de igualdad sustancial, en combinación con el carácter personalista del derecho penal, permite una mayor sensibilidad hacia las circunstancias concretas del individuo.

La sanción proporcional del motivo moralmente connotado atañe a la personalidad del reo, trascendiendo la dimensión objetiva del injusto. El motivo puede explicar y calificar la forma o la intensidad del dolo, proporcionando, por ejemplo, indicaciones útiles para distinguirlo, en cuanto eventual, de la culpa con previsión; o bien, para definirlo como intencional, según el caso. En un derecho penal del hecho, sin embargo, lo que interesa es únicamente el elemento subjetivo subyacente al tipo objetivo.

Por tanto, el reconocimiento de un efecto agravante autónomo a los motivos abyectos resulta problemático, en definitiva conceptualmente injustificado dentro de una concepción *normativa* y *laica* de la culpabilidad. Esto conlleva —junto a la sanción de la forma de ser del autor, que el dolo ya refleja por sí mismo— la vulneración del principio de *ne bis in idem* sustancial.

En última instancia, la asignación de una relevancia autónoma a los motivos abyectos, para justificar una precisión *in malam partem* de la sanción, solo hallaría fundamento en la peligrosidad social señalada por ese rasgo de la personalidad del autor.

Ya desde el positivismo decimonónico, ello derivaría en respuestas que, al apoyarse en valoraciones subjetivas desvinculadas de la culpabilidad, tienden a transformarse, en cierta medida o del todo, en medidas de defensa social[42]. Y también en la actualidad, este enfoque nos encamina progresivamente hacia un derecho penal de autor, con un marcado carácter autoritario[43].

VII. Una solución alternativa

Dada la incierta justificación del agravamiento sancionatorio en el plano de la reprochabilidad por los motivos, se puede sin embargo plantear un argumento justificativo alternativo, aunque válido solamente respecto a los motivos subyacentes a los llamados «delitos de odio»: aquel basado en la mayor ofensividad de la conducta discriminatoria.

Desde este punto de vista, la mayor dificultad radica en justificar por qué un hecho que vulnera, en esencia, el mismo bien jurídico (por ejemplo, la integridad personal en el caso de una forma de violencia por misoginia o racismo), y en la misma medida, debe ser considerado más grave en función del motivo abyecto que lo califica.

La ofensa causada estaría caracterizada por un perjuicio adicional: la pena sancionaría la violación del principio de igualdad y la lesión de la «igual dignidad social» de la víctima. El valor protegido sería la igualdad, entendida como principio subyacente al bien jurídico de la «igual dignidad».

[42] V. *supra*, párr. II, y nota 4.

[43] Véase nuevamente Romeo Casabona, «¿Crisis del binomio…», ob. cit., pp. 28 y ss.

En rigor, por tanto, si se pretende fundamentar un *quid pluris* sancionatorio, el elemento adicional de ofensividad —un desvalor autónomo que también debe ser calificado en cuanto a su grado relevante— debería ser configurado (por la norma) e imputado (por el juez) como un elemento circunstancial, y ser verificado en relación con el hecho concreto.

Una posible solución, elaborada teniendo en cuenta la circunstancia agravante regulada por el artículo 604-ter del Código Penal italiano (pero fácilmente adaptable a figuras análogas previstas en otros códigos afines, como por ejemplo el art. 22.4 del Código penal español), y la necesidad de no vulnerar el principio de igualdad en su dimensión formal en materia penal, es la siguiente:

Es circunstancia agravante (…) cometer el delito causando voluntariamente una coerción a la persona ofendida, quien, independientemente del grupo o colectivo al que pertenezca, resulte concretamente discriminada por su origen, etnia o nacionalidad, por su condición socioeconómica, edad o capacidad, por su religión, cultura política o identidad sexual[44].

Esta propuesta se basa en la idea de que al Derecho penal (liberal-democrático) no debería interesarle la personalidad del autor (abyecta, vil o peligrosa), sino la circunstancia de que la persona agente, autora del delito-base, haya provocado una coacción arbitraria (resultado), calificada y sustentada en un dolo discriminatorio. Además, se fundamenta en la convicción de que la *dignidad protegida* debería entenderse como *autodeterminación*, la cual corresponde a toda persona en igualdad de condiciones, sin perjuicio de los grupos con los que cada individuo decida identificarse.

No puede pasarse por alto el riesgo de derivaciones antiliberales por el abuso de un derecho punitivo revestido de la necesidad de proteger los derechos fundamentales y promovido con la esperanza de reconocer en él un aliado fiel en la *primera línea* del fortalecimiento del Estado social. El derecho penal se convertiría, de este modo, en una «acción positiva» adoptada con el propósito de eliminar los obstáculos de orden social y cultural que limitan la libertad y la igualdad de las personas. Sin embargo, aun admitiendo, por hipótesis, que esto sea legítimo, siempre es necesario preguntarse bajo qué condiciones.

En el trasfondo de esta reflexión, en definitiva, se encuentra la difícil aceptación de una idea poco popular, y cada vez menos popular: la de que el *garantismo penal* —un modelo estructural de Derecho penal que aspira a respetar los principios de legalidad, ofensividad, culpabilidad/personalidad, la imparcialidad del juez, su libre convencimiento, y que se base en la carga probatoria de la acusación y en los derechos de defensa— «no garantiza la *justicia sustancial*, que en sentido absoluto no es de este mundo (…); sino solo la *justicia formal*, es decir, una técnica de definición legal y un

[44] Perin, *Motivi aggravanti…*, ob. cit., p. 312 (trad. al castellano).

método de determinación judicial de la actuación punible que, si no excluyen por completo, al menos reducen al mínimo (…) los elementos de arbitrariedad» de la violencia punitiva.

Subyacente a esto está la conciencia de que no conviene renunciar a esa justicia formal, cediendo a la tentación de tomar peligrosos atajos (justicialistas e idealistas), ya que ella misma es «un presupuesto necesario, aunque insuficiente, de cualquier atisbo de justicia sustancial»[45].

VIII. **Derecho penal y discriminación (*caveat* final)**

Sin perjuicio de lo anterior, que el Derecho penal —desde una óptica liberal— pueda asumir la tarea de otorgar una mayor protección a personas particularmente vulnerables, no solo parece perfectamente legítimo, sino en algunos casos incluso necesario. Esta preocupación está presente en la obra de Carlos Romeo. En 2020, cuando la pandemia nos tomó por sorpresa, los recursos sanitarios se volvieron escasos y se (re)planteó el problema de los criterios de priorización, el Profesor Romeo no dudó en reaccionar públicamente contra prácticas que él mismo calificó de «discriminatorias y deshumanizantes», las cuales comenzaban a instaurarse en hospitales europeos: desde la denegación de asistencia respiratoria a pacientes mayores de setenta años hasta la exclusión de personas con discapacidad o, en algunos casos, de migrantes en situación irregular. Y, por supuesto, ese llamado a la responsabilidad de los profesionales sanitarios también tenía implicaciones en la posible exclusión de causas de justificación o exculpación frente a hechos punibles contra la vida[46].

Por otro lado, tampoco debemos olvidar que el propio Derecho penal, en otras ocasiones, puede tener efectos discriminatorios, como ocurre cuando se criminaliza sin excepciones el suicidio asistido y la eutanasia, o la interrupción voluntaria del embarazo; por lo que, en estos casos, la protección de la igualdad y de la dignidad en condiciones de paridad puede exigir un decidido retroceso del poder punitivo[47].

[45] Ferrajoli, *Diritto e ragione*…, ob. cit., pp. 150-151.

[46] Véase Romeo Casabona, «No podíamos dejar que discriminaran a pacientes por su edad, discapacidad o procedencia», Campusa. Noticias de la Universidad del País Vasco, 29 de julio de 2020, en www.ehu.eus. En materia de Derecho penal y responsabilidad médica, su obra: Romeo Casabona, *El médico y el derecho penal*, Santa Fe, Rubinzal – Culzoni, 2011 (t. I y II).

[47] Con especial referencia a la experiencia chilena y la italiana, Perin, *Motivi aggravanti*…, ob. cit., pp. 246 y ss., 265 y ss. Sobre la regulación española de la eutanasia, Romeo Casabona, «La Ley Orgánica reguladora de la eutanasia y la adaptación del Código Penal», *Revista penal*, Núm. 49, 2022, pp. 160 y ss.

IX. Bibliografía

Bricola, Franco, «Teoria generale del reato», en Stefano Canestrari / Alessandro Melchionda (eds.), *Scritti di diritto penale*, Vol. I, t. I, Milano, Giuffrè, 1997, p. 539 y ss. (1.ª ed. en *Noviss. Dig. it*., vol. XIX, Torino, Utet, 1973, p. 7 ss.).

Delitala, Giacomo, «Il "fatto" nella teoria generale del reato», en *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1976, p. 83 y ss.

De Maglie, Cristina, *I reati culturalmente motivati. Ideologie e modelli penali*, Pisa, ETS, 2010.

Dillof, Anthony M., «Punishing Bias: An Examination of the Theoretical Foundations of Bias Crime Statutes», *Northwest U. L. Rev*., Vol. 91, Núm. 3, 1997, p. 1015 y ss.

Donini, Massimo, «Responsabilità e pena da Kant a Nietzsche. La decostruzione del rimprovero», *Riv. it. dir. proc. pen*., 2020, Núm. 4, p. 1699 y ss.

Ferrajoli, Luigi, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari-Roma, Editori Laterza, 2000 (6.ª ed.).

Fiandaca, Giovanni, *Punizione,* Bologna, Il Mulino, 2024.

Fornasari, Gabriele, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Padova, Cedam, 1990.

Maugeri, Anna Maria, «Verso la piena affermazione del principio di colpevolezza come diritto fondamentale nel diritto penale europeo, pur con qualche tentennamento», *Arch. pen*., 2022, Núm. 3, p. 1 y ss.

Melchionda, Alessandro, *Le circostanze del reato: origine, sviluppo e prospettive di una controversa categoria penalistica*, Padova, Cedam, 2000.

Moccia, Sergio, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1992.

Nagel, Thomas, *Mortal Questions*, New York, Cambridge University Press, 1979.

Nordau, Max, *Biología de la ética*, Madrid, V.H. Sanz Calleja, 1919.

Padovani, Tullio, «Appunti sull'evoluzione del concetto di colpevolezza», *Riv. it. dir. proc. pen*., 1973, p. 554 y ss.

— «L'ignoranza inevitabile sulla legge penale e la declaratoria d'incostituzionalità parziale dell'art. 5 c.p.», *Leg. pen*., 1988, p. 449 y ss.

Perin, Andrea, *Prudenza, dovere di conoscenza e colpa penale. Proposta per un metodo di giudizio*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020.

— *Motivi aggravanti e circostanze discriminatorie. Legittimità e limiti della sanzione penale dell'offesa alla pari dignità*, Torino, Giappichelli, 2024.

Pulitanò, Domenico, «Ignoranza (Dir. pen.)», en *Enc. dir.*, Vol. XX, Milano, Giuffrè, 1970, p. 23 y ss.

— «Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza», *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, p. 686 y ss.

Romeo Casabona, Carlos María, «El error evitable de prohibición en el Proyecto de 1980», *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, 1981, p. 739 y ss.

— *Los genes y sus leyes: el derecho ante el genoma humano*, Bilbao-Granada, Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano – Comares, 2002.

— *Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad de riesgo*, Granada, Comares, 2005.

— *Genética, Biotecnología y Ciencias Penales*, Bogotá, Ibáñez, 2009.

— *Sobre la estructura del dolo*, Azcapotzalco, Ubijus, 2009.

— *El médico y el derecho penal*, Santa Fe, Rubinzal – Culzoni, 2011 (t. I y II).

— «Riesgo, procedimientos actuariales basados en inteligencia artificial y medidas de seguridad», *Revista penal*, Núm. 42, 2018, p. 165 y ss.

— «¿Crisis del binomio pena por la culpabilidad y medida de seguridad por la peligrosidad criminal?», en Andrea Perin (ed.) / Ignacio Ackermann (coord.), *Imputación penal y culpabilidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, p. 23 y ss.
— «No podíamos dejar que discriminaran a pacientes por su edad, discapacidad o procedencia», *Campusa. Noticias de la Universidad del País Vasco*, 29 de julio de 2020, en www.ehu.eus.
— «La Ley Orgánica reguladora de la eutanasia y la adaptación del Código Penal», *Revista penal*, Núm. 49, 2022, p. 160 y ss.

Veneziani, Paolo, *Motivi e colpevolezza*, Torino, Giappichelli, 2000.

Viganò, Francesco, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2021.

Williams, Bernard, «Moral luck», en *Moral Luck*, Cambridge, Cambridge University Press, 1981, p. 20 y ss.

29

¿SIRVE LA DOCTRINA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA PARA RESOLVER LOS PROBLEMAS ESPECÍFICOS DEL INJUSTO IMPRUDENTE?

ESTHER POMARES CINTAS*
Catedrática de Derecho Penal
Universidad de Jaén

SUMARIO: I. LOS PROBLEMAS ESPECÍFICOS DE LOS DELITOS IMPRUDENTES EMPIEZAN EN EL TIPO DE INJUSTO. I.1. Consideraciones previas. I.2. Alcance y significación de la infracción del deber de cuidado como condición específica del injusto imprudente. I.3. La doctrina de la imputación objetiva o el mito de la identidad estructural del injusto objetivo del delito doloso e imprudente. II. ¿ARTICULAR UNA CONSTRUCCIÓN PARA RESOLVER PROBLEMAS ESPECÍFICOS DEL INJUSTO IMPRUDENTE POR RAZÓN DEL FACTOR CONTEXTUAL? II.1. Consideraciones previas. II.2. La integración de los elementos de la situación justificante en la tarea de medición de las exigencias concretas del cuidado. III. BIBLIOGRAFÍA.

I. LOS PROBLEMAS ESPECÍFICOS DE LOS DELITOS IMPRUDENTES EMPIEZAN EN EL TIPO DE INJUSTO

I.1. Consideraciones previas

Dado que el Código penal sanciona expresamente los delitos imprudentes (art. 12), y distingue graduaciones (imprudencia grave y menos grave, como se prevé, por ejemplo, en el art. 142), definir el fundamento de esta categoría de delitos es una tarea directamente relacionada con la cuestión de situar las diferencias estructurales respecto de los delitos dolosos. Al hilo de ello, en este trabajo se plantea la oportunidad de articular una construcción pensada para resolver los problemas específicos de los delitos imprudentes.

Debido a que la configuración del delito ha girado tradicionalmente en torno a la modalidad dolosa, bajo la noción penal de «imprudencia» se esconde un inmenso campo

* Esta contribución que propone soluciones para resolver problemas específicos del injusto de los delitos imprudentes se la dedico al profesor Romeo Casabona, que impulsó los inicios de mi trayectoria investigadora.

de experimentación dogmática[1]. Desde que se incorpora en la sede de la tipicidad el concepto de *infracción del deber de cuidado*, no se ha conseguido un criterio pacífico que informe la estructura del injusto imprudente[2].

I.2. **Alcance y significación de la infracción del deber de cuidado como condición específica del injusto imprudente**

La doctrina más extendida adelanta la diferenciación estructural entre los delitos dolosos y los imprudentes al plano del tipo objetivo, que se verifica por la inclusión de la infracción del deber de cuidado como elemento característico —pieza central— en la fundamentación del injusto imprudente: la contrariedad al deber de cuidado encarna el desvalor de acción del delito imprudente[3]. Conforme a este planteamiento, actúa

[1] Pomares Cintas, E., *La relevancia de las causas de justificación en los delitos imprudentes*, Colección Estudios de Derecho Penal dirigidos por Carlos María Romeo Casabona, Ed. Comares, Granada, 2004, pp. 7 ss.

[2] Hirsch, H.J., «Zum Unrecht des fahrlässigen Delikts», en D. Dölling (Hrsg.), *Jus humanum. Grunlagen des Rechts und Strafrecht. Festschrift für Ernst-Joachim Lampe,* 2003, p. 515.

[3] *Cfr.* Hirsch, H.J., «Zum Unrecht des fahrlässigen Delikts», cit., pp. 519, 524; DUTTGE, G., «Ein neuer Begriff der strafrechtlichen Fahrlässigkeit. Erwiderung auf Rolf D. Herzberg GA 2001, 568 ff.», en *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2003, pp. 466, 467; Romeo Casabona, C.M., «Los delitos culposos en la reforma penal», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 43, 1990, p. 448; *del mismo autor*, «El tipo del delito de acción imprudente», en C.M. Romeo Casabona / E. Sola Reche / M. A. Boldova Pasamar (coords.), *Derecho penal, Parte general: Introducción, Teoría jurídica del delito,* 2.ª ed., Granada, 2016, pp. 135 ss.; Cerezo Mir, J., «El tipo de lo injusto de los delitos de acción culposos», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1983, p. 480; Corcoy Bidasolo, M., *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado.* Barcelona, 1989, pp. 58, 335 ss.; de la misma autora, «Relevancia del consentimiento, el conocimiento y la competencia para la imputación objetiva y subjetiva», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1996, p. 310; Gil Gil, A., «Reflexiones sobre la concepción de lo injusto, la determinación de la norma de cuidado y los criterios de imputación objetiva», *Estudios Penales y Criminológicos*, 2002-2003, p. 378; de la misma autora, en A. Gil Gil / J.M. Lacruz López / M. Melendo Pardos / J. Núñez Fernández, *Curso de derecho penal: parte general*, 2.ª ed., Madrid, 2015, pp. 257 ss.; Hava García, E., *La imprudencia inconsciente*, Granada, 2002; de la misma autora, E., *El tipo de injusto del delito imprudente: un análisis de sus elementos orientado a la práctica*, Buenos Aires, 2012; Rueda Martín, M.ª A., *La Teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, Barcelona, 2001, p. 348; Luzón Peña, D., *Lecciones de Derecho Penal, Parte General,* 3.ª ed., Valencia, 2016, pp. 282 ss.; Muñoz Conde, F. / García Arán, M., *Derecho Penal, Parte General*, 9.ª ed., Valencia, 2015, pp. 304 ss.; Arroyo Zapatero, L., en E. Demetrio Crespo / C. Rodríguez Yagüe (coords.) *Curso de Derecho Penal, Parte General*, 3.ª ed., Barcelona, 2016, pp. 313, 315 ss.; Mir Puig, S., «Antijuridicidad y antinormatividad en Derecho Penal», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1994, p. 17; del mismo autor, *Derecho penal, Parte General*, 10.º ed., Barcelona, 2015, pp. 298, 299; Bustos Ramírez, J. / Hormazábal Malarée, H. *Lecciones de derecho penal*, Vol. II, Madrid, 1999, p. 171; Quintero Olivares, G. / Morales Prats, F. / Prats Canut, M., *Manual de Derecho Penal, Parte General,* 3.ª ed., Pamplona, 2002, pp. 356, 362 ss.; Matellanes Rodríguez, N., en E. Demetrio Crespo (coord.), *Lecciones y Materiales para el estudio del Derecho Penal*. Tomo II, 2.ª ed., Madrid, 2015, pp. 155 ss. Sigue siendo criterio jurisprudencial dominante: SSTS 143/2024, de 15 de febrero; 169/2023, de 9 de

imprudentemente quien infringe el deber de cuidado y realiza sin dolo el resultado lesivo, imputable de modo relevante (previsible y evitable) a la conducta descuidada[4]. Téngase en cuenta que la L.O. 2/2019, de 1 de marzo, ha introducido explícitamente en el Código penal el término «deber normativo de cuidado infringido» como condición esencial en la definición del desvalor de acción del delito imprudente (véanse los arts. 142 bis y 152 bis).

Mantener la utilidad de la figura de la infracción del deber de cuidado en la determinación del injusto imprudente requiere aclarar algunos puntos.

Se ha objetado el procedimiento empleado en el análisis del tipo objetivo del delito imprudente, en la medida en que separa dos vertientes como si desempeñaran funciones diferentes y autónomas[5]: en un primer término, se comprueba la infracción del deber objetivo de cuidado como cualidad de la acción, es decir, si la conducta es «en sí» contraria al cuidado, en términos abstractos[6], y, en segundo término, se formula el juicio de previsibilidad y evitabilidad de la realización del tipo (resultado lesivo). Este doble escalón no indica, en modo alguno, la conformación de dos deberes jurídicos —de actuar conforme a las exigencias del cuidado, por un lado, y de evitar afectar al bien jurídico, por otro—. Porque el deber de cuidado no se puede concebir sin estar directamente orientado a la salvaguarda del bien jurídico tutelado por la norma penal de que se trate[7]. Y porque, en puridad, no existe un deber de realizar comportamientos cuidadosos, sino el de omitir un comportamiento contrario a las exigencias del cuidado, mediante el cual se lesiona el deber jurídico de evitar causar un resultado determinado[8].

La previsibilidad del resultado opera, pues, como elemento intrínseco de la infracción del deber de cuidado, no se encuentra al margen de la misma, sino como criterio

---

marzo; 54/2015, de 11 de febrero; 421/2020, de 22 de julio;1050/2004, de 27 de septiembre; 966/2003, de 4 de julio.

[4] Sobre la imputación objetiva del resultado en los delitos imprudentes, como «tercer elemento del tipo imprudente», Schünemann, B., «Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte», *Juristische Arbeitsblätter*, 1975, pp. 578 ss.; Corcoy Bidasolo, M., «Imputación "objetiva" en el delito imprudente», *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1994, pp. 35 y ss.; De la Cuesta Aguado, P.M.ª, T*ipicidad e imputación objetiva*, Valencia, 1996; Feijoo Sánchez, B., *Resultado lesivo e imprudencia. Estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del «fin de protección de la norma de cuidado»*, Barcelona, 2001.

[5] *Cfr.* Hirsch, H.J., «Zum Unrecht des fahrlässigen Delikts», cit., p. 522; Duttge, G., «Ein neuer Begriff der strafrechtlichen Fahrlässigkeit…«, cit., p. 461; Tröndle, H./Fischer, T., *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 52.ª ed., München, 2004, parágr. 15, núm. marg. 14, 16.

[6] Véase la propuesta de una «*estandarización*» de las conductas imprudentes como alternativa de tipificación, Schöne, W., «Fahrlässigkeit, Tatbestand und Strafgesetz», *Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann*, 1986, pp. 671 ss.

[7] Duttge, G., «Ein neuer Begriff der strafrechtlichen Fahrlässigkeit…«, cit., p. 461.

[8] Otto, H., «Grenzen der Nowehr und Nowehrüberschreitung, Anmerkung BGHSt de 21-3-2001«, *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2001, p. 595.

para abordar la *concreta* contrariedad al cuidado de la conducta en referencia al bien jurídico afectado[9].

Al procedimiento mencionado se une la complejidad de escindir la infracción del deber de cuidado en un doble componente —objetivo y subjetivo—, que se ubica en el injusto (imprudencia «objetiva») y la culpabilidad, respectivamente, o bien, en la vertiente objetiva y subjetiva del tipo. Esta doble dimensión, y sus distintas ubicaciones sistemáticas, complican aún más el concepto de imprudencia y el entendimiento de las coordenadas que han de servir a su configuración.

Sin entrar aquí en estos campos de permanente debate, sí cabe sostener que la diferenciación estructural (cualitativa) del tipo objetivo de los delitos dolosos y los imprudentes viene también respaldada por la necesaria interrelación del plano objetivo y el subjetivo: «la diversa configuración tanto del contenido del conocimiento como de la orientación de la voluntad» del autor (o de la decisión contraria al bien jurídico protegido) repercute en la conformación del tipo objetivo de sendas categorías delictivas. Le brinda una «*distinta relevancia*» por «el distinto contenido de los aspectos subjetivos» respectivos[10].

En otras palabras, no se puede dejar de reconocer que la presencia del dolo «reduce en muchos casos el ámbito del riesgo permitido», mientras que, en la imprudencia, «por el contrario, todos los riesgos no cognoscibles "ex ante" por el autor forman parte del riesgo permitido»[11]: el alcance de conductas peligrosas no desaprobadas jurídicamente es mayor en la imprudencia que en la esfera dolosa[12]. Por ello, tan absurdo es hablar de una imprudencia objetiva, como de un dolo objetivo[13]. La previsibilidad individual, como componente de la vertiente subjetiva del tipo imprudente, también es un elemento que coadyuva en la configuración de la imprudencia[14].

[9] Así, Hirsch, H.J., ob.cit., pp. 522-523; Duttge, G., ob. cit., p. 46; Tröndle, H./Fischer, T., ob. cit., parágr. 15, núm. marg. 14.

[10] Corcoy Bidasolo, M., «Imputación "objetiva" …», cit., p. 76; Donatsch, A., *Sorgfaltsbemessung und Erfolg beim Fahrlässigkeitsdelikt*. Zürich, 1987, p. 73; Sancinetti, M.A., *¿Fundamentación objetiva del ilícito en Jakobs?* Bonn, 1993, pp. 266, 267. Alude a un desvalor de la acción «objetivo (intersubjetivo)», Mir Puig, S., «Antijuridicidad y antinormatividad en Derecho Penal», cit., p. 17; Quintero Olivares, G./Morales Prats, F./Prats Canut, M., Manual *de Derecho Penal, Parte General,* cit., p. 356.

[11] Corcoy Bidasolo, M., *El delito imprudente*, cit., pp. 340, 341; de la misma autora, «Relevancia del consentimiento, el conocimiento y la competencia para la imputación objetiva y subjetiva», cit., p. 303; Duttge, G., ob. cit., pp. 457, 458, p. 463; del mismo autor, «Fahrlässigkeit und Bestimmtheitsgebot», en *Festschrift für Günter Kohlmann*, 2003, p. 34.

[12] *Cfr.* Mir Puig, S., «Antijuridicidad y antinormatividad …», cit., p. 16.

[13] *Cfr.* Duttge, G., «Ein neuer Begriff der strafrechtlichen Fahrlässigkeit…«, cit., pp. 463, 465.

[14] *Vid.*, especialmente, Corcoy Bidasolo, M., *El delito imprudente*, ob. cit., p. 236; Duttge, G., «Ein neuer Begriff der strafrechtlichen Fahrlässigkeit… «, cit., p. 463; Muñoz Conde, F./García Arán,

I.3. **La doctrina de la imputación objetiva o el mito de la identidad estructural del injusto objetivo del delito doloso e imprudente**

Apartándose de esta línea argumental, a la que se le ha atribuido el calificativo de «tradicional», destacan los planteamientos que niegan toda significación a la figura de la infracción del deber de cuidado como elemento que contribuya a caracterizar el tipo de injusto imprudente respecto del doloso[15]. Es una corriente que postula la similitud estructural del injusto objetivo de ambas modalidades de delitos. Dicha asimilación se canaliza a través de un desvalor objetivo de la acción fundado en la idea de «peligrosidad» jurídicamente desaprobada que afecta al bien jurídico tutelado por el tipo penal de que se trate; la diferencia se centra exclusivamente en la parte subjetiva de la tipicidad.

Esta doctrina hace equivaler el concepto de imprudencia con la imputación objetiva en el tipo objetivo del delito doloso[16]. El entendimiento del injusto de los delitos imprudentes —*imprudencia objetiva*— discurre a través de la semántica y de los criterios de la teoría de la imputación objetiva del resultado[17] (creación de un peligro relevante para el bien jurídico, incremento del riesgo permitido, finalidad de protección de la norma, etc.)

En otras palabras, el juicio típico de imprudencia, al igual que el tipo objetivo del delito doloso, se fundamentan mediante la averiguación de una conducta peligrosa objetiva y jurídicamente desaprobada y un resultado previsible y evitable, que debe ser la concreción del comportamiento generador del peligro relevante.

M., *Derecho Penal, Parte General*, cit., pp. 304 ss., 305; asimismo, Bustos Ramírez, J./Hormazábal Malarée, H., *Lecciones de derecho penal*, cit., pp. 172 ss.

[15] En este sentido, la doctrina más representativa desde los inicios de la corriente, Schmidhäuser, E., «Fahrlässige Straftat ohne Sorgfaltspflichtverletzung», en *Festschrift für F. Schaffstein*, 1975, pp. 135, 129; Kaminski, R., *Der objektive Massstab im Tatbestand des Fahrlässigkeitsdelikts*, Berlin, 1992, pp. 14 ss.; JAKOBS, G., *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt,* Berlin, 1972, pp. 56 ss., 67 ss.; *Derecho penal, Parte general*, Madrid, 1995, pp. 384 ss.; Triffterer, O., «Die "objektive Voraussehbarkeit" (des Erfolges und des Kausalverlaufs)- unverzichtbares Element im Begriff der Fahrlässigkeit oder allgemeines Verbrechenselement aller Erfolgsdelikte?», *Festschrift für Bockelmann*, 1979, pp. 223-224; Roxin, C., *Strafrecht*, *Allgemeiner Teil*, Vol. I. 4.ª ed., München, 2006, pp. 1064, 1065, núms. margs. 8, 10 ss.; Wolter, J., «Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit in einem neuen Strafrechtssystem», en *140 Jahre Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, Heidelberg, 1993, pp. 271, 292 ss.; Mitsch, W., «Fahrlässigkeit und Straftatsystem«, *Juristische Schulung,* 2001, pp. 106 ss., Kindhäuser, U., *Strafgesetzbuch. Lehr- und Praxiskommentar*, 1.ª ed., 2002, observaciones previas al parágr. 32, núm. marg. 14; Gropp, W., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2.ª ed. 2001, p. 434; Paredes Castañón, J.M., *El riesgo permitido en Derecho Penal*, Madrid, 1995, pp. 118 ss.; Bacigalupo, E., *Principios de derecho penal. Parte general*, a partir de la 4.ª ed., 1997, pp. 245 ss.; Choclán Montalvo, J. A., *Deber de cuidado y delito imprudente*, Barcelona, 1998, pp. 56 ss.; Cuello Contreras, J., «Dolo e imprudencia como magnitudes graduales del injusto», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 2, 2009, p. 57; FIORE, S., *Cause de giustificazione e fatti colposi*, Padova, 1996, pp. 45, 54.

[16] Duttge, G., «Ein neuer Begriff der strafrechtlichen Fahrlässigkeit…», cit., p. 456.

[17] *Cfr.* Duttge, G., «Fahrlässigkeit und Bestimmtheitsgebot», cit., pp. 31, 32.

Ahora bien, a la hora de verificar si el peligro supera los márgenes de lo permitido, la teoría de la imputación objetiva utiliza los criterios desarrollados por la doctrina de la infracción del deber de cuidado vinculada a la imprudencia[18], aunque no se defiende en tanto cualidad de la conducta sino como parámetro integrante de un primer nivel dentro de la imputación objetiva del resultado[19]; se busca así uniformar estructuralmente la vertiente objetiva del injusto del delito doloso y del imprudente como si fuera un hito al que debiera aspirar la dogmática penal.

En la práctica, y desde la posición que aquí se mantiene, abordar el análisis del tipo objetivo de los delitos dolosos e imprudentes de modo *independiente* y *anterior* a la constatación de una conducta *dolosa* o *imprudente*, es decir, mediante un examen *puramente objetivo*, no representa ningún paso adelante: identificar la realización del tipo de los delitos imprudentes con la causación desvalorada del resultado lesivo significa elevar, como en otras concepciones objetivas del injusto, el papel del resultado «a un primer plano»[20], porque adquiere aquí una dimensión principal. Desde esta óptica, la teoría moderna de la imputación objetiva no es sino una forma más desarrollada de la teoría de la relevancia de las condiciones del resultado[21], y complica la labor de definición del riesgo no permitido porque también niega la interrelación del prisma subjetivo de la tipicidad a la hora de delimitar el alcance de la vertiente objetiva del injusto[22].

[18] *Cfr.* Roxin, C., *Strafrecht*, *Allgemeiner Teil*, cit., pp. 1067 ss., núms. margs. 14 ss.; Cancio Meliá, M., *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal,* Barcelona, 1998, p. 70; Choclán Montalvo, J. A., *Deber de cuidado y delito imprudente*, cit., p. 40; Mitsch, W., «Fahrlässigkeit und Straftatsystem«, cit., pp. 106 ss.; Rath, J., *Das subjektive Rechtfertigungselement*, 2002, p. 310; Duttge, G., «Ein neuer Begriff der strafrechtlichen Fahrlässigkeit…», cit., p. 460.

[19] *Cfr.* críticamente, Burgstaller, M., Comentario al parágr. 6 StGB, en Höpfel, F. / Ratz, E. *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 2.ª ed., 2001, núm. marg. 34; Duttge, G., «Ein neuer Begriff der strafrechtlichen Fahrlässigkeit…», cit., p. 461.

[20] Críticamente, Frisch, W., *Tipo penal e imputación objetiva,* Madrid, 1995, p. 93; Struensee, E., «Atribución objetiva e imprudencia», *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 44, 1991, pp. 449 ss.; Corcoy Bidasolo, M., *El delito imprudente*, cit., pp. 293 ss.; de la misma autora, «Imputación "objetiva" en el delito imprudente», cit., pp. 38, 49 ss.; Serrano González de Murillo, J.L., *Teoría del delito imprudente (doctrina general y regulación legal),* Madrid, 1991, pp. 87 ss.; Bustos Ramírez, J./Hormazábal Malarée, H., *Lecciones de derecho penal*, cit., p. 170; Forti, G., *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990, pp. 359 ss.; Hirsch, H.J., ob. cit., p. 516. Véase el análisis sobre casos que hace Otto, H., *Übungen im Strafrecht.* 5.ª ed., 2001, pp. 145, 153.

[21] Hirsch, H.J., ob. cit., p. 518. En realidad, las concepciones tradicionales del injusto introducían ya en este lugar los criterios de la causalidad adecuada, de la previsibilidad y evitabilidad del resultado típico, variaciones terminológicas que no mostraban sino la insuficiencia de la mera causación del resultado para la fundamentación del injusto. *Cfr.* Gimbernat Ordeig, E., *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Madrid, 1990, p. 84; Sancinetti, M.A., *Teoría del delito y disvalor de acción*, Buenos Aires, 1991, p. 262.

[22] *Cfr.* en esta dirección, Corcoy Bidasolo, M., «Imputación "objetiva" …», cit., pp. 49, 75 ss.; *de la misma autora*, *El delito imprudente*, cit., p. 338; FRISCH, W., *Tipo penal* …, cit., p. 70; Struensee,

Por último, tampoco contribuye al entendimiento de la imprudencia, al problema de concreción de los márgenes del riesgo permitido en la relación situacional de que se trate, más allá del desarrollo de la teoría de la infracción del deber de cuidado, que también acude a la noción del riesgo permitido como criterio de ponderación del contenido del cuidado requerido en la situación dada.

Ni aporta soluciones a los problemas específicos de determinación del injusto imprudente, particularmente, cuando la conducta se desenvuelve bajo las circunstancias correspondientes a una causa de justificación. Precisamente, en estos contextos, los defensores de la teoría de la imputación objetiva han reconocido que existe una mayor interrelación de los planos del tipo y de la exclusión de la antijuricidad en el marco de los delitos imprudentes, y han acusado la dificultad de distinguir aquí las respectivas esferas valorativas como en los delitos dolosos[23].

Sea como fuere, la significación de la referencia a la *situación concreta* en los delitos imprudentes[24] se pone de relieve en las hipótesis en que concurren las circunstancias objetivas propias de las normas permisivas: «no se trata del riesgo permitido en general (…), sino del riesgo permitido para *esta* acción concreta»[25], porque la medida del riesgo permitido es mayor[26].

En consecuencia, también bajo el ángulo de la doctrina que aboga por la asimilación estructural de la vertiente objetiva del tipo doloso e imprudente cabe cuestionar que la determinación del riesgo permitido se presente de igual modo[27], pues se abre la interrogante de delimitar el umbral del riesgo permitido sin que quede afectada la separación de las categorías de la tipicidad y la exclusión de la antijuricidad en virtud de la concurrencia de una causa de justificación en el marco de los delitos imprudentes.

«Atribución objetiva e imprudencia», cit., p. 457; Rueda Martín, M.ª A., *La Teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, cit., pp. 140-141, 347-348.

[23] Dentro de esta corriente, reconocen la mayor interrelación entre la determinación del tipo y el plano de la justificación en los delitos imprudentes, Roxin, C., *Strafrecht*, *Allgemeiner Teil*, cit., p. 1098, núm. marg. 98; FIORE, S., *Cause de giustificazione e fatti colposi*, cit., pp. 82 ss.; Paredes Castañón, J.M., *El riesgo permitido …*, cit., pp. 444 ss., 464.

[24] Destacando especialmente el factor «contextual», *Cfr.* Schöne, W., «Fahrlässigkeit, Tatbestand und Strafgesetz», cit., pp. 667 ss., 672.

[25] Zielinski, D., *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*, Buenos Aires, 1990, p. 304; Choclán Montalvo, J. A., *Deber de cuidado y delito imprudente*, cit., p. 174; Duttge, G., «Ein neuer Begriff der strafrechtlichen Fahrlässigkeit…», cit., p. 458.

[26] Roxin, C., *Strafrecht*, *Allgemeiner Teil*, cit., p. 1098, núm. marg. 97; véase, Gropp, W., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., p. 439.

[27] *Cfr.* Castaldo, A., «La concreción del "riesgo jurídicamente relevante"», en J.M. Silva Sánchez (ed.), *Política criminal y nuevo Derecho Penal, Libro Homenaje a Claus Roxin*, Barcelona, 1997, p. 241.

II. ¿Articular una construcción para resolver problemas específicos del injusto imprudente por razón del factor contextual?

II.1. Consideraciones previas

Las observaciones que se acaban de poner sobre la mesa constituyen un paso decisivo para reconocer la especificidad de la estructura del injusto imprudente en relación con el tipo doloso, que comienza ya en la parte objetiva de la tipicidad[28].

La doctrina de la imputación objetiva, que identifica el tipo objetivo del injusto doloso y del imprudente, no sirve para abordar las repercusiones de la *naturaleza contextual* del deber de cuidado (o los límites del riesgo permitido) a la hora de determinar el juicio de imprudencia[29], pues la singularidad de la relación circunstancial dada puede exigir otra cosa que lo que está prescrito de forma general[30].

La definición de la contrariedad al cuidado, debido a su índole eminentemente contextual, se presenta especialmente compleja cuando la conducta se lleva a cabo en el seno de una situación justificante. Y es compleja en la medida en que se pretenda preservar el contorno del tipo imprudente de modo *independiente* y *anterior* al análisis del plano valorativo que se atribuye a la presencia de normas permisivas.

Respecto de esta cuestión, en la salvaguarda de una idea de coherencia lógico-sistemática, se acusa la tendencia a transferir, de modo automático, conceptos o institutos jurídico-penales elaborados a partir del referente doloso, «como si esto fuera una cuestión de la ontología (…) y no la búsqueda de construcciones conceptuales para llegar a consecuencias jurídicas adecuadas»[31]. Esa inercia ha dificultado aclarar el *si* y el *cómo* de la aplicabilidad de las causas de justificación en el ámbito de la imprudencia. Porque la especificidad estructural del tipo de injusto imprudente, derivada del factor contextual, indica la posibilidad cierta de reconocer particularidades en el entendimiento del papel y la repercusión de la presencia de una causa de justificación en este marco. De ahí, la

[28] *Cfr.* Donatsch, A., *Sorgfaltsbemessung und Erfolg beim Fahrlässigkeitsdelikt*, Zürich, 1987, p. 69; García Rivas, N., «La imprudencia "profesional": una especie a extinguir», en *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*. Granada, 1999, p. 379.

[29] Maiwald, M., «Zur Leistungsfähigkeit des Begriffs "erlaubtes Risiko" für die Strafrechtssystematik», en *Festschrift für H-H.Jescheck*, 1985, pp. 414-415; Donatsch, A., *Sorgfaltsbemessung* …, cit., p. 72; Gössel, K.h, en Maurach, R./Gössel, K.h./Zipf, H., *Derecho penal, Parte general*, Vol. 2, Buenos Aires, 1995, pp. 152-153; Forti, G., *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit., pp. 138, 177.

[30] Maiwald, M., «Zur Leistungsfähigkeit des Begriffs …», cit., pp. 421-422; el mismo autor, «Die Unzumutbarkeit- Strafbarkeitsbegrenzendes Prinzip bei den Fahrlässigkeitsdelikten?», en *Festschrift für H. Schüler-Springorum*, 1993, p. 488; Fiore, S., ob. cit., p. 63; Cerezo Mir, J., «La eximente de obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1987, p. 291; Corcoy Bidasolo, M., *El delito imprudente*, cit., pp. 103 ss.

[31] Zielinski, D., *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*, cit., p. 258.

oportunidad de plantear una construcción pensada para abordar y resolver los problemas específicos de la imprudencia[32].

II.2. La integración de los elementos de la situación justificante en la tarea de medición de las exigencias concretas del cuidado

La averiguación de una conducta infractora de las exigencias del cuidado, o que supera el margen del riesgo permitido, implica una tarea de ponderación de intereses en la que es decisiva la singularidad de la situación concreta en la que se desenvuelve la conducta a analizar[33]. Esa significativa influencia del contexto se acentúa cuando la realización no dolosa del resultado lesivo se inserta en el seno de una situación justificante, por ejemplo, la correspondiente a un estado de necesidad. Abre, al menos, una interrogante sobre qué criterios y circunstancias fácticas han de servir como referencia para medir las exigencias de cuidado respecto de una conducta (no dolosa) que se realiza bajo la presencia de los elementos de una causa de justificación.

En otras palabras, en contraste con la esfera de los delitos dolosos, se admite aquí la dificultad de desentrañar, dentro del entramado de factores que componen la «situación concreta», aquellos elementos fácticos que deban considerarse relevantes para la delimitación del tipo (la contrariedad al deber de cuidado), de manera que su análisis se mantenga independiente y anterior a la valoración eventual de causas de justificación[34].

En consecuencia, la influencia decisiva del factor contextual en la definición de los contornos del cuidado requerido en la concreta situación propicia, desde luego, poner en tela de juicio —si se parte del referente doloso— el lugar sistemático de valoración de las causas de justificación y la función que éstas despliegan.

Aun reconocidos estos problemas, la doctrina mayoritaria aspira a reproducir el funcionamiento del plano de la justificación preconcebido para los delitos dolosos[35], sin que quepa admitir variaciones al respecto por mor de la presencia de un hecho doloso o imprudente. Sin embargo, teniendo en cuenta que este aspecto ha sido, por lo general,

[32] En esta línea, Arzt, G., *Die Strafrechtsklausur*, 5.ª ed., München, 1996, pp. 149 ss., 185. Planteando esta cuestión, Oliveira Monteiro, L., «Cuestiones controvertidas en la aplicabilidad de las causas de justificación a los delitos imprudentes», *Revista de Derecho, Escuela de postgrado*, n.º 1, 2011, pp. 45 ss.

[33] Gil Gil, A., *El delito imprudente. Fundamentos para la determinación de lo injusto imprudente en los delitos activos de resultado*, Barcelona, 2007, p. 264; de la misma autora, *Curso de derecho penal: parte general*, cit., pp. 265 ss.

[34] S. Fiore reconoce que la «pluridimensión» valorativa de los elementos fácticos es aquí «más acentuada y menos distinguible», *Cause de giustificazione* …, cit., pág. XI.

[35] *Cfr.* Pomares Cintas, E., *La relevancia de las causas de justificación en los delitos imprudentes*, cit., pp. 50 ss.

desatendido, esta solución, como se ha advertido, extiende, sin más argumentos, la validez de los parámetros aplicados en la sede dolosa.

Los problemas señalados por la naturaleza esencialmente circunstancial que informa la tarea de medición de los márgenes de las exigencias de cuidado a observar (o del riesgo tolerable) vienen a ensombrecer toda suerte de similitud en relación con el delito doloso.

El alcance del factor contextual debe interpretarse razonablemente bajo una perspectiva que atiende a la totalidad de las circunstancias fácticas coexistentes en la situación concreta y, en esa medida, abre sistemáticamente la valoración de los elementos relativos a una situación justificante, que interfieren en la tarea de comprobación del injusto típico en los delitos imprudentes. Este proceso convierte, por lo tanto, los factores que originan la causa de justificación respectiva —así, la necesidad concreta de la acción de salvamento— en criterios de lectura y delimitación del baremo del cuidado que le incumbe al autor, para decidir, finalmente, si ha desatendido o no las exigencias de conducta indicadas, o superado los niveles del riesgo tolerable en una tal situación particular de salvamento. Como señala aquí Arzt, una vez insertos en un mismo plano los elementos concurrentes, «los puntos de vista objetivos no son distintos, sino iguales»[36]. Este procedimiento analítico puede conducir, en su caso, a la eliminación de la tipicidad del delito imprudente[37].

El método de incorporar los presupuestos que originan una causa de justificación en el concepto y baremo del deber de cuidado se sustenta precisamente en la distinta estructura del injusto doloso y el imprudente[38]. Representa, ante todo, la construcción de un sistema bipartito del delito que se rige mediante unas reglas propias[39], cuya prioridad es la de abordar los problemas materiales que genera la naturaleza contextual del injusto imprudente y facilitar su entendimiento cuando la conducta se inserta en un marco justificante[40].

[36] Arzt, G., «Zum Verbotsirrtum beim Fahrlässigkeitsdelikt», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1979, p. 870; sin establecer aquí diferencias entre la adecuación social y el riesgo excepcionalmente permitido, Donatsch, A., Sorgfaltsbemessung …, cit., p. 170.

[37] *Cfr.* Pomares Cintas, E., *La relevancia de las causas de justificación en los delitos imprudentes*, cit., pp. 96 ss.

[38] Una coexistencia plausible entre una concepción tripartita para los delitos dolosos y una diferente, bipartita, para los delitos imprudentes, ante la realización no dolosa del resultado lesivo en el marco de una situación justificante, *Cfr.* Arzt, G., «Zum Verbotsirrtum beim Fahrlässigkeitsdelikt», cit., pp. 869 ss., 885.

[39] Véase también, Donatsch, A., *Sorgfaltsbemessung* …, cit., pp. 80, 167, 224; Mayr, J., *Error in persona vel obiecto und aberratio ictus bei der Notwehr,* Frankfurt am Main, 1992, pp. 69 ss.; Zielinski, D. *Disvalor de acción …,* cit., pp. 303, 304.

[40] En este sentido, como señala J.M. Paredes Castañón, es una construcción que «permite clarificar definitivamente la debatida cuestión del papel que juegan las causas de justificación en los delitos imprudentes», *Cfr. El riesgo permitido* …, cit., p. 464.

Por otro lado, defender este planteamiento bipartito para los delitos imprudentes, la especial vinculación del tipo y la presencia eventual de causas de justificación, no significa «liberar» al autor de todo deber de diligencia frente a la evitación de resultados lesivos, sino medir el alcance de todos los elementos y factores que integran la situación concreta a la hora de formular el nivel de las exigencias de cuidado, o su inobservancia, en su caso. Igualmente, queda incluido el punto de mira de los bienes jurídicos puestos en peligro por la conducta del autor. Partiendo de estas premisas, la menor gravedad del injusto en contraste con el delito doloso posibilitaría sostener un margen de conductas tolerables que, de ser dolosas, no estarían permitidas[41].

III. Bibliografía

Arzt, G., «Zum Verbotsirrtum beim Fahrlässigkeitsdelikt», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1979; del mismo autor, *Die Strafrechtsklausur*, 5.ª ed., München, 1996.

Arroyo Zapatero, L., en E. Demetrio Crespo / C. Rodríguez Yagüe (coords.), *Curso de Derecho Penal, Parte General*, 3.ª ed., Barcelona, 2016.

Bacigalupo, E., *Principios de derecho penal. Parte general*, 4.ª ed., 1997.

Burgstaller, M., Comentario al parágr. 6 StGB, en Höpfel, F. / Ratz, E., *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch*. 2.ª ed., 2001.

Bustos Ramírez, J./Hormazábal Malarée, H., *Lecciones de derecho penal*, Vol. II. *Teoría del delito, teoría del sujeto responsable y circunstancias del delito*, Madrid, 1999.

Cancio Meliá, M., *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal,* Barcelona, 1998.

Castaldo, A., «La concreción del "riesgo jurídicamente relevante"», trad. de E. Ruiz de Erenchun Arteche, en J.M. Silva Sánchez (ed.), *Política criminal y nuevo Derecho Penal, Libro Homenaje a Claus Roxin*, Barcelona, 1997.

Cerezo Mir, J., «La eximente de obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1987.

Choclán Montalvo, J. A., *Deber de cuidado y delito imprudente*, Barcelona, 1998.

Corcoy Bidasolo, M., *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, Barcelona, 1989; de la misma autora, «Relevancia del consentimiento, el conocimiento y la competencia para la imputación objetiva y subjetiva», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1996; de la misma autora, «Imputación "objetiva" en el delito imprudente», *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1994.

Cuello Contreras, J., «Dolo e imprudencia como magnitudes graduales del injusto», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 2, 2009.

De la Cuesta Aguado, P.M.ª, T*ipicidad e imputación objetiva*, Valencia, 1996.

Donatsch, A., *Sorgfaltsbemessung und Erfolg beim Fahrlässigkeitsdelikt*, Zürich, 1987.

Duttge, G., «Ein neuer Begriff der strafrechtlichen Fahrlässigkeit. Erwiderung auf Rolf D. Herzberg GA 2001, 568 ff.», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2003; del mismo autor, «Fahrlässigkeit und Bestimmtheitsgebot», en *Festschrift für Günter Kohlmann*, 2003.

[41] *Vid.* el desarrollo de esta cuestión, sobre el papel del resultado y el criterio de la acción, Pomares Cintas, E., *La relevancia de las causas de justificación en los delitos imprudentes*, cit., pp. 218 ss., 230 ss.

Feijoo Sánchez, B., *Resultado lesivo e imprudencia. Estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del «fin de protección de la norma de cuidado»*, Barcelona, 2001.

Fiore, S., *Cause de giustificazione e fatti colposi*, Padova, 1996.

Forti, G., *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990.

Frisch, W., *Tipo penal e imputación objetiva*. Trad. de M. Cancio Meliá / B. de la Gándara Vallejo / M. Jaén Vallejo / Y. Reyes Alvarado, Madrid, 1995.

García Rivas, N., «La imprudencia "profesional": una especie a extinguir», en *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*, Granada, 1999.

Gil Gil, A., «Reflexiones sobre la concepción de lo injusto, la determinación de la norma de cuidado y los criterios de imputación objetiva», *Estudios Penales y Criminológicos*, 2002-2003; de la misma autora, *El delito imprudente. Fundamentos para la determinación de lo injusto imprudente en los delitos activos de resultado*, Barcelona, 2007; de la misma autora, en A. Gil Gil / J.M. Lacruz López / M. Melendo Pardos / J. Núñez Fernández, *Curso de derecho penal: parte general*, 2.ª ed., Madrid, 2015.

Gimbernat Ordeig, E., *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Madrid, 1990.

Gropp, W., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2.ª ed., 2001.

Hava García, E., *La imprudencia inconsciente*, Granada, 2002; de la misma autora, *El tipo de injusto del delito imprudente: un análisis de sus elementos orientado a la práctica*, Buenos Aires, 2012.

Hirsch, H.J., «Zum Unrecht des fahrlässigen Delikts», en D. Dölling (Hrsg.), *Jus humanum. Grunlagen des Rechts und Strafrecht. Festschrift für Ernst-Joachim Lampe,* 2003.

Jakobs, G., *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt,* Berlin, 1972; del mismo autor, *Derecho penal, Parte general*. Trad. de la 2.ª ed. (1991) de J. Cuello Contreras y J.L. Serrano González de Murillo, Madrid, 1995.

Kaminski, R., *Der objektive Massstab im Tatbestand des Fahrlässigkeitsdelikts*, Berlin, 1992.

Kindhäuser, U., *Strafgesetzbuch. Lehr- und Praxiskommentar*, 1.ª ed., 2002.

Luzón Peña, D., *Lecciones de Derecho Penal, Parte General,* 3.ª ed., Valencia, 2016.

Maiwald, M., «Zur Leistungsfähigkeit des Begriffs "erlaubtes Risiko" für die Strafrechtssystematik», en *Festschrift für H-H.Jescheck*, 1985; del mismo autor, «Die Unzumutbarkeit- Strafbarkeitsbegrenzendes Prinzip bei den Fahrlässigkeitsdelikten?», en *Festschrift für H. Schüler-Springorum*, 1993.

Matellanes Rodríguez, N., en E. Demetrio Crespo (coord.), *Lecciones y Materiales para el estudio del Derecho Penal*. Tomo II. *Teoría del Delito*, 2.ª ed., Madrid, 2015.

Maurach, R./Gössel, K.h./Zipf, H., *Derecho penal, Parte general*, Vol. 2. Trad. de J. Bofill Genzsch, Buenos Aires, 1995.

Mayr, J., *Error in persona vel obiecto und aberratio ictus bei der Notwehr,* Frankfurt am Main, 1992.

Mir Puig, S., «Antijuridicidad y antinormatividad en Derecho Penal», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1994; del mismo autor, *Derecho penal, Parte General*, 10.º ed., Barcelona, 2015.

Mitsch, W., «Fahrlässigkeit und Straftatsystem«, *Juristische Schulung,* 2001.

Muñoz Conde, F./García Arán, M., *Derecho Penal, Parte General*, 9.ª ed., Valencia, 2015.

Oliveira Monteiro, L., «Cuestiones controvertidas en la aplicabilidad de las causas de justificación a los delitos imprudentes», *Revista de Derecho, Escuela de postgrado*, n.º 1, 2011.

Otto, H., «Grenzen der Nowehr und Nowehrüberschreitung, Anmerkung BGHSt de 21-3-2001«, *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2001; del mismo autor, *Übungen im Strafrecht,* 5.ª ed., 2001.

Paredes Castañón, J.M., *El riesgo permitido en Derecho Penal*, Madrid, 1995.

POMARES CINTAS, E., *La relevancia de las causas de justificación en los delitos imprudentes*, Granada, 2004.

QUINTERO OLIVARES, G. / MORALES PRATS, F. / PRATS CANUT, M., *Manual de Derecho Penal, Parte General,* 3.ª ed., Pamplona, 2002.

RATH, J., *Das subjektive Rechtfertigungselement*, 2002.

ROMEO CASABONA, C.M., «Los delitos culposos en la reforma penal», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 43, 1990; del mismo autor, «La peligrosidad y el peligro en la estructura del tipo del delito imprudente», en *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*, 2002; del mismo autor, en C.M. Romeo Casabona / E. Sola Reche / M. A. Boldova Pasamar (coords.), *Derecho penal, Parte general: Introducción, Teoría jurídica del delito,* 2.ª ed., Granada, 2016.

ROXIN, C., *Strafrecht*, *Allgemeiner Teil*, Vol. I. 4.ª ed., München, 2006.

RUEDA MARTÍN, M.ª A., *La Teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción* (*una investigación, a la vez, sobre los límites ontológicos de las valoraciones jurídico-penales en el ámbito de lo injusto),* Barcelona, 2001.

SANCINETTI, M.A., *Teoría del delito y disvalor de acción*, Buenos Aires, 1991; del mismo autor, *¿Fundamentación objetiva del ilícito en Jakobs?*, Bonn, 1993.

SCHMIDHÄUSER, E., «Fahrlässige Straftat ohne Sorgfaltspflichtverletzung», en *Festschrift für F. Schaffstein*, 1975.

SCHÖNE, W., «Fahrlässigkeit, Tatbestand und Strafgesetz», *Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann*, 1986.

SCHÜNEMANN, B., «Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte», *Juristische Arbeitsblätter*, 1975.

SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J.L., *Teoría del delito imprudente (doctrina general y regulación legal),* Madrid, 1991.

STRUENSEE, E., «Atribución objetiva e imprudencia», trad. de J.L. Serrano González de Murillo, *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 44, 1991.

TRIFFTERER, O., «Die "objektive Voraussehbarkeit" (des Erfolges und des Kausalverlaufs)- unverzichtbares Element im Begriff der Fahrlässigkeit oder allgemeines Verbrechenselement aller Erfolgsdelikte?», *Festschrift für Bockelmann*, 1979.

TRÖNDLE, H./FISCHER, T., *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 52.ª ed., München, 2004.

WOLTER, J., «Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit in einem neuen Strafrechtssystem», en *140 Jahre Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, Heidelberg, 1993.

ZIELINSKI, D., *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*. Trad. de M.A. Sancinetti, Buenos Aires, 1990.

30

LA POSICIÓN DE GARANTE EN EL DERECHO PENAL

GUILLERMO PORTILLA CONTRERAS
Catedrático Derecho Penal
Universidad de Jaén

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. CONTENIDO DE LA DENOMINADA POSICIÓN DE GARANTE: TEORÍAS FORMALES Y MATERIALES. II.1. Teorías formales. II.1.1. *Deberes procedentes de la ley.* II.1.2. *¿Contrato o asunción voluntaria del control de factores de riesgo?* II.1.3. *Injerencia.* II.2. Teorías materiales. II.2.1. *Posición de protección de bienes jurídicos.* II.2.2. *Posición de protección de bienes jurídicos derivados de relaciones familiares.* II.2.3. *Función de protección basada en deberes de la administración respecto a intereses de los ciudadanos.* II.2.4. *Control sobre una determinada fuente o foco de peligro.* II.3. Teorías intermedias: criterios sustanciales de corrección de las tesis materiales. III. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Pese al loable intento doctrinal de elaborar una dogmática cada vez más exigente sobre la fuente del deber de garante que refuerce el principio de seguridad jurídica en esta materia, los delitos de comisión por omisión continúan representando hoy día una de las vías más peligrosas de expansión del Derecho penal. La cuestión más problemática sigue siendo la concreción de los deberes de garante. A lo largo de la evolución doctrinal sobre el concepto de garante, se han ofrecido fundamentalmente dos teorías: una tesis tradicional basada esencialmente en deberes jurídicos —teoría formal del deber jurídico— que sólo acepta como posiciones de garante las que surgen de la ley, el contrato y la acción precedente (injerencia)[1]. Frente a esta, existe otra que tiende a sustituir la tradicional tripartición de las obligaciones de garantía por una bipartición funcional centrada en el contenido material y el fin de la posición de garante: la «posición de protección» de bienes jurídicos y la «posición de control» de conductas y acciones

[1] Tesis defendida en el artículo 11 del Código penal español.

peligrosas. La cuestión radica en precisar si esta bipartición es preferible a la tripartición tradicional basada sobre fuentes formales (ley, contrato, actuación peligrosa precedente) o, de otro modo, si es posible limitar las tesis formales con los criterios sustanciales de las teorías materiales[2].

II. Contenido de la denominada posición de garante: teorías formales y materiales

La función característica de la posición de garante estriba en la posibilidad de equilibrar la situación de inferioridad de determinados sujetos mediante la instauración de una relación de dependencia que hace posible la protección del garante. De ser ésta su verdadera función, ¿cuál será la diferencia que la separa de la posición del omitente en los delitos de omisión propia? La posición de garante se origina con el fin de contrarrestar la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran determinados sujetos, carentes de la capacidad de autoprotección, en consecuencia, la función protectora de bienes jurídicos o el control de las fuentes de peligro responde a la existencia de un vínculo que siempre es previo a la situación de peligro potencialmente lesiva del bien jurídico[3]. Esa es la diferencia con la omisión propia donde el deber del omitente surge justo en el momento en el que se origina el peligro.

La efectiva situación de peligro, la inminente producción del daño constituirían, por lo tanto, el presupuesto del que deriva la obligación de impedir un concreto resultado lesivo, aunque este criterio, recordemos, por sí mismo, no es suficiente para la creación de la omisión impropia; siendo exigible, no sólo el riesgo de lesión sino, además, una especial vinculación jurídica del garante respecto al bien jurídico anterior a la generación del peligro. Esto es, conceptualmente, la posición de garantía consiste en un vínculo entre el garante y un bien jurídico, previo al peligro, una vez comprobada la incapacidad (total o parcial) del titular de ese bien para protegerlo por sí mismo.

La disyuntiva es si la posición de garante debe centrarse exclusivamente en aquellos supuestos previstos expresamente por ley, o surge también de obligaciones contractuales, de actuaciones u omisiones precedentes o de la posición de protección de bienes jurídicos o de control sobre «determinadas fuentes de peligro». En todos estos casos, el deber de garante consistirá en neutralizar la concreta fuente de peligro, contrarrestar los riesgos generados que tiene bajo su control[4].

[2] Fiandaca, G., Il *reato commissivo mediante omissione,* Milano, 1979, p. 132.

[3] Köhler, M., *Über den Zusammenhang von Strafrechtsbegründung und Strafzumessung*, Heidelberg, 1983, p. 48.

[4] Kaufmann, A., *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, Göttingen*, 1959, pp. 283 y ss. A este autor se le atribuye haber introducido la bipartición citada, acogida por la doctrina alemana. En Italia, el que ha adoptado este sistema ha sido Sgubbi, F., *La responsabilitá penale per omesso impedimento dell'evento,* Padova, 1975, pp.141 y ss.

II.1. **Teorías formales**

Las teorías formales exigen que la posición de garante proceda de la ley, el contrato o de una acción u omisión precedente (injerencia).

En esa dirección, Cobo Del Rosal / Vives Antón, cuando aún no se había reformado el Código penal en 1995 y, por tanto, no se había introducido la cláusula del artículo 11, mantuvieron que:

> «la posición de garante, que constituye el eje de la comisión por omisión no es, pues, como con frecuencia se ha dicho, una característica no escrita de los tipos en que es posible la comisión omisiva, sino que se deriva de la conducta descrita por ellos, en virtud de una interpretación que atiende fundamentalmente al sentido y finalidad del precepto concreto. Dicha posición, cuyo fundamento ha de ser estrictamente jurídico, puede establecerse por imperativo legal, o por libre aceptación, o a consecuencia del peligro creado por un hacer anterior(…)»[5].

Un planteamiento que se tradujo en el actual artículo 11 CP, que habla de posición de garante que deriva de la ley, el contrato y una acción u omisión precedente. Ahora bien, si las teorías formales se apoyan en una obligación jurídica, ¿cómo distinguirlas del deber de actuar característico de las omisiones propias? faltaría un criterio objetivo de delimitación, ¿cómo trazar en cada caso el círculo de personas con un deber de garante, y qué deberes tendrían? Para no incurrir en el defecto advertido de identificar la infracción de la posición de garante con los delitos impropios de omisión, habría que complementar esta tesis del deber jurídico con la individualización de una verdadera obligación jurídica de impedir el delito. Recordando a Vives Antón y la necesidad de que no se vulnere el principio de legalidad, Orts Berenguer / González Cussac, defienden las tres posiciones de garante de las tesis formales y recuerdan que fuera de esas tres fuentes, no hay forma de fundamentar el deber de actuar[6].

II.1.1. ***Deberes procedentes de la ley***

A veces la posición de garante deriva de la ley, aunque no tiene que ser una norma penal precisamente.

Pueden citarse como ejemplos, entre otros, los artículos 143, 144, 154, CC respecto a las obligaciones de garante que derivan de las relaciones familiares; el artículo art. 5.3.b) de LO 2/1986 de LFCS, que impone a los funcionarios el deber de velar por la vida, integridad y salud de las personas que están detenidas o bajo su custodia y respetar su honor y dignidad. El artículo 4,2, a) del Reglamento Penitenciario, 190/1996, de 9 de febrero, establece el derecho del interno a que la Administración vele por su

[5] Cobo del Rosal, M. / Vives Antón, T., *Derecho Penal. Parte General*, Valencia, 1990, p. 304.

[6] Orts, E. / González Cussac., J.L., *Compendio de Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 250-251.

vida, integridad, salud, sin que pueda ser sometido a torturas, malos tratos —palabra u obra— o rigor innecesario.

La infracción de un deber legal se produjo en el caso evaluado por la STS 537/2005, de 25 abril (RJ\2005\6547). Se condenó a un inspector de trabajo que realizó la visita a una empresa clandestina y no apreció la falta absoluta de medidas de seguridad[7]. El inspector, se desentendió, no apreció el incumplimiento de las mínimas medidas de seguridad en una empresa clandestina que culminó en la muerte y lesiones graves de varios de los trabajadores. Era garante antes del inicio del peligro, disponía del control de los factores de peligro, omitió el deber de cuidado que le era exigible, y con tal omisión no neutralizó el riego no permitido que desembocó en el resultado-muertes y lesiones de los trabajadores-[8].

Como garante tenía la función de proteger los derechos de los trabajadores, un deber impuesto por diversas normas vigentes en el momento en el que se realizó la inspección: la Ley 39/1962, de 21 de julio, de Ordenación de la Inspección de Trabajo; el Reglamento de la Inspección de Trabajo aprobado por Decreto 2122/1971, de 23 de julio; la Orden de 9 de marzo de 1971.

II.1.2. *¿Contrato o asunción voluntaria del control de factores de riesgo?*

El artículo 11 cita como segunda fuente de la posición de garante al contrato. Sin embargo, de él solo derivan responsabilidades civiles, no penales. El contrato no puede, por sí mismo, generar una posición de garante penalmente relevante. Si se asume una función de tutela, no es por el contrato sino porque concurre conjuntamente otro requisito: la asunción actual de control del peligro generado.

Ejemplo: unos padres contratan a una canguro para custodiar a sus hijos durante unas horas. Sin embargo, la persona contratada no acude a la hora convenida. Los padres, en la confianza de que llegará pronto, se marchan a cenar dejando solo a los niños. ¿Qué ocurría si uno de los niños se cae por las escaleras en la fase en la que no está ni la canguro ni sus padres? ¿Quién debe responder penalmente? Es evidente que la canguro se ha comprometido a la realización de un servicio, sin embargo, hasta que no llegue a la casa, aún no ha asumido el control actual de la protección de los niños, en consecuencia, no ostenta el dominio efectivo de los factores que pueden impedir el resultado. La infracción del deber contractual no adquiere relevancia penal si no se

[7] Entre otras anomalías, la empresa carecía de aspiración localizada sobre las mesas de trabajo, ventilación forzada para la renovación del aire de los locales, no existían o eran insuficientes las mascarillas para proteger las vías respiratorias de los trabajadores, no se renovaban los filtros, etc. Ninguno de estos fallos fue advertido por el inspector.

[8] Muy especialmente las medidas consistentes en medios o instrumentos de aspiración o extracción localizados sobre las mesas de trabajo, así como de ventilación forzada para la renovación del aire de los locales.

acompaña de una posterior situación de dominio, de control sobre las circunstancias que generan el peligro de lesión.

II.1.3. *Injerencia*

La tercera de las fuentes del artículo 11 CP es la injerencia. La acción u omisión peligrosa precedente puede ser un criterio «formal» que, generalmente, solo alcanza relevancia penal como control de la fuente de peligro generada por el autor, en la medida en que la acción precedente sea ilícita[9]. Así, el camarero que sirve copas a una persona ebria que se dispone a conducir inmediatamente poniendo en peligro a otras personas, lleva a cabo una acción precedente lícita que no le obliga a impedir que el cliente conduzca al salir del bar[10]. La objetiva realización de un peligro no puede engendrar automáticamente el deber de evitar el resultado. A tal fin, es ineludible restringir el concepto, a veces, moralizante de la injerencia, que no se expandan las obligaciones de garante, que no dependa de la ejecución de un actuar precedente peligroso neutral, insignificante, sino que la acción debe ser ilícita en sí misma.

Al objeto de limitar el alcance de esta posición de garante, la acción previa tiene que haber ocasionado el peligro inmediato para la producción del daño, que el comportamiento sea objetivamente antijurídico y que la infracción del deber sea la vulneración de una norma orientada a la protección del correspondiente bien jurídico. En cualquier otro supuesto, la injerencia carece de justificación teórica.

En conclusión, «la acción peligrosa precedente» no es una verdadera posición de garante ya que o no reúne las características de dominio actual de la situación de riesgo o pertenece a otras obligaciones jurídicas que derivan de posiciones de protección de bienes jurídicos o de control de fuentes de peligro.

En contra de los criterios delimitadores expuestos, la STS 1136/2005, de 4 octubre (RJ\2005\7368), sancionó como cómplice, en comisión por omisión por injerencia, a quien simplemente acompañó en su coche a una pareja para que arreglaran sus diferencias. El omitente se quedó al margen, como mero espectador, desde dentro del coche que él había conducido hasta un lugar deshabitado. Una vez en aquel despoblado el tercero golpeó y agredió sexualmente a la mujer, sin que el omitente supiera *ex ante* cuál era su verdadera intención[11].

[9] Schünemann, B., *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte,* Göttingen, 1984, pp. 313 y ss. Dudas que resalta Mir Puig, fundamentalmente, en los casos en los que el que crea el peligro lo hace sin quererlo y sin imprudencia. *Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, 2011, pp. 330, 331.

[10] En la BGH 11, 353, se interpreta que el despacho de alcohol es un comportamiento adecuado socialmente y que no conlleva el deber de impedir las posteriores acciones punibles de los clientes.

[11] Se estimó que Lázaro tuvo una intervención previa que le obliga a dificultar el resultado: «llevó a su compañero Jesús Luis hasta un lugar solitario con una joven, sin que pudiera pensarse en otro motivo que el de tener una relación sexual con ésta, y con el riesgo de que, si ella se negaba pudiera existir alguna

En los últimos años, sobre todo en delitos sexuales, la jurisprudencia suele considerar como cooperador necesario en comisión por omisión del delito de agresión sexual, a quien, no realizando los actos de comisión directa, ni auxiliando, sujetando e inmovilizando a la víctima, se encuentra sencillamente presente. Se interpreta que la mera presencia es un modo de colaboración con la decisión delictiva del autor material, que incrementa la situación de indefensión de la víctima y condiciona la posibilidad de resistencia de la víctima (SSTS 31 enero y 12 junio de 1992 (RJ 1992\617yRJ 1992\52089, 23 enero de 1993, 24 mayo de 1994 (RJ 1994\3947) y 6 junio de 1994 [RJ 1994\4526)). Más recientemente, STS, 108/2023, 16 de febrero (RJ/2023/1464 (Caso de la manada de Sabadell), se estima que la presencia pasiva de terceros que no hacen nada, teniendo capacidad para hacerlo, para impedir las violaciones que tuvieron lugar ante su mirada, son violaciones grupales por injerencia, no omisión propia de no impedir la comisión de un delito. Se interpreta que el no hacer nada para impedir la agresión sexual «equivale» a la causación exigida por el art. 11 del CP. En la misma dirección, la STS 460/2022, de 11 de mayo, en un supuesto de agresión sexual a través de intimidación ambiental ejercida por varios sujetos, se fundamenta en la injerencia que crea o incrementa la situación de riesgo para el bien jurídico.

En contra de este planteamiento, existe otra línea jurisprudencial, más coherente con lo defendido en nuestro texto, que niega que sea suficiente con la mera presencia física, es preciso un concierto previo para llevar a cabo el ataque a la libertad sexual (SS. 22 diciembre 1981 [RJ 1981\5118], 23 enero de 1990 (RJ 1990\478), 5 diciembre de 1992 (RJ 1992\10016), 3 diciembre de 1992 (RJ 1992\9915) y 30 abril de 1993 (RJ 1993\6987).

En esa dirección, con un planteamiento divergente sobre el papel intimidatorio del omitente y sobre el origen de la posición de injerencia, se manifiesta la SAP de Barcelona 73/1996, de 3 junio (ARP\1996\435). Condenó por un delito de omisión propia y negó la existencia de comisión por omisión ya que el omitente no albergaba la voluntad dolosa de facilitar la agresión sexual, ni se hallaba en posición de garante respecto a la víctima. El que la agresión sexual se efectuara en su domicilio y que la víctima accediera a subir a su casa por la confianza que le inspiraba, no hizo cambiar de opinión al Tribunal. Ni deseaba facilitar la agresión sexual, ni el hecho de invitar a la mujer a subir al domicilio, genera una posición de garante por injerencia. Cuestión diferente es si entre ellos hubiera existido una previa relación de amistad que engendrara un especial deber de cuidado o vigilancia.

---

acción de violencia o amenaza dirigida a eliminar la legítima resistencia de la víctima. Quien crea ese riesgo adquiere jurídicamente una obligación de intervenir en defensa de la víctima para evitar la ejecución del delito. Se constituye, por tal actuación anterior, en lo que la doctrina llama «posición de garante».

II.2. **Teorías materiales**

Fue Armin Kaufmann, quien intentó superar la dependencia de las tesis formales a los deberes jurídicos, mediante la determinación de los deberes de garante conforme a criterios materiales. En efecto, distinguió entre los deberes de garante que consisten en una función protectora para un bien jurídico concreto (deberes de asistencia), de aquellos otros en los que incumbe al garante la vigilancia de una fuente de peligro (deberes de aseguramiento o control) —teoría de las funciones—. Los problemas que plantean las tesis formales, relativos fundamente al contrato, los límites de la injerencia y la identificación de la infracción del deber de garante como único elemento de la comisión por omisión, demandan una alternativa más sólida.

II.2.1. ***Posición de protección de bienes jurídicos***

En el ámbito de la protección de bienes jurídicos se incluyen los deberes familiares o análogos relativos a la alimentación, vida, integridad física, libertad sexual. A su vez, se incluyen los deberes de protección de la Administración Pública respecto a los derechos de los ciudadanos. En todos estos casos, la función de protección de bienes jurídicos abarca la tutela de un bien jurídico frente a los peligros que lo amenacen, sea cual sea el origen. Es necesario que el titular del bien sea total o parcialmente vulnerable y que exista una relación específica entre el garante y el titular del bien[12]. A estos casos habría que añadir los supuestos en los que se delega la función de protección de bienes jurídicos a terceras personas, así, la vecina que invita a la fiesta de cumpleaños al hijo menor de edad de un amigo, asumiendo la protección del menor. También ostenta la posición de garante el que tiene una posición de control de las fuentes de peligro: comportamientos realizados por animales, hijos pequeños, animales, enfermos. Como el caso del *compliance oficcer* que ostenta competencias delegadas del órgano de administración de la empresa sobre la prevención de riesgos delictivos en la empresa.

En la doctrina española, esta tesis ha sido acogida Muñoz Conde / García Arán, que interpretan que las fuentes generadoras de la posición de garante se pueden reducir a dos grandes grupos[13]: La función protectora de un bien jurídico, que acoge supuestos de vinculación natural, comunidad de peligros y los de aceptación voluntaria de específicas funciones protectoras; el deber de vigilancia de una fuente de peligro: posesión de animales domésticos, sustancias explosivas o inflamables, injerencia. De modo similar, Bacigalupo utiliza criterios materiales en la concreción de la posición de garante; por una parte, destaca la posición de garante emanada de un deber de protección de un bien

[12] Rudolphi, H.-J., en Rudolphi, Hans-Joachim / Horn, Eckhard / Samson, Erich / Schreiber, Hans-Ludwig, *Systematischer Kommentar Zum Strafgetbuch*, 1975, p. 98.

[13] Muñoz Conde, F. / García Arán, M., *Derecho Penal, Parte General*, (revidada por García ÁlvareZ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 226-228.

jurídico frente a los peligros que puedan amenazarlo. Esta categoría engloba el cuidado de personas necesitadas, la diligencia de aquéllos que realizan actividades de las que pueda resultar un peligro, la atención de funcionarios respecto del peligro de lesión de bienes jurídicos que corresponden a su dependencia[14]. Por otra parte, también prevé este autor la posición de garante que se deduce de un deber de cuidado de una fuente de peligro. Dicho criterio abarca los peligros provenientes de las propias acciones y los creados por otras personas que estén dentro del ámbito de influencia del omitente[15].

II.2.2. *Posición de protección de bienes jurídicos derivados de relaciones familiares*

Esta función de protección cuenta generalmente con un reconocimiento legal. Es el caso de la relación padres-hijos, deberes que surgen de la patria potestad que impone el Código Civil, cuando recoge en el artículo 154.2.1 la expresión «velar por ellos»[16]. La doctrina suele hacer extensiva tal expresión al deber de alimentación[17] y a la puesta en peligro de bienes personales, aunque tengan su origen en fuentes de peligro ajenas al autor.

[14] Bacigalupo, E., *Principios de Derecho penal*, Madrid, 1990, p. 263.

[15] Bacigalupo, E., Ibídem, p. 264.

[16] El artículo 154 del CC dice: Los hijos e hijas no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores. La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos e hijas, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental. Esta función comprende los siguientes deberes y facultades: 1.º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. 2.º Representarlos y administrar sus bienes. 3.º Decidir el lugar de residencia habitual de la persona menor de edad, que solo podrá ser modificado con el consentimiento de ambos progenitores o, en su defecto, por autorización judicial. Si los hijos o hijas tuvieren suficiente madurez deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten sea en procedimiento contencioso o de mutuo acuerdo. En todo caso, se garantizará que puedan ser oídas en condiciones idóneas, en términos que les sean accesibles, comprensibles y adaptados a su edad, madurez y circunstancias, recabando el auxilio de especialistas cuando ello fuera necesario. Los progenitores podrán, en el ejercicio de su función, recabar el auxilio de la autoridad.

[17] Sobre el deber de alimentación, el Código civil hace referencia en los artículos 143 y 144. En el 143 se expone que: «están obligados recíprocamente a darse alimentos en toda la extensión que señala el artículo precedente: Los cónyuges. Los ascendientes y descendientes. Los hermanos sólo se deben los auxilios necesarios para la vida, cuando los necesiten por cualquier causa que no sea imputable al alimentista, y se extenderán en su caso a los que precisen para su educación». En el 144 «La reclamación de alimentos cuando proceda y sean dos o más los obligados a prestarlos se hará por el orden siguiente: Al cónyuge. A los descendientes de grado más próximo. A los ascendientes, también de grado más próximo. A los hermanos, pero estando obligados en último lugar los que sólo sean uterinos o consanguíneos Entre los descendientes y ascendientes se regulará la gradación por el orden en que sean llamados a la sucesión legítima de la persona que tenga derecho a los alimentos. De estos preceptos puede derivarse la responsabilidad de los hijos respecto a padres que se encuentren en una situación de especial vulnerabilidad, indigencia».

Recurrentemente se ha acudido al ejemplo de la madre que deja morir de hambre al hijo recién nacido. Este caso refleja claramente la relación de desigual dependencia generada entre dos personas[18]. Es evidente que el menor carece de las habilidades necesarias para sobrevivir por sí mismo en tales circunstancias. La relación madre-niño, en particular, revela, respectivamente, la función protectora del sujeto garante y la absoluta dependencia del sujeto garantizado. En las primeras etapas en las que el ser humano es totalmente vulnerable, los padres se convierten en la única garantía que evita la permanente exposición al peligro. La dependencia en estos casos es inobjetable. En definitiva, la posición de garantía se traduce en un poder de evitar la lesión del bien jurídico defendido. Puede decirse que los padres que no alimentan a su hijo que fallece, se equiparan, siguiendo una valoración social, a aquellos padres que son autores activos de la muerte[19].

Un caso similar fue juzgado por la Audiencia Provincial de Toledo en la sentencia 15/2008, de 30 enero (ARP\2008\192), que condenó a unos padres por el delito de homicidio en comisión por omisión por imprudencia grave, como consecuencia de la muerte por desnutrición del bebé, atribuible, no a un mero descuido, sino a un incumplimiento reiterado de su deber de alimentarlo[20]. Igualmente, la Audiencia Provincial de Pontevedra, en la sentencia 26/2008, de 25 junio (ARP\2008\511), condenó a unos padres por un delito de homicidio consumado de comisión por omisión doloso eventual y por un homicidio en comisión por omisión en grado de tentativa doloso eventual por el fallecimiento de un hijo y el grave riesgo de muerte para la hija, respectivamente, provocado por la desnutrición crónica durante meses, al dejar de proporcionar alimento a sus hijos, siendo conscientes del grave peligro para la vida de los mismos[21].

Otro ejemplo de la infracción de la citada función de protección, fue el caso de la madre que salió de su domicilio, dejando a sus tres hijos, Zaira de 4 años; Alexis de 3 años y Juan María de 2, cuyo cuidado tenía encomendado, completamente solos y con la puerta de la vivienda cerrada con llave. En un momento no acreditado, se inició un

[18] Wolff, E. A., *Kausalität von Tun und Unterlassen*, Heidelberg, 1965, pp. 36 y ss.

[19] Roxin, C., *Täterschaft und Tatherrschaft,* Berlin, 1989, p. 466.

[20] «No lo alimentaron adecuadamente ni, a pesar de la extrema delgadez que presentaba el menor, acudieron a ningún médico, Servicio de Urgencias, ni Farmacia laguna para controlar su peso y para que recibiera los cuidados necesarios, todo lo cual originó que el menor experimentara una desnutrición proteico calórico severa, llevándolo únicamente al Centro de Salud de la localización de la Villa de Don Fadrique (Toledo) el día 8 de mayo de 2007, porque llegando en estado preagónico y falleciendo sobre las 10,14 horas de ese mismo día».

[21] «ambos procesados, dejaron de proporcionar alimento a sus hijos y no solicitaron ningún tipo de ayuda para tal fin, conscientes, por el deterioro físico que presentaban del grave peligro que entrañaba para la vida de los menores y consintiendo que se iniciase un progresivo y evidente estado de desnutrición, pese al cual no fueron trasladados a un centro médico».

fuego cuando la madre estaba ausente, que no pudo ser sofocado hasta la llegada de los bomberos, culminando con la muerte de dos de los menores[22].

La función de protección obliga a los padres a proteger a sus hijos frente a la agresión de la pareja. En esa dirección, la STS 459/2013, de 28 mayo (RJ\2013\3991), condenó a los padres por los delitos de asesinato, lesiones y violencia física habitual en el ámbito familiar, en la modalidad de comisión por omisión dolosa, al haberse producido la muerte de uno de sus hijos y lesiones en otro, como consecuencia de los golpes y zarandeos violentos y reiterados realizados por uno de los progenitores con la pasividad del otro. Se les condenó, pese a que no pudo demostrarse quién fue el autor material y quién el omisivo[23].

La posición de garante de protección también la detentan los hijos respecto a los padres cuando éstos se encuentran en una situación de discapacidad o especial vulnerabilidad. De ese modo, la STS 459/2018, de 10 de octubre (RJ/2018/426), condenó a dos hijos por la muerte de su madre, a la que desatendieron gravemente. De los artículos 142 y 143 Código Civil deriva, como se ha expuesto, la responsabilidad de los hijos de atender a sus padres, generándose una posición de garante. Ahora bien, tal función de protección no deriva, como se insinúa en la sentencia por integrar un deber natural de carácter moral. Los hijos no responden por la infracción de un deber moral sino porque, como se reconoce en la misma sentencia, siendo garantes y estando en condiciones de ayudar a su madre, no lo hicieron[24].

[22] AP Barcelona, 882/2018, de 15 de noviembre. Cuando una dotación de MMEE pudo acceder a la vivienda encontraron a los menores, Zaira y Alexis sin vida y a Juan María, de 2 años y 6 meses, con lesiones consistentes en quemaduras de 50-60 % de la superficie corporal de 2.º y 3.º grado. Se consideró que la madre no cumplió su posición de garante en la función de protección de determinado bien jurídico en cuanto al deber general de protección que incumbe a los padres respecto de los hijos, ni las funciones de vigilancia de una fuente de peligro generadas por aquella omisión precedente (injerencia). En todo caso, hubiera podido evitar la expansión del fuego o, al menos, intentar liberar a sus hijos del fuego.

[23] «Los dos bebés estaban al cuidado exclusivo de los dos progenitores acusados, procediendo uno de ellos, sin que se pueda determinar en concreto cuál de ellos, a golpear y a zarandear violentamente a los dos gemelos, realizando tales acciones reiteradamente, planteándose que con ello iba a causarles la muerte, pese a lo cual continuó realizando tales acciones, sin que el otro progenitor realizara actuación alguna para evitar que tales golpes y zarandeos violentos y reiterados realizados por el otro continuase, a pesar de ser consciente, por las evidencias físicas, de que éstos se estaban produciendo y de que con ello iba a causarles la muerte, siendo tales evidencias los hematomas que tenía el menor Juan en la zona perianal y en la cabeza y los lloros continuados de los dos bebes, originados por el dolor producido por las múltiples fracturas que tenían los bebes en su cuerpo, para cuya sanción no estaban recibiendo atención médica ni farmacológica alguna».

[24] «Ambos acusados, a pesar de ser conscientes de la situación de su madre y teniendo capacidad para cuidarla y ocuparse de ella, sin embargo, desatendieron totalmente sus necesidades más elementales; dejando de alimentarla mínimamente, asearla, limpiar su entorno, cambiar su posición en la cama y curarle las heridas, lo que desembocó, como resultado previsible y evitable, en el fallecimiento… La causa

La jurisprudencia, como se ha podido comprobar, ha venido defendiendo la posición de protección del bien jurídico en la relación paterno filial de los padres respecto de sus hijos (SSTS 21/2007, 1061/2009, 542/2012, 17/2016, 180/2020)[25] y de éstos respecto de los padres (STS 459/2018). Tal posición de garante se ha abierto también a pareja estable no matrimonial. Es decir, cuando se mantiene una convivencia continuada con los hijos menores de su pareja y se han asumido obligaciones de cuidado respecto a ellos. Sin embargo, no puede extenderse a cualquier relación de pareja, noviazgo o amistad. Lo contrario supondría una expansión desorbita e indeseable del Derecho penal contraria al principio de legalidad. Por ese motivo, la STS 266/2022, de 22 de marzo (RJ/2022/1829), descartó la posición de garante de la pareja no estable que contempló sin hacer nada la paliza propinada por la madre a su hija. Se argumenta que, pese a que mantenía una relación sentimental y contribuía a la manutención de la menor, no había convivencia estable entre la pareja, sino visitas esporádicas. En otro caso, por el contrario (STSJ de Castilla y León, Burgos, 29/2022, de 18 de abril (ARP/2022/515)) se condenó a la madrastra como cómplice respecto a los abusos sexuales cometidos por el padre contra su hija durante seis años, de forma reiterada, varias veces a la semana. Pese a ser la madrastra de la menor, era la pareja estable del padre y convivía con la víctima que le contaba todos los actos sexuales que su padre realizaba con ella.

Es interesante el recurso a la interpretación de la circunstancia mixta de parentesco del art. 23 CP por parte de la jurisprudencia (STS 266/2022, de 22 de marzo (RJ/2022/1829)). Así, se incluye entre los vínculos de parentesco, el encontrarse ligado de forma estable por una relación de afectividad análoga a la conyugal. En esa dirección, la STS 569/2021, de 30 de junio de 2021, mantuvo: «es cierto que el artículo 23 no exige la convivencia, aunque sí requiere la estabilidad en una relación análoga a la matrimonial. Y esta exigencia se refiere a algo más que el mero transcurso de algún tiempo». Con ese planteamiento, por ejemplo, se descartan comportamientos como el noviazgo de unos meses o las relaciones no estables.

No obstante, a veces, se corre el riesgo de incluir deberes de garante moralizantes, sobre todo en el ámbito del matrimonio. Un ejemplo es el actual artículo 68 del Código Civil que dice que los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente. Deberán, además, compartir las responsabilidades domésticas

---

fundamental o principal del fallecimiento fue un cuadro de desnutrición crónica en grado de caquexia, anemia severa, úlceras de cúbito infectadas y bronconeumonía aguda purulenta».

[25] En la jurisprudencia existen numerosos ejemplos de considerar al padre o madre como autor o partícipe en el delito sexual cometido contra la hija. De ningún modo debe extender a la protección de otros bienes jurídicos (inducción a la prostitución, corrupción de menores). Esto será analizado especialmente en la lección sobre participación por omisión. La no evitación de resultados lesivos de quienes están bajo el control del garante. Todo depende de si el garante omisivo dispone o no del poder de dominio y control actual de las condiciones que dan lugar al resultado.

y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo. Respecto a la expresión socorro mutuo, ¿puede pensarse que de esa expresión deriva una función de protección penalmente relevante de la vida y salud del cónyuge? De ningún modo, es una opción inasumible pues no existe una situación de vulnerabilidad, de incapacidad de autoprotección del titular del bien jurídico, que exija la intervención de la pareja. Debe recordarse que desde la posición que se defiende en este trabajo, a la función de protección del garante siempre debe acompañar la cláusula de equivalencia y, por tanto, un control actual de las condiciones que lesionan el resultado que no ha impedido.

II.2.3. *Funciones de protección basadas en deberes de la administración respecto a intereses de los ciudadanos*

Los artículos 3.4 y 21.2 de la Ley General Penitenciaria imponen a la Administración penitenciaria el deber de velar por la vida, integridad y salud de los internos (tal como se pronunció el Tribunal Constitucional en las sentencias 120/90 y 137/90). El incumplimiento de estas obligaciones dará lugar al delito de omisión impropio correspondiente, en su vertiente dolosa o imprudente, contra personas que se encuentran privadas de libertad bajo su tutela (muerte, lesiones**,** tráfico de drogas). Recuérdese que junto a la posición de protección deben concurrir los requisitos normativos de causalidad e imputación objetiva, entonces puede hablarse de autoría o participación por omisión de garante en el resultado no impedido.

La STS 482/2017, de 28 de junio (RJ/2017/3084), no condenó, sin embargo, el comportamiento omisivo de un policía municipal, encargado de la custodia de un detenido en la celda. Tras advertir el intento de suicidio, no realizó las tareas de vigilancia y control necesarias a fin de evitar otra tentativa. De hecho, al pensar que el detenido estaba dormido, se ausentó de los calabozos, momento en que aquél aprovechó para ahorcarse. El tribunal estimó que el comportamiento era impune debido a la atipicidad del suicidio y la falta de equivalencia respecto al delito de homicidio (el tipo requiere que la muerte sea contra la voluntad del titular del bien). No obstante, quedan algunas dudas sin resolver, sobre todo si el detenido era imputable o no, si tenía plena capacidad para consentir libremente. De lo que no cabe la menor duda es que el funcionario era garante de protección, tenía la custodia actual, no creó el foco de peligro, pero pudo y debió haber neutralizado el riesgo de autolisis con la adopción de ciertas medidas omitidas. Un planteamiento similar se defendió en la sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 120/1990, de 27 de junio, con relación a la asistencia médica debida a los reclusos de la organización GRAPO en huelga de hambre.

Verdaderamente son escasos los supuestos en los que se condena a un funcionario que contempla, sin evitarlo, las lesiones sufridas por un detenido. Uno de esos exiguos casos es el recogido por la STS 159/2011, de 28 febrero (RJ 2011\3331), que condenó por un delito de comisión por omisión la actitud pasiva de un Cabo ante las lesiones

ocasionadas a un detenido por Mossos d'Esquadra, bajo su mando. Se consideró que los golpes asestados que provocaron las lesiones no eran torturas o cualquier otro delito contra la integridad moral. De haberse estimado que eran torturas, que no se impidió u obstaculizó atentados contra la integridad moral del detenido, hubiera tenido que aplicarse el artículo 176 Cp y no la cláusula genérica del artículo 11[26]. De no existir una norma que expresamente regule el comportamiento del funcionario que asiste omisivamente a la práctica del delito sin impedir su desarrollo, tal supuesto debería resolverse como una omisión impropia y el autor respondería con la pena del delito cuyo resultado no evita o dificulta. Ahora bien, como el legislador ha codificado expresamente en el artículo 176 un supuesto de comisión por omisión, la infracción del deber de garante que corresponde a la autoridad y a los funcionarios que, teniendo bajo su custodia a un detenido o preso, no impiden la práctica de la tortura ejercida por un tercero. Una función de garante que deriva del Decreto de 17 de julio de 1975 que aprobó el Reglamento Orgánico de Policía Gubernativa (artículo 186). En la actualidad, el artículo art. 5.3.b) de LO 2/1986 de LFCS, impone a los funcionarios el deber de velar por la vida, integridad y salud de las personas que están detenidas o bajo su custodia y respetar su honor y dignidad. Por su parte, el artículo 4,2, a) del Reglamento Penitenciario, 190/1996, de 9 de febrero, establece el derecho del interno a que la Administración vele por sus vidas, integridad, salud, sin que pueda ser sometido a torturas, malos tratos —palabra u obra— o rigor innecesario. Así, la SAP de Madrid, 2001, de 28 de junio, (TOL 127611), aplicó el artículo 176 a dos funcionarios de policía que no evitaron el maltrato al que era sometido uno de los detenidos por parte de un compañero.

Al hilo de las obligaciones de los funcionarios de velar por la seguridad de las personas que tienen bajo custodia, de impedir la comisión de delitos, de perseguir los delitos cometidos, puede plantearse si es posible aplicar un delito comisivo en concurso con el delito por omisión de garante no evitado, en los supuestos en los que un funcionario contempla la comisión de un delito de otro funcionario en el que él también participa.

Sobre esta cuestión, la STS de 22 de febrero de 1994 (R. A.1110), analizó el caso de dos funcionarios de policía que violaron por separado a una mujer y no impidieron la violación practicada por el otro compañero. El Ministerio Fiscal defendió que se sancionara a cada uno de ellos como autor de un delito de violación y cooperador necesario en comisión por omisión del delito de violación del otro. En contra de esta opinión, el Tribunal interpretó que, «llevando la posición de garante a sus más extremas y automáticas consecuencias, tendríamos que admitir una situación absurda y contraria a la más elemental racionalidad. En una sola persona no puede coexistir a la vez el

[26] El artículo 176 CP dice: «Se impondrán las penas respectivamente establecidas en los artículos precedentes a la autoridad o funcionario que, faltando a los deberes de su cargo, permitiere que otras personas ejecuten los hechos previstos en ellos».

deseo de consumar un acceso carnal delictivo y al mismo tiempo exigirle que impida la violación que otro realizaba en la habitación de al lado. Llegaríamos a admitir que era lógico que llegase a consumar la violación que habría preparado y que al mismo tiempo estuviese obligado a impedir el yacimiento carnal de la persona que le acompañaba. En estos casos no se da la posición de garante ante la existencia de un dolo directo de consumar por propia mano el acto delictivo».

Un problema similar surge en torno a otra omisión de garante, la recogida en el artículo 408[27]. Aun cuando el sujeto desempeñe una función pública y tenga encomendada específicamente la obligación de perseguir delitos, tal deber decae si interviene, como autor o partícipe (por acción u omisión), en el delito no perseguido (véase, en este sentido, la STS 726/2001, 25-4, *Tol 27842*). Responderá por ese delito, pero no por abstenerse de perseguirlo (SAP Málaga, Secc. 7.ª, 25/2005, 14 de. abril, SAP Murcia, Secc. 5.ª, 27/2007, 30 de mayo, SAP Cádiz, Secc. 6.ª, 108/2008, 15 de mayo). En suma, como señala la STS 1391/2003, 14 de noviembre (*Tol 352337*), «*Es de todo punto imposible condenar a una persona por no instar la persecución de delitos por ella cometidos*», de lo contrario, sería exigible también un deber de autodenuncia, y ello contraviene abiertamente el derecho a no confesarse culpable y a no declarar contra sí mismo, derivado del principio de presunción de inocencia (art. 24.2 CE): omitir poner en conocimiento un delito en el que se ha intervenido es, por tanto, una forma lícita de autoencubrimiento [véase también, SSTS 1699/2001, 1 de octubre (*Tol 66656*), 17/2005, 3 de febrero (*Tol 646484*)].

Ejemplo: no se consideró aplicable el delito del 408 al Inspector de Hacienda que no puso en conocimiento del Ministerio Fiscal un delito tributario y una estafa porque formaba parte del grupo de personas que planearon la defraudación a la Hacienda pública (STS 17/2005, 3-2, *Tol 646484*).

II.2.4. ***Control sobre una determinada fuente o foco de peligro***

Para las teorías materiales es la segunda modalidad generadora de una posición de garante. La mayoría de casos se basan en la injerencia, la previa creación ilícita, dolosa o imprudente, de un peligro que amenaza al bien jurídico y debe ser neutralizado por quien lo genera[28]. Lo que se pretende es quien creó el riesgo de la producción del resultado, contrarreste esa fuente de peligro y, de ese modo, proteja la integridad del bien jurídico en peligro. Nuevamente hay que exigir que el garante omitente pueda controlar, anular, obstaculizar, la situación de peligro que desencadenó. La mayoría de supuestos

[27] Obsérvese, sin embargo, que, en la tipificación del delito de encubrimiento, el art. 451 CP excluye expresamente del círculo de posibles autores del mismo a quienes hayan intervenido en el delito encubierto como «*autor o cómplice*» (partícipes).

[28] Muñoz Conde, F. / García Arán, M., *Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., p. 227.

de garantes que ostentan la función de controlar peligros se da en casos de propietario o poseedor o que ostenta la custodia de bienes muebles (maquinas, vehículos, animales) o inmuebles (edificios, terrenos). En resumen, se habla del deber de vigilancia sobre cosas peligrosas en el ámbito de dominio **o** derivadas de una acción ilícita.

Con relación al control sobre fuentes de peligro, la SAP de Madrid 508/2006 de 6 junio (ARP\2007\14), condenó a un empresario y a su delegado por un delito de lesiones en comisión por omisión por imprudencia grave, al omitir las medidas de seguridad que dieron lugar al accidente laboral. Se interpreta que el trabajo que desempeñaba el trabajador accidentado no estaba evaluado, que tampoco había sido formado y «no se habían adoptado las medidas necesarias para garantizar que el almacenaje de las bobinas y la actividad que en el local donde éste se producía, alcanzara los mínimos niveles de riesgo posible». Desde luego, ese resultado no se hubiera producido si hubieran ajustado el deber objetivo de cuidado que les era exigible, a través de las obligaciones que la legislación en materia de prevención de riesgos laborales les impone[29].

Ejemplos clásicos de control sobre fuentes de peligro son: el controlador aéreo del que depende, entre otras, la dirección del tránsito de aeronaves, otorgar a los pilotos las autorizaciones pertinentes, que se queda dormido, provocando la colisión entre dos aviones. Igualmente, el ferroviario que asume el control sobre la barrera del paso a nivel y lo desatiende unos minutos, creando el riesgo de un accidente. Finalmente, el propietario de un perro que muerde a un niño al ir desprovisto de arnés y bozal.

Respecto a hijos menores o enfermos, el garante está obligado a impedir el acto ilícito de su familiar relativo a bienes jurídicos fundamentales como la vida, integridad física, libertad sexual. Son necesarios dos requisitos: que el tercero —menor de edad, enfermo o especialmente vulnerable por otra causa— carezca de la posibilidad de controlar responsablemente su propio comportamiento. En segundo lugar, que, debido a tal incapacidad, necesite la vigilancia del garante —padres, tutores, enfermeros—.

II.3. **Teorías intermedias: criterios sustanciales de corrección de las tesis materiales**

Existe una dificultad común a las tesis formales y materiales. ¿Afecta al principio de legalidad, taxatividad, reserva de ley, la extensión de la posición de garante a deberes no jurídicos? ¿Deber ser la ley, la única fuente de los deberes de garante? De admitirse las fuentes supralegales, ¿no se estarían rebasando los límites del principio de legalidad? La respuesta es que tanto las teorías formales como las teorías materiales deben

[29] La Ley de Prevención de Riesgos Laborales impone al empresario la obligación de adoptar cuantas medidas fueran necesarias para la debida prevención de los riesgos que puedan afectar a la vida, la integridad y la salud de los trabajadores (art. 14 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales). El empresario debe suministrar todos los medios necesarios para que la actividad laboral se desarrolle con toda seguridad y velar porque esas normas se cumplan.

ser corregidas por los criterios de causalidad jurídica y de imputación objetiva. Ni el incumplimiento de un deber jurídico, ni la inobservancia del contrato, ni la injerencia previa, ni la función de protección de bienes jurídicos o la falta de control de fuentes de peligro, convierten al garante omitente en autor o partícipe.

Ni las tesis formales ni materiales satisfacen por sí solas la posición que se defiende en el texto[30]: equivalencia estructural normativa del delito impropio de omisión y el delito comisivo. En la doctrina suelen defenderse las tesis materiales reformadas con ciertos criterios de corrección[31]. Así, la posición de garante la ostenta aquel a quien corresponde la función de protección de un bien jurídico o de control de una fuente de peligro y posee el dominio actual de los factores que le permiten neutralizar el peligro generado o incrementado por terceros o la naturaleza. Pero, cuidado, para ser considerado autor o partícipe en comisión por omisión, no es preciso que se haya creado —o incrementado— el peligro para el bien jurídico en el sentido de la imputación objetiva en un delito comisivo.

Ejemplo: Un padre contempla que su mujer está bañando al hijo menor de ambos en una bañera, y, en un momento dado, ésta no lo observa para atender al teléfono que está sonando. ¿Qué ocurriría si el padre advierte que su hijo, en el momento en está solo, comienza a resbalarse y ahogarse en la bañera, sin impedir el resultado? Es evidente que la acción de la madre es la que creó el peligro y su desatención posterior provocó la muerte del niño. También es cierto que, en principio, la omisión del padre no desencadena ningún proceso causal, no genera el riesgo creado por la madre. Ahora bien, al ser garante de la vida de su hijo, está en sus manos impedir el resultado contrarrestando la

[30] Romeo Casabona, CM., alude a la «la debilidad de estas construcciones, tanto por su excesiva indeterminación como consecuentemente por su escasa fidelidad al principio de legalidad, se pone en evidencia al analizar las diversas fuentes tradicionales de las posiciones de garante, que en buena parte coinciden con los resultados de las posturas que se centran en las funciones de garante», «Límites de los delitos de comisión por omisión» en *Omisión e imputación objetiva en Derecho Penal*, Madrid, 1994, pp. 811-812.

[31] Se decantan por la exigencia de criterios de corrección en las tesis materiales, Gimbernat, Luzón Peña, Silva Sánchez, García Conlledo, Romeo Casabona. En esta línea restrictiva, Gracia Martín, sitúa el fundamento de la posición de garante en el poder de decisión que el sujeto posee sobre la situación del bien jurídico. Por esa razón, reconoce que en los delitos de comisión por omisión no es posible fundamentarla en un momento anterior al de la producción de la situación de peligro para el bien jurídico. Sólo un «acto voluntario de asunción del dominio de la situación, es decir, de la posición de garante específica, podrá dar lugar a la constitución de la situación típica». De esta forma, concluye: «sólo si un sujeto posee la capacidad de acción de dominio de la causa fundamental del resultado y, además, asume mediante un acto personal ese dominio de un modo efectivo se sitúa en la posición específica de garantía del tipo de comisión por omisión y podrá ser su omisión idéntica a la realización del tipo mediante una acción positiva»). Confróntese *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales*…, ob. cit. Véase Romeo Casabona, CM., «Los delitos de comisión por omisión», en *Estudios jurídicos. Vol. II. Libro conmemorativo del bicentenario de la Universidad de la Laguna*, Universidad de la Laguna, 1993, pp. 79 y ss.

negligencia omisiva de la madre que fue la que generó el peligro. ¿Se le podría imputar el resultado por omisión impropia por la no realización de una acción que podía —dominio actual— y tenía el deber de realizar, que habría impedido su producción?[32].

Desde la posición que se defiende en este trabajo esa sería la solución y no la de una simple omisión propia. En todo caso, recuérdese que el garante debe poseer, no el dominio del hecho, que solo lo tiene el autor material, sino el control sobre algunas de las condiciones esenciales para la producción del resultado. Esta es la opción elegida también por Luzón Peña, al considerar que el padre sería también autor de homicidio en comisión por omisión, ya que, «además de ser garante, social y jurídicamente se daría por descontado que… controlaría de inmediato el riesgo de lesión del niño, así que la omisión aumenta el peligro que se suponía controlado y domina o determina el hecho junto con la omisión de la madre»[33].

III. Bibliografía

Bacigalupo, Enrique, *Principios de Derecho penal. Parte General*, Madrid, 1990.

Cerezo Mir, José, *Curso de Derecho Penal Español, Parte General, II*, Tecnos, Madrid, 1990.

Cobo del Rosal, Manuel / Vives Antón, Tomás, *Derecho Penal. Parte General*, Valencia, 1990.

Fiandaca, Giovanni, *Il reato commissivo mediante omissione,* Milano, 1979.

Gimbernat Ordeig, Enrique, «Recensión al libro de Bacigalupo, Delitos impropios de omisión», en *ADPCP*, 1970.

— «Capítulo segundo. Causalidad, omisión e imprudencia» en *Estudios sobre el delito de omisión,* Instituto Nacional de Ciencias Penales, México D.F., 2003.

Gracia Martín, Luis, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales. Vida humana independiente y libertad*, Valencia, 1993.

Kaufmann, Armin, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, Göttingen*, 1959.

Köhler, Michael, *Über den Zusammenhang von Strafrechtsbegründung und Strafzumessung,* Heidelberg, 1983.

Luzón Peña, Diego, «Delitos omisivos impropios o de comisión por omisión», *Foro FICP*, 2022-1, 2022.

Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, 2011.

Muñoz Conde, Francisco / García Arán, Mercedes, *Derecho Penal, Parte General*, (revidada por García Álvarez), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

Orts Berenguer, Enrique / González Cussac, José Luis, *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

Romeo Casabona, Carlos María, «Los delitos de comisión por omisión: delimitación, insuficiencias y perspectiva político-criminal», en *Estudios jurídicos. Vol. II. Libro conmemorativo del bicentenario de la Universidad de la Laguna*. Universidad de la Laguna, 1993.

[32] Romeo Casabona, CM., «Límites de los delitos de comisión por omisión», ob. cit., p. 45.

[33] Luzón Peña, D., «Delitos omisivos impropios o de comisión por omisión», *Foro FICP*, 2022-1, 2022, pp. 2022-1 y nota 317.

— «Límites de los delitos de comisión por omisión» en *Omisión e imputación objetiva en Derecho Penal.* Madrid, 1994.

ROXIN, Claus, *Täterschaft und Tatherrschaft,* Berlin, 1989.

RUDOLPHI, Hans-Joachim, en Rudolphi, Hans-Joachim / Horn, Eckhard / Samson, Erich / Schreiber, Hans-Ludwig, *Systematischer Kommentar Zum Strafgetbuch*, 1975.

SGUBBI, Filippo, *La responsabilitá penale per omesso impedimento dell'evento,* Padova, 1975.

SILVA SÁNCHEZ, José María, *El delito de omisión. Concepto y sistema,* Barcelona, 1986.

— «Muerte violenta del recluso en un centro penitenciario», *Revista Jurídica de Cataluña,* Núm. 2, 1992.

— «Aspectos de la comisión por omisión: fundamento y formas de intervención. El ejemplo del funcionario penitenciario», en *CPCr*, Núm. 38, 1989.

SCHÜNEMANN, Bernd, «Die Unterlassungdelikte und die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Unterlassungen», en *ZStW*, Núm. 96, 1971.

— *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte,* Göttingen, 1984.

STREE, Walter, «Garantenstellung kraft Übernahme», en *Mayer-Festschrift*, Berlin, 1966.

WOLFF, Ernst Amadeus, *Kausalität von Tun und Unterlassen*, Heidelberg, 1965.

31

SOBRE EL CONCEPTO DE IMPUTACIÓN EN DERECHO PENAL*

RICARDO ROBLES PLANAS**
Catedrático de Derecho Penal
Universidad Pompeu Fabra

SUMARIO: I. LA PROBLEMÁTICA NOCIÓN DE IMPUTACIÓN. II. LA «TEORÍA CLÁSICA DE LA IMPUTACIÓN». III. LA «TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA». IV. BIBLIOGRAFÍA.

I. LA PROBLEMÁTICA NOCIÓN DE IMPUTACIÓN

1. La noción de imputación lleva instalada tiempo en el Derecho penal. Como afirma Sánchez-Ostiz, «la *imputación* aparece por todas partes»[1]. Hay imputación objetiva del resultado, se habla de imputación ordinaria y extraordinaria y de imputación del dolo o al dolo, de imputación subjetiva o de imputación recíproca, por mencionar solo algunos ejemplos habituales. Aún más, apoyándose en diversas corrientes iusfilosóficas de los siglos XVIII y XIX, muchos autores en las últimas décadas han entendido el delito en su conjunto esencialmente como un problema de imputación de un suceso a una persona[2]. Pero también se apoyan en la noción de imputación quienes parten de otras corrientes más recientes, como la filosofía analítica, del lenguaje o de orientaciones marcadamente teleológicas. Aquellos que así lo hacen, frecuentemente, operan con diversos niveles de imputación, como la imputación objetiva, subjetiva y la personal o individual[3].

* El presente trabajo se enmarca en el Proyecto PID2020-115863GB-I00, financiado por la Agencia Estatal de Investigación.

** A Carlos-María Romeo Casabona, *in memoriam*.

1 SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P., *Imputación…*, p. 14.

2 P. ej.: JAKOBS, G., *System der strafrechtlichen* Zurechnung (el resaltado es mío); LESCH, H. H., *Der Verbrechensbegriff*, p. 2, n. 8: «el juicio de imputación es idéntico al concepto de delito».

3 Es el caso de WOLTER, J. en Alemania (p. ej. en *Objektive…*, *passim*) o del segundo MIR PUIG, S. en España («Significado…», p. 9).

2. El concepto de imputación es, pues, escurridizo[4]. En la dogmática penal actual se emplea con frecuencia en un sentido particularmente amplio, como sinónimo de hacer responsable a alguien por un suceso[5]. Así, afirma Hardwig que «la imputación propiamente dicha significa el establecimiento de una relación positiva, una conexión, entre un acontecimiento y una persona en el sentido de reconocimiento o desaprobación mediante la evaluación del comportamiento de la persona de acuerdo con un conjunto de normas de la razón»[6]. Freund, por su parte —y en tono crítico—, mantiene que «imputación es la vinculación de dos conceptos que, de otro modo, estarían separados, como una persona con un acontecimiento»[7]. Según Stübinger «el concepto de imputación (*imputatio*) actúa como vínculo entre el Ordenamiento jurídico y su entorno (social). La imputación es la operación básica del Derecho por la que se vincula un hecho a las acciones de las personas para poder emitir un juicio sobre las posibles consecuencias jurídicas. Tanto el primer acto de vincular una acción y un hecho como el juicio sobre las consecuencias jurídicas pueden describirse como formas de imputación»[8]. Para Joerden «imputación (también: atribución, *Imputation*, *imputatio*) de una acción, de una omisión, de la producción de un resultado, etc. significa que se hace responsable a una persona por una determinada conducta y, en su caso, de sus consencuencias»[9]. Y según Jakobs, «la imputación establece a qué persona hay que castigar para estabilizar la vigencia de la norma»[10]. Del mismo modo, aunque fuera ya de la dogmática penal, para Kelsen la imputación es en el terreno de deber ser lo que la causalidad es en el del ser. En efecto, para Kelsen en un primer momento imputación (*Zurechnung*) significa la asociación de un supuesto de hecho (*Tatbestand*) a una persona efectuada sobre la base de una norma. Posteriormente, matizó su opinión y a esta operación la denominó atribución o adscripción (*Zuschreibung*), reservando el término imputación (*Zurechnung*) para aquella otra consistente en asociar una sanción a un supuesto de hecho[11].

[4] Más contundente, Vives Antón, T., *Fundamentos*…, p. 317: «hay una especie de "imputacionismo" universal para el que toda explicación y todo modo de comprender se reduce a imputar, con lo que la idea de imputación asume un contenido tan amplio que queda, en realidad, vacía» y p. 568: «la imputación en sí misma es una palabra vacía de contenido, un "mecanismo metodológico" aplicable a la formulación de teorías, a la acuñación de conceptos, al establecimiento de relaciones causales de cualquier clase, a la caracterización de cualquier suceso como perteneciente a un género, etc, etc. Se trata, pues, de una expresión carente de sustantividad que, por lo tanto, no puede ser objeto de teoría alguna».

[5] Este es también el significado que se sigue en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua: «atribuir a alguien la responsabilidad de un hecho reprobable».

[6] Hardwig, W., *Die Zurechnung*…, p. 7.

[7] Freund, G., «Normtheoretisch-funktionale…», p. 85.

[8] Stübinger, S., «Von der alten…», p. 154.

[9] Joerden, J. C., «Zurechnung», nm. 1.

[10] Jakobs, G., *Strafrecht*…, 6/1.

[11] Véase, Renzikowski, J., «Der Begriff…», pp. 254 y ss.

3. *Este empleo tan amplio* del término imputación requiere una clarificación, tanto del objeto de la imputación como de los criterios de imputación, o de lo contrario no resulta en absoluto operativo. Más aún: tan solo describe el punto de final de una operación, no su funcionamiento. Ciertamente, hay en el concepto amplio de imputación algo que permanece y constituye su núcleo: la idea de pertenencia de algo (el *objeto* de la imputación) a un sujeto (el *sujeto* de la imputación). Sin embargo, resulta claro que esa relación puede establecerse de múltiples formas, con diversa intensidad, es decir, depende del concreto sistema normativo en el que haya de tener lugar (los *criterios* y el *fundamento* de la imputación). Así, p. ej., la imputación puede ser «objetiva» o «subjetiva» y dentro de cada una de ellas exigir más o menos requisitos para afirmarla. Una imputación «puramente objetiva» sería también la que se contentaría con la mera causalidad (¡o ni tan siquiera eso!) para asociar un suceso a una persona. Una imputación «plenamente subjetiva» podría exigir el máximo grado de conciencia y voluntad en el sujeto para considerar algo como suyo. Hoy nadie duda de que en Derecho penal —a diferencia de otras ramas del Derecho— no basta con una imputación «objetiva» para establecer responsabilidad, pero no es menos cierto que una imputación «objetiva» podría tener alguna relevancia analítica[12]. Desde luego, esta última puede entenderse como equivalente a responsabilidad sin culpa (*Haftung*), propia del Derecho de daños o del Derecho de policía[13].

4. Así las cosas, sigue siendo un reto clarificar el concepto mismo de imputación y, en su caso, determinar el papel que esta noción haya de desempeñar en la ciencia jurídico-penal. Acometer *in toto* esa tarea desbordaría el limitado marco de estas páginas. La pretensión ahora no puede pasar de plantear hasta qué punto ayudan a ese esclarecimiento dos manifestaciones doctrinales de importancia indiscutible en la evolución de este concepto. Por un lado, la denominada «teoría clásica de la imputación» (*infra* II) y por otro, la «imputación objetiva» (*infra* III).

II. La «teoría clásica de la imputación»

1. La noción de imputación está estrechamente vinculada a Pufendorf. En efecto, aunque los orígenes de la noción de imputación suelen remontarse a Aristóteles y, muy significativamente, a Tomás de Aquino, el mérito de Pufendorf fue trasladar al ámbito jurídico los problemás éticos y teológicos planteados antes: fue el primero en introducir la expresión «imputación» como *término técnico* en la ciencia jurídica[14].

[12] Lo observa, Köhler, M., *Recht*…, p. 156.

[13] En el Derecho penal juega un papel marginal, p. ej., según algunos, en la asignación de peligros en el ámbito del estado de necesidad defensivo.

[14] Así, Loening, R. (*Die Zurechnungslehre…,* p. X), citado por Stübinger, S., («Von der alten…», p. 156).

El estudio de la noción de imputación en Pufendorf[15] muestra que con ella este autor aludía, primariamente, a la cualidad de *imputable* de una acción y por ello utilizó la noción de *imputativitas* (*Zurechenbarkeit*)[16]: imputable era una acción siempre que fuera dominable o controlable por la voluntad[17]. A la *imputativitas* Pufendorf añadía la *imputatio actualis*, es decir, el acto de la imputación *en sí*, que tenía lugar cuando se establecía la imputación a una persona por una acción prohibida u obligada legalmente (*imputatio iuris*). Esta *imputatio* no añadía requisito alguno de imputación; era «*iuris*» porque tenía lugar en referencia a la ley, pero la acción era imputable por el hecho de haber sido dominable o controlable por la voluntad[18]. Con otras palabras, mientras la *imputativitas* aludía a lo que podía ser imputado, sin valoración alguna, la *imputatio* era el juicio de valoración mismo.

2. Las —en realidad poco precisas— ideas de Pufendorf se extendieron rápidamente entre los autores de la llamada «escuela moderna del Derecho natural», pero con variaciones terminológicas y de contenido hasta tal punto importantes que se instaló para siempre —en mi opinión— la confusión en torno al significado y alcance de la imputación[19]. Desde luego, temparanamente tuvo lugar una trascendental division.

Por un lado, surgió una corriente de autores que trataban de identificar la aplicación de la ley con la noción de imputación: Christian Thomasius, Dietrich Hermann Kemmerich, Nicolaus Hieronymus Gundling y Heinrich Köhler[20]. Precisamente es este último autor quien escribe la famosa frase «*imputatio in genere est applicatio legis ad facta singularia*»[21] para expresar la identidad entre imputación y aplicación de la ley, algo que en gran medida el propio Pufendorf había sugerido al hacer coincidir la *imputatio* con la valoración del suceso. Para esta primera corriente, por tanto, el momento decisivo

[15] Para lo que sigue véase, p. ej., Heuser, M., «Die Rezeption…», pp. 2 y ss.; Seher, G., *Die Idee…*, pp. 75 y ss.; Sánchez-Ostiz Gutiérrez, *Imputación…,* pp. 11 y ss.

[16] Véase, complementariamente, Rueda Martín, M. A., *La teoría…,* pp. 69 y ss.

[17] Fue la *imputativitas* lo que a Pufendorf le interesó especialmente, esto es, no tanto una teoría de la imputación como una teoría de la posibilidad de imputación. La *imputativitas* no implica juicio de valoración alguno, sino que con su afirmación se pasa a hablar de acción que puede ser después sometida a valoración.

[18] Por tanto, con la *imputatio actualis*, se determina que los efectos morales de una acción se atribuyen al agente; lo que se imputa, pues, en la *imputatio actualis* son las consecuencias normativas de la acción al agente.

[19] En cualquier caso, creo posible afirmar que la idea básica subyacente a la *imputativitas* de PUFENDORF ya no fue puesta en cuestión posteriormente: que la responsabilidad presupone voluntad. Lo que fue objeto de discusión es si, una vez establecida la voluntariedad de la acción, la *imputación* no era más que el resultado de aplicar la ley (valoración y sus consecuencias) a esa acción, *transfieriendo al agente esa valoración (y sus consecuencias)*; o bien, había que separar las dos operaciones y reservar el término imputación *solo para la atribución de la acción al agente*. Sobre esto véase el texto que sigue.

[20] Véase las referencias a las obras estos autores en Heuser, M., «Die Rezeption…», p. 8.

[21] *Ibidem*.

era el de la valoración del hecho (aplicación de la ley al hecho); la imputación era solo la conclusión lógica en virtud de la cual esa valoración del hecho *se transfiere* al sujeto que ha actuado de modo libre.

Por otro lado, hubo una segunda corriente de autores que se aferraron al camino alternativo insinuado en Pufendorf y siguieron concibiendo la imputación de forma independiente a la aplicación de la ley. Así, ya claramente Christian Wolff, distinguía la *imputatio physica* (imputación de la acción a su artífice) y la *imputatio moralis* (imputación de las consecuencias morales a la acción), por un lado, de la *applicatio legis*, por el otro. Esta última operación consistía en un juicio positivo o negativo sobre la conformidad a la ley de la acción. La secuencia era, pues: *imputatio physica – applicatio legis – imputatio moralis*. Poco después, Daries, sin embargo, se percató de que la imputación previa al juicio de conformidad a la ley no podía ser, como Wolff sostuvo, una mera *imputatio physica*, sino que había de ser ya una imputación *moral*, aunque —eso sí— todavía independiente de su contraste con la ley. De ahí que para él la secuencia fuera*: imputatio facti – applicatio legis – imputatio iuris*. Pese al esfuerzo conceptual, Daries no aclaró cómo podía operar la *imputatio facti* como imputación moral sin referencia a la ley o al margen de ella. Lo que estaba, pues, en discusión en aquel momento era si podía hablarse de imputación *moral* con independencia de la ley o bien si toda imputación se identificaba con el juicio de aplicación de la ley. Probablemente debido a esta dificultad, la variante de la teoría de la imputación de Wolff-Daries no se impuso y cayó en el olvido[22]. Este abandono supuso, en lo que alcanzo, que el concepto de imputación que trascendió desde el s. XVIII hasta nuestros días fuera el que tiende a identificar esta operación —la imputación como *imputatio actualis*— con la aplicación de la ley penal y de sus consecuencias, esto es, con la idea general atribución de responsabilidad penal[23].

3. En todo caso, como se ha afirmado, en Pufendorf una acción era susceptible de imputación si había sido controlable por la voluntad. A ello se refería la noción de *imputativitas*. La *imputación* era la asignación de consecuencias (jurídicas) a esa acción imputable. Repárese en que Pufendorf no utilizó la expresión *imputación* para referirse a la asignación de un hecho a una persona y sí, en cambio, para referirse a la valoración del hecho. Ello probablemente tenga que ver con el entendimiento de que la imputación incorpora necesariamente un momento de oposición a la norma. Sin embargo, como se ha visto, Wolff y Daries modificaron sustancialmente la secuencia y entendieron que al principio procede ya una imputación. Esta *imputatio facti* sería el primer paso de la

[22] El desarrollo de la doctrina clásica de la imputación quedó definitivamente interrumpido por el advenimiento y triunfo del denominado causalismo o naturalismo positivista que dio lugar al sistema clásico y neoclásico del delito, pero ya antes los planteamientos de FEUERBACH y de los penalistas hegelianos se habían ido apartando de forma clara y progresiva de la teoría clásica de la imputación.

[23] Lo destaca HEUSER, M., *Objektive Zurechnung…*, p. 23 y p. 83.

imputación, previo a la aplicación de la ley al hecho, y al que después, en un segundo nivel de imputación, seguiría la *imputatio iuris*. Es sabido que Hruschka[24] en Alemania y Sánchez-Ostiz[25] en España retoman esta tradición, dando lugar a lo que se puede calificar como una teoría gradual o escalonada de la imputación. Según estos autores, la *imputatio facti* se refiere a la atribución de un suceso como hecho a un sujeto en tanto este aparece como *causa moralis*, *libera*, de aquel. La imposibilidad física, la necesidad física y la ignoracia excluyen esta *imputatio*. La *imputatio iuris*, en cambio, se excluye por el estado de necesidad disculpante y por el error de prohibición.

Con todo, subsisten importantes reparos. Por un lado, es dudoso que se puedan identificar hechos (*facta*) a imputar sin referencia a la ley. Solo mediante la ley es posible seleccionar el material que es objeto de imputación al sujeto[26]. No existe, pues, una imputación de hechos «en sí». Por otro lado, aún suponiendo la interconexión de los dos primeros niveles, sige sin estar claro si es posible una distición entre la *imputatio facti* (imputación como acción) y la *imputatio iuris* (imputación a la culpabilidad) o más bien solo lo segundo es verdaderamente relevante[27]. La cuestión de si la imputación presupone (la oposición a) la norma (y entonces *solo* hay imputación con la *imputatio iuris*) o no (y entonces *ya* hay imputación con la *imputatio facti*) sigue estando sin aclarar.

4. En suma, a la pregunta sobre si el desarrollo de la teoría clásica de la imputación en manos de los autores de los siglos s. XVII y XVIII arroja luz sobre el sentido y alcance de este concepto en una teoría actual de la responsabilidad penal hay que responder con esceptiscismo. Ciertamente, en ese momento histórico se desgajó correctamente el elemento de la valoración. Del concepto de imputación debe quedar, pues, que este alude simplemente al juicio en virtud del cual se declara que alguien es consierado agente —*causa libera*— de un hecho, que se sustrae al mundo causal exterior[28]. Imputación significa atribución de un *hecho al sujeto* y no a causas externas al mismo, por tanto, *atribución a la libertad*[29]. Si tiene o no sentido hablar de *imputación* con carácter previo a la constatación de las condiciones que permiten atribuir un hecho *normativamente relevante* a la libertad de un sujeto (lo que hoy entendemos como culpabilidad) es otra cuestión, cuya trascendencia es, actualmente y a mi modo de ver, más bien escasa.

[24] HRUSCHKA, J., *Imputación…*, *passim*.

[25] SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P., *Imputación…*, *passim*.

[26] Lo reconoce, pero no como un defecto, RENZIKOWSKI, *Norma…*, p. 66, n. 85.

[27] JAKOBS, G., *System…,* p. 56 n. 115: «jurídico-penalmente la *imputatio facti* es solo un paso sin significado propio para la averigüación de la *imputatio iuris*»

[28] Así también, SILVA SÁNCHEZ, J. M., en Frisch / Robles Planas, *Desvalorar…,* p. 15; EL MISMO, en Sánchez-Ostiz Gutiérrez, *Imputación…,* p. XX.

[29] Afirma RENZIKOWSKI, J., *Norma…*, p. 180: «en los juicios de imputación lo relevante es establecer si un determinado suceso puede considerarse *causa libera*, es decir, evitable».

III. La «teoría de la imputación objetiva»

1. La segunda gran irrupción de la noción de imputación en Derecho penal que aquí se quiere destacar es la que se produce en torno a 1970 (de la mano de ROXIN) con la doctrina de la «imputación objetiva»[30]. Esta «nueva imputación»[31] no bebía de las fuentes de la teoría clásica de la imputación. Si así hubiera sido, habría tenido mayores reparos para llamar «imputación» a la concreta operación que estaba abordando. Pero al utilizar ese mismo término se estaba dando carta de naturaleza en la dogmática penal a otra forma de concebir la imputación, esto es, a la identificación de la imputación con la *asignación o adscripción de sentido* (típico) a un suceso, algo, en realidad, más propio de la dimensión valorativa[32]. En efecto, desde entonces y de forma muy frecuente en la ciencia penal de las últimas décadas (probablemente aquí influida por Kelsen[33]), se viene utilizando la noción de imputación como *atribución de un contenido de sentido concreto* a un hecho[34]. En esta segunda concepción de la noción de imputación, el hecho («libre») *contaría*, en virtud de un determinado criterio de imputación, *como* un hecho abarcado por el tipo o por la norma[35]. Así, lejos de producirse una profundización en la categoría de la *applicatio legis ad factum* como momento diferente a la imputación[36], la «doctrina

[30] Véase, Cancio Meliá, M., «Die Lehre…», pp. 497 y ss.

[31] Lo que de novedoso tuvo la aparición de la imputación objetiva del resultado no fue tanto las soluciones materiales que proponía, sino sobre todo su tratamiento unitario en una categoría y la adopción de una denominación anclada en un concepto tradicional: precisamente el de imputación (lo destaca Frisch, W., «Zur objektiven Zurechnungslehre…», p. 973).

[32] Véase, Robles Planas, R., en Frisch, W./Robles Planas, R., *Desvalorar*, pp. 69 y ss.; el mismo, «La "Teoría de la imputación objetiva"…», pp. 17 y ss.

[33] Véase, sobre el concepto de imputación en Kelsen, además de *supra* la nota 13, Koriath, H., «Rechtsnorm…», p. 409, quien ubica también la teoría de la imputación de Jakobs en la tradición kelseniana, aunque identifica la dificultad de captar con ello toda su dimensión *semántica.*

[34] Lo advierte, Silva Sánchez, J. M., en Frisch, W./Robles Planas, R., *Desvalorar…,* p. 16.

[35] Con otras palabras: una cosa es la imputación de una acción a un sujeto como *causa libera* y otra que esa acción tenga el sentido de, p. ej., matar. Aquí cabe incluir también el uso del término «imputación» para atribuir a una persona el comportamiento que realiza otra, p. ej., en el ámbito de la coautoría o de la autoría mediata.

[36] Ni siquiera los modernos herederos de la doctrina clásica de la imputación (Hruschka, primero y, posteriormente, la denominada corriente analítica —p. ej. Kindhäuser—), desarrollaron el momento de la *applicatio* a pesar de promover la distinción entre normas de conducta y reglas de imputación. Todo lo contrario, una comprensión excesivamente estrecha de las normas de conducta (como la de Kindhäuser) ha llevado a extender desmesuradamente el término imputación. Brevemente: si se concible la norma de conducta como reverso exacto de las nomas de sanción, entonces su objeto (el de la norma) es el estado de cosas cuya producción debe ser evitada. La norma así concebida no expresa nada al agente sobre las acciones que *tiene que* realizar. Esto último pasa a ser una cuestión de imputación, es decir, no de las normas de conducta, sino de las reglas de imputación. Por el contrario, correctamente Sánchez-Ostiz Gutiérrez entiende que «no todo en la teorías del delito sería imputación. En particular, lo que se viene incluyendo hoy en día dentro de la llamada "imputación objetiva" es un juicio que, en realidad difiere de lo que la doc-

de la imputación objetiva» se presentó como una doctrina superadora (restrictiva) de la causalidad para afirmar la realización del tipo objetivo en los delitos de resultado. Con este objetivo, no reparó suficientemente en que el juicio sobre la desaprobación de la conducta —el problema fundamental al que se refiere la «imputación objetiva»— no es un problema de imputación, sino de determinación del injusto de la conducta, de su prohibición, esto es, de si la conducta se mueve en el ámbito de lo jurídicamente correcto o discrepa de él. En los delitos de resultado la conducta prohibida se define por incorporar *ex ante* un riesgo *desaprobado* (no asumible o tolerable) de producción del resultado. Si una conducta no supera el umbral de riesgo permitido, no es típica, pero no porque no se le pueda «imputar» el resultado, sino porque no es una conducta desaprobada. Denominar a esa operación valorativa «imputación» es, como poco, desacertado[37]. No consiste en constatar que en el sujeto se dan las condiciones para poder imputarle algo (el resultado o la propia conducta), sino que debe confrontarse la propia conducta con los parámetros de correccción de conductas. Considerar esto último como un problema de imputación encierra el peligro de no abordar (adecuadamente) la determinación de los espacios de libertad y de la legitimidad de su limitación[38], omitiéndose un paso decisivo: la determinación o definición de la desaprobación de la conducta[39].

2. Con precisión: la imputación presupone un objeto a imputar que ya está desvalorado y que se pone en relación con la persona del autor bajo unos determinados criterios, p. ej. se pregunta si era controlable o evitable por una (o por la concreta) persona o si fue expresión de su voluntad. Pero esto nada nos dice todavía sobre si la conducta fue una conducta injusta. Una conducta no adquiere su carácter injusto por el hecho de que a ella se le pueda imputar un resultado (lesivo) *como suyo* o por el hecho de que ella pueda ser imputada a un sujeto *como suya*. Y a la inversa: no por el hecho de que a una persona no se le pueda «*imputar*» un resultado, por ejemplo, por la interposición de un sujeto autorresponsable, pasa a ser una conducta permitida (considérese el caso de la entrega de armas a personas autorresponsables). El carácter correcto o incorrecto

---

trina de la imputación entiende por esta» (*Imputación*…, p. 482), aunque a continuación reduce la «imputación objetiva» a «un conjunto de operaciones de interpretación y subsunción» (*Imputación*…, p. 483).

[37] Así, insistentemente, Frisch (véase al respecto, Robles Planas, R. en Frisch, W./Robles Planas, R., *Desvalorar…,* pp. 69 y ss). El propio JAKOBS sitúa ya la expresión «imputación objetiva» entre comillas y propone un cambio de denominación: «teoría del significado del comportamiento» (Jakobs, G., «La imputación…», p. 187; el mismo, *System*…, pp. 26 y ss. y p. 30 con n. 50).

[38] Advierte de ello, Frisch, W., «Zum gegenwärtigen…», p. 739. Por mi parte, estimo que este déficit está especialmente presente en la denominadas corrientes «analíticas» (veáse, Robles Planas, R., *Teoría de las normas*…, pp. 63 y ss.).

[39] En realidad, lo problemático de la operación alcanza hasta el propio resultado: se le condece el carácter de injusto sin antes haber calificado a la conducta de cuya consencia es el resultado como una conducta injusta. Un resultado solo puede ser injusto si es consecuencia de una conducta injusta (*Cfr.* Frisch, W., «Zum gegewärtigen…», p. 736).

de una conducta se determina con arreglo a *otros* parámetros, esto es, *grosso modo*, si encierra un peligro jurídicamente intolerable o inasumible. La supuesta «imputación» del resultado no es otra cosa que la materialización (realización) de ese peligro. Esto es, si el resultado *expresa* el peligro en virtud del cual la conducta estaba desaprobada (lo relevante es, p. ej., si la muerte de un disparo con un arma expresa el peligro por el cual la entrega del arma estaba prohibida y no si la muerte puede «imputarse» a quien entregó el arma; esta segunda formulación del problema no permite una respuesta adecuada salvo que se responda con anterioridad a lo primero).

El pensamiento de la imputación es especialmente distorsionador por cuanto parece permitir el establecimiento de responsabilidad tan pronto como se identifica una «*causa libera*». Y a la inversa, allí donde identifica una «*causa libera*» cierra el paso a la responsabilidad de otras conductas previas. Sin embargo, no es correcto que uno tenga que evitar todo lo controlable o evitable ni tampoco que uno no pueda responder siempre que exista otro sujeto (la víctima o un tercero) que actúa autorresponsablemente. De hecho, los (modernos) partidarios de la «teoría de la imputación» para superar este último problema se ven obligados a recurrir a la cursiosa institución de la «imputación *extraordinaria*»[40].

3. En términos de teoría de las normas lo anterior conduce a desplazar el centro de atención al carácter desaprobado de toda conducta, esto es, al juicio sobre su antormatividad[41]. Lo relevante es si se infringe una norma de conducta que prohiba conductas que generen esos riesgos intolerables en interés del bien jurídico protegido en el tipo. La formulación precisa de esa norma de conducta es el verdadero problema que subyace a los casos que se discuten bajo la rúbrica de la «imputación objetiva». Este desplazamiento del centro de atención al momento de la antinormatividad es irrenunciable si, como parece inevitable, se adopta un punto de vista *ex ante* y se quiere dirigir a los ciudadanos el mensaje sobre el carácter prohibido o permitido de su conducta en el momento de ejercutarla[42]. Bien mirado tampoco la «imputación del resultado» en sentido estricto es imputación. Como se ha afirmado, no se trata de imputar resultados,

[40] Críticamente sobre ello véase, con gran lucidez, PANTALEÓN DÍAZ, M., «Una crítica…», pp. 137 y ss.; adicionalmente, ROBLES PLANAS, R., «Imputación…», pp. 25 y ss.

[41] La orientación del sistema del delito a la teoría de las normas permite subrayar convenientemente que el momento esencial del delito nada tiene que ver con un juicio de imputación, sino con la desaprobación de la conducta, es decir, con la confrontación de la conducta con las exigencias del Derecho, lo que implica, ante todo, la determinación del alcance de lo jurídicamente correcto e incorrecto y la constatación de que la conducta sobrepasa este límite. El problema que plantea el resurso a la noción de imputación es que oculta los verdaderos criterios de solución. En particular, no aborda la pregunta fundamental relativa a cómo el Derecho se concreta en un orden de conductas correctas.

[42] Con precisión: lo que *prohíben* las normas de conducta son conductas que llevan aparejada la posibilidad jurídicamente inaceptable de cursos causales que conduzcan al resultado típico. No se trata, pues, de meras incumbencias cuyo incumplimiento permita la imputación del resultado (lo resalta con acierto, FRISCH, W., «Zur objektiven Zurechnungslehre…», p. 977 nota 59).

sino de si estos pueden explicarse mediante el riesgo prohibido específico creado con la conducta y, por tanto, si son «resultados injustos». No lo serán si no pueden retrotraerse a una conducta injusta.

4. Que la institución de la «imputación objetiva» tiene muy mal acomodo en la tradición de la «teoría de la imputación» del Derecho penal, es algo que se desprende de las anteriores consideraciones. Sin embargo, el análisis no estaría completo si no se abordara uno de los intentos de compatibilización más interesantes de las últimas décadas. En un trabajo que a mi juicio no ha recibido la atención que merece por parte de la doctrina, Mir Puig planteó hace 20 años su particular concepción de la función sistemática de la imputación objetiva y, en general, de la idea de imputación en el concepto de delito. Mir Puig reconoce el sentido amplio, adscriptivista, con el que en las disciplinas jurídicas se viene utilizando el concepto de imputación, que se opondría a lo puramente descriptivo propio de otras disciplinas[43]. Pero Mir Puig advierte que el término «imputación» tiene un sentido más concreto cuado se emplea en la teoría de delito como es el caso de la «imputación objetiva»: «su preciso significado depende del sentido que le demos los juristas»[44]. Pues bien, Mir Puig trata de darle un espacio a la «imputación objetiva» distinto a la —cada vez más extendida— idea de realización del tipo objetivo: «la expresión "imputación objetiva" pierde utilidad si equivale a otra ya existente: la realización del tipo objetivo»[45]. Para ello se sirve —y esto resulta de especial interés en este trabajo— del empleo de la noción de imputación en otros contextos de la teoría de delito, concretamente, «se habla de imputación subjetiva para indicar la afirmación del tipo subjetivo (que incluye el dolo en los delitos dolosos), y se emplea la expresión 'imputación individual' [o personal —R.R.P—] en referencia al apartado dogmático tradicionalmente designado con el término 'culpabilidad'»[46]. Pues bien, para Mir Puig lo propio de «estos usos de la palabra "imputación" es que expresan requisitos necesarios para poder *atribuir* a un sujeto la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico prevista en un tipo penal, y tales requisitos son necesarios para establecer la *relación* que ha de existir entre dicha lesión o puesta en peligro y, en definitiva, *con el autor* de un delito. Éste es el significado originario del término "imputación"»[47]. De este modo, estamos ante el concepto clásico de imputación, equivalente al de *imputación al sujeto* en su sentido más amplio. Ahora bien, lo que singulariza al planteamiento de Mir Puig es que entiende que esa imputación presupone *otra* operación de imputación: «que pueda establecerse previamente una determinada conexión entre la lesión o puesta en peligro típica y la conducta del sujeto. Esta conexión es la que exige la imputación objetiva al

[43] Mir Puig, S., «Significado…», p. 9. En esta apreciación, de nuevo, resuena KELSEN.
[44] Mir Puig, S., «Significado…», p. 9.
[45] Mir Puig, S., «Significado…», p. 10.
[46] Mir Puig, S., «Significado…», p. 10.
[47] Mir Puig, S., «Significado…», p. 10.

requerir una determinada relación de riesgo»[48]. Entonces, la denominada «imputación objetiva» «añade otro aspecto más del principio de culpabilidad al exigir para todo delito, también para los dolosos, la clase de relación de riesgo entre el resultado típico y la conducta del sujeto que requiere la imprudencia en los delitos culposos, y ofrece criterios que ayudan a delimitar mejor esta relación de riesgo. Ello tiene que ver con la culpabilidad en el sentido de que condiciona la posibilidad de "culpar" a una persona prudente de la causación del resultado típico»[49]. A partir de aquí, Mir Puig aclara que no todo en el concepto de delito es imputación: no lo es aquello que constituye, precisamente, el objeto de la imputación, esto es, el hecho lesivo[50]. Este entendimiento le lleva a conceder a la imputación objetiva una posición muy determinada en el conjunto de operaciones de imputación que se dan en la teoría del delito y que la singularizan como tal operación de imputación: es el primer escalón de una serie de imputaciones que «permite la conexión del resultado típico a una conducta que se encuentre con él en una determinada relación que permita vincularlo a aquella conducta como obra de su autor»[51].

Como puede observarse, uno de los aspectos más llamativos de la concepción de la imputación objetiva de Mir Puig (y que a la vez supone una aportación a la discusión sobre el concepto general de imputación) es su vinculación con el principio de culpabilidad. En efecto, la imputación objetiva añadiría a la teoría del delito un aspecto más del principio de culpabilidad, que siempre habría estado presente en los delitos imprudentes pero no en los dolosos: la —por él denominada— «relación de riesgo». Se trataría de la manifestación del principio de culpabilidad en su dimensión de principio de responsabilidad por el hecho, que proscribe el Derecho penal de autor y el castigo de los meros pensamientos.

Pero ¿en qué consiste exactamente la aludida relación de riesgo? Parece que se integra de dos elementos: por un lado, el desvalor objetivo de la conducta (que falta cuando la conducta no parecía *ex ante* capaz de producir el resultado típico) y, por otro, el desvalor de resultado típico (que falta cuando el peligro inherente a la conducta no se realiza en el resultado). Al primer aspecto Mir Puig lo denomina «imputación de la conducta» y a lo segundo «imputación del resultado». En cuanto a la «imputación de la conducta» Mir Puig advierte —dando la razón a Frisch— que no estamos aquí ante una

[48] Mir Puig, S., «Significado…», p. 10-11.

[49] Mir Puig, S., «Significado…», p. 11.

[50] Con sus palabras: «*esto no significa que el concepto de imputación deba acabar absorbiendo todos los elementos del delito*. Aunque todos los elementos del delito son necesarios para poderlo imputar, antes de plantear la cuestión de si se puede imputar a un sujeto un hecho negativo, hay que decidir si existe algo negativo a imputar en dicho hecho. Previo al principio de culpabilidad, que exige la posibilidad de imputación, es el *principio de lesividad*, que exige la afectación a un bien jurídico» (Mir Puig, S., «Significado…», p. 12).

[51] Mir Puig, S., «Significado…», p. 14, por ello «no deberían considerarse requisitos de la imputación objetiva los elementos típicos que no guarden relación con la posibilidad de establecer la mencionada conexión».

mera condición de imputación del resultado, sino ante un elemento necesario para que la conducta pueda considerarse prohibida[52]. ¿Es tan relevante ese matiz? Por supuesto: por muy «imputable» que parezca un resultado, si este no es fruto de una conducta prohibida, entonces no es un resultado injusto. Por consiguiente, el primer y decisivo paso es el de la determinación de la prohibición de la conducta y solo en un segundo momento hay que constatar que el resultado es expresión precisamente de ese carácter prohibido de la conducta. Esta conclusión debería haber llevado coherentemente a Mir Puig a dejar de utilizar la expresión «imputación de la conducta» para referirse al primer componente de la relación de riesgo y, en su lugar, utilizar la de «desaprobación de la conducta». Porque no se trata de «imputar la conducta» a un sujeto, sino de valorarla. Si ello es así, entonces ya no parece tan clara la vinculación de la «imputación objetiva» con el principio de culpabilidad, sino más bien con el de lesividad, que como el propio Mir Puig reconoce opera con carácter previo[53]. Ello es lo sucede a todas luces con la adecuación social y la insignificancia, que para Mir Puig son supuestos en los que se excluye la lesividad y no la «imputación objetiva», esto es, no forman parte de la relación de riesgo. Asimismo, respecto del riesgo permitido, que sí formaría parte de la relación de riesgo, Mir Puig acaba afirmando que «plantea una cuestión *cualitativamente* distinta a la de si el resultado puede imputarse al autor de la conducta que lo causa como su obra»[54], precisamente, una cuestión de carácter normativo no muy alejada de aquellas otras consideraciones en virtud de las cuales determinadas conductas que de forma no del todo imprevisible pueden producir resultados, sin embargo, se admiten como tolerables por su utilidad social, conveniencia, etc.; en suma, conductas que se excluyen también de la «imputación objetiva» por razones normativas o político-criminales.

Por otro lado y como consecuencia de lo anterior, Mir Puig se ve obligado a hacer una distinción fundamental en el seno de la «imputación objetiva»: la imputación objetiva en sentido estricto o de primer nivel y la imputación objetiva en sentido amplio o de segundo nivel. En efecto, en la imputación objetiva en sentido estricto o de primer nivel Mir Puig sitúa la aludida relación de riesgo, en la que, como se ha visto, se trata en realidad de una (des)valoración de la conducta. Pero en la imputación objetiva en sentido amplio o de segundo nivel, Mir Puig reconoce abiertamente que no se trata de imputación en sentido estricto. En ella intervienen otros criterios, como el de la inter-

[52] Mir Puig, S., «Significado…», p. 12, n. 38.

[53] Mir Puig, S., «Significado…», p. 12. La cuestión de mayor calado implicada en ello y en la que aquí apenas puede profundizarse apunta a una orientación excesivamente resultatista del sistema, identificando lesividad con la afectación o puesta en peligro del bien jurídico, en lugar de tener en cuenta ya la configuración lesiva de la conducta. Por ello Mir Puig se ve obligado a hablar de «imputación» (de esa lesividad a la conducta) y, sin embargo, termina reconociendo que se trata de la propia desvaloración de la conducta.

[54] Mir Puig, S., «Significado…», p. 9, con cita a Paredes Castañón, J. M., *El riesgo permitido en Derecho penal*, 1995, pp. y 49 ss.

vención de la víctima o de terceros, la competencia que corresponde a un rol social, etc., en definitiva: los criterios normativos de delimitación de esferas de responsabilidad.

En definitiva, se advierte en Mir Puig un uso (tan común en la doctrina) genérico del concepto de imputación (objetiva). Pese a sus esfuerzos por vincular el primer juicio (el de «imputación» objetiva) a los otros dos (imputación subjetiva e individual o personal), buscando lo que en común tiene con ellos y, por tanto, su incardinación en el concepto clásico de imputación, un análisis más detenido muestra que ni tan siquiera el núcleo del juicio de la imputación objetiva en sentido estricto o de primer nivel, esto es, la relación de riesgo, es en realidad un juicio de imputación, sino un juicio previo, valorativo, referido a la prohibibilidad de la conducta, donde deben tenerse en cuenta diversas consideraciones normativas y «ponderaciones político-criminales».

5. Por ello, solo cabe concluir reafirmando lo ya expresado: la imputación es un procedimiento que tiene por objeto *algo ya dado* y, por tanto, solo puede tener lugar después del hecho, es decir, en el ámbito de aplicación de la norma de sanción y cuando la norma de conducta ha fracasado. Por este motivo, desde el punto de vista de las normas de conducta (*ex ante*), la cuestión de la antinormatividad de la conducta se plantea de forma previa a cualquier lógica de imputación. En ella se trata de perfilar los límites de la conducta jurídicamente correcta. En efecto, el presupuesto irrenunciable de toda conducta punible es que de ella pueda predicarse que traspasa los límites de la libertad, para cuya determinación la idea de imputación no solo no desempeña ningún papel, sino que convierte la compleja discusión sobre hasta qué punto pueden prohibirse determinadas *conductas* por su referencia negativa a bienes jurídicos teniendo en cuenta el interés en el mantenimiento de las esferas de libertad de los ciudadanos en una cuestión sobre la capacidad de evitación o de control, con el consiguiente abandono de la discusión sobre hasta qué punto el Derecho puede y debe limitar las fronteras de la libertad.

IV. Bibliografía

Cancio Meliá, Manuel, «Die Lehre von der objektiven Zurechnung, Claus Roxin und Lateinamerika. Gegenwart und Zukunft», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2016, pp. 497 y ss.

Freund, Georg, «Normentheoretisch-funktionale Kritik eine Kategorie der Zurechnung», en Aichele / Renzikowski / Rostalski (eds.), *Normentheorie. Grundlage einer universalen Strafrechtsdogmatik*, Duncker & Humblot, Berlin, 2022, pp. 83 y ss.

Frisch, Wolfgang, «Zum gegenwärtigen Stand der Diskussion und zur Problematik der objektiven Zurechnungslehre», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2003, pp. 719-742.

— «Zur objektiven Zurechnungslehre: Erfolgsgeschichte und Irrwege: zugleich ein Beitrag zur Revisionsbedürftigkeit des Straftatsystems», *Juristenzeitung*, 2022, pp. 971-980.

Hardwig, Werner, *Die Zurechnung. Ein Zentralproblem des Strafrechts*, de Gruyter, Hamburg, 1957.

Heuser, Martin, «Die Rezeption des naturrechtlichen Zurechnungsbegriffs durch die gemeinrechtliche Strafrechtswissenschaft — insbesondere zur Mitte des 18. Jahrhunderts (1731-1759)», *Zeitschrift für neuere Rechtsgeschichte*, Bd. 44 (2022), pp. 2 y ss.

— *Objektive Zurechnung – Urteilsakt oder Urteilsgegenstand?*, Duncker & Humblot, Berlin, 2024.

Hruschka, Joachim, *Imputación y Derecho penal*, Pamplona, Aranzadi, 2005.

JAKOBS, Günther, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2.ª ed., de Gruyter, Berlin, 1991.
— «La imputación jurídico-penal y las condiciones de vigencia de la norma», en Gómez-Jara Díez (ed.), *Teoría de sistemas y Derecho penal*, Comares, Granada, 2005, pp. 203 y ss. (trad. a cargo de Sánchez-Vera Gómez-Trelles y Gómez-Jara Díez).
— *System der strafrechtlichen Zurechnung*, Klostermann, Frankfurt am Main, 2012.
JOERDEN, Jan C., «Zurechnung», *Enzyklopädie zur Rechtsphilosophie*, Internationale Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie e. V. – Deutsche Sektion, primera publicación: 7.4.2011 (http://www.enzyklopaedierechtsphilosophie.net/inhaltsverzeichnis/19-beitraege/99-zurechnung).
KÖHLER, Michael, *Recht und Gerechtigkeit*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2017.
KORIATH, Heinz, «Rechtsnorm und Zurechnung», en Joerden / Schuhr, *Strafrecht und Rechtsphilosophie. Zugleich Gedächtnisschrift für Joachim Hruschka*, Jahrbuch für Recht und Ethik, Duncker & Humblot, Berlin, 2019, pp. 401 y ss.
LESCH, Heiko H., *Der Verbrechensbegriff*, Heymann, Köln, Berlin, Bonn, München, 1999.
LOENING, Richard, *Die Zurechnungslehre des Aristoteles*, Fischer, Jena, 1903.
MIR PUIG, Santiago, «Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho penal», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 05-05, 2003.
PANTALEÓN DÍAZ, Marta, «Una crítica a la imputación extraordinaria» en Lerman, M./Dias, L. (coords.), *Responsabilidad penal en contextos anómalos*, Editores del Sur, Buenos Aires, 2023, pp. 137 y ss.
PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, *El riesgo permitido en Derecho penal*, J. M. Bosch, Barcelona, 1995.
RENZIKOWSKI, Joachim, «Der Begriff der "Zurechnung" in der Reinen Rechtslehre Hans Kelsen», en Alexy (ed.) *Neukantianismus und Rechtsphilosophie*, Nomos, Baden-Baden, 2002, pp. 254 y ss.
— *Norma e imputación*, Atelier, Barcelona, 2024.
ROBLES PLANAS, Ricardo, en Frisch, W./Robles Planas, R., *Desvalorar e imputar. Sobre la imputación objetiva en Derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2005.
— «La "Teoría de la imputación objetiva": algunas consideraciones sobre sus orígenes y su futuro», en Frisch, W., *La imputación objetiva del resultado*, Atelier, Barcelona, 2015, pp. 17 y ss.
— *Teoría de las normas y sistema del delito*, Atelier, Barcelona, 2021.
— «Imputación y teoría de las normas», en Renzikowski, J., *Norma e imputación*, Atelier, Barcelona, 2024, pp. 25 y ss.
RUEDA MARTÍN, María A., *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, J. M. Bosch, Barcelona, 2001.
SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo, *Imputación y teoría del delito*, BdeF, Buenos Aires, 2012.
SEHER, Gehard, *Die Idee der Zurechnung und ihre Bedeutung in der Dogmatik des Straftatbestandes*, escrito de habilitación inédito, 2007.
SILVA SÁNCHEZ, Jesús M., «Prólogo», en Frisch / Robles Planas, *Desvalorar e imputar*, Atelier, Barcelona, 2005, pp. 11 y ss.
— «Prólogo», en Sánchez-Ostiz Gutiérrez, *Imputación y teoría del delito*, BdeF, Buenos Aires, 2008, pp. XIX y ss.
STÜBINGER, Stephan, «Von der alten Imputationen-Lehre zum klassischen Verbrechensbegriff – Ein Beitrag zur Geschichte des strafrechtlichen Zurechnungsbegriff», *Rechtswissenschaft. Zeitschrift für rechtswissenschaftliche Forschung,* Bd. 2 (2011), 2, pp. 154-176.
VIVES ANTÓN, Tomás, *Fundamentos del sistema penal*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
WOLTER, Jürgen, *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionellen Straftatsystem*, Duncker & Humblot, Berlin, 1981.

32

REFLEXIONES SOBRE LA CAPACIDAD DE RENDIMIENTO DEL CONCEPTO DE LA ADECUACIÓN SOCIAL Y LA ESTRUCTURA LÓGICO-OBJETIVA DE LA ACCIÓN FINALISTA*

M.ª Ángeles Rueda Martín**
Catedrática de Derecho Penal
Universidad de Zaragoza

El objetivo que tiene este trabajo reside en recordar la capacidad de rendimiento del concepto de la adecuación social formulado originalmente por *Welzel*[1], desarrollado

* Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación titulado «El Derecho penal ante los retos actuales de la biomedicina», número de referencia PID2022-136743OB-I00, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, la Agencia Estatal de Investigación (AEI) y la Unión Europea, cuyos IPs son los Dres. Asier Urruela Mora y Emilio Armaza Armaza. Asimismo, desarrolla uno de los objetivos de investigación del Laboratorio de Sociología Jurídica de la Universidad de Zaragoza, reconocido como grupo de investigación de referencia por el Departamento de Innovación, Investigación y Universidad del Gobierno de Aragón (BOA 28/04/2023).

Abreviaturas utilizadas: ADPCP: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales; CPCr.: Cuadernos de Política Criminal; EPenCr.: Estudios penales y criminológicos; LK: Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar; n.º: número; ob. cit.: obra citada; RDPCr.: Revista de Derecho Penal y Criminología; RECPCr.: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología; RP: Revista Penal; ZIS: Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik —www.zis-online.com—; ZStW: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

** El Dr. Carlos María Romeo Casabona ha sido un modelo de profesor académico universitario con un inquebrantable compromiso con la investigación y la docencia, así como también con la gestión. Por ello, desde un punto de vista personal constituye un honor para mí dedicarle esta contribución en su Libro Homenaje con un profundo agradecimiento por su elevado magisterio en la investigación jurídico penal y, en particular, en la interdisciplinaria, y por todo el respaldo que me ha brindado en mi carrera académica.

[1] Véase Welzel, H., «Studien zum System des Strafrechts», *ZStW* 58, 1939, pp. 491 y ss. Aunque la doctrina científica ha apuntado cambios en la evolución de la adecuación social por parte de Welzel, sin embargo, éstos no afectaron al sentido último que le otorgó. Véase al respecto mi trabajo Rueda Martín, M.ª A., *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción: (una investigación, a la vez, sobre los límites ontológicos de las valoraciones jurídico-penales en el ámbito de lo injusto),* J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2001, pp. 244 y ss., en el que puse de relieve cómo penetraron las valoraciones sociales a través de la categoría de la adecuación social en el marco teórico de la doctrina de la acción final de Welzel.

de manera particular por *Gracia Martín*[2] y por mí[3] desde el punto de vista del dogma epistemológico de la doctrina del finalismo en el marco de la teoría general del delito. En líneas generales, *Gracia Martín* parte del sistema funcional y dinámico de los bienes jurídicos planteado por *Welzel* e introduce la idea económica de la escasez de los bienes jurídicos, que tiene una gran trascendencia para la elaboración e interpretación de los tipos de lo injusto. En este marco la adecuación social del uso de los bienes jurídicos se muestra como una causa de exclusión del desvalor penal del resultado, en el sentido de que no hay lesiones de bienes jurídicos penalmente relevantes porque debido a la funcionalidad y dinamicidad del sistema de los bienes jurídicos, cuando estemos ante una actividad reconocida y valorada socialmente cuyo ejercicio implica el uso de un bien jurídico, la afección de éste no puede constituir un desvalor penal del resultado por ser absolutamente necesaria y consustancial al ejercicio de la actividad que, por orientarse a la producción de una utilidad social, es socialmente adecuada. Como criterio hermenéutico normativo la adecuación social sirve para determinar cuál es el sentido social de la acción desde la perspectiva de la valoración del resultado, que tiene asimismo sus efectos en el ámbito de valoración de la acción. Una acción socialmente adecuada no se puede determinar sin atender primeramente a la afección del bien jurídico implícita en la ejecución de una función socialmente valorada y comprendida por la voluntad de realización del sujeto que actúa. La adecuación social se proyecta sobre comportamientos que realiza un sujeto con conciencia y voluntad de afectar determinados bienes jurídicos, pero en virtud de una ponderación de intereses en la que se prevén tales afecciones

[2] Véase Gracia Martín, L., «El finalismo como método sintético real-normativo para la construcción de la teoría de la responsabilidad penal», *RECPCr*., 06/07, 2004, pp. 1 y ss.; el mismo, «El finalismo como método sintético real-normativo para la construcción de la teoría de la responsabilidad penal», *El horizonte del finalismo y el «derecho penal del enemigo»*, Tirant lo blanch, 2005, pp. 41 y ss.; el mismo, *Fundamentos de dogmática penal: una introducción a la concepción finalista de la responsabilidad penal*, Atelier, Barcelona, 2006, pp. 215 y ss.

[3] Como reconoció Gracia Martín, las bases de su propuesta han sido «desarrolladas y enriquecidas» por Rueda Martín, M.ª A., *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de* acción, pp. 247 y ss. Véase Gracia Martín, L., «La modernización del Derecho penal como exigencia de la realización del postulado del Estado de Derecho (Social y Democrático)», *Revista de Derecho Penal y Criminología UNED*, 3.ª época, n.º 3, 2010, p. 55 nota 148; y el mismo, «Concepto categorial teleológico y sistema dogmático del moderno Derecho Penal económico», *InDret penal* 3/2016, pp. 17 nota 78 y 31 nota 143.

Sobre mis trabajos al respecto, véase Rueda Martín, M.ª A., «De nuevo sobre la relevancia penal de las acciones cotidianas en la comisión de un hecho doloso», *CPCr*., n.º 115, 2015, pp. 35 y ss.; la misma, «La concreción del deber objetivo de cuidado en el desarrollo de la actividad médico-quirúrgica curativa», *Indret penal*, n.º 4, 2009, pp. 1 y ss.; la misma, «Consideraciones acerca de la relevancia penal de las acciones cotidianas en la comisión de un hecho doloso», RP, n.º 9, 2002, pp. 122 y ss.; la misma, «La adecuación social y el delito de detenciones ilegales (Comentario a la STS de 16 de diciembre de 1997. Ponente: Excmo. Sr. Bacigalupo Zapater)», *RDPCr.*, n.º 7, 2001, pp. 443 y ss.; la misma, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, pp. 219 y ss.

como consustanciales a la actividad e ineludibles, estas no pueden ser constitutivas del resultado típico, no pueden fundamentar un desvalor penal del resultado, por lo que la utilidad del concepto de la adecuación social sería la de excluir del ámbito del tipo supuestos que formalmente se incluyen en la tipicidad[4]. No obstante, el concepto de la adecuación social ha encontrado múltiples detractores ya que, al parecer, como «instrumento normativo no posee la precisión necesaria para ser operativo porque deja sin determinar la cuestión fundamental: la de qué debe entenderse incluido bajo la noción de conducta socialmente adecuada. Como consecuencia de esa indeterminación, puede concluirse que la adecuación social, en el ámbito que ahora nos ocupa, carece de relevancia normativa directa»[5]. En su lugar, se ha recurrido a otros criterios interpretativos para excluir de la tipicidad comportamientos que producen determinadas afecciones de bienes jurídicos, especialmente al teleológico restrictivo en atención al bien jurídico[6], o al denominado riesgo permitido en el ámbito de la moderna teoría de la imputación objetiva del resultado[7].

[4] Véase Gracia Martín, L., *Fundamentos de dogmática penal*, pp. 215 y ss. Un desarrollo de esta concepción en el estudio de la adecuación social la presenté en mi tesis doctoral —Rueda Martín, M.ª A., *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción,* pp. 219 y ss.— partiendo de los presupuestos establecidos por mi Maestro Luis Gracia Martín.

[5] Véase en este sentido Robles Planas, R., *La participación en el delito: fundamento y límites*, Marcial Pons, Madrid, 2003, p. 96. Señalan el carácter «vago» e «inseguro» que imprimió Welzel a su teoría de la adecuación social, a mero título de ejemplo, entre otros Reyes Alvarado, Y., *Imputación objetiva*, Temis, S. A. Santa Fé de Bogotá, Colombia, 1994, pp. 85 y ss.; Martínez Escamilla, M., *La imputación objetiva del resultado*, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid. Edersa, Madrid, 1992, p. 146; Corcoy Bidasolo, M., *Delitos de peligro, y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales. Nuevas formas de delincuencia y reinterpretación de tipos penales clásicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 94 y ss.; Cuello Contreras, J., *El Derecho penal español, Parte General, Nociones introductorias. Teoría del delito*, Dykinson, Madrid, 2002, p. 572; Hirsch, H. J., «Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik nach Welzel», *Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln*, 1988, p. 421; el mismo, «Zur Lehre von der objektiven Zurechung», en A. Eser, U. Schittenhelm, H. Schumann Hrsgs., *Festschrift für T. Lenckner zum 70. Geburstag*, C. H. B. Verlagsbuchhandlung, München, 1998, p. 123; Frisch, W., *Comportamiento típico e imputación del resultado*, Cuello Contreras / Serrano González de Murillo (trad.), Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 256 y 257; Otto, H., «"Vorgeleistete Strafvereitelung" durch berufstypische oder alltägliche Verhaltensweisen als Beihilfe», en A. Eser, U. Schittenhelm, H. Schumann Hrsgs., *Festschrift für T. Lenckner zum 70. Geburstag*, C. H. B. Verlagsbuchhandlung, München, 1998, p. 201; ZIPF, «Rechtskonformes und sozialadäquates Verhalten im Strafrecht», *ZStW* 82, 1970, p. 650, concluyendo por ello su escasa credibilidad; Rönnau, *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar*, Band III, en Cirener / Radtke / Rissing-Van Saan / Rönnau / Schluckebier Hrsg., 13. Aufl., De Gruyter, 2019, Vor § 32, n.º 51 y 52.

[6] Véase, por ejemplo, Romeo Casabona, C. M.ª, *El médico y el Derecho penal. I. La actividad curativa. (Licitud y responsabilidad penal),* Bosch, Barcelona, 1981, p. 126.

[7] Véanse, por ejemplo, Pastor Muñoz, N., *Riesgo permitido y principio de legalidad. La remisión a los estándares sociales de conducta en la construcción de la norma jurídico-penal*, Atelier, Barcelona, 2019, pp. 87 y ss. Como señala Kindhäuser, U., «Welzels Konception sociales Adäquanz -normtheore-

A mi juicio, el concepto de la adecuación social no es impreciso o indeterminado si se le atribuye la función que realmente le corresponde según las premisas expuestas por *Welzel* cuando lo formuló. Según *Welzel* la acción representa una totalidad *llena de sentido* dentro del marco de la vida real social[8]. La acción tiene que ser entendida como un fenómeno con significación social, como acción en el marco de la vida social y, a su juicio, se excluyen del concepto de lo injusto «*todas las acciones que se llevan a cabo funcionalmente dentro de un orden dado socialmente en la vida en comunidad de un pueblo*. A tales acciones se las puede denominar "socialmente adecuadas". *Acciones socialmente adecuadas son todas las actividades, en las cuales se realiza la vida en comunidad según un orden condicionado socialmente*»[9]. La adecuación social nació como un instituto que impedía la entrada de la intervención del Derecho penal en determinados casos, al considerar que había afecciones de bienes jurídicos que eran inherentes al ordenado funcionamiento de la vida social y, por lo tanto, socialmente

---

tisch betrachtet», *Festschrift für Rudolf Rengier zum 70. Geburtstag*, C.H.Beck, 2018, p. 49, con independencia de la admisión o el rechazo de la adecuación social, las raíces de este concepto han sido asumidas por la doctrina científica mayoritaria y por la jurisprudencia a través de otros instrumentos jurídicos como el riesgo permitido, el principio de confianza, la prohibición de regreso, entre otros.

[8] Véase Welzel, H., *ZStW* 58, 1939, p. 491. Cancio Meliá entiende que en la concepción de Welzel de la adecuación social existen tres cambios fundamentales. En una primera etapa estaría la concepción de la adecuación social más cercana a la moderna teoría de la imputación objetiva: «es la adecuación social el concepto en el que se refleja la inserción del Derecho penal en la sociedad, que refiere "los elementos del tipo… al… conjunto de la sociedad"»; véase Cancio Meliá, M., «La teoría de la adecuación social en Welzel», *ADPCP*, 1993, p. 700; «El significado de las expresiones contenidas en el tipo sólo pueden averiguarse en su contexto social»; [véase el mismo, ob. cit., p. 700]; «Por lo tanto, la referencia a la sociedad que Welzel persigue y que la adecuación social posibilita, se produce en el marco de la teoría del delito en el nivel del tipo»; [véase el mismo, ob. cit., pp. 700, 710 y ss.]. Según Cancio Meliá, M., *ADPCP*, 1993, p. 715 y ss. en la segunda etapa en las ediciones 4.ª a 8.ª de su manual, considera Welzel que la adecuación social es una causa de justificación (consuetudinaria) de la conducta típica; *Cfr.* Welzel, H., *Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, 8.ª ed., Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1963, p. 76. Posteriormente volvió a colocar la adecuación social en el ámbito del tipo; *Cfr.* Welzel, H., *Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, 9.ª ed., Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1965, p. 50; el mismo, *Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, 10.ª ed., Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1967, p. 52; el mismo, *Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, 11.ª ed., Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1969, pp. 55 y ss. En esta tercera etapa la adecuación social es «"la falsilla de los tipos jurídico-penales: es el estado "normal" de libertad de actuación social que se encuentra en la base de los tipos y que éstos presuponen (tácitamente)", queda reducida a un "principio general en materia de interpretación"»; véase Cancio Meliá, M., ADPCP, 1993, p. 702, 710 y ss. Desde mi punto de vista, sin embargo, estos cambios no afectaron al sentido último que otorgó Welzel a la teoría de la adecuación social, y esto no ha sido suficientemente resaltado. En mi trabajo Rueda Martín, M.ª A., *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, pp. 244 y ss., puse de relieve cómo penetraron las valoraciones sociales a través de la categoría de la adecuación social en el marco teórico de la doctrina de la acción final de Welzel y esta tesis se mantuvo firme a pesar de sus cambios en la teoría jurídica del delito.

[9] Véase Welzel, H., *ZStW* 58, 1939, pp. 516 y 517. Subrayado añadido.

no desvaloradas[10]. En los supuestos de la adecuación social no hay un desvalor penal del resultado si bien es cierto que puede existir un desvalor del estado de cosas que no constituye un resultado penalmente típico[11], pues la afección del bien jurídico involucrado de un modo consustancial por la actividad socialmente adecuada no puede constituir el resultado descrito por el tipo penal. Esto no significa, desde luego, que en tales supuestos no pueda existir un desvalor del estado de cosas que, sin constituir un resultado penalmente típico como digo aquí, pueda ser relevante para otros sectores del ordenamiento jurídico. Una acción realizada teniendo en cuenta todas las circunstancias que determinan un orden condicionado socialmente es, pues, socialmente adecuada. En los supuestos abarcados por el instituto de la adecuación social queda excluido el desvalor penal del resultado, porque se trata de una acción socialmente adecuada llevada a cabo con una finalidad socialmente valorada que, para el cumplimiento de una función social debe consumir un bien jurídico y proporcionar de este modo una utilidad social[12].

En el nivel de la adecuación social, el legislador realiza una primera ponderación mediante la que se establece el límite a partir del cual estamos ante una acción típica, porque sobrepasa la esfera de lo que es soportable para el funcionamiento normal del sistema de bienes jurídicos. El punto de partida para determinar lo que es adecuado socialmente reside en identificar los presupuestos bajo los que se valora un comportamiento como soportable para el funcionamiento normal del sistema de bienes jurídicos, de modo que es considerado socialmente adecuado y permitido por el ordenamiento

[10] Fundamental al respecto Gracia Martín, L., *RECPCr*. 06/07, 2004, pp. 19, 20 y 21; el mismo: «Zur Struktur von "sozialadäquaten Handlungen" und ihre sachlogische Eingliederung im Verbrechensaufbau», *Strafrecht und Wirtschafsstrafrecht –Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstasachen, Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70 Geburstag*, 2008, pp. 210 y ss., y 216 y ss.

[11] En este sentido es necesario aclarar que se utiliza la expresión desvalor del resultado en un sentido general y no penal específico. Efectivamente se habla de desvalor del resultado porque desde el punto de vista del ordenamiento jurídico es un resultado disvalioso al que se le pueden anudar ciertas consecuencias como, por ejemplo, una indemnización civil. Puede existir un juicio de desvalor general surgido en este nivel que Binding denominaba «contrariedad al ordenamiento jurídico» o «la situación antijurídica de la norma de valoración»; véase Binding, K., *Die Normen und Ihre Ubertretung. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts. Band I, Normen und Strafgesetze.* 4. Auf. Leipzig 1922, Scientia Verlag Aalen, 1965, p. 231, nota 8. Welzel utiliza también en este nivel de valoración el concepto de «desvalor del estado de cosas»; véase Welzel, H., *Das Deutsche Strafrecht*, 11.ª ed., p. 1. Véase también al respecto, Armin Kaufmann, *Lebendiges und Totes in Bindinds Normentheorie. Normlogik und moderne Strafrechtsdogmatik,* Verlag Otto Schwartz & Co. Göttingen, 1954*,* pp. 70 y 71. Por lo tanto, en estas situaciones no hay un desvalor penal del resultado, aunque el estado de cosas que se ha producido es disvalioso y el ordenamiento jurídico puede anudar a esa situación disvaliosa consecuencias jurídicas de compensación.

[12] Véase también Gracia Martín, L., *RECPCr*. 06/07, 2004, pp. 17 y ss.; el mismo, «Zur Struktur von "sozialadäquaten Handlungen" und ihre sachlogische Eingliederung im Verbrechensaufbau», pp. 216 y ss.

jurídico[13]. La adecuación social es un juicio mediante el cual se procede a una valoración del comportamiento y constituye en realidad un criterio valorativo externo en el ámbito de la interpretación de sentido de los tipos[14]. En consecuencia, la cuestión relativa a si la acción es socialmente útil de un modo general y no sólo en el caso concreto no es una cuestión de imputación objetiva, sino de interpretación del correspondiente tipo de la Parte especial[15]. Los criterios de significación social deben ser criterios de la conducta típica y deben ser válidos para todos los delitos en la Parte especial, tal y como señalara *Armin Kaufmann* en relación con la adecuación social: «por ello es correcto el camino iniciado por *Hirsch*, seguido también por *Roxin*, de considerar el pensamiento de la adecuación social mediante la *interpretación de los tipos particulares* y, al mismo tiempo resolverla»[16]. Además, si se ubican estos criterios de interpretación en sede de

[13] Cuando en el texto se alude a que unas conductas son socialmente adecuadas y están permitidas, se quiere indicar que las mismas reciben una valoración (positiva) que se centra en el ámbito de la valoración del resultado, que gira en torno a la utilidad social que, con carácter general, tiene un comportamiento y que repercute en la ponderación de intereses que efectúa el legislador para trazar el límite de lo soportable (atípico) y lo no soportable (típico) por el orden social. La permisión, por tanto, no se refiere al plano de las causas de justificación sino al plano de la tipicidad. Con carácter general *Cfr.* Rueda Martín, M.ª A., *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, pp. 245 y ss.

[14] Véase Welzel, H., *Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, 1.ª ed., p. 33.

[15] En consecuencia, en el instituto del riesgo permitido que utiliza la moderna teoría de la imputación objetiva se trata, más bien, de una cuestión de interpretación de los tipos y «no sería lo peor que los períodos de la imputación objetiva acabaran en tal fructificación de la Parte especial». Véase Armin Kaufmann, ««Objektive Zurechnung» beim Vorsatzdelikt?», Festschrift für Jescheck, Berlin, 1985, p. 271, [¿»Atribución objetiva» en el delito doloso?, ADPCP, 1985, traducción de Cuello Contreras, p. 826].

[16] Véase Armin Kaufmann, ««Objektive Zurechnung» beim Vorsatzdelikt?», p. 268 [trad. p. 823]; cursiva en el original. Precisamente con gran acierto señaló Armin Kaufmann que, en este nivel denominado por la doctrina del riesgo permitido, «habrá que cuestionar de delito doloso en delito doloso si es, *sin más,* relevante, y en caso de serlo, de qué forma»; *Cfr.* ob. cit., p. 271 [trad. p. 825]. En contra de esta tesis de Armin Kaufmann, véanse Roxin, C., «Finalität und objektive Zurechnung», en G. Dornseifer, E. Horn, G. Schilling, W. Dchöne, Eb. Struensee, D. Zielinski Hrgs., *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, Berlin, Bonn, München, 1989, pp. 246 y 247; Sancinetti, M., *Subjetivismo e imputación objetiva en derecho penal*, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 1996*,* p. 99, quien concluye que «la discusión acerca de si estas precisiones típicas son de "parte general" o de "parte especial" carece de toda importancia»; Roldán Barbero, H., *Adecuación social y teoría jurídica del delito. Sobre el contenido y los límites de una interpretación sociológica restrictiva de los tipos penales*, Servicio de Publicaciones, Universidad de Córdoba, 1992*,* p. 107, nota 41.

Desde otros presupuestos Vives Antón llega a la conclusión de que «todos los aspectos de la imputación objetiva son reconducibles a la conducta típica. Pero, no hay una "categoría" (un género) de conducta típica, sino conductas típicas particulares conforme a las que hay que interpretar las acciones. La imputación objetiva se "disuelve", así, en las concretas interpretaciones de los distintos tipos de la Parte Especial»; véase Vives Antón, T., *Fundamentos del sistema penal. Acción significativa y derechos constitucionales,* 2.ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2011, p. 320; y pp. 320 y 321, especialmente nota 88, concluye que «el problema de la relevancia típica no puede resolverse con criterios valorativos genéricos,

la teoría de la imputación objetiva en la Parte general tenemos como conclusión que la imputación objetiva aunque ofrece «un conjunto de *topoi,* útil tanto para la interpretación de este tipo o aquél, a veces para grupos de tipos»[17], es una amalgama de criterios inconexos que no configuran una teoría general[18] porque aun cuando son contemplados como una cuestión de Parte general, ésta no es concebida conforme a unas estructuras lógico objetivas. Muy significativo es el recurso a la adecuación social en los límites de la tipicidad en numerosos delitos en la Parte especial del Código penal[19].

Los presupuestos bajo los que se valora un comportamiento como soportable para el funcionamiento normal del sistema de bienes jurídicos giran en torno a la utilidad social[20] que, con carácter general, tiene un comportamiento y que resulta de una ponderación de intereses[21]. Ilustremos con un primer ejemplo la adecuación social de las intervenciones quirúrgicas realizadas con un fin terapéutico con un resultado favorable: a pesar de la producción de unas afecciones a la integridad corporal para salvar, por ejemplo, la vida o simplemente para mejorar la salud del paciente no se realiza el tipo de un delito de lesiones. En mi opinión en las intervenciones quirúrgicas realizadas con un fin terapéutico y con un resultado favorable no existe un desvalor penal del resultado, porque entra en juego un criterio de exclusión que actúa directamente sobre el ámbito del desvalor del resultado si se alcanza el fin deseado (la curación del paciente), al estar subordinado el bien jurídico integridad corporal a la realización de una función como

---

porque los valores que entran en juego en la aplicación de cada configuración típica ni son del mismo género, ni tienen el mismo rango, etc., con lo que los conceptos no pueden ser generales sino a costa, precisamente, de prescindir del contenido jurídicamente relevante de cada configuración típica».

17 Véase Armin Kaufmann, «»Objektive Zurechnung» beim Vorsatzdelikt?», p. 271, [trad. p. 825].

18 Véase Armin Kaufmann, «»Objektive Zurechnung» beim Vorsatzdelikt?», p. 271 [trad. p. 825]. Struensee también ha señalado que «los fenómenos clasificados en este peldaño de valoración» «forman un mero conglomerado de problemas heterogéneos»; Struensee, E., «Acerca de la legitimación de la "imputación objetiva" como categoría complementaria del tipo objetivo», en Julio B. J. Maier y Alberto M. Binder compiladores, *El Derecho penal hoy. Homenaje al profesor David Baigún*, Editores del Puerto s.r.l., Buenos Aires, 1995, p. 254; Küpper, G., *Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik,* Duncker und Humblot, Berlin, 1990*,* pp. 83 y 84.

19 Véanse, por ejemplo, Muñoz Conde, F., *Derecho penal, Parte Especial,* 25 ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2023, pp. 332 y 807; Cardenal Montraveta, S./Rogé Such, *Manual de Derecho penal, Parte Especial,* Tomo I, Corcoy Bidasolo Dir., 3.ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2023, pp. 709 y ss.; Bolea Bardon, C., *Manual de Derecho penal, Parte Especial,* Tomo I, Corcoy Bidasolo Dir., 3.ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2023, p. 353; Gómez Martín, V., *Manual de Derecho penal, Parte Especial,* Tomo I, Corcoy Bidasolo Dir., 3.ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2023, p. 102; González Cussac, J., *Derecho penal, Parte Especial,* 8.ª ed.,, González Cussac Dir., 3.ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2023, p. 764.

20 Véanse Martínez Escamilla, M., *La imputación objetiva del resultado*, p. 139; Reyes Alvarado, *Imputación objetiva,* p. 91; Rönnau, *LK*, Band III, 13. Aufl., Vor § 32, n.º 54.

21 Sobre el fundamento de la adecuación social, véase, Rueda Martín, M.ª A., *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, pp. 244 y ss.

es salvar la vida de ese paciente o mejorar su salud, y es, por tanto, consustancial esta afección de la integridad corporal al ejercicio de aquella actividad curativa[22]. En palabras de *Fiore*, «la actividad médica, por ejemplo, no puede resultar agresiva para dichos bienes a cuya conservación y acrecimiento se dirige y organiza conscientemente: la integridad física, la vida, la salud. El eventual perjuicio de estos bienes que está conectado con la

[22] Por este motivo no podemos compartir afirmaciones contenidas en algunas resoluciones jurisprudenciales que indican que «la agresión física que soporta el cuerpo de una persona sometida a una intervención quirúrgica supone un objetivo y real quebranto de la integridad corporal. Por ello mismo, la antijuridicidad de tal acción quedará excluida como elemento consustancial de todo hecho delictivo siempre que tal agresión a la incolumidad corporal protegida constitucional y penalmente, haya tenido lugar con observancia de las normas que configuran la "lex artis" que debe regir la actuación del sujeto activo, de suerte que cuando la intervención traumática y agresiva que sufre el ser humano se produce no sólo de espaldas a la "lex artis", sino en oposición frontal a la misma, la antijuridicidad de la acción aparece patente y, consecuentemente, el reproche penal si en el hecho concurren los demás requisitos que configuran el tipo»; véase, por ejemplo, la STS n.º 308/2021, de 26 de febrero. En la doctrina también ha habido pronunciamientos en este sentido; véase, por ejemplo, Puppe, I., «La justificación de la intervención médica curativa», *InDret penal*, 2007, p. 3. O Luzón Peña que ha concluido que no es correcto negar, sobre la base de la no afectación del bien jurídico, la tipicidad en sentido estricto de las intervenciones médico-quirúrgicas de resultado positivo, pues, pese a su sentido curativo e incluso médicamente necesario para evitar males mayores, primero suponen, o lo suponen de modo permanente en caso de amputaciones, un menoscabo a la integridad corporal y por tanto del bien jurídico. Ahora bien, dado el sentido y carácter absolutamente normal, jurídica y socialmente adecuado de dichas intervenciones, aunque formalmente en principio sean subsumibles en la descripción de un tipo legal con sus elementos positivos, sin embargo, la coincidente valoración social y jurídica las hace conductas absolutamente no censurables y normales, incluso correctas, y por ello totalmente habituales y cotidianas. En ese caso ha de quedar materialmente excluida la entrada de la tipicidad al no haber el menor indicio de antijuridicidad, no ya penal, sino general. Véase Luzón Peña, D. M., *Lecciones de Derecho penal, Parte General,* 3.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 322 y ss.

Peñaranda Ramos también ha afirmado que «el paciente al que se le ha diagnosticado que tiene cálculos en la vesícula biliar pero que no quiere someterse a una intervención quirúrgica para su extirpación no sólo sufre en su libertad si el cirujano pese a todo la practica en contra de su voluntad, sino que experimenta, al menos transitoriamente, una perturbación de su salud personal que bien puede ser calificada también como lesiones»; véase Peñaranda Ramos, E., *Compendio de Derecho penal, (Parte Especial), Volumen I*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A, Madrid, 2003, p. 359. En el supuesto planteado por el citado autor es necesario distinguir, en mi opinión, el papel que desempeña el consentimiento del paciente en la realización de una actividad médico-quirúrgica curativa y la valoración de la afección del bien jurídico integridad corporal y salud que resulta consustancial al logro de una utilidad social valorada positivamente con carácter general, centrada en el restablecimiento de la salud del paciente. Esta afección consustancial puede implicar una perturbación transitoria en la salud personal del paciente que es absolutamente necesaria para alcanzar la indicada utilidad social y que se encuentra en un plano superior. Puede hablarse si se quiere de una perturbación en la salud del paciente, pero ésta no puede constituir el desvalor del resultado del delito de lesiones. Incluso dicha valoración positiva de la afección consustancial del bien jurídico integridad corporal y salud permanece aún cuando el paciente no consienta o no pueda consentir. Otro asunto es la clase responsabilidad que se pueda derivar al no tener en cuenta el consentimiento del paciente en el desarrollo de una actividad médico-quirúrgica curativa.

conducta causal del facultativo se realiza en el ámbito de una actividad puesta al servicio del *respeto* de dichos bienes»[23]. Este dato que se pone de manifiesto claramente en el supuesto de la necesaria afección a determinados bienes jurídicos en la realización de una actividad médico-quirúrgica, lo podemos generalizar en el sentido de reconocer que existen unas relaciones entre los bienes jurídicos que suponen el desarrollo de una función en el marco de la vida social, de modo que debe entrar un criterio valorativo de carácter extrasistemático que fundamente la exclusión del desvalor penal del resultado, porque no hay lesiones de bienes jurídicos penalmente relevantes ya que debido a la funcionalidad y dinamicidad del sistema de los bienes jurídicos, cuando estemos ante una actividad reconocida socialmente y valorada socialmente cuyo ejercicio implica el uso de un bien jurídico, la afección de éste no puede constituir un desvalor penal del resultado por ser absolutamente necesaria y consustancial al ejercicio de la actividad que por orientarse a la producción de una utilidad social, es socialmente adecuada. Desde mi punto de vista, en tales casos no existe un desvalor del resultado porque entra en juego un criterio hermenéutico, la adecuación social, que sirve para determinar cuál es el sentido social de la acción desde la perspectiva de la valoración del resultado y que tendrá asimismo sus efectos en el ámbito de valoración de la acción, puesto que al no existir un desvalor penal del resultado no podemos considerar tampoco que la conciencia y voluntad del sujeto de afectar a un bien jurídico de forma socialmente adecuada sea constitutiva del dolo y por consiguiente tampoco hay desvalor de la acción[24].

[23] Véase Fiore, *L´azione socialmente adeguata nel diritto penale*, Morano Editore, Napoli, 1966, p. 124.

[24] La doctrina de la acción finalista siempre ha partido de la premisa de que no existen acciones finales en sí o en absoluto, sino sólo en relación con las consecuencias comprendidas por la voluntad de realización [véase Welzel, H., *El nuevo sistema del Derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista,* 4.ª ed., Traducido por J. Cerezo Mir. Ediciones Ariel. Barcelona, 1964, p. 28], y de que, por ello, tampoco hay un desvalor *en sí* o *en absoluto* de la acción, sino que éste sólo puede fundamentarse en referencia a la lesión del bien jurídico, es decir, al desvalor del resultado. Véanse Cerezo Mir, J., *Curso de Derecho Penal Español, Parte General, II, Teoría jurídica del delito*, 6.ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 1998, p. 203; Gracia Martín, L., *RECPCr*. 06/07, 2004, pp. 16 y 17; Rueda Martín, M.ª A., *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, J. M.ª Bosch, Barcelona, 2001, pp. 245 y ss.; Huerta Tocildo, S., *Sobre el contenido de la antijuridicidad*, Tecnos, Madrid, 1983, pp. 72 y ss. Estas afirmaciones cobran plena validez en el ámbito de la adecuación social, ya que una acción socialmente adecuada no se puede determinar sin atender primeramente a la afección consustancial del bien jurídico implícita en la ejecución de una función socialmente valorada y comprendida por la voluntad de realización. En los supuestos que estamos tratando ahora como socialmente adecuados, entre los que se encuentran las intervenciones médico-quirúrgicas curativas con un resultado favorable, lo relevante es, *en primer término*, la exclusión del desvalor del resultado a través de la adecuación social. Resalta también la necesidad de excluir el desvalor del resultado en estos casos de actividades médico-quirúrgicas curativas Eser, A., *Strafgesetzbuch Kommentar, Schönke/Schröder,* 29.ª ed., C.H.Beck, München, 2014, § 223, n.º 32.

El Derecho Penal no protege los bienes de una forma absoluta respecto de posibles lesiones, sino que lleva a cabo esta protección contra agresiones configuradas de determinada manera[25]. Se prohíbe a todos los individuos la realización de acciones que quedan dentro de sus posibilidades de actuación tendentes a la lesión o puesta en peligro desvalorada del bien jurídico. Sin embargo, hay que constatar que la ejecución de determinadas acciones está ligada esencialmente e ineludiblemente a la afección de algunos bienes jurídicos para que se realice el fin socialmente valioso en virtud del cual ha sido emprendida. En este sentido es muy interesante la aportación de *Klug*, para quien estos supuestos de intervenciones médicas terapéuticas son casos de riesgo mandado, excluyentes de la tipicidad, esto es, no son lesiones corporales punibles las intervenciones y otros tratamientos que, según los conocimientos y la experiencia de la ciencia médica y los principios de un médico cuidadoso, son necesarios para este fin y son emprendidos para prevenir enfermedades y padecimientos, para reconocerlos, curar o aliviar[26]. En el caso de las intervenciones quirúrgicas llevadas a cabo por un médico se aprecia claramente la necesidad de recurrir a valoraciones extrasistemáticas de la conducta que excluyan la realización de la conducta típica de, por ejemplo, unas lesiones corporales.

Como hemos indicado, en las intervenciones quirúrgicas realizadas con un fin terapéutico y con un resultado favorable se subordina el bien jurídico integridad corporal a la realización de una función valorada socialmente como es salvar la vida del paciente o mejorar su salud, y es consustancial esta afección de la integridad corporal al ejercicio de la mencionada actividad curativa. El juicio valorativo recae sobre la afección del bien jurídico involucrado de una forma consustancial en la realización de una intervención médico-quirúrgica que implica, además, que el contenido de la voluntad del médico sea curar al paciente, aunque haya afectado su integridad física y esto es lo que dota de contenido a la adecuación social. La conciencia y voluntad con la que actúa el médico independientemente de que sea una voluntad directa de curar no puede constituir a la vez ni un dolo directo de segundo grado, así como tampoco un dolo eventual de lesiones por cuanto que la afección de la integridad corporal consustancial a la actividad curativa no constituye el resultado típico de dicho delito[27]. El criterio de exclusión de la tipicidad de esta clase de comportamientos es un criterio valorativo extrasistemático,

[25] Véanse WELZEL, H., *Das Deutsche Strafrecht*, 11.ª ed., p. 5.

[26] Véase KLUG, «Sozialkongruenz und Sozialadäquanz im Strafrechtssystem», *Festschrift für Eb. Schmidt*, Vandenhoek-Ruprecht, 1961, p. 262, que recoge el contenido del § 161 del StGB-Entwurf de 1960.

[27] La doctrina ha llamado la atención sobre la contradictoria relación que se puede crear entre los dos aspectos del bien jurídico protegido en los delitos de lesiones, la integridad corporal y la salud, y que se pone de relieve cuando, en ocasiones, la afección a la integridad corporal supone un mantenimiento o mejora de la salud, tal y como sucede en el tratamiento médico quirúrgico. Véase en este sentido, por ejemplo, ROMEO CASABONA, C. M.ª, *El médico y el Derecho penal. I,* pp. 164 y ss.

que se centra en un ámbito mucho más general como es el del desvalor del resultado[28], quedando éste excluido por la subordinación de un bien jurídico a la realización de la función social de otro bien jurídico de más rango que se materializa en la finalidad de la curación[29]. Se niega, pues, la conducta típica de las lesiones porque el sentido social de la acción del médico no es lesionar sino curar y esto se determina a través del con-

[28] Desde mi punto de vista la adecuación social es un juicio mediante el cual se procede a una valoración del comportamiento y constituye en realidad un criterio valorativo externo en el ámbito de la interpretación de sentido de los tipos. Este criterio hermenéutico tiene una naturaleza extrasistemática, porque efectivamente se da entrada a través de él a valoraciones sociales de una acción que giran en torno a la utilidad social que, con carácter general, tiene un comportamiento y que se plasma en una ponderación de intereses. Véase más extensamente Rueda Martín, M.ª A., *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, pp. 279 y ss. Dada su naturaleza extrasistemática la adecuación social constituiría un principio jurídico general cuya significación de ningún modo se limita al Derecho penal, sino que comprende la totalidad del ordenamiento jurídico. Esta afirmación aparece por primera vez en Welzel, H., *Das Deutsche Strafrecht*, 5.ª ed., p. 69. Véase en este sentido Dölling, «Soziale Adäquanz und soziale Systeme», Festschrift für Harro Otto, Dannecker / Langer / Ranft / Schmitz / Brammsen Hsgb., Carl Heymanns, 2007, p. 226. Consideran acertadamente que la adecuación social es un criterio hermenéutico de carácter extrasistemático Regis Prado / Mendes De Carvalho, *Teorías de la imputación objetiva del resultado. Una aproximación crítica a sus fundamentos,* Ara Editores, Perú, 2007, p. 214. Gil estima, sin embargo, que la adecuación social debería tener un carácter intrasistemático (véase GIL GIL, A., *El delito imprudente. Fundamentos para la determinación de lo injusto imprudente en los delitos activos de resultado,* Atelier, Barcelona, 2007, p. 221). En mi opinión la adecuación social no puede tener un carácter intrasistemático porque lo valorado como adecuado socialmente se antepone a la categoría de la tipicidad. La tipicidad es, precisamente, lo inadecuado socialmente mientras que con la adecuación social se da entrada a valoraciones sociales de una acción que giran en torno a la utilidad social que, con carácter general, tiene un comportamiento y que se plasma en una ponderación de intereses. (Véanse en este sentido las exposiciones de Gracia Martín, L., *RECPCr*. 06/07, 2004, pp. 17 y ss.; Regis Prado / Mendes de Carvalho, *Teorías de la imputación objetiva del resultado. Una aproximación crítica a sus fundamentos*, pp. 200 y ss.; Dölling, «Soziale Adäquanz und soziale Systeme», ob. cit., pp. 219 y ss.). Junto con la adecuación social como criterio extrasistemático de exclusión de la tipicidad en el sentido indicado, existen otros criterios hermenéuticos intrasistemáticos en virtud de los cuales podemos afirmar o negar que concurre el resultado típico o la acción descrita en el tipo. Sobre este desarrollo, véase mi trabajo, ob. cit., pp. 265 y ss.

[29] En relación con estos ejemplos centrados en las intervenciones médico quirúrgicas realizadas con un fin terapéutico y con un resultado favorable, Luzón Peña ha considerado que se afirma la atipicidad pese a producir heridas, cicatrices, amputaciones o período postoperatorio necesitado de hospitalización y curas médicas, en las intervenciones médico-quirúrgicas con resultado positivo por su sentido (objetivo) curativo, o según otros por la finalidad curativa y la correcta ejecución, que excluirían el tipo subjetivo. Véase Luzón Peña, D. M., «Causas de atipicidad y causas de justificación», *Causas de justificación y causas de atipicidad en Derecho Penal*, Aranzadi, Pamplona, 1995, p. 22. No obstante, no se trataría de dos criterios distintos (el sentido objetivo curativo y la finalidad curativa) sino de un único criterio. Véase sobre la recíproca dependencia entre el desvalor del resultado y el desvalor de la acción, Rueda Martín, M.ª A., *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, pp. 233 y ss.

tenido de la voluntad del sujeto junto a la adecuación social[30]. En tales supuestos se excluye el desvalor penal del resultado porque esta conducta es adecuada socialmente. La adecuación social es un criterio rector específico de la valoración que se proyecta sobre un suceso, pero con posterioridad a la constatación de la relación de imputación que emerge de la misma estructura material del suceso en la esfera ontológica, en la que la finalidad de la acción tiene una importancia capital. El criterio de exclusión de las conductas socialmente adecuadas del tipo de lo injusto debe ser uno mediante el que se enjuicia la unidad final-causal de la conducta, y en el que la pauta rectora debe ser la comprobación de la coincidencia o divergencia de la finalidad subjetiva de la acción con la finalidad general positivamente valorada por la comunidad. Por lo tanto, la finalidad como género y el dolo como especie de la misma no pueden fundamentarse prescindiendo de los elementos objetivos externos de la acción que nos suministran información acerca de la significación social de la conducta[31].

Asimismo, como apunta Romeo Casabona, cuando un médico se enfrenta con la situación de tener que decidir si realiza o no una intervención en la que prevé la posibilidad de un fracaso, y se inclina por llevarla a cabo, esta decisión la ha tomado porque

[30] Entre nosotros Romeo Casabona ha señalado que en los elementos que definen el tratamiento médico-quirúrgico curativo desde el punto de vista jurídico-penal, se distinguen dos aspectos principales, el subjetivo y el objetivo y que se desglosan en: «1) La finalidad perseguida con el tratamiento, que, evidentemente, habrá de estar dirigida directamente a obtener una mejora en la salud del paciente; 2) la idoneidad objetiva terapéutica, es decir, el conocimiento, conforme al estado presente de la ciencia, de los resultados probables que se derivarán de la intervención o tratamiento a realizar, en relación con el beneficio de la salud del paciente, y de los riesgos que aquéllos entrañan; y, 3) la existencia de un ser enfermo al que vaya dirigida esa finalidad y la aplicación de los medios»; véase Romeo Casabona, C. M.ª, *El médico y el Derecho penal. I,* pp. 143 y ss. Junto a estos aspectos habría que tener en cuenta, además, las valoraciones en torno a la utilidad social que en general tiene esta clase de intervenciones y que repercuten en la ponderación de intereses que efectúa el legislador para trazar el límite de lo soportable (atípico) y lo no soportable (típico) por el orden social.

[31] Véase un análisis más extenso sobre estas cuestiones, con más referencias bibliográficas, en mi obra Rueda Martín, M.ª A., *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, pp. 232 y ss., 245 y ss., en la que desarrollo la tesis expuesta por mi maestro en un proyecto docente fechado en 1990 y publicado posteriormente como Gracia Martín, L., *Fundamentos de dogmática penal,* pp. 215 y ss. Véase sobre este mismo autor las consideraciones sobre la adecuación social efectuadas en Gracia Martín, L., *RECPCr*. 06/07, 2004, pp. 17 y ss.; el mismo, «Zur Struktur von "sozialadäquaten Handlungen"», pp. 205 y ss. Sacher también concluye que «Welzel no fijó la adecuación social como un límite inquebrantable en los delitos dolosos, sino que consideró los conocimientos y propósitos del autor para determinar si la conducta era socialmente adecuada»; véase Sacher, M., «¿Rasgos normativos en la teoría de la adecuación social de Welzel?», *Hans Welzel en el pensamiento penal de la modernidad homenaje en el centenario del nacimiento de Hans Welzel*, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 2005, pp. 573 y ss., 596. Regis Prado / Mendes de Carvalho, *Teorías de la imputación objetiva del resultado. Una aproximación crítica a sus fundamentos,* p. 221 estiman que «la diferencia axiológica entre una acción socialmente adecuada y una acción socialmente inadecuada sólo puede ser contrastada cuando se examina también la voluntad de realización del autor».

también considera que es la única posibilidad de curar al paciente o de, al menos salvarle la vida, es decir que obra en función de proteger el bien jurídico. De lo contrario, si se abstuviera de intervenir, es seguro que el resultado letal se produciría, y eso es precisamente lo que el médico trata de evitar con su trabajo[32]. Se pone de manifiesto claramente que la valoración social de este tipo de intervenciones quirúrgicas está vinculada a la situación de absoluta necesidad en la que para el logro de una utilidad social consistente en mejorar o restablecer la situación de la vida, de la salud o de la integridad física de un paciente es preciso afectar de alguna manera a tales bienes jurídicos que se encuentran involucrados de un modo consustancial en la realización de esa intervención médica, y todo ello es tenido en cuenta para realizar la ponderación que da lugar a una valoración extrasistemática de la conducta que se centra en el ámbito de la valoración del resultado y, por este motivo, a mi juicio, este caso debería ubicarse también en los supuestos de la adecuación social. En aquellas intervenciones quirúrgicas en las que el resultado desfavorable es previsible porque la experiencia nos dice que existe, por ejemplo, un 70 % de posibilidades de fracaso, se aprecia sin ninguna duda la necesidad de aplicar valoraciones extrasistemáticas de la conducta como las proporcionados por la adecuación social, porque la afección del bien jurídico es consustancial al ejercicio de una actividad médico-quirúrgica que se orienta desde el principio a conseguir el fin de que se produzca la utilidad social de esa conducta. Si pasamos, a continuación, al ámbito de valoración de la acción observamos que la misma ha sido emprendida con un fin terapéutico socialmente valorado que determina que la acción tenga el sentido social terapéutico junto con *esta* afección del bien jurídico. En consecuencia, la conciencia y voluntad con la que actúa el médico independientemente de que sea una voluntad directa de curar no puede constituir a la vez ni un dolo directo de segundo grado, así como tampoco un dolo eventual de homicidio si se produce el fallecimiento del paciente, por cuanto la afección del bien jurídico vida consustancial a esta actividad médico-quirúrgica no constituye el resultado típico de dicho delito. Para poder afirmar en un caso como el expuesto, que el médico tiene influencia en la producción de la muerte del paciente durante la intervención, sería necesario que concurrieran circunstancias distintas a la que se presupone en la valoración de esa actividad como adecuada socialmente, y que eliminen prácticamente la esperanza de vida del paciente. Sin embargo, con respecto a todo tratamiento o intervención curativa queda excluida ya de antemano la certeza absoluta del resultado favorable pues siempre comportan una dosis de riesgo e inseguridad ineludibles por lo que no se puede excluir el peligro de fracaso en ninguna

[32] Véase Romeo Casabona, C. M.ª, *El médico y el Derecho penal. I,* pp. 207 y 208, y concluye que «si se produce el resultado nefasto habrá que indagar si se debió a no haber sido observado el cuidado exigido en el tráfico, es decir, comprobar si concurre el tipo de los delitos culposos, pero en todo caso quedará excluido el elemento subjetivo del tipo de los delitos dolosos, incluido el dolo eventual».

intervención médica[33]. En una situación extrema como la descrita tanto el resultado positivo de salvación como el de muerte, únicamente pueden ser objeto de una esperanza o deseo ya que ni siquiera efectuada la operación se puede asegurar qué resultado acaecerá. Estamos ante supuestos reconducibles a la falta de posibilidad de influencia en la producción del resultado.

Otro caso muy interesante de analizar es el propuesto por Gimbernat Ordeig: «quien mata a un recién nacido con la hemorragia que le produce al no ligarle el cordón umbilical, a pesar de que en la cadena de acontecimientos que han provocado la muerte existe una acción (la de *cortar* el cordón umbilical) causante del resultado típico, que la mayoría de las veces —con la excepción de aquellos raros supuestos en los que la intención de matar no existe desde el principio, sino que surge sólo después del corte del cordón umbilical— será también dolosa. Pero esa acción dolosa causante de la muerte no puede estar prohibida» porque consiste «en hacer aquello que es lo que precisamente hay que hacer en cualquier parto, a saber: cortar el cordón umbilical; de ahí que el juicio de tipicidad tenga que aparecer en un momento posterior: cuando se omite ligar el cordón umbilical y, con ello, el comportamiento deja de ser el objetivamente correcto»[34]. En este supuesto la afección del bien jurídico que se produce con el corte del cordón umbilical conlleva un riesgo para la vida del niño por la hemorragia que, sin embargo, se mantiene dentro de los límites de lesión o de riesgo reconocidos como consustanciales a la acción misma del corte. Por este motivo quien emprende la acción de *cortar* el cordón umbilical y espera que se produzca la hemorragia, no realiza el tipo del homicidio por acción porque se trata de un comportamiento adecuado socialmente, y no concurre el dolo porque esta hemorragia sería consustancial a esta clase de acciones. Ahora bien, el problema que se plantea en estas situaciones es que de la realización de acciones socialmente adecuadas como la señalada pueden surgir, en ocasiones, deberes de actuar para evitar que la afección socialmente adecuada de los bienes jurídicos derive en daños y perjuicios no socialmente adecuados y cuyo incumplimiento fundamenta un homicidio por omisión, porque la omisión de la acción de ligar el cordón umbilical desencadena el proceso de muerte que tiene su origen en la hemorragia que estaba controlada por la acción que se ha omitido[35].

Un segundo ejemplo de actividad socialmente adecuada lo podemos encontrar en la actividad de asesoramiento profesional por parte de operadores jurídicos que intervienen en actividades económicas de particulares y empresas. El simple suministro de información técnica jurídica por parte de un operador jurídico, por ejemplo, sobre la realidad de

[33] Véase Romeo Casabona, C. M.ª, *El médico y el Derecho penal. I,* p. 205.

[34] Véase Gimbernat Ordeig, E., «¿Qué es la imputación objetiva?», *EPenCr*., n.º X, 1985/1986, pp. 182 y 183.

[35] Véase al respecto, Gracia Martín, L., «La comisión por omisión en el Derecho penal español», *Actualidad Penal*, n.º 38, 1995, pp. 700 y ss.

la persecución de determinados ilícitos o sobre la aplicación real del Derecho en ciertos supuestos, que un cliente particular o una empresa le solicita se puede considerar una actividad socialmente adecuada cuando se mantengan dos presupuestos en el desarrollo de tal actividad de asesoramiento: por un lado, el derecho a obtener el asesoramiento por parte de todo ciudadano, y, por otro lado, el derecho al libre ejercicio de la profesión por parte de un profesional[36], siempre dentro de un determinado marco técnico, deontológico y ético. En el artículo 47.3 y 4 del Real Decreto 135/2021, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española, se establece que el profesional de la Abogacía «*3. En todo caso, deberá cumplir con la máxima diligencia la misión de asesoramiento o defensa que le haya sido encomendada, procurando de modo prioritario la satisfacción de los intereses de su cliente. 4. El profesional de la Abogacía realizará, con plena libertad e independencia y bajo su responsabilidad, las actividades profesionales que le imponga la defensa del asunto que le haya sido encomendado, ateniéndose a las exigencias técnicas y deontológicas adecuadas a la tutela jurídica del asunto*». Y en el artículo 48.3 se dispone que «*El profesional de la Abogacía tiene la obligación de informar a su cliente sobre la viabilidad del asunto que se le confía, procurará disuadirle de promover conflictos o ejercitar acciones judiciales sin fundamento y le aconsejará, en su caso, sobre las vías alternativas para la mejor satisfacción de sus intereses*». El Código deontológico de la abogacía española, aprobado en el Pleno del Consejo General de la Abogacía Española de 6 de marzo de 2019, contempla en su artículo 3 que «*1. Quienes ejercen la Abogacía tienen el derecho a la plena libertad de defensa y el deber de defender y asesorar libremente a sus clientes. 2. La libertad de expresión está especialmente amparada por la Constitución Española, la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial y demás legislación que pueda resultar aplicable. 3. La libertad de expresión no legitima el insulto ni la descalificación gratuita. 4. No se podrán utilizar medios ilícitos ni el fraude como forma de eludir las leyes. 5. Se debe ejercer las libertades de defensa y expresión conforme al principio de buena fe y a las normas de la correcta práctica profesional, procurando siempre la concordia, haciendo uso de cuantos remedios o recursos establece la normativa vigente, exigiendo tanto de las Autoridades, como de los Colegios, todas las medidas de ayuda en su función que les sean legalmente debidas*». Desde mi punto de vista, se puede considerar socialmente adecuado el asesoramiento del profesional consistente en proporcionar información jurídica sobre los requisitos típicos del delito de defraudación tributaria o de la correspondiente infracción tributaria, porque dicha actividad cumple una función social valorada positivamente con carácter general consistente en asesorar a un cliente sobre la legislación vigente en un determinado sector para llevar

[36] Véase Robles Planas, R., «Riesgos penales del asesoramiento jurídico (1)», *Diario La Ley*, n.º 7015, Año XXIX, septiembre, 2008, ref.ª D-263, pp. 1926 y 1932 (nota 20).

a cabo una actividad social o económica, y el profesional actúa con esta finalidad. Por esta razón, dicha actividad es socialmente adecuada y se encuentra dentro del marco técnico, deontológico y ético exigido en el desempeño de la actividad de asesoramiento jurídico profesional. Del mismo modo hay que valorar como socialmente adecuada la información suministrada sobre las diversas posibilidades de actuación del asesorado según el ordenamiento jurídico. Ahora bien, si el asesor o el abogado proporciona información a un cliente sobre las diversas posibilidades de actuación del asesorado con el fin de realizar un fraude a un tercero, circunstancia conocida por el asesor o el abogado, ya no podremos concluir que la conducta del asesoramiento es socialmente adecuada, porque no cumple la utilidad social que, con carácter general, tiene la actividad de asesoramiento jurídico profesional[37]. De este modo, si el abogado asesora a un cliente sobre cómo tiene que actuar frente a la compañía aseguradora en caso de haber sufrido su vehículo unos daños en un presunto accidente del que es inocente, actúa como cómplice en una estafa de seguro si conoce que el accidente no existió. En este supuesto constituye una exigencia la producción real de unos daños por un accidente y la ausencia de una finalidad de defraudar por parte del asesorado para valorar como socialmente adecuada la actividad de asesoramiento[38].

En suma: en la adecuación social la idea fundamental es que la afección del bien jurídico involucrado en el ejercicio de una acción socialmente adecuada y que es consustancial al orden social, no puede ser objeto de un juicio de desvalor penalmente relevante. La adecuación social se refiere a unas valoraciones que hay que precisar en el ámbito de la valoración del resultado, que giran en torno a la utilidad social que, con carácter general, tiene un comportamiento y que repercuten en la ponderación de intereses que efectúa el legislador para trazar el límite de lo soportable (atípico) y lo no soportable (típico) por el orden social. La cuestión relativa a si la acción es socialmente útil de un modo general y no sólo en el caso concreto no es una cuestión de imputación objetiva,

[37] Normalmente las actividades de asesoramiento jurídico socialmente adecuadas se complementan con una serie de exigencias técnicas, deontológicas y éticas adecuadas a la tutela jurídica de un asunto, cuya finalidad es, entre otras, evitar la producción de lesiones de bienes jurídicos previsibles *ex ante*. Cuando se habla de un asesoramiento efectuado según los estándares de la *lex artis* correspondiente, es necesario contemplar si tal asesoramiento cumple una función social valorada positivamente porque permite alcanzar una utilidad social, y si, en consecuencia, el asesor actúa con la finalidad de conseguirla y desarrollarla.

[38] Con carácter general se ha pronunciado a favor de tener en cuenta los fines del sujeto que actúa para valorar un comportamiento como socialmente adecuado Ruppert, «Die metateleologische Reduktion im Strafrecht Zum Wesen der Sozialadäquanz», *ZIS* 1/2020, pp. 23 y ss. Robles Planas, R., *Diario La Ley,* n.º 7015, Año XXIX, septiembre, 2008, ref.ª D-263, p. 1927, sin embargo, rechaza esta valoración y estima que el abogado no actúa como cómplice de una estafa de seguro pese a que llegue a saber que el accidente no existió. En relación con las acciones cotidianas, véase Rueda Martín, M.ª A., «De nuevo sobre la relevancia penal de las acciones cotidianas en la comisión de un hecho doloso», pp. 35 y ss.

sino de interpretación del correspondiente tipo de la Parte especial[39/40]. Con estos presupuestos la adecuación social se muestra como un concepto con plena capacidad de rendimiento atendiendo a la estructura lógico-objetiva de la acción finalista.

Bibliografía

Binding, K., *Die Normen und Ihre Ubertretung. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts. Band I, Normen und Strafgesetze.* 4. Auf. Leipzig 1922, Scientia Verlag Aalen, 1965.

Bolea Bardon, C., *Manual de Derecho penal, Parte Especial,* Tomo I, Corcoy Bidasolo Dir., 3.ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2023.

Cancio Meliá, M., «La teoría de la adecuación social en Welzel», *ADPCP*, 1993.

Cardenal Montraveta, S./Rogé Such, *Manual de Derecho penal, Parte Especial,* Tomo I, Corcoy Bidasolo Dir., 3.ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2023.

Cerezo Mir, J., *Curso de Derecho Penal Español, Parte General, II, Teoría jurídica del delito*, 6.ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 1998.

Corcoy Bidasolo, M., *Delitos de peligro, y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales. Nuevas formas de delincuencia y reinterpretación de tipos penales clásicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

Cuello Contreras, J., *El Derecho penal español, Parte General, Nociones introductorias. Teoría del delito*, Dykinson, Madrid, 2002.

Dölling, «Soziale Adäquanz und soziale Systeme», en Dannecker / Langer / Ranft / Schmitz / Brammsen Hsgb., *Festschrift für Harro Otto*, Carl Heymanns, 2007.

Eser, A., *Strafgesetzbuch Kommentar, Schönke/Schröder*, 29.ª ed., C.H.Beck, München, 2014, § 223.

Fiore, *L´azione socialmente adeguata nel diritto penale*, Morano Editore, Napoli, 1966.

Frisch, W., *Comportamiento típico e imputación del resultado*, Cuello Contreras / Serrano González de Murillo (trad.), Marcial Pons, Madrid, 2004.

Gil Gil, A., *El delito imprudente. Fundamentos para la determinación de lo injusto imprudente en los delitos activos de resultado,* Atelier, Barcelona, 2007.

Gimbernat Ordeig, E., «¿Qué es la imputación objetiva?», *EPenCr*., n.º X, 1985/1986.

[39] En consecuencia, no me parecen correctas las conclusiones de Kindhäuser, U., «Welzels Konception sociales Adäquanz -normtheoretisch betrachtet», p. 58, al afirmar que la fórmula de la adecuación social es un topos vacío de contenido porque lo que es adecuado socialmente se determina según las valoraciones y los principios del Derecho. O de Pastor Muñoz cuando concluye que con el riesgo permitido «se trata de realizar un juicio abstracto —descontextualizado— sobre si la conducta se considera, pese los riesgos que implica, permitida, y dicho juicio se debe llevar a cabo a la luz de la definición social de los estándares de conducta correcta»; véase Pastor Muñoz, N., *Riesgo permitido y principio de legalidad. La remisión a los estándares sociales de conducta en la construcción de la norma jurídico-penal*, Atelier, Barcelona, 2019, p. 88, 41 y ss.; 87 y ss. Por el contrario, la adecuación social constituye un criterio hermenéutico de gran valor al incorporar valoraciones sociales que giran en torno a determinadas ponderaciones de intereses, muy vinculadas con tipos penales particulares.

[40] Subraya la validez del concepto de la adecuación social en la actualidad con otra argumentación Knauer, «Zur Wiederkehr der Sozialadäquanz im Strafrecht –Renaissance einer überholten Rechtsfigur oder dogmatische Kategorie der Zukunft?», *ZStW* 126, 2014, pp. 844 y ss.

Gómez Martín, V., *Manual de Derecho penal, Parte Especial,* Tomo I, Corcoy Bidasolo Dir., 3.ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2023.

González Cussac, J., *Derecho penal, Parte Especial,* 8.ª ed., González Cussac Dir., Tirant lo blanch, Valencia, 2023.

Gracia Martín, L., «Concepto categorial teleológico y sistema dogmático del moderno Derecho Penal económico», *InDret penal* 3/2016.

— «El finalismo como método sintético real-normativo para la construcción de la teoría de la responsabilidad penal», *RECPCr*., 06/07, 2004.

— «El finalismo como método sintético real-normativo para la construcción de la teoría de la responsabilidad penal», *El horizonte del finalismo y el «derecho penal del enemigo»*, Tirant lo blanch, 2005.

— «La comisión por omisión en el Derecho penal español», *Actualidad Penal*, n.º 38, 1995.

— «La modernización del Derecho penal como exigencia de la realización del postulado del Estado de Derecho (Social y Democrático)», *Revista de Derecho Penal y Criminología UNED*, 3.ª época, n.º 3, 2010.

— «Zur Struktur von "sozialadäquaten Handlungen" und ihre sachlogische Eingliederung im Verbrechensaufbau», *Strafrecht und Wirtschafsstrafrecht –Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstasachen*, *Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70 Geburstag*, 2008.

— *Fundamentos de dogmática penal: una introducción a la concepción finalista de la responsabilidad penal*, Atelier, Barcelona, 2006.

Hirsch, H. J., «Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik nach Welzel», *Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln*, 1988.

— «Zur Lehre von der objektiven Zurechung», en A. Eser, U. Schittenhelm, H. Schumann Hrsgs., *Festschrift für T. Lenckner zum 70. Geburstag*, C. H. B. Verlagsbuchhandlung, München, 1998.

Huerta Tocildo, S., *Sobre el contenido de la antijuridicidad*, Tecnos, Madrid, 1983.

Kaufmann, Armin, «»Objektive Zurechnung» beim Vorsatzdelikt?», *Festschrift für Jescheck*, Berlin, 1985. [¿»Atribución objetiva» en el delito doloso?, *ADPCP*, 1985, traducción de Cuello Contreras].

— *Lebendiges und Totes in Bindinds Normentheorie. Normlogik und moderne Strafrechtsdogmatik,* Verlag Otto Schwartz & Co. Göttingen, 1954.

Kindhäuser, U., «Welzels Konception sociales Adäquanz -normtheoretisch betrachtet», *Festschrift für Rudolf Rengier zum 70. Geburtstag*, C.H.Beck, 2018.

Klug, «Sozialkongruenz und Sozialadäquanz im Strafrechtssystem», *Festschrift für Eb. Schmidt*, Vandenhoek-Ruprecht, 1961.

Knauer, «Zur Wiederkehr der Sozialadäquanz im Strafrecht –Renaissance einer überholten Rechtsfigur oder dogmatische Kategorie der Zukunft?», *ZStW* 126, 2014.

Küpper, G., *Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik,* Duncker und Humblot, Berlin, 1990.

Luzón Peña, D. M., «Causas de atipicidad y causas de justificación», *Causas de justificación y causas de atipicidad en Derecho Penal*, Aranzadi, Pamplona, 1995.

— *Lecciones de Derecho penal, Parte General,* 3.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

Martínez Escamilla, M., *La imputación objetiva del resultado*, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid. Edersa, Madrid, 1992.

Muñoz Conde, F., *Derecho penal, Parte Especial,* 25 ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2023.

Otto, H., «"Vorgeleistete Strafvereitelung" durch berufstypische oder alltägliche Verhaltensweisen als Beihilfe», en A. Eser, U. Schittenhelm, H. Schumann Hrsgs., *Festschrift für T. Lenckner zum 70. Geburstag*, C. H. B. Verlagsbuchhandlung, München, 1998.

Pastor Muñoz, N., *Riesgo permitido y principio de legalidad. La remisión a los estándares sociales de conducta en la construcción de la norma jurídico-penal*, Atelier, Barcelona, 2019.

Peñaranda Ramos, E., *Compendio de Derecho penal, (Parte Especial), Volumen I*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A, Madrid, 2003.

Puppe, I., «La justificación de la intervención médica curativa», *InDret penal*, 2007.

Regis Prado / Mendes de Carvalho, *Teorías de la imputación objetiva del resultado. Una aproximación crítica a sus fundamentos,* Ara Editores, Perú, 2007.

Reyes Alvarado, Y., *Imputación objetiva*, Temis, S. A. Santa Fé de Bogotá, Colombia, 1994.

Robles Planas, R., «Riesgos penales del asesoramiento jurídico (1)», *Diario La Ley*, n.º 7015, Año XXIX, septiembre, 2008, ref.ª D-263.

— *La participación en el delito: fundamento y límites*, Marcial Pons, Madrid, 2003.

Roldán Barbero, H., *Adecuación social y teoría jurídica del delito. Sobre el contenido y los límites de una interpretación sociológica restrictiva de los tipos penales*, Servicio de Publicaciones, Universidad de Córdoba, 1992.

Romeo CasabonA, C. M.ª, *El médico y el Derecho penal. I. La actividad curativa. (Licitud y responsabilidad penal),* Bosch, Barcelona, 1981.

Rönnau, *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar*, Band III, 13. Aufl., en Cirener / Radtke / Rissing-Van Saan / Rönnau / Schluckebier Hrsg., De Gruyter, 2019, Vor § 32.

Roxin, C., «Finalität und objektive Zurechnung», en G. Dornseifer, E. Horn, G. Schilling, W. Schöne, Eb. Struensee, D. Zielinski Hrgs. *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, Berlin, Bonn, München, 1989.

Rueda Martín, M.ª A., «Consideraciones acerca de la relevancia penal de las acciones cotidianas en la comisión de un hecho doloso», *RP*, n.º 9, 2002.

— «De nuevo sobre la relevancia penal de las acciones cotidianas en la comisión de un hecho doloso», *CPCr*., n.º 115, 2015.

— «La adecuación social y el delito de detenciones ilegales (Comentario a la STS de 16 de diciembre de 1997. Ponente: Excmo. Sr. Bacigalupo Zapater)», *RDPCr*., n.º 7, 2001.

— «La concreción del deber objetivo de cuidado en el desarrollo de la actividad médico-quirúrgica curativa», *Indret penal*, n.º 4, 2009.

— *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción: (una investigación, a la vez, sobre los límites ontológicos de las valoraciones jurídico-penales en el ámbito de lo injusto),* J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2001.

Ruppert, «Die metateleologische Reduktion im Strafrecht Zum Wesen der Sozialadäquanz», *ZIS* 1/2020.

Sacher, M., «¿Rasgos normativos en la teoría de la adecuación social de Welzel?», *Hans Welzel en el pensamiento penal de la modernidad homenaje en el centenario del nacimiento de Hans Welzel*, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 2005.

Sancinetti, M., *Subjetivismo e imputación objetiva en derecho penal*, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 1996.

Struensee, E., «Acerca de la legitimación de la "imputación objetiva" como categoría complementaria del tipo objetivo», en Julio B. J. Maier y Alberto M. Binder compiladores, *El Derecho penal hoy. Homenaje al profesor David Baigún*, Editores del Puerto s.r.l., Buenos Aires, 1995.

Vives Antón, T., *Fundamentos del sistema penal. Acción significativa y derechos constitucionales,* 2.ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2011.

Welzel, H., «Studien zum System des Strafrechts», ZStW 58, 1939.

— *Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, 8.ª ed., Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1963.
— *Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, 9.ª ed., Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1965.
— *Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, 10.ª ed., Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1967.
— *Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, 11.ª ed., Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1969.
— *El nuevo sistema del Derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista,* 4.ª ed., Traducido por J. Cerezo Mir. Ediciones Ariel. Barcelona, 1964.
ZIPF, «Rechtskonformes und sozialadäquates Verhalten im Strafrecht», *ZStW* 82, 1970.

33

PONDERACIÓN Y DEBER DE CUIDADO: UNA PRIMERA APROXIMACIÓN

Fernando Guanarteme Sánchez Lázaro
Catedrático de Derecho Penal
Universidad de La Laguna

SUMARIO: I. Un *caso fácil*, a modo de introducción. II. Sobre la determinación del deber de cuidado, en general. III. Sobre la persona inteligente y sensata como criterio de ponderación, en particular. IV. El deber de cuidado como sistema de ponderación, una primera aproximación. IV.1. Factores de ponderación. IV.2. Medidas de ponderación. IV.3. Cargas de argumentación. IV.4. Escala de deberes de cuidado. V. Epílogo. VI. Bibliografía.

I. Un *caso fácil*, a modo de introducción

En la SAP Santa Cruz de Tenerife 428/2018, de 21 de diciembre, se afirma la infracción del deber de cuidado, «que obligaba al encausado, como a todo conductor, a circular a una velocidad adecuada al tipo de vía y sus circunstancias, que le permitiera en todo momento detener el vehículo y/o maniobrar ante cualquier imprevisto para evitar cualquier colisión o incidente propio o ajeno, manteniendo en todo momento la seguridad»[1]. En concreto, el sujeto activo circulaba por la autopista, «sin prestar atención a las incidencias del tráfico y a excesiva velocidad», por lo que «no se percató de que en la… vía se encontraba… [un segundo] vehículo… en llamas… cuyo conductor… se había bajado…, no pudiendo reaccionar a tiempo y sin realizar ninguna maniobra evasiva ni frenar pese a verse las llamas a 350 metros aproximadamente», impactó contra el mismo perdiendo el control de su propio vehículo, que salió «despedido hacia el margen derecho de la vía donde chocó contra la doble valla de protección… atropellando a D. Daniel y a D. Oscar quienes circulaban por dicho arcén y con chalecos reflectantes al haberse apeado del vehículo… para socorrer al conductor» del vehículo incendiado[2]. En

[1] Fundamento de derecho primero.
[2] Antecedentes de hecho segundo.

relación con la velocidad se da por probado que circulaba a «una velocidad muy superior al límite fijado en ese tramo en 120 km/h, sin prestar además la debida atención», lo que se infiere igualmente de que «era de noche y no existía en ese tramo iluminación artificial (lo que, sin duda, hacía que las llamas destacasen aún más y fueran fácilmente perceptibles) y se trataba de un tramo recto, de buena visibilidad»[3].

En el presente caso, la determinación del deber de cuidado no se muestra particularmente compleja. Pues se trata, en palabras de nuestro homenajeado, de uno de los ámbitos donde este se encuentra recogido en «disposiciones reglamentarias, administrativas y equivalentes», en especial, en el RD 6/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial[4]. Así, bajo la rúbrica «Normas generales», establece el art. 10.2 de este texto: «El conductor debe utilizar el vehículo con la diligencia, precaución y atención necesarias para evitar todo daño, propio o ajeno, cuidando de no poner en peligro, tanto a sí mismo como a los demás ocupantes del vehículo y al resto de usuarios de la vía…». Mientras que en el capítulo II, sección segunda, bajo la rúbrica «Velocidad», establece por su parte el art. 21.1: «El conductor está obligado a respetar los límites de velocidad establecidos y a tener en cuenta, además, sus propias condiciones físicas y psíquicas, las características y el estado de la vía, del vehículo y de su carga, las condiciones meteorológicas, ambientales y de circulación y, en general, cuantas circunstancias concurran en cada momento, a fin de adecuar la velocidad de su vehículo a las mismas, de manera que siempre pueda detenerlo dentro de los límites de su campo de visión y ante cualquier obstáculo que pueda presentarse».

De este modo, la vulneración del deber de cuidado se infiere de un juicio subsunción de la conducta en las denominadas «normas de comportamiento en la circulación». Reglas que establecen las condiciones a observar por el ciudadano cuando circula con su vehículo por ese tipo de vías, y en particular, en el presente caso: «utilizar el vehículo con la diligencia, precaución y atención necesarias», así como «respetar los límites de velocidad establecidos»[5]. Condiciones que al no cumplirse determinan la infracción de las citadas disposiciones —de las reglas establecidas en el Título II del citado RD— y con ello, la calificación de la actuación como imprudente[6]. Se trata de que, en este

[3] Fundamento de derecho primero.

[4] Romeo Casabona, C. M.ª, en Romeo Casabona *et al.* (coords.), *Derecho penal. Parte general*, p. 139; el mismo, *Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad del riesgo*, p. 17; el mismo, *El médico ante el Derecho. La responsabilidad penal y civil del médico*, pp. 69 y s.; por lo demás, con carácter general, también Muñoz Conde, F. y García Arán, M., *Derecho penal, Parte General*, p. 267.

[5] Si bien, en el presente caso, se plantean igualmente problemas de graduación de la imprudencia, auto-puesta en peligro de la víctima e imputación de los resultados lesivos, *Cfr.* fundamento de derecho primero, III y ss., temas que exceden del alcance de esta primera contribución.

[6] Ilustrativo Alexy, R., en Jickeli *et al.* (edits.), *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*, p. 771: «Regeln sind Normen, die definitiv etwas gebieten. Sie sind definitve Gebote… Entscheidend ist, daß

caso, la ponderación tiene lugar en un momento precedente, en el discurso de creación del Derecho que antecede a su positivización en los citados artículos de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial. Mientras que, en otros, la determinación del deber de cuidado acontece directamente en el discurso de aplicación del Derecho, desplazando al juicio de subsunción. Por partes.

II. Sobre la determinación del deber de cuidado, en general

1. En el RD de 17 de septiembre de 1900, por el que se aprueba el Reglamento para el servicio de coches automóviles por las carreteras del Estado, se apunta, en su Exposición, las razones que subyacen a las disposiciones que seguidamente establece. Se trata, «por una parte, del tránsito por vías de uso general utilizadas por vehículos que constituyen una industria naciente y digna de estímulo, de la que es lícito esperar en el porvenir un gran desarrollo como resultado de la rapidez y baratura de los transportes, que influirá en el fomento de la riqueza pública; pero al propio tiempo», por otra, de «la introducción de un factor nuevo, que si no se dirige hábilmente, puede ocasionar riesgos y dificultades para el tránsito general y deterioros graves del firme y obras de fábrica para las carreteras [sic]»[7]. Sobre estas razones, el citado Reglamento pretende establecer «las garantías indispensables que alejen peligros y perturbaciones en el tráfico… que han de cumplirse para que la circulación de los expresados carruajes por las carreteras pueda considerarse inofensiva, y, como consecuencia, la determinación de los requisitos que han de reunir los automóviles y sus conductores para que el cumplimiento de las condiciones previamente fijadas sea posible y fácil».

2. Se trata, en palabras de nuestro homenajeado, de «los avances científicos y tecnológicos… [que] han permitido al ser humano alcanzar logros muy significativos para la mejora de la vida individual y las relaciones sociales», pero también del «aumento de peligros para los bienes jurídicos» que aquellos han traído consigo, y en particular, de su conciliación mediante «unas reglas de conducta y el cumplimiento de unos deberes acordes con la vida social»[8]. En este sentido, establece el citado RD «las garantías

---

dann, wenn eine Regel gilt und anwendbar ist, es definitiv geboten ist, genau das zu tun, was sie verlangt. Wird die getan, ist die Regel erfüllt; wird dies nicht getan, ist die Regel nicht erfüllt». Más recientemente, también STS 143/2024, de 15 de febrero, fundamento de derecho segundo: «la tipicidad se determinará mediante la comparación entre la acción realizada y la que era exigida por el deber de cuidado en la situación concreta»; STS 834/2023, de 15 de noviembre, fundamento de derecho primero; STS 714/2023, de 28 de septiembre, fundamento de derecho segundo; todas ellas con ulteriores referencias.

[7] En nuestra doctrina, por lo demás, al respecto v. Paredes Castañón, J. M., *El riesgo permitido en Derecho penal (Régimen jurídico penal de las actividades peligrosas),* pp. 340 y ss., en particular; con carácter general, también Mir Puig, S., *Derecho penal, Parte General*, pp. 534 y ss. margs. 45 y ss.

[8] Romeo Casabona, C. M.ª, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., pp. 133 y s.; en un sentido próximo, Cerezo Mir, J., *Curso de Derecho penal español, Parte General, II. Teoría jurídica del delito*, p. 160.

indispensables que alejen peligros y perturbaciones» que igualmente se derivan de esa industria entonces naciente. Si bien, para ello, Romeo Casabona nos remite, siguiendo a su maestro, a un doble juicio de ponderación.

3. En primer lugar, un juicio de previsibilidad objetiva —o de peligrosidad de la conducta— a realizar por el operador jurídico «en la posición del autor en el momento del comienzo de la acción… teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso concreto cognoscibles por esa persona inteligente, más las conocidas por el autor (saber ontológico) y la experiencia común de la época sobre cursos causales (saber nomológico)»[9]. De modo que «sólo cuando la producción del resultado [de lesión] fuera objetivamente previsible, es decir, apareciera ex ante como una consecuencia no absolutamente improbable…, será posible apreciar una inobservancia del cuidado objetivamente debido»[10].

Se trata, por tanto, de una primera ponderación, que versa en lo fundamental sobre cursos causales, contextos y cálculos de probabilidad. Pero en la que aparecen igualmente factores normativos como —la determinación y peso de— los bienes jurídicos expuestos, así como las correlativas formas de intervención. Lo que suscita ya dudas sobre sus márgenes de racionalización[11]. Pero en la presente contribución, de interés resulta particularmente la segunda.

1. Pues en el segundo juicio de ponderación, nuestro homenajeado, siguiendo a su maestro Cerezo, prescinde de toda definición de los factores a ponderar, y apela, en su lugar, a la fórmula del «hombre sensato y prudente puesto en el lugar del autor»[12].

[9] En palabras de Cerezo Mir, J., *Curso de Derecho penal español, Parte General, II*…, ob. cit., p. 113. En la misma línea y entre otros Gil Gil, A., *Fundamentos para la determinación de lo injusto imprudente en los delitos activos de resultado*, pp. 240 y ss., con ulteriores referencias; Luzón Peña, D. M., *Lecciones de Derecho penal, Parte General*, p. 285; Muñoz Conde, F. y García Arán, M., *Derecho penal*, Parte General, ob. cit., p. 266; Romeo Casabona, C. M.ª, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 139; el mismo, *Conducta peligrosa e imprudencia…*, pp. 16 y ss.; el mismo, *El médico ante el Derecho*, ob. cit., pp. 69 y ss.; el mismo, *El médico y el Derecho penal I. La actividad curativa,* pp. 212 y ss.; más recientemente, siguiendo al anterior Rueda Martín, M.ª A., *InDret,* en prensa, pp. 18 y ss.; anteriormente ya la misma, *InDret,* 4/2009, pp. 19 y ss.; por lo demás, ilustrativos v. Feijóo Sánchez, B. J., *Resultado lesivo e imprudencia. Estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del «fin de protección de la norma de cuidado»*, pp. 88 y ss.; Rueda Martín, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, pp. 304 y s. Sobre el juicio de previsibilidad objetiva, véase también Corcoy Bidasolo, M., *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, pp. 423 y ss.; Feijóo Sánchez, B. J., *Resultado lesivo e imprudencia…*, ob. cit., pp. 262 y ss.; sobre sus orígenes, Gimbernat Ordeig, E., *Delitos calificados por el resultado y causalidad*, pp. 25 y ss.

[10] Cerezo Mir, J., *Curso de Derecho penal español, Parte General, II*…, ob. cit., p. 167; más recientemente, con ulteriores referencias Rueda Martín, M.ª A, *InDret,* en prensa, pp. 18 y ss.; la misma, *InDret,* 4/2009, pp. 19 y ss., siguiendo al anterior. Por lo demás, también Corcoy Bidasolo, M., *El delito imprudente*, ob. cit., pp. 192 y ss., 225 y ss.

[11] Ilustrativo Alexy, R., *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*, ob. cit., pp. 771 y ss. Por lo demás, sobre la crítica al respecto, v. también Rueda Martín, M.ª A, *InDret,* 4/2009, pp. 21 y ss.

[12] Romeo Casabona, C. M.ª, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 139.

2. Así, siguiendo a Welzel, nos dice Cerezo Mir: «en las modernas sociedades industrializadas es imposible prohibir toda acción que implique un peligro de lesión de los bienes jurídicos», por lo que «es preciso completar, por ello, el criterio intelectual de la previsibilidad objetiva con un criterio normativo, para determinar el cuidado objetivamente debido. Sólo estarán prohibidas aquellas acciones peligrosas de cuya realización se abstendría una persona inteligente y sensata» de la misma profesión o círculo social que el autor[13]. Criterio que enuncia, pero no concreta, remitiéndose seguidamente a las disposiciones administrativas, la lex artis y, nuevamente, a la mera reiteración del criterio anterior[14].

III. Sobre la persona inteligente y sensata como criterio de ponderación, en particular

1. Con carácter general, sobre la determinación del deber de cuidado, podemos remitir a la amplia la doctrina al respecto[15]. También en relación con la persona inteligente y sensata, y sus distintas matizaciones, como criterio de determinación[16]. En el marco de la presente contribución, nos limitaremos a señalar dos objeciones:

[13] Cerezo Mir, J., *Curso de Derecho penal español, Parte General, II*…, ob. cit., p. 168; siguiendo al anterior Gil Gil, Alicia, *Fundamentos para la determinación de lo injusto imprudente…,* op. cit., pp. 240 y ss., «el resultado de la ponderación que determina la conducta prohibida es lo que entendemos por el criterio del hombre inteligente y sensato», así como en pp. 281 y s.; Romeo Casabona, *El médico y el Derecho penal I…,* ob. cit., pp. 212 y ss.; Mir Puig, S., *Derecho penal…*, ob. cit., p. 301 marg. 35: «la *objetiva* norma de cuidado depende de lo exigible a un hombre diligente en la situación concreta del autor, a partir de un juicio "*ex ante*" que tome en cuenta los conocimientos especiales de la situación del autor al actuar»; para los supuestos en que «la lex artis no ha descrito un procedimiento de actuación», Rueda Martín, M.ª A, *InDret,* 4/2009, pp. 48 y ss. En un sentido próximo, atendiendo a «cómo se habría comportado en la situación concreta una persona consciente y cuidadosa perteneciente al sector del tráfico del sujeto», de Vicente Remesal, J., ForFICP 2023-3, p. 22. En la doctrina italiana, aludiendo al «agente modello che svolga, professionalmente o per assunzione volontaria (…), con la dovuta capacità e competenza, la medesima attività per la quale si pone il problema della colpa di un agente reale», Perin, A., *Il fatto colposo: la crisi del modello nomologico, l'aspettativa di diligenza e la condotta penalmente rilevante*, p. 131.

[14] Cerezo Mir, J., *Curso de Derecho penal español, Parte General, II*…, ob. cit., pp. 168 y s.; siguiendo al anterior Romeo Casabona, C. M.ª, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 139; más recientemente, también v. Perin, A., *Il fatto colposo…,* ob. cit., pp. 131 y ss.; el mismo, Polít. crim. Vol. 12, N.º 23 (Julio 2017), pp. 223 y ss.

[15] Cerezo Mir, J., *Curso de Derecho penal español, Parte General, II*…, ob. cit., pp. 168 y s.; en relación con la actividad médico quirúrgica Rueda Martín, M.ª A, *InDret,* 4/2009, pp. 18 y ss.; Rueda Martín, M.ª A, *InDret,* en prensa, pp. 1 y ss. Más recientemente, también De Vicente Remesal, J., *ForFICP* 2023-3, pp. 16 y ss.

[16] Para ulteriores referencias, v. Rueda Martín, M.ª A, *InDret,* 4/2009, pp. 48 y ss.

1.1. La indeterminación inherente al mismo, pues nos remite a un ser irreal, sin señalamiento de factores y escalas de ponderación para la realización de esta última[17].

1.2. Pero en particular, su irrelevancia desde la perspectiva del discurso jurídico, como discurso institucionalizado con criterios propios de validez y valor. Criterios que determinan, desde un primer momento, la inidoneidad del criterio de ponderación en cuestión[18].

2. Se trata de que el discurso jurídico no versa ni puede versar tanto de inteligencia y sensatez, como de bienes jurídicos, rango de derecho fundamental o grados de realización o intervención en aquellos; con otras palabras, de lo significante en Derecho y de acuerdo con el marco jurídico institucionalizado de ponderación. De modo que aun cuando sobre razones de inteligencia y sensatez, se conviniera dar particular importancia a las necesidades de una «industria naciente y digna de estímulo, de la que es lícito esperar en el porvenir un gran desarrollo como resultado de la rapidez y baratura de los transportes, que influirá en el fomento de la riqueza pública», como en la citada exposición de motivos, lo cierto es que si tales necesidades suponen la exposición de bienes jurídicos de rango iusfundamental, como la vida o la integridad física, el carácter de Derecho fundamental de estos bienes deberá tenerse primeramente en cuenta en su ponderación con los anteriores intereses y, en consecuencia, en la determinación de los deberes de cuidado que conforme a Derecho proceda, en su caso, establecer.

IV. El deber de cuidado como sistema de ponderación, una primera aproximación

1. En su contribución al homenaje a Jürgen Sonnenschein, Alexy respondía a las objeciones planteadas por Habermas y, en el discurso jurídico, por Bernhard Schlink, sobre la posibilidad de racionalidad en la ponderación, como forma fundamental de aplicación del Derecho[19]. Trataba así, el profesor de Kiel, de desarrollar a modo de respuesta una estructura que propiciase mayores márgenes de racionalidad, y con ello de legitimidad, en la ponderación como forma de aplicación[20].

[17] Críticamente, para ulteriores referencias, v. Feijóo Sánchez, B. J., *Resultado lesivo e imprudencia…*, ob. cit., pp. 98 y ss.: «El baremo objetivo del "hombre medio" es un patrón de medida evanescente que corre el peligro de convertirse en un medio de argumentación circular», por lo que sugiere determinar la infracción del deber de cuidado, según expone en p. 110, «mediante un juicio retrospectivo en el que el juzgador tiene en cuenta los conocimientos, capacidades instrumentales y experiencias que estaban a disposición del autor», por lo demás, en detalle v. pp. 248 y ss.

[18] Ilustrativo Alexy, R., *Begriff und Geltung des Rechts*, *passim.*

[19] Expresamente Alexy, R., *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*, ob. cit., p. 773.

[20] Alexy, R., *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*, ob. cit., p. 771, concluyendo: «Die Legitimität der Abwägung im Recht hängt von deren Rationalität ab. Je rationaler die Abwägung ist, desto legitimer ist das Abwägen». Críticamente a su vez Moreso, J. J., en García Manrique (edit.), *Robert Alexy, Derechos sociales y ponderación*, pp. 232 y s., 236 y s.

2. En particular, Alexy sugiere atender como factores de ponderación en las colisiones de principios a los tres siguientes: peso abstracto, correlativos grados de realización/intervención y la base empírica de las aserciones al respecto[21]. Mientras que como sistema de medición, sugiere una escala triádica, o de tres grados, adecuada respectivamente a los factores de ponderación señalados: alto/medio/bajo, grave/medio/leve o cierto/plausible/no evidentemente falso, entre otras posibles variables de gradación[22]. Con carácter general, subraya Alexy la perspectiva jurídica de la ponderación, que determina, en particular, el primero de los factores comentados. Pues se trata, nos dice, del peso abstracto de los principios a ponderar «desde el punto de vista de la Constitución»[23].

3. Por lo demás, en detalle, sobre la fórmula del peso y sus márgenes de rendimiento, podemos remitirnos a contribuciones anteriores[24], de interés aquí resulta la misma en tanto que ofrece materiales y perspectivas para una primera racionalización del deber de cuidado como juicio de ponderación:

IV.1. **Factores de ponderación**

1. En este sentido, frente a lo apuntado genéricamente en el RD por el que se aprueba el Reglamento para el servicio de coches automóviles, esto es, que se trata de «un factor nuevo, que si no se dirige hábilmente, puede ocasionar riesgos y dificultades para el tránsito general y deterioros graves del firme y obras de fábrica para las carreteras [sic]», así como que puede provocar «peligros y perturbaciones en el tráfico», la fórmula de Alexy recoge un factor de ponderación que resulta directamente aplicable al mismo: la base empírica. En concreto, la base empírica que se predica de los distintos factores a considerar en la determinación del deber. Si cabe predicar certeza, plausibilidad o si la base empírica de los mismos no alcanza los predicados anteriores.

2. Sin embargo, el peso abstracto no precisa distinguirse de los bienes jurídicos expuestos a los «peligros y perturbaciones en el tráfico», tampoco de aquellos bienes que se pretende realizar —o favorecer— mediante la exposición de los anteriores. En particular, si no se hace tanto uso metafórico de la aritmética.

En este sentido, la consideración como factor de ponderación de los bienes jurídicos expuestos permite ya explicitar el mismo, el peso abstracto de los bienes, mediante ulterior argumentación. Volviendo al ejemplo del tráfico viario: se trata primeramente de bienes jurídicos personales de carácter iusfundamental, en particular, la vida e integridad

[21] ALEXY, R., *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*, ob. cit., pp. 783 y ss.

[22] ALEXY, R., *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*, ob. cit., pp. 777 y ss.

[23] ALEXY, R., *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*, ob. cit., p. 771: «Das erste ist ein einheitlicher Standpunkt: der Standpunkt der Verfassung».

[24] En particular SÁNCHEZ LÁZARO, F. G., *Una teoría de la argumentación jurídico-penal: un segundo desarrollo, de la mano de algunos problemas de miedo insuperable*, pp. 175 y ss.; EL MISMO, *Diario La Ley*, núm. 7710, 2011, pp. 1 y ss.

física de los participantes o/y personas expuestas al tráfico, así como, en un segundo plano, dado su menor peso en Derecho, de bienes de carácter patrimonial[25]. Sin perjuicio de las posibilidades de entrar en mayor detalle, en el concreto juicio de ponderación.

En relación con este segundo factor, resulta ilustrativa la sentencia expuesta en I, a modo de introducción: como consecuencia de la circulación desatenta y a excesiva velocidad, el acusado sale «despedido hacia el margen derecho de la vía donde chocó contra la doble valla de protección… atropellando a D. Daniel y a D. Oscar quienes… [se habían] apeado del vehículo… para socorrer al conductor»[26]. Se trataría, por tanto, aquí, de la vida e integridad física de los participantes en el tráfico, así como, en un segundo plano, de los bienes patrimoniales que también se afectan mediante tal actuación.

3. Mientras que, como tercer criterio, se presta el grado de exposición o/y afectación del anterior. Con otras palabras: si estamos ante un tipo de actividad que, con carácter general, expone los bienes jurídicos al mero peligro generado por tales conductas, o se trata de una actividad en la que pudieran resultar además ubicuos eventuales resultados de lesión. En relación con este tercer factor, resulta ilustrativa la distinción entre delitos de resultado, peligro concreto y abstracto, en los términos acuñados por nuestra doctrina[27]. En este sentido, se trataría de diferenciar entre los distintos grados de exposición o/y afectación de los distintos bienes jurídicos por parte de las conductas cuyo deber de cuidado se trata de establecer.

Siguiendo el modelo triádico esbozado, habría que diferenciar, primeramente, aquellas actividades de las que cabe predicar, con carácter general, como previsibles eventuales resultados de lesión material. En este primer grupo estarían, en consecuencia, aquellas actividades de las que cabe predicar el nivel más alto de lesividad. En segundo

[25] Por lo demás, en relación con la actividad médico quirúrgica, ilustrativo Romeo Casabona, *El médico y el Derecho penal I,* ob. cit., pp. 207 y s., 212 y ss.; más recientemente, siguiendo al anterior Rueda Martín, M.ª A., *InDret,* en prensa, p. 21, señalando que además del «criterio intelectual de la previsibilidad objetiva es necesario atender, adicionalmente, a un criterio normativo para constituir definitivamente el cuidado objetivamente debido que permite establecer las medidas oportunas de cuidado… y que debe concretarse… a partir de la ponderación de intereses que traza el límite de lo soportable (esto es lo atípico) y lo no soportable (esto es lo típico) por el orden social», señalando, en particular, en p. 24, que «en las intervenciones quirúrgicas realizadas con un fin terapéutico y con un resultado favorable se subordina el bien jurídico integridad corporal a la realización de una función valorada socialmente como es salvar la vida del paciente o mejorar su salud, y es consustancial esta afección de la integridad corporal al ejercicio de la mencionada actividad curativa»; anteriormente, también la misma, *InDret,* 4/2009, pp. 23 y ss., 27 y ss.

[26] Antecedentes de hecho segundo.

[27] Cerezo Mir, J., *Curso de Derecho penal español, Parte General, II*…, ob. cit., pp. 111 y s.; en relación con la actividad médico quirúrgica, igualmente ilustrativa Rueda Martín, M.ª A., *InDret,* 4/2009, p. 28: «el médico debe optar por el método, terapia o tratamiento que desde un punto de vista ex ante y según el estado de conocimientos de su especialidad, resulte menos peligroso o lesivo u objetivamente más eficaz».

lugar, se encontrarían aquellas conductas de las que cabe predicar, con carácter general, como previsibles eventuales resultados de peligro concreto para el bien jurídico, esto es, aquellas en las que el bien o bienes jurídicos expuestos entran previsiblemente «en el radio de acción de la conducta», si bien no cabe predicar lo mismo de su efectiva lesión —frente a las actividades subsumibles en el grupo anterior—[28]. Mientras que en tercer lugar estarían aquellas conductas de las que, con carácter general, no cabe predicar cursos causales con resultados de lesión material, ni de peligro concreto, pero que el peligro se encuentra en la ratio legis de su punición, ya sea por las características del bien jurídico —por ejemplo, salud pública— que permite excluir los dos peldaños anteriores, o por la escasa lesividad de la conducta individual frente al mismo, entre otras posibles razones, que impidan su clasificación en los dos grupos mentados con anterioridad.

4. En relación con el primer y tercer criterio, resulta igualmente relevante la reparabilidad del bien jurídico en el caso de resultados de lesión. De este modo, no es lo mismo la afectación de un bien jurídico como la vida o la integridad física, y en particular determinadas afectaciones graves de esta última, que el patrimonio, que se presta en mayor medida a reparación. Criterio que apunta a una diferente determinación de los deberes de cuidado en relación con el delito de daños por imprudencia grave, art. 267 de nuestro Código: «Los daños causados por imprudencia grave en cuantía superior a 80.000 euros, serán castigados con la pena de multa de tres a nueve meses, atendiendo a la importancia de los mismos»[29]. Diferente determinación de los deberes de cuidado que respondería al también diferente peso abstracto y reparabilidad de los bienes jurídicos, por ejemplo, frente al tutelado por el delito de homicidio, en las distintas modalidades previstas en el art. 142 de nuestro Código penal.

IV.2. **Medidas de ponderación**

1. En relación con las escalas de ponderación, en trabajos previos hemos optado, siguiendo a Alexy, por una escala triádica, que permita diferenciar tres posibles peldaños o niveles en relación con los factores expuestos[30]. Así, en relación con los bienes jurídicos, cabe hablar de un peso o valor en Derecho alto, por ejemplo, en el caso de bienes jurídicos con rango de derecho fundamental como la vida o la integridad física, pero también de un valor medio o bajo en relación con otros tipos de bienes como los

[28] Frente a la definición al uso de este otro grupo de delitos, en las que se requiere, en palabras de Cerezo Mir, J., *Curso de Derecho penal español, Parte General, II*…, ob. cit., p. 114, que la «lesión apareciera en ese momento [de la acción] como no absolutamente improbable».

[29] Por lo demás, sobre este delito, desde una perspectiva de técnica legislativa, ya Romeo Casabona, C. M., «*Los delitos culposos en la reforma penal*», ADPCP, 1990, t. 43/2, pp. 451 y ss.

[30] Alexy, R., *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*, ob. cit., pp. 777 y ss.; siguiendo al anterior Sánchez Lázaro, F. G., *Una teoría de la argumentación jurídico-penal*, ob. cit., pp. 175 y ss.

mentados de la salud pública o el patrimonio. Al respecto, podemos remitirnos aquí a trabajos anteriores[31]. Pero valoración que deberá concretarse y justificarse argumentativamente en relación con los concretos factores de la ponderación[32].

2. En esta misma línea, en relación con el grado de afectación, cabe hablar de grave, medio o leve según quepa predicar de la conducta, en relación con eventuales afectaciones de bienes jurídicos en forma de resultado material, de lesión o peligro concreto, o un mero peligro abstracto, en el sentido esbozado con anterioridad[33].

3. Tales escalas permiten su adaptación a los distintos factores, si bien pueden igualmente ajustarse, por ejemplo, mediante la ampliación de los niveles a cinco o su reducción a dos. Se trata de un criterio instrumental. Pero la opción por una escala concreta propicia un tratamiento sistemático de la ponderación de los distintos factores, así como de desarrollo de las diferentes normas de cuidado, facilitando seguidamente su interrelación. De importancia, en cualquier caso, al respecto, son las correlativas cargas de argumentación que subyacen a las respectivas atribuciones de valor.

IV.3. **Cargas de argumentación**

1. En este otro sentido, la atribución de un valor en la escala a cada uno de los distintos factores a ponderar, conlleva una carga de argumentación. Pero de argumentación, primeramente, conforme a Derecho, y en particular, «desde el punto de vista de la Constitución»[34]. Se trata de la racionalidad y, con ello, de la legitimidad de la ponderación[35]. De que en la misma se debe proceder conforme a Derecho, de que, por poner un ejemplo, frente a la alusión genérica a los «riesgos y dificultades para el tránsito general y deterioros graves… para las carreteras», así como a los «peligros y perturbaciones en el tráfico», cabe argumentar:

2. Que el desarrollo del tráfico vial conlleva la exposición de bienes jurídicos de carácter iusfundamental y, en particular, del derecho a la vida y la integridad física de quienes participan o/y se exponen en el mismo[36]. También que sólo en el año 2022, se contabilizaron un total de 129.576 víctimas, de las cuales fallecieron 1.746, y requirieron

[31] Ilustrativo Sánchez Lázaro, F. G., *Una teoría de la argumentación jurídico-penal*, ob. cit., pp. 175 y ss.

[32] Ilustrativo Sánchez Lázaro, F. G., *Una teoría de la argumentación jurídico-penal*, ob. cit., pp. 175 y ss.

[33] *Cfr.* Cerezo Mir, J., *Curso de Derecho penal español, Parte General, II*…, ob. cit., pp. 111 y s.

[34] Alexy, R., *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*, ob. cit., p. 771.

[35] Alexy, R., *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*, ob. cit., p. 771.

[36] Argumentación que, naturalmente, se presta a un mayor desarrollo, por ejemplo: derecho a la vida, que se encuentra consagrado en el art. 15 de nuestra Constitución, que de modo expreso dispone «todos tienen derecho a la vida», etc.

hospitalización 8.502[37]. Se trata, por tanto, de un ámbito donde acontecen afectaciones graves y ciertas de tales bienes jurídicos de derecho fundamental. Afectaciones de bienes de las que, en particular, en relación con el bien jurídico vida, puede predicarse su irreparabilidad[38]. De ahí la necesidad de extremar los deberes de cuidado, frente a otras actividades donde los bienes jurídicos expuestos carecen de tal relevancia para nuestro Ordenamiento, resultan expuestos en menor medida o los resultados de lesión se presentan con menor frecuencia o de manera excepcional.

3. Argumentación que puede expresarse en los siguientes términos, siguiendo con el ejemplo del tráfico vial:

Factores de ponderación:	Valor:
Bienes jurídicos	Alto
Grado de afectación	Alto
Base empírica	Alta
Irreparabilidad	Alta

4. O metafóricamente, adoptando una escala numérica correlativa de valoración 1/2/3:

Factores de ponderación:	Valor:
Bienes jurídicos	3
Grado de afectación	3
Base empírica	3
Irreparabilidad	3

IV.4. **Escala de deberes de cuidado**

1. Lo anterior conduce, seguidamente, al establecimiento y graduación de escalas correlativas de deberes de cuidado. Siguiendo con el ejemplo del tráfico vial, así como parece atendible —conforme a Derecho— que en relación con una actividad en la que se produce con frecuencia la lesión de bienes jurídicos de carácter iusfundamental, como la vida o la integridad física, se extreme el rigor de los respectivos deberes de cuidado, precisamente por la importancia de aquellos. En relación con una actividad donde se exponen únicamente bienes de carácter patrimonial —como, por ejemplo, vehículos, obras de arte, joyería u otro tipo de mercancías meramente patrimoniales— no parece

[37] https://www.dgt.es/export/sites/web-DGT/.galleries/downloads/dgt-en-cifras/24h/Avance-de-las-cifras-de-siniestralidad-vial-2022.pdf

[38] En lugar del valor reparabilidad, en tanto que la mayor irreparabilidad, al igual que el mayor peso, grado de afectación y base empírica, conlleva un mayor valor en la ponderación, facilitando la correlación de los factores propuestos para su realización.

que sea preciso llegar tan lejos. Para empezar, porque el valor de los bienes jurídicos y la reparabilidad de sus eventuales afectaciones parecen variar sustancialmente entre uno y otro ámbito. Frente a los primeros, estos últimos carecen de rango de derecho fundamental y, en general, se trata de bienes reparables. Y ello debiera reflejarse en los respectivos deberes de cuidados a establecer.

2. Así, sobre tales razones, cabría convenir en los deberes de cuidado que establece el art. 21.1 de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial: «El conductor está obligado a respetar los límites de velocidad establecidos y a tener en cuenta, además, sus propias condiciones físicas y psíquicas, las características y el estado de la vía, del vehículo y de su carga, las condiciones meteorológicas, ambientales y de circulación y, en general, cuantas circunstancias concurran en cada momento, a fin de adecuar la velocidad de su vehículo a las mismas, de manera que *siempre pueda detenerlo dentro de los límites de su campo de visión y ante cualquier obstáculo que pueda presentarse*»[39].

3. En este último inciso, se concreta, especialmente, el deber de cuidado como deber de control actual de la fuente de peligro. De modo que la pérdida del control actual de la fuente de peligro supondría —negativamente— su vulneración. Ello resulta atendible a la luz del peso de los bienes jurídicos expuestos, grado de afectación al que se exponen y el carácter irreparable de muchas de sus afectaciones, así como la fuerte base empírica de lo manifestado con anterioridad. De hecho, en este último sentido, podemos remitirnos a la estadística de siniestralidad[40].

4. Control actual de la fuente de peligro, frente al que cabe pensar en escalas inferiores de cuidado, como el mero control potencial de la fuente de peligro, o, sin llegar a tanto, como la interposición o empleo de medios de contención.

En relación con la escala anterior, y a meros efectos ilustrativos, ello pudiera representarse así:

Valor de los factores de ponderación:	Grado de cuidado exigible
Alto	Control actual de la fuente de peligro
Medio	Control potencial de la fuente de peligro
Bajo	Medios de contención

5. De interés resulta aquí, primeramente, la mayor concreción de este criterio para el enjuiciamiento de las situaciones atípicas, en particular frente al componente voluntarista que inevitablemente encierra la idea de la persona inteligente y sensata —de acuerdo con la idea que se tenga por tal. En segundo lugar, también, debe señalarse el

[39] Cursiva añadida.

[40] https://www.dgt.es/export/sites/web-DGT/.galleries/downloads/dgt-en-cifras/24h/Avance-de-las-cifras-de-siniestralidad-vial-2022.pdf

desplazamiento de los criterios: desde la inteligencia y la sensatez —como sea que se entiendan— hacia una ponderación conforme a Derecho. Por lo demás, y frente a la remisión que hace el homenajeado, siguiendo a su maestro Cerezo, a las disposiciones reglamentarias, administrativas y equivalentes, como criterio de concreción del «comportamiento que tendría un hombre sensato y prudente puesto en la situación del autor»[41], el planteamiento propuesto persigue igualmente ofrecer un criterio que posibilita una perspectiva crítica de estas últimas, de las disposiciones a las que remite. Por poner un último ejemplo, la escala superior de los deberes de cuidado, como control actual de la fuente de peligro, permitiría una lectura crítica del art. 50.1 del Reglamento General de la Circulación, por el que se establecen como límites genéricos en vías urbanas, respectivamente, los siguientes:

a) 20 km/h en vías que dispongan de plataforma única de calzada y acera.
b) 30 km/h en vías de un único carril por sentido de circulación.
c) 50 km/h en vías de dos o más carriles por sentido de circulación.

6. Lectura crítica de los citados límites de velocidad en función de si permiten o no, en efecto, un control actual sobre la fuente de peligro. Ciertamente, quedan numerosas cuestiones abiertas[42], entre ellas, su correlación con las formas de imprudencia punible y, en general, la graduación de las formas de imprudencia[43]. Pero sobre ello, como por lo demás, para el desarrollo de lo aquí sólo esbozado, habrá que esperar a una próxima ocasión.

V. **Epílogo**

1. Tras estas breves notas, llegamos al final de la presente contribución. Se trata de una primera aproximación a una cuestión que conformaba el pentagrama de la tesis doctoral que dirigiera nuestro homenajeado entre el final de su estancia en La Laguna y el comienzo de su andadura en el País Vasco. Se abordó entonces la autoría y la participación, pero sin apenas profundizar en la imprudencia[44], por lo que aprovecho ahora la ocasión brindada, para realizar unas primeras consideraciones, a modo de introducción; con todo:

[41] Romeo Casabona, C. M.ª, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 139. En relación con el principio de legalidad, resulta de interés Perin, A., Polít. crim. Vol. 12, N.º 23 (Julio 2017), pp. 213 y s., 230 y ss.

[42] Ilustrativa, en relación con la *lex artis* Rueda Martín, M.ª A., *InDret,* 4/2009, pp. 41 y ss.; por lo demás, también Corcoy Bidasolo, M., *El delito imprudente*, ob. cit., pp. 308 y ss.; Paredes Castañón, J. M., *El riesgo permitido en Derecho penal…,* ob. cit., *passim.*

[43] Últimamente, al respecto Perin, A., Polít. crim. Vol. 12, N.º 23 (Julio 2017), pp. 234 y ss.; por lo demás, sobre la relevancia del conocimiento, igualmente véase pp. 230 y ss., 247 y ss.

[44] Sánchez Lázaro, F. G., *Autoría y participación en los delitos imprudentes*, *passim*; el mismo, *Täterschaft beim Fahrlässigkeitsdelikt. Die Zuständigkeit für die Risikoquelle als Täterbegriff*, *passim.*

1.1. A la ponderación esbozada, sobre el deber de cuidado, subyace, en general, una previa relativa a la permisibilidad de la concreta actividad de riesgo, de modo que sólo una vez que se decide esto último, el riesgo como permitido, procede ponderar sobre el nivel de cuidado a observar en su realización[45].

1.2. En este segundo juicio, la determinación de los deberes de cuidado, no debiera resolverse mediante la remisión a criterios porosos, desplazando la perspectiva del Derecho por la de la inteligencia y la sensatez —como sea que se entiendan—. En particular, porque el Derecho como caso especial del discurso práctico general ha institucionalizado sus propios criterios —de validez formal pero también, y en particular aquí, material— de ponderación[46].

1.3. Es por ello que también esta segunda ponderación, debe acontecer conforme a Derecho, en definitiva, por razones de legitimidad, como mandato de reducir en la mayor medida posible la arbitrariedad, en esta otra forma de aplicación del mismo que constituye la ponderación.

2. Dicho lo anterior, naturalmente, a modo de excusa. Pues estos breves trazos de un modelo de determinación de los deberes de cuidado desde la teoría general del Derecho y, en particular, desde la teoría de la ponderación, no esconden su carácter finalista: homenajear a mi maestro, en particular, por todo lo que me ha supuesto, y en general, por su tanto y buen hacer. Homenaje que, soy consciente, queda pendiente de ulteriores desarrollos. Así que, como dice Daddy Yankee, salud y vida, querido Carlos, porque nos quedan muchos temas pendientes de discusión. Discusión que además de un honor, siempre ha sido un placer.

VI. Bibliografía

Alexy, Robert, «Die Gewichtsformel», en Joachim Jickeli *et al.* (eds.), *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*, Walter de Gruyter, Berlín, 2003, pp. 771-792.

— *La institucionalización de la justicia*, Comares, Granada, 2005.

— *El concepto y la naturaleza del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2008.

Cerezo Mir, José, Curso de Derecho penal español, Parte General II, Teoría Jurídica del delito, 6.ª ed., Tecnos, Madrid, 2005.

Corcoy Bidasolo, Mirentxu, *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, PPU, Barcelona, 1989.

De Vicente Remesal, Javier, «La infracción del deber objetivo de cuidado y el criterio de la individualización hacia arriba para determinar la exigibilidad del empleo de los conocimientos o capacidades superiores», *ForFICP* 2023-3, pp. 11-41.

[45] Sin perjuicio de un eventual solapamiento en la práctica de ambas cuestiones, por lo demás, ilustrativo v. Paredes Castañón, J. M., *El riesgo permitido en Derecho penal…,* ob. cit., pp. 340 y ss.

[46] Ilustrativo Alexy, R., *La institucionalización de la justicia*, pp. 17 y ss., 31 y ss., 58, 69 y ss.; el mismo, *El concepto y la naturaleza del Derecho*, pp. 89 y ss.

GIL GIL, Alicia, *Fundamentos para la determinación de lo injusto imprudente en los delitos activos de resultado*, Atelier, Barcelona, 2007.

FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo José, *Resultado lesivo e imprudencia. Estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del «fin de protección de la norma de cuidado»*, J. M. Bosch, Barcelona, 2001.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Delitos calificados por el resultado y causalidad*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990.

LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *Lecciones de Derecho penal, Parte General,* 3.ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2016.

MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal, Parte General*, 10.ª ed. Acutalizada y revisada con la colaboración de Gómez Martín, Víctor y Valiente Iváñez, Vicente, Reppertor, Barcelona, 2016.

MORESO, Juan José, «Alexy y la aritmética de la ponderación», en Ricardo García Manrique (ed.), *Robert Alexy*, *Derechos sociales y ponderación*, 2.ª ed., Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, pp. 223-248.

MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal, Parte General*, 11.ª ed. revisada y puesta al día con la colaboración de Pastora García Álvarez, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, *El riesgo permitido en Derecho penal (Régimen jurídico penal de las actividades peligrosas),* Ministerio de Justicia e Interior. Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones, Madrid, 1995.

PERIN, Andrea, Il fatto colposo: la crisi del modello nomologico, l'aspettativa di diligenza e la condotta penalmente rilevante, Tesi di Dottorato, Trento, 2014.

— «La condotta lesiva colposa. Una prospettiva ricostruttiva», *Polít. crim*. Vol. 12, N.º 23 (Julio 2017), Art. 76, pp. 207-266.

ROMEO CASABONA, Carlos María, *El médico y el Derecho penal I. La actividad curativa (licitud y responsabilidad penal),* Bosch, Barcelona, 1981.

— *El médico ante el Derecho. La responsabilidad penal y civil del médico*, Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 1986.

— «Los delitos culposos en la reforma penal», *ADPCP*, 1990, t. 43/2, pp. 443-495.

— Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad del riesgo, Comares, Granada, 2005.

— «Capítulo 9. El tipo del delito de acción imprudente», en Carlos María Romeo Casabona *et al.* (coordinadores.), *Derecho penal. Parte general*, 2.ª ed., Granada (Comares), 2016, pp. 133-148.

RUEDA MARTÍN, María Ángeles, La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción, J. M. Bosch, Barcelona, 2001.

— «La concreción del deber objetivo de cuidado en el desarrollo de la actividad médico-quirúrgica curativa», *InDret* 4/2009, pp. 1-58.

— «La concreción del deber objetivo de cuidado en el desarrollo de la actividad médico-quirúrgica curativa, a la luz de los avances de los sistemas de inteligencia artificial», *InDret* en prensa, pp. 1-51.

SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme, Autoría y participación en los delitos imprudentes, Comares, Granada, 2004.

— Täterschaft beim Fahrlässigkeitsdelikt. Die Zuständigkeit für die Risikoquelle als Täterbegriff, Duncker & Humblot, Berlín, 2007.

— Una teoría de la argumentación jurídico-penal: un segundo desarrollo, de la mano de algunos problemas de miedo insuperable, Comares, Granada, 2009.

— «Sobre las ponderaciones de nuestra jurisprudencia: hacia unos mayores márgenes de racionalidad decisoria», *Diario La Ley*, núm. 7710, 2011, pp. 1-6.

34

DE NUEVO SOBRE LA CONFUSIÓN ENTRE PENAS Y MEDIDAS

Ángel José Sanz Morán
Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Valladolid

SUMARIO: I. Introducción. II. La reciente aportación de Romeo Casabona. III. Confusión penas / medidas en el Código Penal de 1995. IV. Perspectiva *de lege ferenda*. V. Consideraciones conclusivas. VI. Bibliografía.

I. Introducción

La estrecha amistad académica y personal entre nuestros respectivos maestros motivó que conociera a Carlos Romeo ya en los inicios de mi andadura universitaria y desde entonces, aunque ha habido períodos en los que apenas coincidíamos —debido normalmente a su ajetreada agenda—, ha existido siempre entre nosotros una comunicación franca y leal, lo que, unido a mi sincera admiración por su quehacer científico, hace que me llene de satisfacción poder participar en este merecido homenaje que le brindan sus discípulos.

Como resaltan éstos en su carta de convocatoria, la obra del profesor Romeo Casabona no se ha limitado a la esfera propia del Derecho Penal, sino que se vincula también, de manera muy especial, con los campos de la Bioética y la Biomedicina[1]. Mi incompetencia en estos últimos ámbitos, me lleva necesariamente a plantear mi modesta aportación dentro del ámbito jurídico-penal y, más en concreto, en un campo que ambos hemos frecuentado: el de la peligrosidad criminal y las medidas de seguridad, al que dedicara Romeo, hace ya casi cuarenta años, una monografía fundamental[2].

[1] Apenas es necesario recordar que nuestro homenajeado es doctor, no sólo en Derecho, sino también en Medicina

[2] Véase Romeo Casabona, *Peligrosidad...,* ob. cit. Buena muestra de la constante preocupación del profesor Romeo por esta materia es la dirección de las tesis doctorales de dos de los coordinadores de este homenaje, sus discípulos Urruela y Armaza, monografías de referencia, respectivamente, para las

Pero el motivo decisivo para redactar estas pocas páginas —como evoca ya su mismo título— es la reciente publicación, por parte de Romeo Casabona, de una contribución en la que, en una dirección muy próxima a que vengo manteniendo, denuncia la creciente confusión entre penas y medidas de seguridad[3]. Sirvan, por tanto, estas líneas, a modo de prosecución de un diálogo académico ya prolongado, de sincero homenaje al amigo y compañero[4].

II. La reciente aportación de romeo casabona

En el trabajo de Romeo que nos sirve aquí de hilo conductor se insiste, sobre todo, de manera crítica, en dos desarrollos muy expresivos de la deriva que está experimentando, hasta desfigurarlo por completo, el convencional modelo dualista de respuesta al delito. Por un lado, la sustitución de la «noción de peligrosidad criminal como característica psicológica y por ello individual y subjetiva del delincuente, en cuanto presupuesto necesario para poder imponer una medida de seguridad, por la del *riesgo de delinquir* que presenta la conducta de una persona de manera objetiva», valiéndose a tal efecto «de procedimientos estadísticos o actuariales, lo que acentúa el automatismo y la despersonalización del análisis»[5]. Se trata de una cuestión, de la que, como es notorio, se viene ocupando de manera creciente la doctrina penal española, destacando en este sentido los minuciosos análisis de la profesora Martínez Garay[6], y sobre la cual también se ha extendido el profesor Romeo en algunas contribuciones anteriores[7].

Y, en estrecha relación con lo anterior se encuentra el segundo de los problemas que ocupan a Romeo: la penetración en nuestro derecho positivo de la «confusión entre pena y medida y de sus respectivos presupuestos (culpabilidad y peligrosidad criminal)»[8].

---

medidas de seguridad en general y, específicamente, para el problema del tratamiento del delincuente habitual peligroso. Véase Urruela Mora, *Las medidas de seguridad…,* ob. cit.; y Armaza Armaza, *El tratamiento penal…,* ob. cit.

[3] Véase Romeo Casabona, «La confusión…, ob. cit., pp. 1395-1405.

[4] Apenas es necesario indicar que la índole de esta contribución obliga a reducir al mínimo las referencias bibliográficas.

[5] Véase Romeo Casabona, «La confusión…, ob. cit., pp. 1396-7 (cursivas allí). Como lo expresara hace ya algunos años, con notable claridad, Silva Sánchez, «El retorno de…, ob. cit., pp. 699-710, «a la hora de adoptar consecuencias jurídicas inocuizadoras, los métodos predictivos basados en el análisis psicológico individual de responsabilidad o peligrosidad han sido sustituidos por otros de naturaleza actuaria (*actuarial justice*), de modo que el delito pasa a ser abordado con las mismas técnicas probabilísticas y cuantitativas que, en el ámbito de los seguros, por ejemplo, se utiliza para la gestión del riesgo» (p. 710)

[6] Véase sólo Martínez Garay, «La incertidumbre…, ob. cit.

[7] Véase sólo, en tal sentido, Romeo Casabona, «Riesgo…, ob. cit., pp. 165-179. Por nuestra parte, hemos analizado sucintamente este problema de los métodos de determinación de la peligrosidad en Sanz Morán, *Las medidas de corrección…,* ob. cit., pp. 87 ss. y, más recientemente, entre otros lugares, en «La peligrosidad criminal…, ob. cit., pp. 61-79 (especialmente, pp. 73 ss.)

[8] Véase Romeo Casabona, «La confusión…, ob. cit., p. 1397

Y aclara: «No fundidas, sino confundidas, con la ambigüedad que esto genera y su afectación inmediata a la seguridad jurídica»[9]. Destina, en efecto, el profesor Romeo la mayor parte del trabajo que nos ocupa a analizar tres ejemplos en los que se produce la confusión en fase de ejecución de la pena o de la medida[10]: la institución escocesa denominada «orden de restricción de por vida» (OLR), introducida por una Ley de 2003; el sinuoso *iter* legislativo y de justicia constitucional experimentado por la denominada «custodia de seguridad» en Alemania y el caso de la prisión permanente revisable en España, «pena que se fundamenta en la culpabilidad de su autor, pero que encuentra su límite en la peligrosidad criminal y el riesgo de reiteración delictiva que revele el delincuente a partir del momento en que la privación de libertad mínima que marca el CP se ha cumplido»[11].

Cabe traer a colación, en relación a este último ejemplo, la reflexión que —a propósito de la regulación de los delitos contra la vida— hacía años atrás mi maestro, el profesor Torío, cuando cuestionaba si no estaremos con la prisión perpetua no ante una pena, sino ante una medida de seguridad; y añadía: «una medida que no radica en un pronóstico individualizado de peligrosidad, sino en la peligrosidad deducida de la ejecución del hecho, contiene una presunción tan inadmisible como las presunciones de culpabilidad»[12]. En palabras de Kunz, las penas privativas de libertad con un marco extraordinariamente elevado «contradicen el mandato tanto de una medida de la culpabilidad adecuada al caso individual como de un enjuiciamiento individual de la peligrosidad. Contienen un doble ´suplemento de peligrosidad`: por una parte, en aras a la seguridad colectiva se establece un internamiento mucho más prolongado que lo adecuado a la culpabilidad; por otra parte, el peligro común que proporciona la ocasión para un internamiento más prolongado se acepta, de manera abstracto-general para todos aquellos sujetos condenados (o vueltos a condenar) por determinados delitos considerados especialmente graves»[13]. Más aún, nos recuerda también este autor que no es infrecuente que, a estas penas privativas de libertad muy prolongadas, se acumulen medidas asegurativas, de modo que al final unas y otras terminan comportándose como «partes ampliamente intercambiables y funcionalmente complementarias de una estrategia unitaria de control de delincuentes peligrosos[14].

[9] *Ibid.,* p. 1398

[10] *Ibid.,* pp. 1398 ss.

[11] *Ibid.,* pp. 1401-1402.

[12] Véase Torio Lopez, «Estudio de la reforma…, ob. cit., pp. 77-114 (p. 97). Ya antes, en el mismo sentido —y también en el contexto de la regulación de los delitos contra la vida—, entendía Artz, «Die Delikte…, ob. cit., pp. 1-38, que la regulación del asesinato en el Código penal alemán comporta la idea del asesino como delincuente especialmente peligroso, para quien es precisa la reclusión perpetua, concebida básicamente como una medida de seguridad específica (pp. 19 ss.)

[13] Véase Kunz, «´Gefährliche` Rechtsbrecher…, ob. cit., pp. 1375-1392 (p. 1376).

[14] *Ibid.,* p. 1378.

Pero la confusión entre penas y medidas de seguridad que denuncia, con razón, Carlos Romeo, no se limita a los ejemplos que él aduce, relacionados fundamentalmente con la tendencia comparada a poner en práctica mecanismos inocuizadores de diversa naturaleza para los autores de delitos más graves, sino que el modelo dualista, correctamente entendido, entra también en crisis —y de manera notoria— en nuestro derecho positivo cuando comprobamos la amplia confusión existente entre penas y medidas no privativas de libertad, aspecto éste del problema en el que vamos a centrarnos a continuación.

III. Confusión penas / medidas en el código penal de 1995

Como destacábamos ya en nuestra primera aproximación a esta materia[15], llama poderosamente la atención, en nuestro sistema legal —a diferencia de lo que sucede en el derecho comparado—, la amplia coincidencia existente en los respectivos catálogos de penas privativas de derechos y medidas no privativas de libertad, como vemos, por ejemplo, con la privación del derecho a conducir vehículos a motor o ciclomotores y de la licencia o permiso de armas, las prohibiciones de aproximación o comunicación con la víctima o con las personas que se indique, algunas de las inhabilitaciones y suspensiones, etc., simultáneamente previstas como penas y como medidas.

Resulta sobradamente conocida la razón última de esta doble consideración, como penas y como medidas, de muchas de las incluidas en los respectivos catálogos: la opción del legislador de 1995, en la línea de algunas propuestas «neo-monistas» muy extendidas por entonces en nuestra doctrina penal[16], en el sentido de limitar la aplicación de las medidas a los sujetos inimputables o semiimputables. Además de ello, hay que recordar el debate suscitado por una serie de sentencias del Tribunal Constitucional, en los años anteriores a la aprobación del vigente Código Penal, que concluían, con argumentación muy cuestionable, que la imposición conjunta de penas y medidas de seguridad por unos mismos hechos conculcaba el principio *non bis in ídem*.

En relación a lo primero, ya hemos insistido sobradamente en la confusión que aqueja a buena parte de la doctrina española, a la hora de analizar el problema de si debe seguirse un modelo monista o dualista de respuesta al delito. Una vez más: el modelo «dualista» o «de doble vía» es el que contempla frente al delito una doble forma de reacción: penas y medidas de seguridad, sea cual sea la forma de relacionarse entre sí; de modo que el Código Penal vigente, desde un primer momento, al prever medidas de seguridad en lugar de la pena (inimputables), o junto a la pena (semiimputables),

[15] Más información en Sanz Morán, *Las medidas*…, ob. cit., pp. 231 ss.

[16] Nos hemos ocupado reiteradamente con el debate monismo/dualismo del sistema de sanciones penales. Véase sólo, entre las contribuciones más recientes, Sanz Morán, «De nuevo…, ob. cit., pp. 251-269.

adopta un modelo de doble vía. Cuestión diversa, que abordaremos a continuación, es la de si resulta plausible la imposición de algunas medidas de seguridad, además de la pena, a sujetos plenamente responsables.

Y, en relación a lo segundo, debemos insistir en que las sentencias del Tribunal Constitucional que se traen a colación en este contexto se apoyan en un modo de argumentación que, además de desconocer palmariamente el sentido del contraste entre monismo y dualismo, impedirían incluso —interpretadas literalmente— la imposición conjunta de penas y medidas de seguridad a los semiimputables, motivo por el que recibieron una crítica tan extendida[17].

Ahora bien, conviene recordar que la exclusión del recurso a las medidas de seguridad en el caso de sujetos plenamente responsables, ha sido superada ya, en nuestro derecho positivo, desde la introducción, en el año 2010, de la medida de libertad vigilada en su modalidad de medida post-penitenciaria. Dejando ahora a un lado los múltiples problemas que suscita la vigente regulación legal de la medida de libertad vigilada —y de los que también nos hemos hecho eco en anteriores ocasiones[18]—, lo cierto es que no existen obstáculos de fondo para que, con distinto fundamento y alcance, se impongan penas y medidas de seguridad conjuntamente al sujeto plenamente responsable, observando en cualquier caso los límites que impone el principio de proporcionalidad, sin que ello suponga mácula alguna del principio *non bis in ídem*. Todo depende de la concreta plasmación legal.

Más aún, antes incluso de la introducción de la medida de libertad vigilada el Código Penal español preveía ya (en su art. 57) esta imposición conjunta de penas y medidas (no privativas de libertad) para sujetos plenamente responsables. Pensemos en el caso del denominado «alejamiento» (prohibiciones de aproximación o comunicación con la víctima)[19], que, aunque recogido en el catálogo de las penas, materialmente es una auténtica medida de seguridad, orientada inequívocamente en interés inocuizador. Ahora bien, dado que el Código Penal no preveía, en un primer momento, la posibilidad de imponer una medida de seguridad a un sujeto plenamente imputable, lo que hace es incorporar este «alejamiento» al catálogo de las penas y prever su imposición, en cuanto «pena accesoria», junto a la principal, en aquellos delitos contra las personas en que ello resulte aconsejable. Sucede entonces que, en ámbitos como los de violencia en el ámbito familiar o violencia de género, el Juez o Tribunal sanciona la conducta con una pena privativa de libertad de unos pocos meses (en los casos, por ejemplo, del art. 153 CP), a la que añade, vía art. 57.2 CP, una pena accesoria de «alejamiento» que puede llegar a suponer, en tales supuestos (delitos menos graves) una duración de hasta

[17] Más información en Sanz Morán, *Las medidas*…, ob. cit., pp. 149 ss.

[18] Véase Sanz Morán, «La nueva medida…, ob. cit., pp. 997-1028 y, más recientemente, «Una consecuencia jurídica…, ob. cit., pp. 587-601.

[19] Véase, por todos, Faraldo Cabana, *Las prohibiciones…,* ob. cit.

cinco años. Ahora bien, mal puede denominarse a la misma «pena accesoria», cuando no depende de una principal, sino de la índole del delito cometido, excediendo además su duración a la de la pena privativa de libertad de la que se declara «accesoria»[20]. No sólo eso, sino que su imposición se apoya en «el peligro que el delincuente represente», como sucede con las medidas de seguridad.

Y otro tanto cabe decir de las inhabilitaciones y suspensiones[21]. La consideración de las inhabilitaciones sólo como medida de seguridad, pero impuesta también a sujetos plenamente responsables, además de resultar más acorde con su verdadera naturaleza jurídica y la finalidad prioritariamente inocuizadora que con ellas se persigue[22], permitiría dar una solución más razonable a algunos de los problemas que suscita la actual regulación.

La doble consideración, en nuestro código Penal, de la inhabilitación profesional resulta altamente problemática. Considerarla una específica medida de seguridad sólo para inimputables, como hace el art. 107 CP, resulta discutible, aunque sólo sea por esa exigencia de «abuso del ejercicio» de la profesión por alguien que, «al tiempo de cometer la infracción penal», es incapaz de «comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión» (art. 107, en conexión con los tres primeros números del art. 20 CP)[23]. Pero sucede, además, que su contenido coincide con el de la pena homónima. Ahora bien, su consideración exclusivamente como pena supondría, como en el caso del alejamiento, asignarle cometidos (el control de la peligrosidad del sujeto) que difícilmente está en condiciones de cumplir.

Dado que la función prioritaria que cumplen estas penas tiene carácter inocuizador, atiende mejor a esa finalidad su consideración como medidas. En primer lugar, porque, frente al problema, recurrentemente analizado, de su imposición obligatoria, sólo cabría acudir a la medida de inhabilitación profesional, de manera siempre potestativa, si se da el presupuesto básico de toda medida de seguridad: el pronóstico de reiteración delictiva en caso de proseguir con la actividad profesional que propició el delito realizado. Se saldría así al paso de una de las críticas fundamentales al modelo regulativo actual: el recurso, por parte del legislador, a presunciones *iuris et de iure* de peligrosidad criminal. Lo expresa, de manera muy clara, la profesora Gutiérrez Castañeda —aunque, a

[20] También Valeije Álvarez, «La regulación de las penas…, ob. cit., pp. 243-276, entiende este art. 57 CP una acumulación de pena y medida postpenitenciaria (p. 245). Y Pozuelo Pérez, *Las penas privativas...,* ob. cit., p. 67 (y allí, la nota 137), nos recuerda que ya el Código Penal español de 1928, primero, como es notorio, en incorporar las medidas de seguridad a nuestro derecho positivo, recogía al «alejamiento» entre las medidas.

[21] Nos acabamos de ocupar de ello en Sanz Morán, «La inhabilitación profesional…, ob. cit., pp. 673-683.

[22] Insistiendo en esta finalidad inocuizadora, por todos, Domínguez Izquierdo, «Cuando la pena accesoria… ob. cit., pp. 137-193 (por ejemplo, en p. 143)

[23] Más información en Sanz Morán, *Las medidas…,* ob. cit., pp. 267 ss.

mi modo de ver, no extraiga de ello las debidas consecuencias—, cuando señala que la imposición de estas penas no responde «a una valoración individualizada», que en atención «a las características de la conducta, del sujeto responsable y a la incidencia que el ejercicio del derecho, cargo o actividad de que se trate ha tenido en la comisión del delito, tratara de determinar la existencia e intensidad de un riesgo de reiteración delictiva específica», sino que se sustituye esta valoración «por una suerte de presunción absoluta, en cuya virtud, quien se ha servido una vez de un derecho, cargo o actividad para la comisión de un delito es susceptible de volverlo a hacer»[24].

Por lo demás, la exigencia de un adecuado pronóstico de peligrosidad criminal para la imposición (junto a la pena de prisión o multa) de esta medida de seguridad, permitiría también resolver mejor otro de los problemas recurrentes cuando se analiza la pena de inhabilitación profesional: su relación con el delito cometido (y con los de previsible comisión). Y lo mismo cabe decir del reiterado problema del carácter desigual que supone la imposición, de manera general —esto es, sin atender a su destinatario— de las actuales penas de inhabilitación profesional.

También se respondería de manera razonable a las exigencias de proporcionalidad, cuyo cumplimiento —especialmente en el caso de su imposición como penas accesorias— dista de verse satisfecho con la regulación vigente[25]. Eso sí, habría que revisar, como venimos reclamando, el modo en que se concreta este principio en el ámbito de las medidas, desligándolo del correspondiente a la pena prevista para el delito cometido y atendiendo a la propia índole de la medida en cuestión. Bien entendido que no hablamos aquí de un período de tiempo de inexorable cumplimiento, sino de un plazo máximo. De nuevo, el modelo de la inhabilitación profesional como medida se manifiesta, a este respecto, más adecuado, por la gran flexibilidad que introducen en la ejecución de las medidas de seguridad los mecanismos previstos en los artículos 97 y 98 CP. Baste recordar que, de acuerdo con ellos, la medida debe cesar en cuanto desaparece la peligrosidad que exigió su imposición y puede, en cualquier momento, sustituirse por otra. Por lo demás —lo hemos recordado en diversas contribuciones—, también estos preceptos están necesitados de distintas mejoras técnicas, en cuyo detalle no podemos ahora detenernos. Y, entre ellas, debería preverse, como lo hacen algunos modelos legales, un régimen específico de suspensión condicional de la ejecución de

[24] Véase Gutiérrez Castañeda, *Las penas privativas...,* ob. cit., p. 460. Ya antes, en el mismo sentido, Valeije Álvarez, «La regulación…, ob. cit., p.268, denuncia la existencia aquí de una presunción *iuris et de iure*, «según la cual, quien ha abusado una vez de su profesión, continuará haciéndolo»

[25] Conviene recordar, en este contexto, que la «necesidad» de la medida forma parte del juicio de proporcionalidad en sentido amplio y, a la hora de valorar si la medida es necesaria, conviene tener presente la posible existencia de una sanción disciplinaria concurrente. Véase, e este respecto, Fernández Pantoja, «La inhabilitación especial…, ob. cit., pp. 241-274 (pp. 266 ss.)

la medida, que obviara los problemas que al respecto se plantean en su actual configuración como pena[26].

De acuerdo con la profesora Pastor Muñoz, «aquella consecuencia penal (…) que no se pueda fundamentar como respuesta a un injusto (…) no debería denominarse jamás pena, sino medida de seguridad para imputables», lo que, de hecho «ya hace el legislador en el caso de la libertad vigilada». Y añade acertadamente esta autora que estamos ante un problema «mucho más viejo de lo que parece: ya las penas de inhabilitación añaden problemas semejantes: ¿por qué al funcionario que prevarica le inhabilitamos durante un período generoso para ejercer funciones públicas. Probablemente, ahí aparece ya un esquema semejante al de la libertad vigilada»[27].

En definitiva, tanto los denominados «alejamientos» como ciertas «inhabilitaciones», o «prohibiciones», en cuanto mecanismos exclusivamente orientados a la prevención de futuros delitos, deberían considerarse sólo como medidas de seguridad, someterse los requisitos y límites de éstas e imponerse excepcionalmente junto a la pena (limitada en función del injusto y culpabilidad) si el sujeto activo es declarado penalmente responsable[28]. Y ello sucede en algunos países de nuestro entorno. Es frecuente destacar, en lo que a la inhabilitación profesional se refiere, los casos alemán y portugués[29]. En concreto, el parágrafo 70 del StGB alemán prevé, únicamente dentro de la regulación de las medidas de seguridad, la inhabilitación profesional (*Berufsverbot*), tanto si el sujeto es imputable como si es inimputable; y otro tanto establece el artículo 100 del Código Penal portugués (*Interdiçao de actividades*). Pero también los artículos 67 y siguientes del Código Penal suizo recogen, dentro de las medidas de seguridad, tanto la prohibición de actividades —incidiendo en particular en las que impliquen a menores[30]—, como mecanismos de «alejamiento», próximos a los que nuestro Código recoge en el catálogo de las penas privativas de derechos. Por lo demás, la gran hetero-

[26] Para el problema de la suspensión condicional de la pena de inhabilitación profesional, véase, por todos, De Vicente Remesal, «La pena de inhabilitación…, ob. cit., pp. 45-104 (pp. 92 ss.)

[27] Véase Pastor Muñoz, «Imputables peligrosos…, ob. cit., pp. 1477-1487 (lo entrecomillado en el texto, en pp. 1486-7).

[28] Cabe mencionar, en un sentido próximo, la propuesta formulada hace ya años por Manzanares Samaniego, «Las inhabilitaciones…, ob. cit., pp. 33-58 (especialmente, pp. 37 ss., con ulteriores referencias).

[29] *Cfr.* el estudio del parágrafo 70 (y concordantes) del StGB alemán, así como del art. 100 del Código Penal portugués, en De Vicente Remesal, «La pena de inhabilitación…, ob. cit., pp. 153 ss.

[30] Para el problema general de las inhabilitaciones para profesiones que supongan actividad con menores, véase García Mosquera, «Nueva perspectiva…, «La pena de inhabilitación…, ob. cit., pp. 109-151, quien, por cierto, también destaca la atención prioritaria de esta pena a salir al paso de la peligrosidad del autor «en una clara aproximación a la naturaleza propia de las medidas de seguridad» (p. 149).

geneidad de éstas, así como las notables diferencias en su regulación positiva, vienen impidiendo su armonización a nivel europeo[31].

En último término —ha insistido en ello Frisch, uno de los mayores especialistas en el derecho de medidas—, tras el problema de la relación entre penas y medidas se oculta la cuestión central de la forma de realización más adecuada de la prevención especial, por lo que habrá que plantear si la realización de la prevención especial por la vía de las medidas no trae consigo ventajas que con la solución penal se perderían; o, expresado en otros términos, si la pena está en condiciones de asumir con carácter exclusivo todas las exigencias derivadas de la prevención especial[32]. A partir de esta constatación, cabe plantear la posibilidad de considerar mecanismos como las inhabilitaciones o el denominado «alejamiento» como medidas de seguridad, a imponer junto a la correspondiente pena adecuada al injusto y culpabilidad del hecho delictivo realizado.

IV. Perspectiva de lege ferenda

En reiteradas ocasiones nos hemos adherido, en el contexto de este debate, a la tesis —entendemos que mayoritaria— que defiende no sólo la naturaleza jurídico penal de las medidas, sino también la necesidad de conservar la separación entre penas y medidas de seguridad. Es innegable la aproximación experimentada —sobre todo, por lo que se refiere a su ejecución— entre estas dos formas de respuesta al delito, dato en el que insisten los partidarios del denominado «nuevo monismo»; pero como ha destacado en la doctrina penal española Silva Sánchez —siguiendo, en parte, a Frisch—, perviven significativas diferencias: en lo que se refiere a sus respectivos presupuestos y fines, el diverso sentido de la privación de libertad y del tratamiento en uno y otro caso y el diverso alcance que cobra el principio de proporcionalidad[33].

De manera recurrente hemos defendido —con los oportunos matices— este recurso conjunto a penas y medidas (no privativas de libertad) para el delincuente contumaz, en términos que no podemos ahora reproducir[34]. Y del mismo modo extendemos aquí este mismo planteamiento al supuesto de acumulación de pena y mecanismos restrictivos de determinados derechos, que, entendemos, deberían considerarse sólo medidas de

[31] Véase, al respecto, Gutiérrez Castañeda, *Las penas*…, ob. cit., pp. 246 ss. y Villacampa Estiarte, «Las penas de inhabilitación…, ob. cit., pp. 251-300.

[32] Véase Frisch, «Die Massregeln…, ob. cit., pp. 343-393 (pp. 357 ss.).

[33] Véase Silva Sánchez, «La regulación…, ob. cit., pp. 15-49 (pp. 30-32) y Frisch, «Die Massregeln…, ob. cit., pp. 357 ss. Ulterior información en Sanz Morán, *Las medidas*…, ob. cit., pp. 39 ss. y «De nuevo…, ob. cit., *passim.* Siguiendo en parte los planteamientos de Frisch, aboga también Ziffer, *Medidas de seguridad…,* ob. cit., pp. 60 ss., por la necesidad de mantener penas y medidas como consecuencias jurídicas diferenciadas del hecho delictivo.

[34] Véase sólo Sanz Morán, «De nuevo sobre…, ob. cit., pp. 1085-1101, o los trabajos sobre la medida de libertad vigilada recogidos en la nota 18.

seguridad. Bien entendido que con ello no estamos proponiendo una rígida acumulación de penas y medidas, sino que, como sucede en el caso de los semiimputables —y aunque sea éste un supuesto distinto del que aquí nos ocupa—, también deberá valorarse la posibilidad de sustitución recíproca de aquellas. Por otra parte, apenas es necesario insistir en que la previsión de cualquier medida —y más aún aquellas que se acumulen a la pena— debe someterse a los correspondientes criterios de legitimación[35], y observar, en particular, las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad, que —también venimos insistiendo en ello— debe cobrar en el ámbito de las medidas una dimensión matizada respecto a lo que sucede en el caso de la pena.

Por fin —apenas es necesario recordarlo—, un modelo «dualista» como el propuesto pasa por una reforma radical del sistema de penas. Y, en particular, si pretendemos que la peligrosidad criminal se combata exclusivamente a través de medidas específicas, ello deberá ir acompañado de una sensible disminución de la intensidad de las penas. Resulta así, por ejemplo, del todo punto incoherente que, apelando al dualismo, pretendieran algunos de los instrumentos prelegislativos que estuvieron en el origen la reforma penal de 2015, incorporar la custodia de seguridad post-penitenciaria, al tiempo que se mantenían los elevadísimos máximos penales para el concurso real de delitos o se añadía al catálogo de penas privativas de libertad la (por tantos motivos rechazable) prisión permanente revisable.

En definitiva, y como agudamente advierte Ziffer, si no queremos renunciar a la prevención especial, «la discusión queda planteada en estos términos: o bien se acepta un sistema de penas genéricas bajas, con la posibilidad de medidas apoyadas en la peligrosidad, para los casos de reincidencia excepcionales, o bien, se recurre a un sistema de penas lo suficientemente elevadas como para que toda preocupación en torno a la posibilidad de reincidencia se convierta, de hecho, en un factor irrelevante»[36]. De lo expuesto se desprende sobradamente nuestra preferencia —como la de la autora citada— por la primera opción. Y aunque lo defendido por la penalista argentina viene referido, en el texto que acabamos de transcribir, al tratamiento del delincuente habitual peligroso, cabría decir lo mismo en relación a los casos que aquí estamos tratando: mecanismos puramente asegurativos, como los «alejamientos», o determinadas interdicciones de ejercicio profesional, o de licencias para el uso de las armas, etc., cumplen mejor su función si los consideramos como medidas de seguridad, a aplicar conjuntamente con la pena, siempre que respondan a un pronóstico individualizado de peligrosidad y con los límites y el régimen de ejecución propios de las medidas, si queremos evitar —lo que actualmente sucede con frecuencia— que su imposición como pena, además de

[35] Permítasenos remitir a Sanz Morán, «Sobre la justificación…, ob. cit., pp. 969-979. Una amplia exposición sobre la justificación o legitimación de las medidas de seguridad ofrece, en la literatura más reciente en español, Ziffer, *Medidas de seguridad…*, ob. cit., pp. 63 ss.

[36] Véase Ziffer, *Medidas…*, ob. cit., p. 381.

encubrir una inadmisible presunción *iuris et de iure* de peligrosidad, cobre una intensidad que desborde lo exigible de acuerdo con el contenido de injusto y culpabilidad del hecho delictivo realizado.

V. Consideraciones conclusivas

Señalaba hace unas décadas Muñoz Conde que en el debate «monismo *versus* dualismo» «se decide el futuro de esta rama del ordenamiento jurídico como en ningún otro tema»[37]. A la luz de lo expuesto en estas páginas se concluye nuestra posición favorable a la pervivencia del dualismo de sanciones penales. Ello no implica, sin embargo, ni mostrarse partidario de la rígida acumulación de penas y medidas por unos mismos hechos, ni apostar por un «modelo penal de la seguridad»[38]. Se trata, por el contrario, de un dualismo que, correctamente articulado, resulta perfectamente compatible con los postulados de un Estado de Derecho y, por ende, con un modelo de Derecho penal garantista. Y ello pese a ser conscientes de lo que, sin duda, constituye el problema fundamental del recurso a las medidas (y del que tan certeramente se ha ocupado nuestro homenajeado, como veíamos más arriba): la dificultad de concretar el juicio de pronóstico inherente a la peligrosidad criminal, que es el presupuesto fundamental de toda medida de seguridad. Dificultades, por cierto, no mayores que las que concurren cuando se hace de la (falta de) peligrosidad presupuesto de instituciones relacionadas con la pena y su ejecución, como en el ámbito de la suspensión condicional de la pena o en el del acceso al régimen abierto o a la libertad condicional del condenado a pena de prisión.

Ahora bien, conviene insistir en que una consecuente respuesta «dualista», que, además de dar respuesta al delito cometido por un sujeto inimputable, combine pena ajustada a la culpabilidad con medidas complementarias dirigidas a controlar la peligrosidad criminal del sujeto semiimputable o plenamente responsable, tendría que pasar por una adecuada depuración conceptual del contenido de una y otra consecuencia jurídica del delito, evitando que, por ejemplo, mecanismos como las inhabilitaciones, privaciones de licencia o prohibiciones de aproximación o comunicación con la víctima, de carácter marcadamente preventivo-individual y dirigidos a la evitación de nuevos delitos, aparezcan simultáneamente recogidos en el catálogo de las penas y en el de las medidas, y se someta su imposición a distintos presupuestos.

[37] Véase Muñoz Conde, «Medidas de seguridad…, ob. cit., pp. 491-512 (p. 492).

[38] Para una crítica al mismo, véase, por todos, Jorge Barreiro, «Reflexiones sobre…, ob. cit., pp. 599-660 (pp. 641 ss.)

Por lo demás, apenas es necesario insistir en la necesidad de una profunda revisión de la regulación vigente, en un sentido que aquí no podemos desarrollar[39], pero que giraría en torno a estos tres ejes: reformulación de los principios y garantías, adaptándolo a lo que de específico tienen, frente a la pena, las medidas de seguridad y de modo particular, del principio de proporcionalidad; revisión profunda del catálogo de medidas no privativas de libertad, precisando su contenido (que no debería coincidir con el de las penas privativas de derechos); y, finalmente, una profunda remodelación de lo concerniente a la ejecución de las medidas.

Un planteamiento que, entendemos, no se aleja demasiado del que sostiene el profesor Romeo Casabona, a quien van dirigidas estas líneas y de quien, en cualquier caso, confío en seguir aprendiendo, así como disfrutando de su amistad.

VI. Bibliografía

Armaza Armaza, E.J. *El tratamiento penal del delincuente imputable peligroso*, Comares, Granada 2013

Artz, G. «Die Delikte gegen das Leben», en *ZStW* 83 (1971), pp.1-38

De Vicente Remesal, J. «La pena de inhabilitación profesional: consideraciones desde el punto de vista de los fines de la pena», en *CPC* n.º 113 (2014), pp. 45-104

Domínguez Izquierdo, E.M. «Cuando la pena accesoria de inhabilitación especial requiere relación directa con el delito cometido del art. 56.1.3 del Código penal», en *CPC* 112 (2014), pp. 137-193

Faraldo Cabana, P. *Las prohibiciones de residencia, aproximación y comunicación en el Derecho penal. Especial referencia a los malos tratos en el ámbito familiar y a la violencia de género*, Tirant lo Blanch, Valencia 2008

Fernández Pantoja, P. «La inhabilitación especial como consecuencia jurídico-penal derivada del ejercicio de la profesión médica o sanitaria», en Morillas Cueva (dir.), *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*, Dykinson, Madrid 2009, pp. 241-274

Frisch, W. « Die Massregeln der Besserung und Sicherung im strafrechtlichen Rechtsfolgensystem», en *ZStW* 102 (1990), pp. 343-393

García Mosquera, M. «Nueva perspectiva de la pena de inhabilitación profesional orientada a la protección de menores», en *CPC* 129 (2019), pp. 109-151

Gutiérrez Castañeda, A. *Las penas privativas de derechos políticos y profesionales. Bases para un nuevo modelo regulativo*, Tirant lo Blanch, Valencia 2012

Jorge Barreiro, A. «Reflexiones sobre la problemática actual y el futuro de las medidas de seguridad criminales: su regulación en el Derecho penal español y en el Derecho comparado», en Luzón Peña, D.M. (dir.), *Derecho penal del Estado Social y Democrático de Derecho. Libro homenaje a Santiago Mir Puig*, La Ley, Las Rozas (Madrid) 2010, pp. 599-660

Kunz, K.-L. «´Gefährliche` Rechtsbrecher und ihre Sanktionierung», en *Menschengerechtes Strafrecht. Festschrift für A. Eser zum 70. Geburtstag*, C.H. Beck, München 2005, pp. 1375-1392

[39] Permítasenos remitir a Sanz Morán, «Medidas de seguridad», ob. cit., pp. 467-479, donde ofrecíamos incluso una propuesta de regulación alternativa a la vigente.

Manzanares Samaniego, J.L. «Las inhabilitaciones y suspensiones en el proyecto de Código penal», en *ADPCP* 1980, pp. 33-58

Martínez Garay, L. «La incertidumbre de los pronósticos de peligrosidad: consecuencias para la dogmática de las medidas de seguridad», en *InDret*, abril de 2014.

Muñoz Conde, F. «Medidas de seguridad en la reforma de 1983 y en la PANCP: ¿monismo o dualismo?», en *RFDUC monográfico 6* (1983), pp. 491-512

Pastor Muñoz, N. «Imputables peligrosos: reflexiones sobre la legitimidad de la reacción jurídico-penal frente a sujetos peligrosos autorresponsables», en *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid 2019, vol. 2, pp. 1477-1487

Pozuelo Pérez, L. *Las penas privativas de derechos en el Código Penal*, Colex, Madrid 1998

Romeo Casabona, C. *Peligrosidad y Derecho penal preventivo*, J.M. Bosch Editor, Barcelona 1986

— «Riesgo, procedimientos actuariales basados en inteligencia artificial y medidas de seguridad», en *Revista Penal* n.º 42 (julio 2018), pp. 165-179

— «La confusión entre pena y medida: sus efectos para el régimen de garantías», en *Libro Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario, vol. II*, REUS, Madrid 2020, pp. 1395-1405

Sanz Morán, A.J. *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho Penal*, Lex Nova, Valladolid 2003

— «Sobre la justificación de las medidas de corrección y de seguridad», en Bajo Fernández, Jorge Barreiro, Suárez González (coords.), *Homenaje al Profesor Dr. D. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Civitas, Madrid 2005, pp. 969-979

— «De nuevo sobre el tratamiento del delincuente habitual peligroso», en Bueno Arús, Kury, Rodríguez Ramos, Zaffaroni (dir.), *Derecho Penal y Criminología como fundamento de la Política Criminal. Estudios en homenaje al Profesor Alfonso Serrano Gómez*, Dykinson, Madrid 2006, pp. 1085-1101

— «La nueva medidad de libertad vigilada: reflexión político criminal», en *Un Derecho penal comprometido. Libro Homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz*, Tirant lo Blanch, Valencia 2011, pp. 997-1028

— «Medidas de seguridad», en Álvarez García, J. (dir.) / Dopico Gómez-Aller, J. (coord.), *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 467-479

— «La peligrosidad criminal. Problemas actuales», en Landa Gorostiza (dir.), Garro Carrera (coord.), *Delincuentes peligrosos*, Trotta, Madrid 2014, pp. 61-79

— «De nuevo sobre el monismo y dualismo en el Derecho penal», en *Represión penal y Estado de Derecho. Homenaje al Profesor Gonzalo Quintero Olivares*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2018, pp. 251-269

— «Una consecuencia jurídica no tan extraña: la libertad vigilada», en *Estudios en homenaje a la profesora Susana Huerta Tocildo*, UCM, Madrid 2020, pp. 587-601.

— «La inhabilitación profesional como pena: un apunte», en *Libro homenaje al Profesor Javier de Vicente Remesal por su 70.º aniversario*, BOE, Madrid 2024, pp. 673-683.

Silva Sánchez, J.M. «La regulación de las medidas de seguridad (artículo 6)», en *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, Bosch, Barcelona 1997, pp. 15-49

— «El retorno de la inocuización», en Arroyo Zapatero / Berdugo de la Torre (dir.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos* in memoriam, Universidad Castilla La Mancha, Cuenca 2001, vol. 1, pp. 699-710

TORIO LOPEZ, A. «Estudio de la reforma de los delitos contra la vida (parricidio, asesinato)», en *Repercusiones de la Constitución en el Derecho penal,* Universidad de Deusto, Bilbao 1983, pp.77-114

URRUELA MORA, A. *Las medidas de seguridad y reinserción social en la actualidad. Especial consideración de las consecuencias jurídico-penales aplicables a sujetos afectos de anomalía o alteración psíquica*, Comares, Granada 2009

VALEIJE ÁLVAREZ, I. «La regulación de las penas accesorias en el Código Penal de 1995», en *ADPCP* 2007, pp. 243-276.

VILLACAMPA ESTIARTE, C. «Las penas de inhabilitación en la Unión Europea: regulación comparada y proceso de armonización», en Tamarit Sumalla, J. (coord.), Las sanciones penales en Europa, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2009, pp. 251-300.

ZIFFER, P. *Medidas de seguridad. Pronósticos de peligrosidad en derecho penal*, Hammurabi, Buenos Aires 2008.

35

EL SISTEMA «REAL» DE INCRIMINACIÓN DE LA IMPRUDENCIA EN DERECHO PENAL ECONÓMICO ESPAÑOL*

JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ
Catedrático de Derecho penal
Universidad Pompeu Fabra

SUMARIO: I. DEDICATORIA. II. EL SISTEMA NOMINAL. LA REGULACIÓN EXPRESA DE LA IMPRUDENCIA EN LA LEGISLACIÓN PENAL ECONÓMICA ESPAÑOLA COMO PRIMER ELEMENTO DEL SISTEMA. III. LA POSIBILIDAD DE LA «*CULPA IURIS*»: UN SEGUNDO ELEMENTO DEL SISTEMA. IV. EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS: EL TERCER ELEMENTO DEL SISTEMA. V. BALANCE DE LO ANTERIOR. VI. LAS CLÁUSULAS DE TRANSFERENCIA DEL ART. 31 Y DEL ART. 318 DEL CÓDIGO PENAL. VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. DEDICATORIA

Dentro del amplio campo de intereses de Carlos M. Romeo Casabona, cuya memoria queremos honrar, también se contó el de los delitos imprudentes.[1] Por eso quiero contribuir a este homenaje con un breve trabajo sobre estos, que se inserta en una línea actual de mi investigación. Descanse en paz el ilustre colega, el buen amigo, la persona sonriente y de trato siempre amable.

II. EL SISTEMA NOMINAL. LA REGULACIÓN EXPRESA DE LA IMPRUDENCIA EN LA LEGISLACIÓN PENAL ECONÓMICA ESPAÑOLA COMO PRIMER ELEMENTO DEL SISTEMA

La identificación de los límites del sistema de responsabilidad por imprudencia en el Derecho penal económico español parece, a primera vista, sencilla. Su punto de partida

* Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación PID2020-115863GBI00/MICIU/AEI/10.13039/501100011033, financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades y la Agencia Estatal de Investigación.

[1] ROMEO CASABONA, C.M, «La imprudencia jurídico-penal…, ob.cit., pp. 127 y ss. EL MISMO, «La peligrosidad…, ob. cit., pp. 950 y ss.; EL MISMO, *Conducta peligrosa…,* ob. cit., *passim*.

es el art. 12 CP, en el que se establece el sistema de *numerus clausus* de incriminación de la imprudencia.[2] A partir de ahí, ciertamente cabe concluir en primer lugar que las conductas de homicidio o lesiones realizadas en el contexto de la actividad empresarial son susceptibles de imputación subjetiva tanto a título de imprudencia grave como menos grave (arts. 142 y 152 CP). Más allá de esto, los tipos de delito susceptibles de imputación a título de imprudencia son, por un lado, los cometidos contra la seguridad de los trabajadores (art. 317 CP); contra el medio ambiente (art. 331 CP);[3] y los relativos a la fabricación y distribución de productos defectuosos, en particular, de alimentos y medicamentos (art. 367 CP). Por otro lado, las insolvencias punibles (art. 259.3 CP); el blanqueo de activos (art. 301.3 CP); y las conductas de contrabando (art. 2.5 de la Ley de contrabando). En ellos, además, el título concreto de imputación es el de imprudencia grave,[4] con la excepción del art. 259.3 CP, que sorprendentemente solo alude a la comisión «por imprudencia».

La distinción de estos dos grupos de casos tiene sentido en la medida en que unos y otros responden a dos estructuras claramente diversas. Así, los primeros reflejan la lógica de los delitos de peligro (de producción de una lesión) en relación con las personas o el ambiente. En cambio, los segundos se integran, más bien, en el ámbito de los delitos fraudulentos (o de ocultación). Ahora bien, ambos grupos tienen algo en común, a saber, exigen la concurrencia de un elemento típico relativo a la infracción de regulaciones jurídico-públicas o, excepcionalmente, de otras reglas o estándares privados. En este punto debe hacerse hincapié. Desde luego, las imprudencias pueden referirse a cualesquiera elementos típicos, como las características empíricas (incluidas las normativas-sociales) de la conducta o la probabilidad *ex ante* de que esta produzca el resultado típico de peligro o lesión. Ahora bien, con frecuencia la imputación imprudente de los delitos económico-empresariales deriva de la concurrencia de situaciones de desconocimiento vencible (o evitable) de las mencionadas regulaciones jurídicas. A lo primero, lo solemos denominar *culpa facti* y a lo segundo, *culpa iuris*.

III. LA POSIBILIDAD DE LA «*CULPA IURIS*»: UN SEGUNDO ELEMENTO DEL SISTEMA

Ciertamente, la recién mencionada es una distinción de alcance general. Sin embargo, en el Derecho penal económico resulta fundamental la distinción entre la

[2] «Las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley».

[3] Al igual que los delitos contra la flora y la fauna (arts. 332.3 y 334.3 CP); y los delitos relativos a la energía nuclear (arts. 344 y 345.3 CP).

[4] Así, los delitos de estragos por imprudencia grave (art. 347). O incluso los daños de más de 80.000 euros por imprudencia grave (art. 267 CP), que se castigan únicamente con pena de multa de tres a nueve meses. Además de ser solo perseguibles a instancia de parte y susceptibles de perdón por parte del ofendido.

«imprudencia de hecho» (*culpa facti*) y la «imprudencia de Derecho» (*culpa iuris*). En efecto, por la influencia del Derecho penal del homicidio y de las lesiones, es común que los ejemplos académicos de conductas imprudentes se construyan sobre la base de supuestos de imprudencia de hecho —en concreto, de error vencible sobre elementos descriptivos del tipo, como en particular el riesgo de muerte del sujeto pasivo—.[5] En tales casos, la imprudencia deriva de errores vencibles de percepción o bien de errores, igualmente vencibles, en cuanto a la aplicación de leyes científico-técnicas, de experiencia e incluso relativas a reglas sociales —ya sea por la ignorancia de estas, ya por un error relativo a la subsunción en ellas del caso concreto—. Pues bien, frente a ello, los tipos del Derecho penal económico cuentan con múltiples elementos normativos de sentido o de valoración jurídica, o se configuran directamente como leyes penales en blanco.[6] Esto significa que, en ellos, además de casos de *culpa facti*, se dan con frecuencia supuestos de *culpa iuris*, esto es, como supuestos de error vencible —de ignorancia inexcusable— de Derecho, que deben caracterizarse igualmente como «imprudencias».[7]

Así las cosas, es preciso dilucidar cuáles de estos errores de Derecho deben ser subsumidos en la regla del art. 14.1 CP español, esto es, como casos de error de tipo, excluyentes del dolo, y calificarlos de error de tipo.[8] En tal caso, si el error es vencible, la infracción «será castigada, en su caso, como imprudente». Es decir, sólo será castigada si la imputación a título de imprudencia está prevista, en los términos del sistema de *numerus clausus* del art. 12 CP español, para el delito correspondiente. Ahora bien, un sector no irrelevante de la doctrina, partiendo de reducir el objeto del dolo a la realidad fáctica, o poco más, tiende a calificar buena parte de estos errores vencibles de Derecho (*culpa iuris*) como errores de prohibición. Esto significa que la concurrencia de una «imprudencia grave de Derecho» recibe el tratamiento de una atenuación de la pena con respecto al caso de «dolo pleno», quedando sometida al régimen del art. 14.3 CP español.[9] En efecto, en el último inciso de este precepto se prevé para estos casos la atenuación de la pena en uno o dos grados; en otras palabras, se los considera como

[5] Ciertamente, una posición doctrinal, que suscribía nuestro homenajeado, rechaza que la imprudencia sea una forma de error, lo que es coherente con su defensa de un concepto dualista (cognitivo-volitivo) de dolo, que hace compatible la concurrencia de un conocimiento del riesgo concreto inherente a la conducta con la calificación de esta última como imprudente. Sin embargo, incluso esta posición tiene que aceptar que la mayor parte de las imprudencias son sencillamente errores vencibles.

[6] Un análisis detallado en Wolf, C., *Error facti…*, ob. cit., pp. 111 ss.

[7] Arroyo Zapatero, L., «Derecho penal económico…, ob.cit., p. 7.

[8] «El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente». Sobre la polémica, Papathanasiou, K*., Irrtum…,* ob. cit. *passim*.

[9] «El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados».

casos de «dolo atenuado».[10] Esto sucede en todos los delitos, con independencia de si en el caso correspondiente se ha previsto la imputación a título de imprudencia o no.

Así las cosas, al menos para los casos de imprudencias jurídicas que se califiquen de error de prohibición y den lugar a una atenuación de la pena, no es posible concluir que rige un sistema de *numerus clausus* de incriminación de la imprudencia, pese al tenor del art. 12 CP, sino por el contrario un sistema abierto. Ciertamente, la magnitud de la apertura depende de la opción jurisprudencial y de la doctrina por la calificación de un número mayor o menor de errores de Derecho como errores de prohibición. Sin embargo, en el momento actual, puede afirmarse que precisamente la jurisprudencia califica los errores sobre los elementos de antinormatividad general de la conducta —errores sobre la infracción de disposiciones prescriptivas del Derecho administrativo o del Derecho privado (leyes penales en blanco elementos de valoración jurídica global del hecho)— como errores de prohibición. Se dirá: es que no son imprudencias. ¿Seguro? ¿Entonces cómo calificar la conducta del empresario que no actualiza sus conocimientos en materia de obligaciones de declaración de operaciones sospechosas, por no haber leído la nueva normativa legal al respecto? Y ¿tan distinto es este error de aquel consistente en no comprobar, por prisas, la procedencia de los fondos de un cliente determinado?

Por lo demás, en cierto modo ello es más correcto en cuanto a las consecuencias. En efecto, a pesar de que una amplia doctrina sigue sosteniendo que el error imprudente de prohibición es más grave que el error imprudente de tipo, lo cierto es que el legislador no lo tiene muy en cuenta. Así, en el Derecho penal económico español el error de tipo vencible (la forma indiscutida de imprudencia), cuando se castiga, se castiga con un marco punitivo más grave que el propio del error de prohibición vencible. En efecto, en algunos casos tal marco punitivo incluso se solapa con el del delito doloso, pues su límite superior es más elevado que el inferior del delito doloso correspondiente (arts. 259.3; 301.3; 332.3 y 334.3 CP). En los demás supuestos, la regla establecida es que se imponga la pena inferior en un grado a la del delito doloso (arts. 317; 331; 344; 345.3; 347; 367 CP; art. 3.1. de la Ley de Contrabando). Esto significa que, en el Derecho penal económico español, en los casos en los que está prevista la comisión imprudente del hecho, el error de tipo vencible se castiga más gravemente que el error de prohibición vencible —atenuación obligatoria en uno o dos grados— (art. 14.3 CP).[11] Ello desvirtúa el argumento que sostiene la distinción del tratamiento de ambas clases de error con base en el mayor merecimiento de pena del error de prohibición, dada la oposición al Derecho que este conlleva.

[10] Un tema que incluso conduce a pensar que la distinción categorial entre dolo e imprudencia puede estar obsoleta: lo formula con cautela: Wolf, C., *Error facti…*, ob. cit., p. 682.

[11] Lo advierten también Martínez-Buján, C., *Derecho penal económico…*, ob.cit., p. 523; Puente Rodríguez, L., *El error…,* ob.cit., pp. 60 y ss.

Ciertamente, en los casos en los que no está prevista la punición de la imprudencia, el error imprudente de tipo (o error de tipo vencible), si se aprecia, da lugar a un tratamiento más benévolo que el del error de prohibición, puesto que conduce a la impunidad. Sin embargo, resulta discutible que sea razonable una solución que conduce a un castigo extremadamente grave en unos delitos, mientras que en los demás queda impune. En cambio, el error imprudente de prohibición se puede castigar en todos los delitos, con una pena susceptible de mayor o menor atenuación, lo que puede dar lugar a soluciones justas.

Ciertamente, en los casos en los que la calificación de error de tipo vencible conduce a imponer una pena superior a la del error de prohibición vencible, podría ser razonable apreciar un concurso de eximentes parciales (o atenuantes) y optar por el error de prohibición, dada su mayor incidencia en la rebaja de pena.[12] Por otro lado, en algunos casos de Derecho penal económico en los que no existe tipo imprudente, la tendencia a no absolver y a llevar el *error iuris* al ámbito del error de prohibición se puede constatar sin problemas. Esto significa que, en realidad, un tratamiento unificado de la *culpa facti* y de la *culpa iuris* con atenuación obligatoria en uno y facultativa en dos grados y el abandono del sistema de *numerus clausus* en los delitos económicos no sería, por tanto, ninguna aberración. Por el contrario, es algo que merece discusión igual que la merece, de modo general, el problema planteado.

IV. El régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas: el tercer elemento del sistema

La legislación penal española contiene una regla de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas, caracterizada asimismo por la acogida de un sistema de *numerus clausus*.[13] Ciertamente, el alcance de dicha regla no coincide con el de los supuestos de delitos económicos a los que alcanza el *numerus clausus* de incriminación de la imprudencia de personas físicas. Por un lado, aquel es bastante más amplio, puesto que comprende casi todos los delitos patrimoniales y económicos, así como otros relacionados con la corrupción. Sin embargo, por otro lado, es más estrecho, pues deja fuera el caso de los delitos contra la seguridad de los trabajadores (art. 317 CP), así como la comisión imprudente de los delitos en materia medioambiental (art. 328 en relación con el 331 CP) y de fabricación de productos alimenticios y de medicamentos (art. 366 en relación con los anteriores; art. 367 CP).

[12] Ya, Silva Sánchez, J.-M., *Delitos…,* ob.cit., p. 171; Díaz y García-Conlledo, M., «El error…, ob. cit., pp. 42 ss., 54.

[13] Art. 31 bis 1.: «En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables…».

Sentado esto, procede determinar cuáles son los presupuestos legales de la imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas. Esta es una cuestión compleja, sobre la que, sin embargo, a los efectos que aquí interesan cabe ser relativamente parco. En efecto, más allá de los requisitos consistentes en que una persona física haya cometido un delito en el ejercicio de las actividades sociales y en beneficio de la persona jurídica, es preciso detenerse en lo que indica el art. 31 bis 1 b) CP. Este sucede al art. 31 bis 1 a), que se ocupa de la imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas por los delitos cometidos por personas físicas dotadas de autoridad en aquéllas. Así, el art. 31 bis 1 b) requiere, para imputar responsabilidad a la persona jurídica por delitos cometidos por sujetos subordinados, que estos hayan «podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso». Es decir, expresado en términos más usuales en la doctrina italiana que en la nuestra, que haya tenido lugar una «culpa de organización» (*colpa di organizzazione*). Al margen de esto, la persona jurídica puede quedar exenta de responsabilidad, tanto por hechos cometidos por los sujetos mencionados en el art. 31 bis 1 a) como por hechos cometidos por los sujetos mencionados en el art. 31 bis 1 b) CP, si en ella se ha implantado un modelo de prevención con las características previstas en la ley.

La pregunta que aquí interesa de modo esencial es si la responsabilidad penal de la persona jurídica en los casos previstos por la ley requiere la comisión, por parte de alguna persona física, de un hecho delictivo en sentido completo —hecho punible—, o no. Esta cuestión, a la que cabe aludir como el problema de la «accesoriedad de la responsabilidad penal de la persona jurídica», requiere, para ser respondida, tener presentes dos disposiciones del texto legal: el art. 31 bis 1 y el art. 31 ter CP. En primer lugar, el art. 31 bis 1 CP dispone que, en los casos previstos por la ley, las personas jurídicas serán penalmente responsables por delitos cometidos por determinadas personas físicas. Por lo tanto, la responsabilidad de aquellas no es directa, sino accesoria. Las personas físicas que cometan los delitos pueden ser, por un lado, sus «representantes legales» u otros sujetos «autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica» o que, en fin, «ostentan facultades de organización y control dentro de la misma» (art. 31 bis 1 a) CP). Por otro lado, pueden ser cualesquiera sujetos «sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior» (art. 31 bis 1 b) CP).

Ahora bien, sentado que la responsabilidad penal de la persona jurídica es accesoria con respecto a la comisión de delitos por parte de personas físicas, la pregunta decisiva es qué significa el término «delito» a los efectos de la aplicación de dicha regla. Para ello es preciso recurrir al art. 31 ter CP. De este precepto cabe inferir, en primer lugar, que la responsabilidad penal de la persona jurídica no requiere que el hecho cometido por parte de la persona física sea perseguible ni punible. En efecto, no se requiere que dicha persona haya sido «individualizada», ni que «haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella»; cabe, en efecto, que haya «fallecido» o que «se haya sustraído a la acción de la justicia». La cuestión siguiente es si ese hecho que no tiene que ser

punible, ni perseguible, al menos tendría que ser «culpable». El art. 31 ter CP establece, a este respecto, que «la concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad» no afecta a la responsabilidad de la persona jurídica. Ciertamente, cabe discutir sobre qué significa «culpabilidad» en tal precepto. Sin embargo, la interpretación del texto conforme al contexto histórico-dogmático de desacuerdo doctrinal y jurisprudencial en el que nos encontramos debería conducir a entender que dicho término comprende cualesquiera títulos de imputación subjetiva —tanto la imputación a título de dolo o imprudencia como a título de culpabilidad en sentido estricto—.[14] Es cierto que, en términos de sistemática legal, cabría sostener que el texto sólo se refiere a circunstancias atenuantes o agravantes. En efecto, en él aparece la expresión «circunstancias» y, además, su contenido se pone en relación con las atenuantes de la persona jurídica del art. 31 quater («sin perjuicio de lo que se dispone en el artículo siguiente»). Sin embargo, también es cierto que el mismo art. 31 ter CP alude no sólo a que no se «modificará» la responsabilidad de la persona jurídica, sino también a que dicha responsabilidad no se «excluirá». Por lo tanto, permite interpretar que la exclusión de la culpabilidad de la persona física no excluye la de la persona jurídica en el sentido antes mencionado. En fin, teleológicamente, no tendría sentido que una situación de miedo insuperable de un directivo o empleado, provocada por terceros para que aquellos cometan un delito, excluya la responsabilidad penal de la persona jurídica en la que se han omitido de forma gravemente imprudente los mecanismos de control. Del mismo modo, tampoco tendría sentido que, *ceteris paribus*, lo provocado por terceros fuera un error vencible o invencible y que ello excluyera la responsabilidad de la persona jurídica. Por lo tanto, la responsabilidad penal de la persona jurídica no requiere que el hecho de la persona física le sea subjetivamente imputable a esta última. Es más, ni siquiera es preciso siempre que se trate de un hecho objetivamente antijurídico de tal persona física, como lo pone de relieve el supuesto en el que ciertos terceros provocan una situación de estado de necesidad justificante en una persona física integrada en la empresa, para que esta cometa un delito. En definitiva, hay razones para pensar que la accesoriedad de la responsabilidad de la persona jurídica sea objetiva y mínima, en el sentido de que sólo requiera que una persona física integrada en la empresa realice una conducta objetivamente típica.

Ahora bien, es preciso reconocer que, en el contexto de la legislación española, ello plantea algún problema. Como se ha adelantado, en algunos casos la responsabilidad

[14] Y, por tanto, no sólo la culpabilidad en el sentido de la expresión conforme a la doctrina del finalismo, que no ha sido expresamente acogida ni en el texto legal ni por la jurisprudencia, sino sólo por una parte de la doctrina.

penal de la persona jurídica se vincula precisamente a un hecho delictivo doloso de la persona física, excluyendo la variante imprudente del mismo delito. Ello sucede en el art. 328 CP, que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los casos de comisión dolosa de los delitos contra el medio ambiente, pero deja fuera su comisión imprudente (art. 331).[15] Otro tanto ocurre con el art. 366 CP, que se refiere a la comisión dolosa de los delitos de peligro en materia de fabricación previamente mecnionados, pero deja fuera su comisión imprudente (art. 367). En el contexto de la regulación, esto no tiene mucho sentido, pues cabe que el error (vencible o invencible) de la persona física se deba precisamente al defecto de organización existente en la persona jurídica. Sin embargo, lo cierto es que exige dilucidar si el hecho de la persona física es doloso o imprudente para a continuación plantear la cuestión de la responsabilidad de la persona jurídica.

Con esta salvaguarda, que hay que valorar como un defecto técnico, todo lo anterior conduce a la conclusión alcanzada antes. A saber, que la accesoriedad de la responsabilidad de la persona jurídica en relación con el hecho de la persona física sólo requiere que esta última haya realizado los elementos de la tipicidad objetiva del delito correspondiente. A partir de ahí, la responsabilidad de la persona jurídica requiere la constatación de una «imprudencia organizativa», que no tiene que imputarse a ninguna persona física o grupo de personas físicas, sino que únicamente debe constatarse en el *statu quo* de la propia persona jurídica.

La pregunta es si ese estado de cosas imprudente debe ser, a su vez, estrictamente objetivo o por el contrario debería imputarse «subjetivamente» a la estructura de la propia persona jurídica, en concepto de imprudencia colectiva (o «del colectivo»), y, en tal caso, cómo. Este tema de la imputación subjetiva a la persona jurídica es muy delicado, de modo que resultaría temerario pretender abordarlo ahora. Ahora bien, en este punto, por un lado, no puede dejar de hacerse alusión a la doctrina del conocimiento colectivo o imputación agregada (*collective knowledge*), consolidada en los Estados Unidos[16] e importada a la discusión europea por Klaus Lüderssen en 2012.[17] La idea que subyace

[15] También deja fuera la responsabilidad de las personas jurídicas colaboradoras de la administración en el caso de que en estas se realice alguna de las conductas previstas en el art. 329 CP

[16] Por ejemplo, en los casos «*United States v. Pacific Gas & Electric Co*.» (2015); ya, «*United States v. T.I.M.E.-D.C., Inc*.» (1972): «A corporation can only act through its employees and, consequently, the acts of its employees, within the scope of their employment, constitute the acts of the corporation. Likewise, knowledge acquired by employees within the scope of their employment is imputed to the corporation. In consequence, a corporation cannot plead innocence by asserting that the information obtained by several employees was not acquired by any one individual employee who then would have comprehended its full import. Rather, the corporation is considered to have acquired the collective knowledge of its employees and is held responsible for their failure to act accordingly».

[17] El trabajo fue reimprimido en un homenaje al autor, con ocasión de sus noventa años: LÜDERSSEN, K., «The aggregative Model…, pp. 497 ss.

a ella es que cabe imputar a la persona jurídica, de modo acumulado, la suma de todas las acciones y omisiones de sus empleados (en lo objetivo), así como de los estados de conocimiento de sus administradores y directivos (en los subjetivo).

Por otro lado, la cuestión es si la imputación de una imprudencia grave a la persona jurídica, como cuestión tanto de posibilidad de conocimiento como de exigibilidad de este último, debería ser relativa a ciertas capacidades estructurales de aquella en cuanto a la adquisición de información, a su procesamiento, interpretación y a su valoración. Baste ahora con apuntar que, a este respecto, podría ser razonable (i) ir al caso concreto; o bien (ii) a las características de una empresa del mismo sector y volumen; en lugar de (iii) proceder a una estandarización general. A mero título de ejemplo, cabe pensar en la posible *culpa iuris* de la persona jurídica y de qué características debería tener el informe jurídico del asesor para que tal imprudencia de Derecho se pueda excluir por razones de confianza en el asesoramiento. No es irrazonable sostener que las características del asesor, cuyo informe pueda llegar producir un «error» invencible de Derecho en la persona jurídica, no pueden ser las mismas en una Sociedad del IBEX 35 que en una pequeña Sociedad Limitada. De modo que aquí las condiciones de exigibilidad económica pueden desempeñar un papel determinante.

V. Balance de lo anterior

Lo anterior pone de relieve que el sistema de *numerus clausus* de incriminación de la imprudencia es más aparente que real, desde luego en el ámbito del Derecho penal económico. Ello vale en particular para los casos en los que se da la imprudencia consistente en no evitar un error vencible de derecho extrapenal (los casos de *culpa iuris*). En definitiva, la imprudencia de Derecho puede dar lugar a responsabilidades penales de personas físicas o de personas jurídicas por delitos económicos, con pocas restricciones.

VI. Las cláusulas de transferencia del art. 31 y del art. 318 del código penal

Con todo, el problema que se ha comentado muestra todavía una dimensión adicional. Esta se refiere al hecho de que algunos de los delitos económicos cuya comisión imprudente es punible son, además, delitos especiales. Este es el caso, por ejemplo, de los delitos contra la seguridad de los trabajadores (art. 317 CP), de los que solo puede ser autor un empresario.[18] O de los relativos a la fabricación y distribución de productos defectuosos, en particular, de alimentos y medicamentos (art. 367 CP), de los que sólo

[18] En relación con el art. 316 CP: «Los que con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados…». De conformidad con la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, el sujeto legalmente obligado es el «empresario» (art. 14). En efecto, este precepto establece el «deber del empresario de protección de los trabajadores frente a los riesgos

puede ser autor «el que fabrique, importe, exporte, suministre, intermedie, comercialice, ofrezca o ponga en el mercado, o almacene con estas finalidades» (art. 361 CP) «el que elabore o produzca» (art. 362 CP) «los productores, distribuidores o comerciantes» (art. 363 CP). Por otro lado, de las insolvencias punibles solo puede ser autor el que se encuentre «en una situación de insolvencia actual o inminente» (art. 259 CP), lo que de modo general remite a la cualidad de deudor y, además, de deudor persona jurídica. En fin, las conductas de contrabando (arts. 2.5 de la Ley) también evocan en su mayor parte que las condiciones de autoría recaen en una persona jurídica que es la obligada administrativamente. En realidad, es el blanqueo de activos (art. 301 CP) el que no evoca expresamente la cualidad de sujeto obligado administrativamente de su autor.

Ciertamente, en todos los casos mencionados es posible transferir la cualidad de autor a una persona física en los términos del art. 31 o, para los delitos contra la seguridad de los trabajadores, del art. 318 CP. La pregunta es si a esa concreta persona se le podrá imputar subjetivamente el delito a título de imprudencia en todos los casos. Ello solo será factible cuando sea posible establecer que incumplió su deber de obtener la información fáctica y jurídica precisa para identificar el régimen jurídico de permisión de la actividad. O bien, cuando, constatado que obtuvo tal información, vulneró conscientemente su deber de cumplir las condiciones del riesgo administrativamente permitido.

En este punto, la cuestión es que puede ser relativamente fácil advertir que en la persona jurídica «se» infringió uno u otro deber. En cambio, no lo es afirmar que «una persona determinada» infringió el deber correspondiente. Ello no se debe solo a razones probatorias. Ante todo, se debe a cuestiones de «fragmentación de la competencia» entre expertos técnicos y expertos jurídicos, cuya coordinación resultaría imprescindible para cumplir con el deber de cuidado interno (el deber de información previa) y, luego, con el deber de cuidado externo (el deber de actuar prudentemente en situaciones peligrosas; es decir, el deber de cumplir las condiciones de permisión de un riesgo permitido). Ciertamente, cabría decir que, si se trata de coordinación de esferas de competencia, el llevarla a cabo es un deber de los administradores o, en su caso, del director general de la empresa. Sin embargo, para cumplir con dicho deber es preciso, en primer lugar, que fluya —de abajo a arriba— una información fáctica que, a su vez, está compartimentada. En segundo lugar, que dicha información se integre con otra información técnica y jurídica. En tercer lugar, que se realicen las operaciones jurídicas correspondientes —por ejemplo, inscribirse en un registro, proporcionar la información, solicitar la autorización—. Y, en cuarto lugar, cumplir los términos de la autorización emitida. En realidad, cada una de estas fases admite múltiples sub-fases, con diversos flujos de información verticales (de abajo a arriba y de arriba abajo) y horizontales.

---

laborales» (art. 14.1 segundo inciso), añadiendo que «el empresario deberá cumplir las obligaciones establecidas en la normativa sobre prevención de riesgos laborales» (art. 14.3).

Por lo tanto, no es aventurado señalar que cabe que no sea posible atribuir a ninguna persona en concreto una «imprudencia grave», sino que tengan lugar cadenas de imprudencias leves o menos graves que impidan una imputación subjetiva de responsabilidad. Precisamente en estos casos, en los que solo se puede afirmar una culpa grave en la organización de la persona jurídica y no en ninguna persona física determinada, la responsabilidad penal de las personas jurídicas cumple una importante función práctica.

Sé positivamente que Carlos no estaría de acuerdo con muchas de las cosas que he expuesto en este trabajo. Pero también sé que ahora donde él está se atribuye a tales discrepancias una importancia bastante relativa, si es que alguna. Descansa en paz, querido Carlos.

VII. **Bibliografía**

Arroyo Zapatero, Luis, «Derecho penal económico y Constitución», *Revista Penal* 1 (1997), pp. 1 ss.

Díaz y García-Conlledo, Miguel, «El error en Derecho penal económico, en Serrano-Piedecasas, José Ramón / Demetrio, Eduardo (eds.), *Cuestiones actuales de Derecho penal empresarial*, Colex, Madrid, 2010.

Lüderssen, Klaus, «The aggregative Model: jenseits von Fiktionen und Surrogaten», en Jahn, Michael *et al.* (Hrsg.), *Wirtschaft – Moral – Strafrecht,* De Gruyter, Berlin 2023, pp. 489 ss.,

Martínez-Buján, Carlos, *Derecho penal económico*. *PG*, 6.ª edición, Tirant, Valencia, 2022.

Papathanasiou, Konstantina, *Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale*, Duncker & Humblot, Berlin 2014.

Puente Rodríguez, Leopoldo, *El error de prohibición en el Derecho penal económico*, Atelier, Barcelona, 2024

Romeo Casabona, Carlos María, «La imprudencia jurídico-penal. Especial consideración del delito imprudente en la actividad médica», *Anales de la Facultad de Derecho* 11, 1991, pp. 127 y ss.

— «La peligrosidad y el peligro en la estructura del tipo del delito imprudente» en Díez Ripollés, José Luis *et al.* (eds.), *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir,* Tecnos, Madrid, 2002, pp. 950 y ss.

— *Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad de riesgo*, Comares, Granada, 2005.

Silva Sánchez, Jesús-María, *Delitos contra el medio ambiente*, Tirant, Valencia, 1999.

Wolf, Christoph, *Error facti et error iuris: Die Vorsatzirrelevanz des Rechtsirrtums*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2019

Emilio José Armaza Armaza | Elena Atienza Macías
Iñigo de Miguel Beriain | Aitziber Emaldi Cirión | Fátima Flores Mendoza
Pilar Nicolás Jiménez | Andrea Perin | Sergio Romeo Malanda
Fernando Guanarteme Sánchez Lázaro
Esteban Sola Reche | Asier Urruela Mora
(coords.)

DEL DERECHO PENAL AL BIODERECHO

LIBRO HOMENAJE A CARLOS MARÍA ROMEO CASABONA

VOLUMEN II

DERECHO PENAL

PARTE ESPECIAL

Granada, 2026

Maquetación:
Virginia Vílchez Lomas

© Los autores

© Editorial Comares, 2026
Polígono Juncaril
C/ Baza, parcela 208
18220 • Albolote (Granada) España
Tlf.: 958 465 382
www.comares.com • E-mail: libreriacomares@comares.com
facebook.com/Comares • twitter.com/comareseditor • instagram.com/editorialcomares

ISBN de la obra completa: 979-13-7033-159-7
ISBN: 979-13-7033-161-0 • Depósito Legal: Gr. 1090/2026

Impresión y encuadernación: COMARES

DERECHO PENAL
PARTE ESPECIAL

1

LA LEVEDAD DEL NUEVO DELITO SEXUAL DE ACOSO VEJATORIO

María Acale Sánchez*
Catedrática de Derecho Penal
Universidad de Cádiz

SUMARIO: I. Introducción. II. *Iter* legislativo. III. Bien jurídico protegido. IV. Conducta típica. IV.1. Consideraciones generales. IV.2. La naturaleza sexual de las expresiones, comportamientos o proposiciones. V. Consecuencias penales de no ser un delito contra la libertad sexual. VI. Concursos. VII. Conclusiones. VIII. Bibliografía.

I. Introducción

Cuando la LO 10/1995 del Código penal incorporó en el Título VII de su Libro II la rúbrica «de las torturas y otros delitos contra la integridad moral», se produjo un debate en sede doctrinal y jurisprudencial en torno a la interpretación en clave de ofensividad que debía realizarse de cada una de las figuras delictivas que lo componían. De todas ellas, la novedad residía en el delito de trato degradante que se separaba intencionadamente del ámbito de las torturas cometidas por agentes de la autoridad, funcionarios públicos o autoridades, ya conocidas en nuestro Código penal y que sirvieron como referente —de guía— en su interpretación. En este sentido, por entonces el art. 173 solo tenía un párrafo —que se corresponde con el actual párrafo 1.º del art. 173.1—[1]. A él le seguían posteriormente en otros artículos los delitos de tortura y se cerraba el

* El triste fallecimiento del Prof. Romeo Casabona me sorprendió estudiando el nuevo delito de acoso vejatorio del art. 173.4.II: para él va el fruto de mi trabajo, alejado de sus líneas de investigación más importantes, pero encuadrado entre mis objetivos científicos de un tiempo —ya lejano— a esta parte. Se lo dedico a él, precisamente, un hombre tan exquisitamente educado.

[1] Cuerda Arnau, M.L., «De las torturas…», en González Cussac, J.L., *Derecho penal…*, ob. cit., pp. 203 y ss.

título con la cláusula concursal del art. 177 que desde entonces permanece inalterada[2]. Con el paso de los años, ese contenido originario se ha visto ampliamente reformado no ya en sus elementos esenciales o definidores en la medida en que literalmente las figuras principales no han sufrido cambio alguno, pero sí por el hecho de que al haberse tipificado expresamente una variada gama de nuevas conductas se ha ido en paralelo restando contenido al tipo básico y figura delictiva central.

En este contexto, hay que resaltar el hecho de que las últimas reformas que se han llevado a cabo en el interior del Título VI son recientes y próximas cronológicamente entre sí, y han sido operadas por la *LO 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual*[3], la *LO 14/2022, de 22 de diciembre, de transposición de directivas europeas y otras disposiciones para la adaptación de la legislación penal al ordenamiento de la Unión Europea, y reforma de los delitos contra la integridad moral, desórdenes públicos y contrabando de armas de doble uso*[4] y por la *LO 4/2023, de 27 de abril, para la modificación de la LO 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual,* la *LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en los delitos contra la libertad sexual, la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores*[5]. Con tanta reforma parcial se corre el riesgo de realizar una interpretación dispersa de cuál sea el bien jurídico protegido en todas estas figuras delictivas, a no ser que se tenga en cuenta el origen en un mismo delito madre, conformando todas ellas una misma familia delictiva. Todos esos recientes y próximos cambios han venido a poner de manifiesto que el delito de trato degradante ha demostrado ser un tipo penal *elástico* del que se han desprendido cinco conductas que, en todo caso, guardan relación con la integridad moral «sin reportar daño alguno a otros bienes personalísimos», como una «realidad axiológica, propia, autónoma» (STS 561/2021 de 24 junio).

Particular interés despierta la inclusión del último nuevo delito sexual de creación de una situación objetivamente humillante, hostil o intimidatoria del art. 173.4.II. Su llegada al Código a través de la reforma que del mismo ha operado la LO 10/2022, ha

[2] La inclusión de otras reformas llevadas a cabo fuera del Título VII sí han podido venir a poner en duda su inalterabilidad. Es lo que ocurre con el nuevo art. 194 bis.

[3] Que modificó los apartados 1 (incorporando en el párrafo 4.º la responsabilidad penal de las personas jurídicas) y 4 (en el que se tipificó en el nuevo párrafo II el nuevo delito consistente en dirigirse a otra persona con expresiones, comportamientos o proposiciones de carácter sexual que creen a la víctima una situación objetivamente humillante, hostil o intimidatoria, sin llegar a constituir otros delitos de mayor gravedad) al que se prestará especial atención en este trabajo.

[4] Que incorporó el nuevo delito de ocultar de modo reiterado información sobre el paradero del cadáver a los familiares o allegados de la víctima.

[5] Que se limitó a corregir errores provocados por la sucesión de leyes en el tiempo en cuanto a la responsabilidad penal de las personas jurídicas que se hacía extensibles a «los delitos comprendidos en los párrafos anteriores».

provocado que pasara desapercibido —hasta eclipsarlo— dado el eco que ha tenido la regulación de los delitos de agresión sexual. En este trabajo sin embargo se va a centrar en él la atención, con la intención de alcanzar alguna conclusión sobre la necesidad y el sentido de su castigo fuera del Título VIII.

II. *ITER* LEGISLATIVO

El concreto origen del art. 173.4.II debe remontarse a la reforma del Código que operó la *LO 11/2003* cuando trasladó el delito de malos tratos habituales en el ámbito familiar del Título III relativo a las lesiones (donde había estado desde que en 1989 se incluyó en el Código), al Título VI, con la intención de aclarar la naturaleza del bien jurídico protegido, apostando claramente por la integridad moral, como se venía reclamando por un sector de la doctrina[6]. La inclusión de esta figura delictiva en esta sede es lo que ha determinado que *a posteriori* se haya aglutinado en su interior otras cercanas en términos de ofensividad así como tras que reflejan simplemente la mera voluntad del legislador[7].

Fue la LO 1/2015 la que introdujo en el art. 173 un nuevo número 4.º, que venía a cubrir el vacío legislativo que causó la eliminación de la falta de vejaciones del art. 620 aunque en la medida en que se limitaba a los supuestos en los que el «ofendido fuera una de las personas a las que se refiere el apartado 2 del art. 173»[8], dejaba fuera todas aquellas otras vejaciones que se producían entre personas que no mantenían dichos vínculos[9]. Así se manifestaba el Preámbulo de la LO 1/2015 cuando expresaba su intención de que «sólo se deriven a la vía penal aquellas conductas que tengan verdadera entidad y relevancia, cuando además no existan medios alternativos para la solución del conflicto», añadiendo que «las injurias leves y las vejaciones injustas, salvo cuando se cometen sobre alguna de las personas a que se refiere el apartado 2 del art. 173, quedan

[6] Al tiempo que creaba otro tipo de problemas. Véase por todos ACALE SÁNCHEZ, M., *El delito de malos tratos…*, ob. cit.

[7] Es muy significativo comprobar cómo a pesar del elevado número de reformas que ha sufrido el Código penal desde 2015, el delito de maltrato habitual no haya sido afectado por ninguna de ellas. Por su parte, la reforma del Código emprendida por la *LO 1/2004, de 28 de diciembre, de protección integral frente a la violencia de género* no afectó al tenor literal del art. 173.2, aunque sí a los actos singulares de violencia física o psíquica que lo conforman, de manera que no puede desconocerse las reformas que la misma operó en relación con los delitos de lesiones del art. 148, mal trato singular del art. 153, y amenazas del art. 171 y coacciones también leves del art. 172.

[8] «Ofendidos» que reforma tras reformas han superado con creces el ámbito familiar, hasta el punto de que hay que referirse al delito castigado en el art. 173.2 como delito de violencia doméstica pues abarca situaciones en las que sin vínculo familiar, existen sin embargo relaciones domésticas.

[9] A la elasticidad del bien jurídico, debe unírsele la del propio concepto de «vejaciones», que viene utilizado en otros lugares del Código equiparándose en el art. 225 con las «sevicias» o «acto delictivo alguno» o con las represalias en el art. 590.

al margen del ámbito penal, por tratarse de ofensas de carácter privado cuya reparación puede exigirse en la vía jurisdiccional civil o mediante los actos de conciliación»[10], argumentario que ha sido corregido por la LO 10/2022 que ha tipificado como una modalidad de delito de injurias o vejación injustas de carácter leve el acoso vejatorio[11]. Debe resaltarse que la misma LO 1/2015 incluyó dentro del art. 172.3 un nuevo delito de coacciones leves que castiga a «el que cause a otro una coacción de carácter leve» que sin embargo tampoco servía para acoger los casos en los que no se pudiera constatar una violencia instrumental propia de las coacciones[12]. Finalmente, la incorporación del delito de acoso reiterado del art. 172 ter (*stalking*) a través de la misma LO 1/2015 tampoco servía para castigar las conductas calificadas hasta entonces como faltas de vejaciones, desde el momento en que el art. 172 ter exigía que el acoso típico se ejerza «forma insistente y reiterada»[13].

Pues bien, esta es la finalidad que ha perseguido la LO 10/2022 con la inclusión del art. 173.4.II, en el que se impone la misma pena que en el número 1.º «a quienes se dirijan a otra persona con expresiones, comportamientos o proposiciones de carácter sexual que creen a la víctima una situación objetivamente humillante, hostil o intimidatoria siempre que los hechos no lleguen a constituir otros delitos de mayor gravedad». El carácter residual del precepto se ve complementado con la exigencia de denuncia de la persona agraviada o su representante legal.

Este concreto antecedente, así como su singular ubicación sistemática permiten calificarlas como los delitos leves de injurias o vejaciones injustas de carácter leve de las cuales, la recientemente incorporada al Código ha sido denominada vulgarmente bajo el nombre de *acoso callejero*[14], sin respaldo típico alguno más allá de la referencia que al mismo se realiza en el Preámbulo de la LO 10/2022 y al hecho de que en su art. 16

[10] Resaltaba Faraldo Cabana, P. («Novedades…», ob. cit., p. 199) que, de esta forma, la LO 1/ 2015 corregía a la LO 3/1989 que procedió a eliminar algunas de las faltas vigentes en el momento optando por mantener la del art. 620 con el argumento de que «siendo en importante medida unas figuras penales, las amenazas y coacciones, dotadas de cierto carácter valorativo, comprensible en atención a los diferentes elementos apriorísticos, parece prudente mantener abierto un abanico de posibilidades que puede dar la adecuada respuesta a tantas situaciones imaginables», lo que daba pie entonces a Faraldo a afirmar que «la situación ha debido cambiar mucho para que 25 años después este razonamiento haya perdido toda su fuerza de convicción».

[11] Resucitando de esta forma en cierta medida los argumentos usados en 1983 para mantenerla dentro de la falta, aunque hoy sea como delito leve: dar respuesta a tantas situaciones imaginables.

[12] Véase la crítica que realiza Pérez Alonso, E. («Concepto de abuso sexual…», ob. cit., pp. 34 y ss.) sobre la automaticidad con la que el Tribunal Supremo vino a calificar como delito leve de coacciones vejaciones que antes de la reforma operada por la LO 1/2015 se subsumían dentro del art. 620, sin pararse a analizar la existencia de violencia instrumental.

[13] Véase Tapia Ballesteros, P., *El nuevo delito de acoso…,* ob. cit., pp. 143 y ss.

[14] Así se refieren a él Bolea Bardón, C. «Delitos contra la integridad…», ob. cit., p. 201; Muñoz Conde, F., *Derecho penal.*, ob. cit., p. 196.

se mencionen la necesidad de garantizar «espacios públicos seguros» de esta clase de violencias involucrando a las administraciones en el desarrollo de políticas urbanísticas y de seguridad «con enfoque de género»[15]. Esto ha provocado cierta confusión en el sentido de identificarse el nuevo delito de vejaciones con dicha modalidad de acoso, cuando en puridad de principios, el art. 173.4.II no incorpora como elemento típico «la calle», de ahí que en este momento se opte por la denominación de acoso vejatorio que parece que puede coadyuvar a identificar la esencia de la nueva modalidad de conducta a pesar de que en el ámbito de la tipicidad no se haga mención ni al «acoso» ni, por tanto, a su carácter «vejatorio»[16].

III. Bien jurídico protegido

La ubicación sistemática del nuevo delito sexual de acoso vejatorio en el Título VII conduce a identificar como bien jurídico protegido la integridad moral que desde 1995 ha sido configurado y protegido como un bien jurídico autónomo según establece expresamente por otra parte el art. 177 del atentado a otros bienes jurídicos como «la lesión o daño a la vida, integridad física, salud, libertad sexual o bienes de la víctima o de un tercero», excepto en el caso en el que «aquél ya se halle especialmente castigado por la ley», como ocurre en los arts. 139.3, 148.2, 180.1 y 189.2.b (véase STS 86/2020 de 3 marzo). Sentado lo anterior, la doctrina ha venido a dotar de contenido al bien jurídico «integridad moral»: treinta años después, existe una consolidada construcción que incide en la idea de que la integridad moral es un bien jurídico que se construye a

[15] En el texto origen de la actual regulación, sí se incluía la referencia al acoso callejero en el tipo. En este sentido, el art. 172 *quater* de la Proposición de Ley presentada por el Grupo Confederal En Común-podemos de 20 de julio de 2018 (122/000258 Proposición de Ley de Protección Integral de la Libertad Sexual y para la erradicación de las violencias sexuales) establecía que «será castigado con una pena de multa de 3 a 9 meses o trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 50 días al que se dirija a una persona en la vía pública con proposiciones, comportamientos o presiones de carácter sexual o sexista que, sin llegar a constituir trato degradante ni atentado contra la libertad sexual, creen para la víctima una situación intimidatoria». Contraria a la inclusión en el Código del delito de «acoso callejero» se manifestó Carusso Fontán, V. («El hostigamiento…», ob. cit.) por entender que los casos de acoso callejero de la gravedad necesaria como para que intervenga el Derecho penal ya eran y son perseguibles a través de los delitos contra el honor y las amenazas (p. 12).

[16] No debe pasarse por alto que con la inclusión de esta nueva modalidad delictiva, el ordenamiento jurídico español se hacía eco de las previsiones contenidas en el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011, que define al acoso sexual en su art. 40 como «toda forma de comportamiento no deseado, verbal, o verbal o físico, de carácter sexual, que tenga por objeto o resultado violar la dignidad de una persona, en particular cuando dicho comportamiento cree un ambiente intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo». Al respecto véase Brox Sáenz de la Calzada, A., «Acoso sexista…», ob. cit., pp. 991-992.

partir de la dignidad humana (art. 10 CE), pero que no pueden confundirse[17] y que puede relacionarse con la necesidad vital de no recibir de otro un trato que pueda suponer una situación generadora de «humillación, cosificación o envilecimiento» (STS 561/2021 de 24 junio). La jurisprudencia viene a coincidir con estos planteamientos doctrinales. Así, la STS 715/2016, de 26 de septiembre[18] relaciona directamente la integridad moral con la «inviolabilidad» de una persona, como el derecho que todo ser humano tiene a ser tratado como tal, respetando su condición y su autonomía «propia e independiente». Esto es lo que le lleva a afirmar la proscripción de «cualquier uso instrumental de un sujeto», reivindicando una parcela propia, distinta, de otros bienes jurídicos cercanos y ya protegidos por las leyes penales dejando así abierta las puertas a los concursos de delito que se visibiliza expresamente en el art. 177[19]. Es interesante resaltar como en esta sentencia se liga directamente el bien jurídico integridad moral con la proscripción de «elementos subjetivos» tales como «los constitutivos de humillación o vejación» frente a otros de carácter objetivo como la «forma y modo que se produce el ataque».

A pesar de la multitud de cambios que ha sufrido el contenido del título desde 1995, su rúbrica no ha sufrido alteración alguna. Sin embargo, las sucesivas adiciones de comportamientos típicos dentro del art. 173 ha venido en cierta medida si no a ocultarlo, si a desdibujarlo, pues la mayor parte de las conductas que han ido siendo incorporadas sucesivamente vienen todas marcadas por los ámbitos en los que se produce. Así, al atentado genérico grave contra la integridad moral castigado en el número 1, se ha añadido la conducta de ocultar el paradero del cadáver de una persona de modo reiterado[20]. Su contenido se ve complementado en sus párrafos segundo y tercero por dos conductas que son de aplicación solo en los casos en los que los hechos no lleguen a constituir un «trato degradante», por lo que *a priori* se puede suscitar la duda de si están bien ubicadas, más bien parece hacerse referencia a que a través de los párrafos 2 y 3 se van a castigar conductas constitutivas de trato degradante de menor intensidad que la castigada en el párrafo 1.º del art. 173.1. La especificidad que aporta a la identificación del bien jurídico protegido el ámbito laboral y el de la vivienda es tal que probablemente no hubiera pasado nada si se hubiesen incorporado en artículos distintos al art. 173. Es probable

[17] Véase Acale Sánchez, María, *El delito de malos tratos…*, ob. cit., pp. 121 y ss.

[18] En ella se castiga a un funcionario público por un delito de torturas del art. 175 y por una falta de lesiones del viejo art. 617 en atención a la cláusula concursal del art. 177.

[19] La autonomía del bien jurídico respecto a otros ya protegidos en otros lugares del Código es constante en la jurisprudencia, puede verse la STS 715/2016, de 26 de septiembre que garantizaba la compatibilidad entre el delito de torturas del art. 175 y la derogada falta de lesiones del art. 617.1. Por su parte, la STS 86/2020, de 3 de marzo entendía que el delito de lesiones no absorbe el atentado contra la integridad moral en aquellos casos de agresiones particularmente humillantes, mientras que la SAP de Soria 49/2022, de 16 de mayo hacía lo propio con el delito de trato degradante del art. 173.1 y las lesiones psíquicas.

[20] Véase la STS 701/2020, de 16 de diciembre caso del niño Gabriel Ruiz, «*el pescaito*».

que las dificultades de numeración de los preceptos dentro del Código —con los bis y ter, quater — haya sido el motivo que ha dado lugar a la ampliación del contenido del art. 173, convirtiéndolo así en un batiburrillo de precepto.

Lo mismo puede decirse con el delito de mal trato habitual de los números 2 y 3 del art. 173: su salida del título de las lesiones fue un paso considerable en la identificación de un bien jurídico protegido autónomo de la salud y la integridad corporal. Sin embargo, su inclusión en el interior del art 173 no fue acertada, en la medida en que ya venía identificándose un bien jurídico compartido a todos los miembros de la unidad familiar, excediendo por tanto la integridad moral de cada uno de los integrantes del grupo y dificultando la comprensión de la habitualidad descrita en el número 4 que permite tener en cuenta actos singulares que se hayan dirigido «sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo»[21].

Por tanto, todo apunta a que el bien jurídico integridad moral tendría una más fácil lectura de dejarse sólo el párrafo 1.º del número 1 del art. 173 y su número 4 en su párrafo 2.º, en la medida en que sacando de su interior la violencia habitual de los números 2 y 3, debería sacarse también la vejación injusta en el mismo ámbito del párrafo 1.º del número 4.

Con todos estos preliminares, se puede concluir que el bien jurídico protegido en el delito de acoso vejatorio del art. 173.4.II es la integridad moral, de manera que el criterio que se tiene en consideración para distinguir los comportamientos que se castigan por el número 1 y por el número 4 no es otro que el de la gravedad, lo que puede plantear problemas cuando no habiéndose presentado denuncia por parte de la víctima, los hechos terminen siendo calificados durante el proceso como vejación leve del número 4.

La lectura del art. 173.4.II complica sin embargo la identificación del bien jurídico protegido cuando se aprecia que las expresiones, comportamientos o proposiciones han de tener «carácter sexual», lo que plantea la posibilidad de que la libertad sexual sea bien jurídico protegido en el interior del art. 173.4.II[22]. pero, por otra parte, no puede olvidarse que al describir los actos típicos se les califica como «objetivamente humillantes, hostil o intimidatorio» de manera que si bien los primeros son propios de los delitos contra la integridad moral, el carácter «intimidatorio» acerca la figura delictiva examinada a las amenazas y en concreto al delito de acoso persecutorio del art. 172 *ter*. Más adelante se abordarán estas cuestiones que no permiten visibilizar con nitidez el bien jurídico protegido. Basta por el momento dejar sentado que, a la vista de la técnica legislativa empleada, ni la naturaleza sexual del comportamiento da lugar a que en todo

[21] Así, antes todavía de la reforma de 1999, la STS 1060/1996, de 20 de diciembre entendió que el bien jurídico protegido en el delito contenido en el entonces art. 153 era «la paz y convivencia familiar». Esta es la línea seguida por la jurisprudencia más moderna (puede verse en este sentido el ATS 239/2023, de 9 de marzo).

[22] Entiende que se trata de un delito pluriofensivo Bolea Bardón, C., «Delitos…», ob. cit., p. 201.

caso la conducta sea constitutiva de un delito contra la libertad sexual[23], ni el carácter intimidatorio del resultado causado vierte la balanza a favor de la aplicabilidad de los delitos de amenazas.

IV. Conducta típica

IV.1. Consideraciones generales

El párrafo segundo del número 4 cierra simbólicamente el art. 173 convirtiéndose así en el último escalón de la protección del bien jurídico integridad moral: tiene por tanto una más que evidente naturaleza residual.

Identidad o semejanza del bien jurídico protegido no conlleva la igualdad de técnica legislativa empleada a la hora de dotar de significación a la tipicidad. En este sentido, debe subrayarse la disparidad de vías por las que se viene a concretar la conducta típica: así, si bien en algún supuesto emplea la palabra «trato» que sugiere una sucesión de comportamientos, en otros prefiere la referencia expresa a «reiteración de actos», a la «habitualidad» o al sometimiento de la víctima a una serie de «condiciones» o de «procedimientos». Distinta terminología que no obstante no viene a significar distinto tratamiento. Sin embargo, en el número 4 del art. 173 se prescinde de la reiteración de los comportamientos, bastando con la comisión de uno solo.

En este sentido, el art. 173.4.I castiga a quien causa injuria o vejación injusta de carácter leve[24] cuando entre autor y víctima medie alguna de las relaciones domésticas previstas en el art. 173.2, imponiendo una pena de localización permanente de 5 a 30

[23] Así, puede verse la STS 53/2024, de 18 de enero en la que se castiga al dueño de un bar en el que se produjo una agresión sexual por omisión del deber de impedir la comisión de un delito. Se trata de un supuesto en el que el autor de la agresión sexual no ha podido ser identificado, y es probable que ello haya incidido en la sala a la hora de otorgar preferencia a la autoría del delito de omisión del deber de impedir un delito al de la participación omisiva en el delito sexual que se estaba cometiendo, sobre todo cuando se resalta en la sentencia que el omitente pudo haber actuado de otra forma para impedir dicha agresión y no lo hizo.

[24] Qué haya de entenderse por injuria o vejación injusta de carácter leve no debe ser muy distinto a lo que por tales venía entendiendo la jurisprudencia en el marco del anterior art. 620.2, pero tampoco de lo que por tal viene entendiendo el Código en otros delitos. En este sentido ha de señalarse que el concepto de «injuria» no puede ser distinto al del art. 208, que se define como «*la acción o expresión que lesionan la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación*», a lo que añade el número 2.º del mismo artículo que «*solamente serán constitutivas de delito las injurias que, por su naturaleza, efectos y circunstancias, sean tenidas en el concepto público por graves*». Por tanto, las «injurias» leves castigadas en el nuevo art. 173.4 son aquellas acciones o expresiones que lesionan la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentado contra su propia estimación cuando no sean tenidas en el concepto público por graves.

Las vejaciones injustas de carácter leve han venido siendo interpretadas por la jurisprudencia en el marco de la derogada falta del art. 620.2 como un tipo de trato degradante de menor intensidad del descrito en el art. 173.1. En este sentido, cabe entender el elemento vejación injusta de carácter leve como el trato

días «siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima» o trabajos en beneficio de la comunidad de 5 a 30 días o multa de 1 a 4 meses. Por su parte, el párrafo segundo castiga con la misma pena a quienes «se dirijan» a otra persona «con expresiones, comportamientos o proposiciones de carácter sexual» que creen a la víctima una situación objetivamente humillante, hostil o intimidatoria «sin llegar a constituir otros delitos de mayor gravedad». *A priori* la diferencia principal se encuentra en el hecho de que en la segunda, no existe una relación doméstica entre los sujetos activos y pasivos aunque de existir, no debe entenderse que en todo caso haría preferente la conducta prevista en el art. 173.4.I respecto a la del 173.4.II. El hecho de que la pena sea la misma hace que pierda interés la subsunción en uno o en otro párrafo. Aunque aún es posible señalar algunas diferencias en el sentido de que en el primero es necesario que el autor por cualquier medio o procedimiento «cause» a la víctima una injuria o vejación injusta de carácter leve, mientras que el segundo se limita a castigar a quien cree a la víctima una situación objetivamente humillante, hostil o intimidatoria a través de expresiones, comportamientos o proposiciones de carácter sexual», de manera que nada impide que mediando las relaciones domésticas señaladas en el art. 173.2, si se crea a la víctima una situación objetivamente humillante, hostil o intimidatoria a través de expresiones, comportamientos o proposiciones de carácter sexual, sea aplicable el número 2.º Nótese por otra parte como el verbo típico cambia, pasando de «causar» a «crear» que parece que la entidad sobre la que recae el injusto pasa de un resultado a la creación de un estado o ambiente que se perpetúa en el tiempo. Habrá que estar pues a la interpretación que vayan a realizar los tribunales.

El recuso al elemento subjetivo tampoco ayuda para separar ambas figuras. Por una parte, la jurisprudencia última ha considerado superada la fase en la que se ha exigido junto al dolo en los delitos sexuales un elemento subjetivo especial consistente en el ánimo lascivo. En este sentido, entre otras se manifiestan las SSTS 411/2014, de 26 de mayo, y 853/2014, de 17 de diciembre[25]. De ahí que la diferencia entre el delito de agresión sexual del art. 178.4 y del de acoso vejatorio del art. 173.4.II no pueda establecerse en torno a dicho elemento y que subjetivamente deba limitarse al análisis del dolo. Por esta vía, sin embargo tampoco se llega a buen puerto pues en ambos casos el dolo exige que el autor sepa y quiera agredir sexualmente o proferir las expresiones, comportamientos o proposiciones de carácter sexual típicos a los efectos del art. 173.4.II. Esto es, en ambos supuestos existe un contexto sexual que es el que va a definir el ámbito de la tipicidad subjetiva. En todo caso, la realización de un acto que objetivamente puede

---

degradante que se inflige a otra persona que menoscaba su integridad moral sin la gravedad que requiere el art. 173.1.

Entiende sin embargo que la falta de injurias o vejación injusta derogada no se asimilaba al delito de injurias Pérez Alonso, E., «Concepto…», ob. cit., p. 28.

[25] Pérez Alonso, E., «Concepto…», ob. cit., p. 32.

tener una significación sexual, no siempre lo es subjetivamente. Basta tener en cuenta la STS 86/2020, de 3 marzo en la que, aunque el Ministerio Fiscal comenzó acusando por un delito de agresión sexual, y terminó solicitando penas por delitos contra la integridad moral, lesiones y tentativa de robo con violencia.

Dogmáticamente se trata pues de un delito de resultado de medios determinados, lo que impide la posibilidad de recurrir a la comisión por omisión dada la limitación que establece el art. 11 para los delitos que consistan —solo— en la producción de un resultado[26]. En atención a esta condición, se distingue del delito de mera actividad de trato degradante del número 1 del art. 173, pues basta con infligir a otro un trato degradante menoscabando gravemente su integridad moral. De esta manera, cuando el sujeto se dirige a otra persona con expresiones, comportamientos o proposiciones de carácter sexual que menoscabe gravemente su integridad moral, será de aplicación el art. 173.1.

De la literalidad del precepto se desprende que se castiga dirigirse a otra persona con «expresiones»[27], «comportamientos» o «proposiciones» de carácter sexual que creen en la víctima una situación objetivamente «humillante», «hostil» o «intimidatoria» que por su menor gravedad no pueda ser castigada de acuerdo con otro precepto del Código.

Gramaticalmente, por «expresiones» se entiende una manifestación de ideas, afectos o pensamientos a través de palabras. «Comportamientos» son actos —vistos por terceros como gestos— realizados por el autor sobre sí mismo o sobre cosas u objetos, así como aquellos actos fugaces e imprevistos que conlleven un acto de tocamientos sobre el cuerpo de la víctima. Finalmente, por «proposiciones» se entenderá la acción y el efecto de proponer a la víctima un plan indeseado por ella cuya negativa es percibida a simple vista. En este sentido, habrá que prestar atención a la jurisprudencia en torno a si basta con que se haga una proposición o si es necesario que el autor conozca el rechazo de la víctima a esa propuesta *ex ante*.

En cualquier caso, ya se trate de comportamientos, expresiones o proposiciones, todo apunta a que la víctima tiene que ser individualizada dada la ubicación sistemática del delito entre los que atentan contra la integridad moral, lo que parece que se contradice con la eventual admisión de un sujeto pasivo colectivo. De ser así, cuando un sujeto profiere expresiones, lleva a cabo comportamientos o hace una proposición de carácter sexual a un colectivo, podría ser de aplicación del art. 510.2. Como es sabido, el delito de incitación al odio admite como probabilidad que el autor se dirija a «una persona determinada» por su pertenencia a cualquiera de esos colectivos. De ser así, en este caso deberá resolverse si se está ante un concurso de normas de manera que se afirme que dada la mayor penalidad prevista en el art. 510.2 y a su vez del carácter residual

[26] Romeo Casabona, C., «Los delitos contra…», ob. cit., p. 929; Acale Sánchez, M., *El tipo de injusto…*, ob. cit., p. 251; De la Herrán Ruiz-Mateos, S., *Fundamento…*, ob. cit., pp. 272 y ss.

[27] Esto es, los «piropos» a los que se refieren Bolea Bardón, C., «Delitos…», ob. cit., p. 202 o Muñoz Conde, F., *Derecho penal…*, ob. cit., p. 196.

del delito del art. 173.4.II, el primero es ley preferente o si se es capaz de identificar bienes jurídicos distintos de manera que ambas figuras entraran en concurso ideal de delitos. Todo apunta a que la primera opción parece más lógica.

Pero como se decía, al tratarse de un delito de resultado, no basta con que se dirijan a la víctima las expresiones, comportamientos o proposiciones de carácter sexual, sino que es necesario que le causen una situación objetivamente «humillante, hostil o intimidatoria». Según el Diccionario de la Lengua, el adjetivo «hostil» guarda relación con el sustantivo «humillación» que es un estado sinónimo de «abyección, vergüenza, ofensa, afrenta, burla, vejación, deshonra, menoscabo, bochorno, baldón, indignidad, desprecio, desdén, degradación, doblegamiento, mortificación, vileza, bajeza, iniquidad, ignominia» y es lo opuesto a honra, exaltación. «Hostil» es un adjetivo equiparable a «contrario o enemigo» y es lo opuesto a «amigable». Y finalmente, «intimidatoria» es algo que «intimida», esto es, que asusta, atemoriza, amedranta, coacciona, amilana, acobarda, amenaza, achanta, acoquina, desafía», es decir, lo opuesto a «envalentonar». De esta forma, la ley reconoce que no todo comportamiento de naturaleza sexual conlleva un atentado contra la libertad sexual de quien lo sufre, más bien dada la su escasa relevancia, esos concretos comportamientos de naturaleza sexual son idóneos para causar humillaciones y/o para crear un ambiente hostil y/o intimidatorio.

La finalidad de la ley de cerrar la tipicidad de los comportamientos parece obvia: y en esta línea todavía se añade que la situación humillante, hostil o intimidatoria para la víctima ha de serlo «objetivamente». Si bien a primera vista podría resultar contradictorio exigir que la situación sea a la vez «objetivamente» y para la víctima: de hecho, la intención de la ley parece apuntar al dato de que no basta cualquier tipo de situaciones por muy humillantes que resulten para la victima si en atención a las circunstancias del caso no lo son con carácter objetivo u objetivamente, de manera que se tendría en consideración más allá de la susceptibilidad mayor o menor de cada víctima, la humillación, la hostilidad o la intimidación que objetivamente se desprenda de la expresión, el comportamiento o la proposición sexual llevada a cabo por el autor: se trata, como en las amenazas de que las mismas tengan «la gravedad necesaria para conseguir» atemorizar a la población (art. 170) o del «concepto público» del art. 208[28] o en los delitos contra el honor de dar cabida al concepto público.

[28] La LO 1/2015 procedió a modificar el delito de injurias del art. 208, incorporando un segundo párrafo en el que se establece que «solamente serán constitutivas de delito las injurias que, por su naturaleza, efectos y circunstancias, sean tenidas en el concepto público por graves, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 173». La remisión se llevó a cabo antes de que la LO 10/2022 incorporara el art. 173.4.II pero debe entenderse incluido dentro de la previsión del art. 208 lo que viene por otra parte a subrayar la relación entre ambas figuras delictivas.

IV.2. **La naturaleza sexual de las expresiones, comportamientos o proposiciones**

Las expresiones, comportamientos o proposiciones típicas a los efectos del art. 173.4.II tienen que tener una naturaleza sexual característica que si bien sirve para remarcar la tipicidad de forma intrínseca, a su vez plantea una subliminar identificación con los delitos contra la libertad sexual. En particular, el delito de vejaciones leves examinado guarda una innegable relación con el delito de agresión sexual del art. 178: más concretamente con la previsión del art. 178.4 que permite imponer la pena de prisión en su mitad inferior (esto es, prisión de 6 meses a 1 año) o multa de 18 a 24 meses «en atención a la menor entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable». En este sentido, cabe afirmar que no todas las conductas de contenido sexual son castigadas a través del Título VIII, pues también las hay que pueden ser consideradas un atentado contra la integridad moral. Desde el punto de vista del bien jurídico protegido, esto viene a poner de relieve que existe una relación entre la integridad moral y la libertad sexual, de manera que podría afirmarse que el segundo absorbe al primero y que las expresiones, comportamientos o expresiones de contenido sexual que se castigan a través del art. 173.4.II no superan el umbral de gravedad del Título VIII[29].

No obstante, no basta con llevar a cabo esas conductas, sino que las mismas deben causar en la víctima una situación objetivamente humillante, hostil o intimidatoria que son los requisitos que también sostienen la antijuricidad de la conducta. Si se trata de una situación solo subjetivamente humillante, hostil o intimidatoria, la conducta no será típica. Esto plantea el caso en el que la situación no sea subjetivamente humillante, hostil o intimidatoria, pero si lo sea objetivamente. La persecución penal sin consentimiento de la víctima se frena desde el momento en el que se exige la denuncia de la persona ofendida.

Es cuestión de identificar caso por caso las conductas referidas y hacerlo siempre restrictivamente[30]. Y en particular parece que los actos sobre los que se plantea la

[29] La STS 603/2024, de 14 de junio ha llevado a cabo un examen detenido de la práctica de un acto sexual con penetración omitiendo el uso del preservativo cuando esta ha sido una condición impuesta por la víctima (*stealthing*). Se trata de un acto sexual que a diferencia de los incluidos en el art. 173.4.II tiene una mayor relevancia que las expresiones, comportamientos o proposiciones de carácter sexual por lo que todo apunta a que el lugar correcto de subsunción es el art. 178, con independencia como afirma el TS de que no se pueda castigar como un acceso carnal, sino como un acto genérico contra la libertad sexual «porque ésta estaba aceptada» para después abrir la «posibilidad en algún supuesto de acudir a la cláusula atenuatoria art. 178.4».

Vid. al respecto el análisis que realiza Pérez Alonso, E., «Concepto…», ob. cit., pp. 28 y 29 de la STS 909/2002, de 25 de mayo sobre la relación existente entre la vieja falta de vejaciones del art. 620 y el viejo delito de abuso sexual.

[30] Cuerda Arnau, M.L., «Torturas…», ob. cit., p. 219.

discusión son los ataques sorpresivos y los besos indeseados[31]. Así, un tocamiento en zonas erógenas del cuerpo humano puede ser considerado un acto que atente contra la libertad sexual del art. 178.1 o 178.4 o un comportamiento de contenido sexual del art. 173.4.II. En particular, las dificultades de clasificación se suscitan con los tocamientos sorpresivos cuya gravedad va a depender no solo de la finalidad sexual de partida, sino del contexto en el que se producen. Así, un tocamiento de glúteos en una zona geográfica apartada, poco iluminada y sin que existan personas alrededor que puedan auxiliar a la víctima es más grave que el mismo tocamiento a la salida concurrida del metro[32]. Sin duda alguna, las condiciones ambientales elegidas por el autor para asegurarse la ejecución aumentan el temor de la víctima a que se produzca un acto sexual de mayor trascendencia.

Tampoco respecto de los besos indeseados puede hacerse una afirmación rotunda[33]. Es interesante tener en consideración que cuando los besos van acompañados de otros actos de una mayor significación sexual, la jurisprudencia no los ha valorado indepen-

[31] El tratamiento de los tocamientos sexuales ha experimentado una evolución en la jurisprudencia. Así, hasta 2015, el TS venía afirmando que los tocamientos fugaces incontenidos no tenían la gravedad suficiente como para ser considerados delitos de abuso sexual, calificándolos como vejaciones leves del art. 620 (STS 832/2007, de 5 de octubre). Coinciden en el tiempo el cambio de criterio en la interpretación jurisprudencial con la derogación del art 620, de manera que a partir de 2015 se pasaron a calificar los hechos como delitos de abuso sexual del art. 181 resaltando que, a los efectos de evitar una sanción desproporcionada, estaba prevista como alternativa a la pena de prisión, la de multa, que sería en puridad la idónea en dicha doctrina para hacer frente a los mismos (STS 176/2018, de 26 de julio). No erraba Cáceres Díaz, L. («Un único tocamiento…», ob. cit., p. 4.) cuando proponía «la introducción de algún precepto penal que contemplase estos supuestos mediante una pena atenuada».

[32] Puede verse la reciente Sentencia del Juzgado de lo Penal n. 19 de Barcelona de 10 de septiembre de 2024 (sin numerar), en la que se califica como delito de abuso sexual del art. 181.1 el tocamiento de los pechos que lleva a cabo un jugador de futbol durante el acto de presentación de un partido a una joven disfrazada de periquita como mascota del equipo el 24 de abril de 2019 imponiendo una pena de 20 meses de multa con cuota diaria de 10 euros. De sancionarse esos hechos de acuerdo con el Código penal vigente, es probable que entrara en aplicación bien el art. 178.4, imponiéndole una pena de prisión de seis meses a un año o multa de 18 a 24 meses y de ser aplicado el art. 173.4.II la pena seria de localización permanente de 5 a 30 días o trabajos en beneficio de la comunidad de 5 a 30 días o multa de 1 a 4 meses.

Distintos son los hechos que se analizan en la STS 625/2024, de 19 de julio: se trata de una mujer detenida en Comisaría y tras recibir por parte de uno de los policías actuantes distintas insinuaciones sexuales durante la práctica de la detención, ya en comisaria la víctima no pudo evitar que el autor «se acercase y le diese un beso en la mejilla e intentara darle otro beso en los labios que D.L. evitó volviendo la cara». En sus razonamientos el Tribunal afirma que «el contacto fugaz de un beso no consentido supone una invasión corporal del autor sobre la víctima que no está obligada a admitir actos sobre su cuerpo de contiendo sexual como puede ser un beso inconsentido en su cara, y. atendiendo a la realidad social, es indudable la connotación sexual de este tipo de actos no consentidos, aunque sea fugaz, como puede ser un beso cuando no concurra el consentimiento ex art. 178».

[33] Así, la STS 967/2022, de 15 de diciembre, revisa la pena a un joven de 18 años que tocó las nalgas de cuatro chicas mientras estaba patinando en una pista de patinaje e intentó dar un beso a otra.

dientemente (véase la STS 3425/2024, de 17 de junio en el que el autor da un beso en la mejilla a la víctima «a modo de saludo» y por tanto entra dentro de las normas sociales y no se manifiesta el consentimiento en contra por parte de ningún sujeto, que posteriormente sí es sometido a actos sexuales no consentidos y por ende constitutivos de delito; por el contrario, la STS 2569/2024, de 16 de mayo, aun constatando la existencia de besos y tocamientos, en virtud del principio de unidad de acto, los castiga todos como un único delito de agresión sexual): los problemas se suscitan cuando el beso indeseado es único acto. En efecto, para generar ese resultado habrán de ser tenidas en consideración las características de los hechos en relación con el lugar en el que se llevan a cabo, la hora del día, la soledad —o no— de la víctima. En este sentido, si con los tocamientos indeseados el hecho de que se lleven a cabo ante una multitud de personas puede ser sintomático de su falta de gravedad, cuando de besos se trata, la presencia de una multitud de personas puede servir en sentido contrario para redimensionar la gravedad del comportamiento para una víctima que se siente así tratada en «público»[34].

V. CONSECUENCIAS PENALES DE NO SER UN DELITO CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL

La pena que le corresponde al autor del delito de acoso vejatorio del art 173.4.II es la triple alternativa de localización permanente[35] o trabajos en beneficio de la comunidad de 5 a 30 días o multa de 1 a 4 meses. La LO 10/2022 ha procedido al castigo de las personas jurídicas en el ámbito del art. 173.1 en el que se incluyen el delito de trato degradante, la ocultación del paradero del cadáver, el acoso laboral y el acoso inmobiliario, pero no se ha hecho ninguna mención en relación con las conductas previstas en el art. 173.4.I ni II. El castigo de las personas jurídicas en relación con las vejaciones del

[34] Véase el caso del beso que el seleccionador de España de futbol femenino da la jugadora Jennifer Hermoso en el acto de entrega de trofeos ante millones de telespectadores. El Ministerio Fiscal, en su escrito de calificaciones imputa a Rubiales un delito de agresión sexual del art. 178.1 y coacciones del art. 172 por las presiones sufridas para que no denunciase. Se da la circunstancia de que tanto el delito de agresión sexual como el de coacciones admiten distintas graduaciones en atención a la «gravedad» del comportamiento, por lo que habrá que estar muy pendientes de la interpretación que haga el tribunal que no podrá despreciar como un criterio de interpretación de la letra de la ley más la perspectiva de género que no sustituya pero sí sirva para eliminar estereotipos o dar por buenos unas versiones dadas sobre los hechos que han sido construidas desde la perspectiva de superioridad de un presidente de la Federación de futbol español el día más importante de la carrera de una jugadora cuyo testimonio a la vista de las coacciones que se llevan a cabo posteriormente se intenta modular. De haber existido consentimiento, no se entendería bien la presión posterior.

[35] Aclara el precepto que de imponerse la localización permanente se cumplirá «siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima», previsión que adquiere su sentido cuando se piensa en una víctima que comparta domicilio con el autor. Todo ello con independencia de que cabe la posibilidad de subsumir dentro del art. 173.4.II expresiones, comportamientos o proposiciones de carácter sexual que creen a la víctima una situación objetivamente humillante, hostil o intimidatoria llevadas a cabo por quienes sí compartan domicilio.

art 173.4.II hubiera permitido involucrarlas en la prevención eficaz de estas conductas a través de los correspondientes programas de *compliance*. Si se piensa por ejemplo en el acoso que ejercen muchos trabajadores que se desempeñan en la vía pública, o en el ocio nocturno, la responsabilidad penal de las empresas las llevaría a involucrarse en su prevención. Dándose además el agravio comparativo de que en relación con el delito de trato degradante del que el de vejaciones leves es un *minus* sí admite dicha responsabilidad.

Ahora bien, más allá de la pena principal a imponer a la persona física, el hecho de que se trate de una conducta que ha sido ubicada fuera del Título VIII, a pesar de la naturaleza sexual de las expresiones, comportamientos o proposiciones proferidos, tiene amplias consecuencias penológicas. Con carácter general, la aplicación de la circunstancia agravante de reincidencia exige haber sido condenado con anterioridad por otro delito regulado en el mismo título contra la integridad moral, y que sea «de la misma naturaleza». Al mismo tiempo, la comisión previa de un delito del art. 173.3.II no será considerada a los efectos de apreciar la agravante de reincidencia en relación con un delito contra la libertad sexual del Título VIII que el autor cometa con posterioridad.

Por otra parte, al no estar castigada con pena de prisión, al responsable no se le impone la medida de seguridad de libertad vigilada que sí está prevista en el art. 192 para los condenados a penas de prisión por delitos contra la libertad sexual. Tampoco sería posible ex art. 129 bis la toma de muestras biológicas del responsable así como la realización de análisis para la obtención de identificadores de ADN e inscripción de los mismos en la base de datos policial en la medida en que dicha consecuencia está prevista para los condenados «por la comisión de un delito grave contra… la libertad o indemnidad sexual». La condena no se inscribiría en el Registro Central de Agresores Sexuales, al no haber sido dictada «por cualquier delito contra la libertad e indemnidad[36] sexuales…» regulado en el RD 1110/2015, de 11 de diciembre, por el que se regula el Registro Central de Delincuentes Sexuales, sorteándose por la mera ubicación sistemática de la conducta las finalidades de «contribuir a la protección de los menores contra la explotación y el abuso sexual…». Y finalmente, a pesar del contenido sexual de la conducta, tampoco le será de imposición al autor la nueva pena de inhabilitación especial para cualquier profesión, oficio o actividades, sean o no retribuidos, que conlleve contacto regular y directo con personas menores de edad, incorporada el Código por la LO 10/2022.

A todo ello debe añadirse que impuesta la pena de localización permanente, esta debe ser de cumplimiento efectivo, sin que sea posible suspender su ejecución (pues los arts. 80 y siguientes no han previsto la posibilidad de aplicarla a la pena de localización

[36] *De lege ferenda*, tras la reforma operada por la LO 10/2022, que ha eliminado la referencia a la indemnidad sexual dentro del Título VIII, debe eliminarse también del Real Decreto mencionado.

permanente): en cualquier caso, al tratarse de una pena que tiene como alternativas las de trabajos en beneficio de la comunidad y la de multa que son a su vez las penas que en su caso podrían llegar a sustituir a la pena privativa de libertad impuesta, nada impedirá recurrir a ellas de manera originaria.

Por otra parte, la persecución de las dos conductas castigadas en el art. 173.4 requiere «denuncia de la persona agraviada o de su representante legal». Se trata de una condición objetiva de procedibilidad que llegó al Código a través de la LO 1/2015. En este sentido, y en la medida en que el art. 194 también la exige para los delitos de agresión sexual no existe resquicio alguno de incoherencia en el trato procesal porque de iniciarse las diligencias como atentado contra la libertad sexual y de acabarse como delito contra la integridad moral, en ambos casos se habrá exigido la iniciativa de parte.

La consideración de la conducta castigada en el art. 173.4.II como un delito leve, así como la necesidad de que la víctima —o su representante legal— interpongan la denuncia hace que entre en juego el perdón del ofendido y respecto al tratamiento del mismo en el ámbito de los delitos contra la libertad sexual y los de vejaciones del art. 173.4 existen —ahora si— amplias diferencias pues estando expresamente excluido en el ámbito de los delitos contra la libertad sexual en el art. 191.2, tiene sin embargo toda su validez en el ámbito de los delitos de acoso vejatorio según las previsiones del art. 130.1.

La admisión a priori del perdón no puede interpretarse sencillamente como posibilidad real: habrá que prestar atención a la jurisprudencia en la medida en que tanto cuando se trate de un supuesto de violencia de género como de violencia sexual, en ambos casos está vedada la mediación esto es, la participación activa de la víctima en la resolución del conflicto. De entenderse que el perdón es una manifestación de dicha forma de resolución del conflicto generado por el delito, no será posible concederle eficacia a los efectos de la extinción de la responsabilidad criminal[37]. Ciertamente el delito de acoso vejatorio no es un delito contra la libertad sexual y, sin embargo, es una modalidad de violencia sexual hasta el punto de que es la LO 10/2022 la que lo ya llevado al Código.

VI. Concursos

La referencia expresa que se realiza al final del art. 173.4.II a que la aplicabilidad del precepto depende de que los hechos no lleguen «a constituir otros delitos de mayor gravedad» resalta su carácter residual y con él la necesidad de considerarlo una suerte de tipo básico genérico de una pluralidad de delitos. De ahí que sea preciso señalar aquellas figuras delictivas con las que entran en concurso de normas, para posterior-

[37] Véase el art. 87 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial en la redacción que al mismo le dio la LO 1/2004 así como el art. 3.1 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito en la redacción dada al mismo por la LO 10/2022.

mente resolver los eventuales concursos de delitos que puedan plantearse[38]. Como se verá, la menor gravedad del atentado contra la integridad moral que se observa en este tipo delictivo hace que la jurisprudencia se refiera al castigado en el párrafo 1.º del art. 173 como una clara relación de homogeneidad con el resto de conductas castigadas en el interior del Título VII (SAP de Madrid 1416/2012, de 17 de diciembre). Ambos son en todo caso tipos penales residuales que solo serán aplicados cuando no puedan serlo otros preceptos del Código castigados con pena superior.

Por su ubicación sistemática y en relación con todas las conductas castigadas dentro del Título VII debe partirse de las reglas del concurso de normas por el hecho de que es una suerte de tipo básico de todas ellas y ello a pesar del carácter sexual que le imprime su autor. De esto se desprende que también puede haber actos de naturaleza sexual castigados en el art. 173.1.

Consecuencia directa también de su ubicación sistemática es el hecho de que le sea de aplicación el art. 177, que se remite al concurso de delitos cuando «además del atentado a la integridad moral», se produjere «lesión o daño a la vida, integridad física, salud, libertad sexual o bienes de la víctima o de un tercero» en cuyo caso los hechos se castigarán separadamente «excepto cuando aquél ya se halle especialmente castigado por la ley». A pesar de la literalidad del precepto, sin duda alguna, los hechos que se subsuman en el art. 173.4.II no podrán castigarse separadamente de los delitos contra la libertad sexual, pues en este caso se debe recurrir a las reglas de concurso de normas. En esta línea insiste también el art. 194 bis. En cualquier caso, debe prestarse una especial atención a la relación concursal que se establece entre el delito de vejación injusta de carácter leve del art. 173.4.II y la circunstancia de agravación de la pena del art. 180.2[39]. *A priori*, todo apunta a que cuando se cometa una agresión sexual con violencia —ya sea física o psíquica— de «extrema gravedad» o los actos —sexuales— realizados tengan tal carácter «particularmente» degradante o vejatorio, habrá de entablarse un concurso de normas entre el concurso real entre el delito sexual cometido y el de trato degradante y por otra parte, el delito de agresión sexual agravada del art. 180.2 o 181.5. Al tiempo que el concurso se produciría entre el art. 173.1 y los arts. 180.2 y 181.5, pues la levedad del comportamiento incluido en el art. 173.4.II es muy distinta al carácter «particularmente degradante o vejatorio del o a la extrema gravedad de los actos llevados a cabo[40].

[38] Los problemas concursales que planteaban antes de la LO 1/2015 el delito de abuso sexual y la falta de vejaciones eran amplios. Al respecto véase por todos Pérez Alonso, E., «Concepto…», ob. cit., pp. 22 y ss.

[39] Lo mismo establece el art. 181.5 para las agresiones sexuales que se comentan sobre menor de 16 años. Y con la agravación de la pena prevista en el art. 189.2.b) para el delito de elaboración de pornografía infantil de menor de 18 años por «el carácter particularmente degradante o vejatorio» de los hechos».

[40] Véase la STS 758/2022 de 15 septiembre.

Si esta previsión se analiza a la vista de los resultados típicos alternativos exigidos por el art. 173.4.II de que las expresiones, comportamientos o proposiciones de carácter sexual creen a la víctima una situación objetivamente humillante, hostil o intimidatoria» —sin llegar a constituir otros delitos de mayor gravedad— la panoplia de hipotéticas relaciones concursales se amplían[41].

La posibilidad de admitir el concurso de delitos entre el art. 173.1 y los previstos respectivamente en los arts. 139.3, 148.2, 180.1 y 189.2.b, supondría una flagrante vulneración del principio *non bis in idem*. Todo lo más sería posible admitir un concurso de normas entre el concurso ideal del art. 173.1 y los tipos básicos de las figuras delictivas del 139, 147 y 189.2 y el castigo por los arts. 139.3, 148.2, 180.1 y 189.2.b.

También debe solventarse las que suscita el delito de vejaciones leves con los delitos de coacciones y amenazas, toda vez que el primero describe la situación provocada por el autor como objetivamente «hostil o intimidatoria». Con todo, también habrá que tomarse partido por las relaciones con los delitos de detenciones ilegales. En definitiva, se trata de abordar ahora el concurso entre el delito de vejaciones leves del art. 173.4.II y las conductas castigadas dentro del Título VI. *A priori*, si se tiene en consideración que una y otros protegerían bienes jurídicos distintos, se debería recurrir al concurso de delitos. Sin embargo, una lectura más atenta de este conjunto de preceptos no permite una solución sencilla: por lo pronto, el art. 177 no hace una referencia expresa a los delitos contra la libertad por lo que en principio no está abriendo las puertas a los concursos de delito. La no inclusión dentro del mismo de estas últimas conductas puede ser un mero olvido, lo que obliga a plantearse qué valor tiene un precepto que además de ser innecesario, produce errores de interpretación.

[41] Desde otra perspectiva, si se tiene en consideración que nuevo delito de proferir expresiones, comportamientos o proposiciones de carácter sexual es una especificación de la conducta castigada en el art. 173.4.I se debería tener en cuenta que en este último precepto se castiga la causación de una injuria o vejación injusta de carácter leve, no es posible admitir el concurso de delitos con los delitos contra el honor. El propio art. 208 en su párrafo 2.º, tras la reforma que del mismo llevó a cabo la LO 1/2015 deja claro que las acciones o expresiones típicas a esos efectos serán constitutivas de «delito de injurias» en virtud de su naturaleza, efectos y circunstancias «sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 4 del art. 173». Esta última cláusula debe ser interpretada en atención al momento en el que se llevó al Código. Y es que, en efecto, en 2015 la referencia expresa en el párrafo 2 del art. 208 al art. 173.4 se hacía a la hoy castigada en el párrafo 1 del art. 173.4, esto es, para los casos en los que se cause injuria o vejación injusta de carácter leve «cuando el ofendido fuera una de las personas a las que se refiere el apartado 2 del art. 173» pues en este caso se protegía y se protege un bien jurídico que en definitiva no guarda relación con la integridad moral, sino que tiene un aspecto distinto, compartido entre los diferentes miembros de la unidad familiar: se trataría pues de un concurso de delitos. Tras la reforma que del art. 173 ha llevado a cabo la LO 1/2015, el párrafo 2.º del art. 208 debe interpretarse en el sentido de «sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 4.I del art. 173».

La STS 892/2021 de 18 noviembre analizaba la autonomía de los delitos contra el honor y las amenazas de la conducta castigada en el art. 153.1.

La situación «hostil o intimidatoria» referida en el art. 173.4.II guarda relación con los resultados típicos de los delitos de coacciones y amenazas, de manera que no cabría establecer un concurso de normas entre, por una parte, el delito de vejaciones leves y por la otra, los delitos de amenazas de los arts. 171, 4, 5 y 7.

Por «bienes de la víctima o de un tercero» parece que deben entenderse los bienes materiales, por lo que fundamentalmente se estaría haciendo referencia a los daños.

Respecto al delito de detenciones ilegales puede decirse que al ser éste un delito permanente que se prolonga en el tiempo durante todo el tiempo que dure la privación de libertad o el encierro, si tal como ha afirmado la jurisprudencia es posible establecer un concurso con el de robo y el de detenciones ilegales, podrá admitirse también un concurso de delitos entre el de detenciones ilegales y el de vejaciones injustas del art. 173.4.II cuando sea posible identificar un acto singular que permita levantar sobre él la ofensa al bien jurídico integridad moral por una parte y libertad por la otra.

VII. **Conclusiones**

La inclusión en el interior del Título VII del nuevo delito sexual contra la integridad moral de la víctima ha suscitado dudas en torno a sus bondades por parte de un sector doctrinal que afirma que el fin último perseguido no es otro que terminar con la cultura del piropo, una práctica históricamente aceptada por la sociedad y que vendrá a suponer un límite a la libertad de expresión[42]. Con carácter general no puede olvidarse que se trata de un delito que requiere la denuncia de la persona agraviada, de manera que si las expresiones, comportamientos o proposiciones de carácter sexual son bien recibidas por parte de la víctima, no denunciará y no habrá por tanto delito. Más allá de esta fácil y pueril crítica, lo cierto es que, a la vista de las sentencias analizadas en torno a los besos no deseados y los tocamientos sorpresivos, la verdadera virtualidad del precepto es la de abrir una vía para castigar comportamientos que, a pesar de la finalidad perseguida por el autor, no llegan a menoscabar con la gravedad que requiere el Titulo VIII la libertad sexual de la víctima, quedándose en un atentado de menor intensidad a la integridad moral. Habrá que ver cómo afronta su papel la jurisprudencia que cuenta entre los distintos instrumentos de interpretación de los hechos la perspectiva de género que junto a la interpretación sistemática, histórica y teleológica, facilita la identificación de los estereotipos contra los que hay que seguir luchando.

Pero más allá de la inclusión en el Código de esta conducta, a la criticada LO 10/2022 se le debe reconocer la oportunidad que ha tenido de abrir un debate en torno a la necesidad de crear espacios públicos seguros para quienes transitan por ellos, sobre todo cuando se constata que según los gustos patriarcales, quienes llevan a cabo esas

[42] Carusso Fontán, V., «El hostigamiento…», ob. cit., p. 6; Brox Sáenz de la Calzada, A., «Acoso sexista…», ob. cit., p. 989.

conductas suelen ser hombres y quienes las soportan son mujeres que al exponerse a la mirada de terceros, quedan convertidas en una suerte de objeto sexual *pop up* condenado a soportar un análisis exhaustivo por parte de quien se cree con poder para clasificar a las personas por su aspecto físico. Afrontado este debate, sin duda, la intervención penal será innecesaria por el triunfo de la prevención general positiva.

VIII. **Bibliografía**

Acale Sánchez, María, *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

— *El tipo de injusto de los delitos de mera actividad*, Comares, Granada, 2003.

Bolea Bardon, Carolina, «Delitos contra la integridad moral», en Corcoy Bidasolo, Mirentxu (dir.), *Manual de Derecho penal. Parte Especial*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

Brox Sáenz de la Calzada, Alicia, «Acoso sexista callejero: ¿qué respuesta puede ofrecer el Derecho penal?», *Oñati Socio-Legal Series [online*], 9(6), 983-1000. https://doi.org/10.35295/osls.iisl/0000-0000-0000-1080.

Cáceres Díaz, Luis, «Un único tocamiento libidinoso no consentido puede bastar para cometer un delito de abuso sexual», *Boletín Digital Penal,* Núm. 27, octubre 2018.

Carusso Fontán, Viviana, «El hostigamiento callejero como vejación injusta de carácter leve», *Diario La Ley*, Núm. 10061, de 4 de mayo de 2022.

Cuerda Arnau, María Luisa, «De las torturas y otros delitos contra la integridad moral», en González Cussac, José Luis, *Derecho penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

De la Herrán Ruiz-Mateos, Sergio, *Fundamento de los medios comisivos en el tipo de injusto de los delitos compuestos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024.

Faraldo Cabana, Patricia, «Novedades en la regulación de las injurias y vejaciones injustas de carácter leve», *Revista de Derecho y Proceso Penal*, Núm. 41, 2016.

Muñoz Conde, Francisco, *Derecho penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

Pérez Alonso, Esteban, «Concepto de abuso sexual: contenido y límite mínimo del delito de abuso sexual», *InDret*, Núm. 3, 2019.

Romeo Casabona, Carlos, «Los delitos contra la integridad corporal y la salud», en VVAA, *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor D. Ángel Torío López*, Comares, Granada, 1999.

Tapia Ballesteros, Patricia, *El nuevo delito de acoso o stalking*, Wolters Kluwer, Barcelona, 2016.

2

CRIMEN INVISIBLE: LA FALSIFICACIÓN DE PRODUCTOS MÉDICOS Y SU IMPACTO EN ECUADOR*

Oscar Alarcón-Jiménez**
Secretario Ejecutivo del convenio MEDICRIME

SUMARIO: I. Introducción. II. La falsificación de productos médicos en el contexto ecuatoriano. II.1. Cooperación interinstitucional. II.2. Adhesión al convenio Medicrime. III. Conclusión. IV. Bibliografía.

I. Introducción

Considerada como un fenómeno creciente, la proliferación de productos falsificados se ha ido globalizando cada vez más en los últimos años debido a su carácter lucrativo[1]. Entre este océano de productos falsificados, encontramos particularmente otra amenaza todavía más alarmante y preocupante, con patrones y desafíos distintos si cabe, a la que

* La falsificación de productos médicos representa una amenaza global para la salud pública. En Ecuador, este fenómeno se ha manifestado en casos emblemáticos como Mediveza, que evidenciaron las vulnerabilidades en la cadena de suministro. Si bien el país ha respondido con múltiples operaciones policiales, la tipificación del delito en el Código Orgánico Integral Penal y la firma del Convenio MEDICRIME en 2021, considerada un hito en la región, la ratificación de este convenio es sin embargo esencial para fortalecer la cooperación internacional y consolidar un marco jurídico robusto que proteja la integridad del sistema de salud y la seguridad de la población.

** Este artículo está dedicado a la memoria del Prof. Dr. iur., Dr. med., Dr. hist., Dr. h. c. mult. Carlos María Romeo Casabona, cuyo incansable compromiso con el derecho penal sentó las bases para la redacción de convenios penales en el Consejo de Europa. Su legado perdura no sólo en sus publicaciones, sino también en la inspiración que brindó a los comités convencionales de dichos convenios penales en los que participó personalmente como experto independiente. Mentor y amigo invaluable, su generosidad y pasión por el derecho han dejado una huella imborrable en mi carrera y en mi vida personal. Gracias, Carlos, por todo tu apoyo.

[1] Attaran, A./Bate, R./Kendall, M., «Why and how to make an international crime of medicine counterfeiting», *Journal of International Criminal Justice*, Núm. 2, Vol. 9, 2011, p. 326.

se enfrenta actualmente la comunidad internacional y que atenta directamente contra la salud pública[2]: la falsificación de productos médicos.

Según diferentes estudios[3], el valor del mercado criminal de productos farmacéuticos falsificados se estima en unos 75 mil millones de dólares al año, lo que corresponde aproximadamente al 10 % del comercio mundial de medicamentos. Las estadísticas recientes tampoco dejan lugar a dudas acerca de la gravedad de la situación: las ventas mundiales de medicamentos falsificados no cesan de aumentar. Y esta situación se agrava gracias al uso de las nuevas tecnologías, principalmente Internet, un medio al alcance de todos en el que el 50 % de los medicamentos son falsificados[4].

Son las redes de crimen organizado las que controlan hoy en día tanto la producción, la distribución y el comercio de dichos productos. Sus estrechos vínculos facilitan la infiltración de los medicamentos y dispositivos sanitarios falsificados en la cadena de suministro legal y la venta de estos productos de imitación como marcas auténticas[5]. Entre las razones de esta creciente amenaza a los productos de marca se encuentra el bajo nivel de disuasión del riesgo dentro de la legislación nacional e internacional. Resulta especialmente preocupante que se castigue la falsificación de estos productos médicos en base a los daños económicos que produce sin tener en cuenta los riesgos para la salud y la seguridad de los ciudadanos. Si bien es difícil cuantificar con precisión la magnitud de esta actividad delictiva debido a su carácter oculto, la proliferación de productos médicos falsificados es una amenaza de enormes proporciones que afecta a todos los países del mundo, ya sean estos países de origen, de tránsito o destino. Estos productos fraudulentos van desde analgésicos comunes hasta tratamientos para enfermedades mortales como el cáncer o la malaria, y sus consecuencias pueden ser devastadoras: desde la falta de efectividad o su ineficacia hasta otros problemas de salud, como intoxicaciones graves e incluso la muerte[6].

[2] Pozsgai, K./Szűcs G., *et al*., «Analysis of Pharmacovigilance Databases for Spontaneous Reports of Adverse Drug Reactions Related to Substandard and Falsified Medical Products: A Descriptive Study», *Frontiers in Pharmacology,* Vol. 13, 2022.

[3] Lavorgna, A., «The online trade in counterfeit pharmaceuticals: new criminal opportunities, trends and challenges», *European Journal of Criminology*, Núm. 2, Vol. 12, 2015, p. 232.

[4] Organisation Mondiale de la Sante, «L'OMS et ses partenaires accélèrent la lutte contre les médicaments contrefaits», *Communiqué de presse*, 15 de noviembre de 2006.

[5] Romeo Casabona, C.m./Urruela, A./Nicolás Jiménez, P./Alarcón-Jiménez, O., «International strategies in fighting against medicaments fraud and other similar offences. The MEDICRIME Convention», *Crime, Law and Social Change*, Núms. 1-2, Vol. 68, 2017, p. 3.

[6] Pathak, R./Gaur, V./Sankrityayan, H. *et al.*, «Tackling Counterfeit Drugs: The Challenges and Possibilities», *Pharmaceutical Medicine,* Núm. 4, Vol. 37, 2023, pp. 281-290.

II. La falsificación de productos médicos en el contexto ecuatoriano

Al igual que en el resto de los países de su entorno, la falsificación de productos médicos en Ecuador no se considera un fenómeno aislado. Valorado como un reto importante para la salud pública, la integridad y la confianza del sistema de salud del país, este desafío ha evolucionado significativamente a lo largo de los años.

Ecuador ha sabido responder a esta amenaza a través de operaciones y decomisando toneladas de productos médicos falsificados, procedentes de otros países. Sin embargo, el gran antecedente se remonta a 2016 cuando, en el marco de sus operativos de control en farmacias, la Agencia de Regulación, Control y Vigilancia Sanitaria de Ecuador (ARCSA) detectó una serie de productos médicos[7] que no cumplían con la normativa de etiquetado y circulaban por el país sin registro sanitario. Así, el 25 de julio de 2017, en la operación «Fármaco IV», las autoridades nacionales (policía nacional, policía judicial, la fiscalía y la unidad de delitos aduaneros y tributarios), incautaron 18 toneladas de medicamentos «presuntamente falsificados»[8]. Así pues, el caso «Mediveza» supuso un hito en la lucha contra la falsificación de productos médicos en Ecuador, erigiéndose en uno de los más importantes en la historia del país[9].

Desde entonces, las autoridades no han cejado en su labor ingente de lucha contra esta lacra intensificando sus esfuerzos para combatir este fenómeno. Así, las autoridades ecuatorianas decomisaron en 2019 más de 282 mil medicamentos con «irregularidades» y más de 69 mil en el año 2021, cantidad ésta que duplicaba los medicamentos incautados en 2020[10]. Ese mismo año se llevó a cabo en las ciudades de Quito e Ibarra un operativo interinstitucional por el que se detectaron más de un millón de medicamentos falsificados[11], lo que representó un duro golpe a las redes criminales dedicadas a esta actividad ilícita.

II.1. **Cooperación interinstitucional**

Estos casos no hacen sino poner de manifiesto la importancia de combatir la falsificación de los productos médicos, la seriedad con la que Ecuador ha abordado este fenómeno y la importancia de las acciones conjuntas ejercidas por sus autoridades nacionales para proteger la salud de la población. La respuesta de Ecuador ha sido

[7] Entre otros: entre ellos antibióticos, antiinflamatorios, antiepilépticos, etc.

[8] Ministerio de Salud Pública, Comunicado de Prensa, *Caso Mediveza: presunta falsificación de 18 toneladas de medicamentos*, 18 de diciembre de 2018.

[9] Fundación Milhojas, *Inicia el juicio sobre toneladas de medicinas falsificadas*, 13 de diciembre 2018.

[10] El Comercio, *69 870 medicamentos con irregularidades se decomisaron en 2021*, 13 de noviembre de 2021.

[11] El Universo, *Se incautaron más de un millón de medicamentos falsos en una madrugada en Ecuador,* 5 de noviembre de 2021.

siempre firme: incrementar los controles y operativos para verificar la autenticidad de los medicamentos y duplicar esfuerzos para desarticular las redes de falsificación[12].

Un éxito nacional que Ecuador ha sabido exportar a países de su entorno, así como al otro lado del océano, es su cooperación interinstitucional, esto es, su forma conjunta de trabajar aprovechando recursos y fortalezas entre actores nacionales. Con la finalidad de propiciar una colaboración más estrecha entre las partes involucradas, así como desarrollar programas y proyectos conjuntos que promuevan metas institucionales vinculadas al tema de la prevención, detección y persecución de las actividades relativas a la falsificación de productos médicos, se creó en Ecuador una **mesa nacional** (o comité interinstitucional) compuesta por todos aquellos actores nacionales que se dedican a luchar contra esta lacra. En dicha mesa destacan, entre otros, la Fiscalía General del Estado, el Consejo de la Judicatura, los ministerios de Gobierno y Salud Pública, la Policía Nacional, el Servio Nacional de Aduanas, el Servicio de Rentas internas, el ARCSA, etc. En esta mesa nacional merece la pena subrayar igualmente la labor desempeñada por la Universidad de los Hemisferios, cuya ingente labor en el país a favor de la adhesión al convenio MEDICRIME ha sido, y sigue siendo, remarcable[13].

Como respuesta jurídica significativa nacional ante el avance de múltiples casos destaca el fortalecimiento del marco jurídico ecuatoriano mediante la tipificación del delito de falsificación de medicamentos en su código orgánico integral penal[14]. Este avance se consiguió gracias a la celebración de múltiples foros, seminarios, formaciones, etc., actividades encaminadas a dar visibilidad a este nuevo fenómeno y a su lucha, lo que impulsó una reforma jurídica que sancionaba a los delincuentes y aumentaba las sanciones.

II.2. **Adhesión al convenio MEDICRIME**

En paralelo a su reforma penal, Ecuador ha buscado adherirse a convenios internacionales para fortalecer su combate contra esta lacra. En su carta de 11 septiembre de 2020, el ministro de relaciones exteriores y movilidad humana de Ecuador manifestó el interés de su gobierno a ser invitado a adherirse al convenio MEDICRIME del Consejo

[12] INFOBAE, *Desarticulan en Ecuador una red de presunta falsificación de medicamentos contra el cáncer,* 9 de noviembre de 2023.

[13] Asamblea Nacional, República del Ecuador, Sala de Prensa, *Experta propone aumentar las sanciones por falsificación de medicamentos*, 15 de noviembre de 2017.

[14] El Art. 280 del código orgánico integral penal (COIP) se refiere a la falsificación de medicamentos y productos de uso terapéutico. Además, dependiendo de las circunstancias, podrían aplicarse otros artículos relacionados con delitos contra la salud pública o estafa, como el Art. 279 del COIP (delitos contra la salud pública) o el Art. 196 (estafa).

de Europa[15], primer y único tratado internacional que tiene como finalidad luchar contra la falsificación de productos médicos y otros delitos similares desde una perspectiva penal. El 11 de febrero de 2021, el Comité de Ministros del Consejo de Europa decidió invitar[16] a Ecuador a firmar dicho convenio[17], y no fue hasta el 7 de mayo de 2021 que Ecuador se convirtió en el primer país del continente americano en firmar el único convenio penal existente en la materia[18]. Es importante destacar el acompañamiento a las autoridades ecuatorianas desempeñado por la Universidad de los Hemisferios en este proceso de firma del convenio MEDICRIME.

El convenio MEDICRIME tiene por objeto, por un lado, el prevenir y combatir las amenazas que gravitan sobre la salud pública a través de la penalización de determinados actos[19]; por otro lado, el proteger los derechos de las víctimas de estos delitos y, finalmente promover la cooperación tanto a nivel nacional como a nivel internacional para poner fin a esta lacra[20]. Abierto a la firma en Moscú el 28 de octubre de 2011, este convenio entró en vigor el primero de enero de 2016[21] y cuenta en la actualidad con 23 países que son parte del Convenio, 22 países firmantes y 2 países que han sido invitados a adherirse al convenio[22].

[15] *Convenio del Consejo de Europa sobre la falsificación de productos médicos y delitos similares que supongan una amenaza para la salud pública,* CETS Núm. 211, Moscú, 28 de octubre de 2011.Véase: www.coe.int/medicrime

[16] Esta invitación a firmar el convenio MEDICRIME tenía una validez de cinco años a contar desde su adopción, conforme a la decisión del Comité de Ministros del Consejo de Europa del 10 de abril de 2013.

[17] Embajada del Ecuador en Canadá, Comunicado de Prensa, *Ecuador acoge con satisfacción invitación europea para firmar convenio sobre falsificación de productos médicos*, 22 de febrero de 2021.

[18] Embajada del Ecuador en Francia, Comunicado de Prensa, *Ecuador suscribió el Convenio sobre falsificación de productos médicos y delitos similares que supongan una amenaza para la salud pública,* 7 de mayo de 2021.

[19] Para mayor información sobre los delitos contra la salud pública véase: Romeo Casabona, C.M./ Urruela, A., *et al*., «International strategies in fighting against medicaments fraud and other similar offences. The MEDICRIME Convention», *Crime, Law and Social Change*, Núm. 5. Vol. 66, 2016.

[20] *Convenio del Consejo de Europa sobre la falsificación…*, *ob. cit.,* Art. 1.

[21] Tras la ratificación de Guinea el 24/09/2015.

[22] A fecha de 26 de febrero de 2025, el Convenio MEDICRIME cuenta con: a) 23 Estados Partes, de los cuales 15 son Estados miembros del Consejo de Europa (Albania, Armenia, Bélgica, Benín, Bosnia y Herzegovina, Croacia, Chipre, Francia, Hungría, República de Moldavia, Portugal, Eslovenia, España, Suiza, Turquía y Ucrania), y los 8 restantes son Estados terceros (Bielorrusia, Benín, Burkina Faso, Guinea, Costa de Marfil, Marruecos, Níger, Federación Rusa); b) 22 Estados firmantes, de los cuales, 14 Estados son Estados miembros del Consejo de Europa (Austria, Dinamarca, Finlandia, Alemania, Grecia, Islandia, Israel, Italia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Macedonia del Norte, Noruega y Serbia), y los 8 restantes son Estados terceros (Chad, Chile, Congo, Ecuador, Israel, Mali, Togo y Túnez); c) 2 Estados invitados a adherirse (Camerún y Senegal).

En su parte de derecho penal material, el Convenio MEDICRIME tipifica una serie de delitos como son la fabricación de falsificaciones, el suministro, la oferta de suministro y el tráfico de falsificaciones, así como la falsificación de documentos[23], delitos todos que deben ser cometidos intencionadamente. El Convenio regula también una serie de delitos llamados *similares*, cuya particularidad radica en que, a pesar de ser productos médicos legales, estos productos representan una amenaza comparable a la falsificación en sí misma porque carecen de la autorización necesaria de las autoridades nacionales[24].

Una atención especial merece tanto las medidas preventivas como las medidas de protección a las víctimas y que son la prioridad del trabajo desarrollado por el Consejo de Europa. Entre otras medidas, las víctimas deben tener acceso a la información pertinente relativa a su caso, se les debe indemnizar, se les debe asistir en su recuperación física, psicológica y social y se les protegerá sus derechos e intereses en todas las fases de la investigación y del procedimiento penal[25].

Así pues, los estándares comunes mínimos que el Convenio MEDICRIME introduce en materia de derecho penal, en su vertiente tanto sustancial como procesal, así como las previsiones destinadas a mejorar la cooperación y el intercambio de información entre las autoridades competentes, ayudan a desarrollar políticas coordinadas y proporcionadas a la magnitud de este problema. Asimismo, el convenio establece un marco para la cooperación nacional e internacional entre las autoridades competentes en salud, policía y aduanas, tanto a nivel nacional como internacional, así como medidas para la prevención del delito con la participación del sector privado.

III. Conclusión

La falsificación de productos médicos es un negocio muy lucrativo que causa cientos de miles de víctimas cada año. Si bien sólo se tiende a pensar en la falsificación de medicamentos de uso humano, son cada vez más los medicamentos de uso veterinario falsificados. Desgraciadamente, a diferencia del tráfico de drogas, el comercio de productos médicos falsificados sigue estando en gran medida impune en muchos países de nuestro entorno.

Ecuador ha iniciado un camino inexorable de no retorno tipificando el delito de falsificación de medicamentos en su código penal y sancionando igualmente la adulteración de medicinas para proteger la salud pública. La lucha en Ecuador contra la falsificación de productos médicos es una batalla continua que requiere una cooperación incesante del gobierno, los actores nacionales, el sector privado, la academia, la sociedad civil y la comunidad internacional para proteger la salud y el bienestar de sus ciudadanos.

[23] *Convenio del Consejo de Europa sobre la falsificación…*, *ob. cit.,* Arts. 5-7.
[24] *Ibid.*, Art. 8.
[25] *Ibid.,* Arts. 19-20.

La cooperación interinstitucional en Ecuador es un ejemplo notorio de colaboración, pero no suficiente. Si bien esta cooperación refleja la determinación de Ecuador para enfrentar un problema que ha aumentado de manera alarmante, pone de manifiesto igualmente ciertas carencias en materia de cooperación internacional en un momento en el que las interconexiones entre este crimen transnacional y las redes criminales nunca han sido más claras.

A pesar de haber sido pionero en el continente americano en firmar el único convenio penal que pretende atajar el fenómeno de la falsificación de productos médicos, Ecuador debería continuar el proceso de concertación iniciado y ratificar el convenio MEDICRIME para poder beneficiarse en su totalidad de las ventajas que dicho convenio ofrece mostrando así al resto de los países de la región su apuesta por proteger la salud de sus ciudadanos y mantener la integridad de su sistema de salud. Aun cuando tiene un peso político considerable, la mera firma del convenio MEDICRIME por parte de Ecuador no expresa su consentimiento a obligarse por dicho convenio, lo que le imposibilita para disfrutar de numerosos beneficios no sólo en materia de cooperación penal internacional, sino también en medidas preventivas, de protección, en materia de cooperación e intercambio de información entre autoridades, o incluso participar en la toma decisiones en el seno de su mecanismo de seguimiento, el Comité de las Partes.

Todos los esfuerzos realizados hasta la fecha podrían perder su efectividad si Ecuador no culmina el proceso iniciado y se adhiere de pleno derecho, por medio de su ratificación, al convenio MEDICRIME. Este paso es crucial para Ecuador y refleja no sólo su determinación por fortalecer su marco legal contra la falsificación de estos productos médicos y otros delitos similares, sino que envía un mensaje decisivo a la comunidad internacional sobre su seriedad a la hora de combatir el crimen organizado transnacional.

IV. Bibliografía

Asamblea Nacional, República del Ecuador, Sala de Prensa, *Experta propone aumentar las sanciones por falsificación de medicamentos*, 15 de noviembre de 2017.

Attaran, A./Bate, R./Kendall, M., «Why and how to make an international crime of medicine counterfeiting», *Journal of International Criminal Justice*, Núm. 2, Vol. 9, 2011, p. 326.

Consejo de Europa, *Convenio del Consejo de Europa sobre la falsificación de productos médicos y delitos similares que supongan una amenaza para la salud pública,* CETS Núm. 211, Moscú, 28 de octubre de 2011.

El Comercio, *69 870 medicamentos con irregularidades se decomisaron en 2021*, 13 de noviembre de 2021.

El Universo, *Se incautaron más de un millón de medicamentos falsos en una madrugada en Ecuador*, 5 de noviembre de 2021.

Embajada del Ecuador en Canadá, Comunicado de Prensa, *Ecuador acoge con satisfacción invitación europea para firmar convenio sobre falsificación de productos médicos,* 22 de febrero de 2021.

— *Ecuador suscribió el Convenio sobre falsificación de productos médicos y delitos similares que supongan una amenaza para la salud pública*, 7 de mayo de 2021.

Fundación Milhojas, *Inicia el juicio sobre toneladas de medicinas falsificadas,* 13 de diciembre 2018.

INFOBAE, *Desarticulan en Ecuador una red de presunta falsificación de medicamentos contra el cáncer,* 9 de noviembre de 2023.

Lavorgna, A., «The online trade in counterfeit pharmaceuticals: new criminal opportunities, trends and challenges», *European Journal of Criminology*, Núm. 2, Vol. 12 2015, p. 232.

Ministerio de Salud Pública de Ecuador, Comunicado de Prensa, *Caso Mediveza: presunta falsificación de 18 toneladas de medicamentos,* 18 de diciembre de 2018.

Organisation Mondiale de la Sante, «L'OMS et ses partenaires accélèrent la lutte contre les médicaments contrefaits», *Communiqué de presse*, 15 de noviembre de 2006.

Pathak, R., Gaur, V., Sankrityayan, H. *et al.*, «Tackling Counterfeit Drugs: The Challenges and Possibilities», *Pharmaceutical Medicine,* Núm. 4, Vol. 37, 2023, pp. 281-290.

Pozsgai, K./Szűcs G., *et al*., «Analysis of Pharmacovigilance Databases for Spontaneous Reports of Adverse Drug Reactions Related to Substandard and Falsified Medical Products: A Descriptive Study», *Frontiers in Pharmacology,* Vol. 13, 2022.

Romeo Casabona, C. M./ Urruela, A., *et al*., «International strategies in fighting against medicaments fraud and other similar offences. The MEDICRIME Convention», *Crime, Law and Social Change*, Núm. 5, Vol. 66, 2016.

3

CONSIDERACIONES CRÍTICAS SOBRE LA REGULACIÓN PENAL ESPAÑOLA EN MATERIA DE TRÁFICO DE ÓRGANOS[*]

Carmen Alastuey Dobón[**]
Profesora Titular de Derecho penal
Universidad de Zaragoza

SUMARIO: I. Introducción. II. Referencia a la evolución legislativa. III. Conductas típicas: dudas interpretativas y excesiva penalidad. IV. Castigo del receptor y ¿del donante? V. La cuestión del bien jurídico protegido y algunas de sus implicaciones. VI. Reflexión final. VII. Bibliografía.

I. Introducción

Entre las valiosas aportaciones del profesor Carlos Romeo Casabona al desarrollo del Derecho sanitario español ocupa un lugar destacado la redacción del borrador de la vigente Ley sobre extracción y trasplante de órganos (30/1979). Este texto, así como la normativa que lo complementa[1], ha hecho posible la consolidación en nuestro país de

[*] El presente trabajo se ha elaborado en el marco del Proyecto de Investigación «El Derecho Penal ante los retos actuales de la Biomedicina (DERPEBIO)». Referencia: PID2022-136743OB-I00. Proyectos de Generación de Conocimiento 2022. Entidades financiadoras: MCIN / AEI / y FEDER Una manera de hacer Europa. Se inserta, asimismo, en las líneas de investigación de la Cátedra Johnson & Johnson «Derecho y Salud» y del Grupo de Estudios Penales, grupo de investigación de referencia financiado por el Gobierno de Aragón, ambos de la Universidad de Zaragoza.

[**] Escribo estas páginas para rendir un sentido homenaje al profesor Romeo Casabona, admirado penalista y querido compañero. Aunque cuando me incorporé al Área de Derecho penal de la Universidad de Zaragoza el profesor Romeo ya había obtenido la Cátedra en la Universidad de La Laguna, he tenido la suerte de coincidir con él en numerosos eventos académicos celebrados en el seno de nuestra escuela científica común, donde compartimos gratas e inolvidables experiencias. Lamento profundamente que este tributo haya tenido que ser póstumo, pese a que no se concibió como tal. Nos queda el ejemplo de su entrega, compromiso científico, honestidad y humanidad.

[1] Fundamentalmente el RD 1723/2012, de 28 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención, utilización clínica y coordinación territorial de los órganos humanos destinados al trasplante y se establecen requisitos de calidad y seguridad, que deroga el RD 2070/1999 e incorpora a nuestro orde-

un sistema de trasplantes cuyo éxito es reconocido dentro y fuera de nuestras fronteras. En sus publicaciones sobre esta materia, defendió la necesidad de combatir mediante el Derecho penal las conductas vinculadas al tráfico de órganos, en la medida en que atentan frontalmente contra los principios rectores de nuestra legislación de trasplantes, pero, a la vez, admitiendo la complejidad del fenómeno, alzó la voz en pro de una tipificación sosegada, con el fin de evitar incurrir en «ambigüedades y confusiones», y respetuosa con la seguridad jurídica, la proporcionalidad de las penas y la mínima intervención[2]. Sin embargo, como intentaré poner de manifiesto en lo que sigue, nuestra regulación penal en la materia dista mucho de satisfacer esas pretensiones.

En esta contribución, tras realizar una breve mención crítica a la evolución legislativa en el castigo del tráfico de órganos, señalaré las principales cuestiones problemáticas que plantea la regulación en relación con la descripción de las conductas típicas, posibles sujetos activos y bien jurídico protegido, e intentaré formular algunas propuestas interpretativas de *lege lata.* Terminaré con unas reflexiones de *lege ferenda.*

II. Referencia a la evolución legislativa

Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, incorporó al Código penal el art. 156 bis con objeto de incriminar por primera vez el tráfico de órganos en la legislación penal española. La introducción del precepto se debió, según declaraba el legislador en el Preámbulo de la citada Ley Orgánica, «al fenómeno cada vez más extendido de la compraventa de órganos humanos» así como «al llamamiento de diversos foros internacionales a abordar su punición», destacándose al respecto la Resolución 57.18 de la Asamblea de la OMS, sobre trasplante de órganos y tejidos humanos, de 22 de mayo de 2004, y la Declaración de Estambul sobre el tráfico de órganos y el turismo de trasplantes de mayo de 2008, elaborada por la Sociedad de Trasplantes.

Teniendo en cuenta la realidad del mercado global clandestino de órganos, generado por la escasez de órganos disponibles para trasplante, y el contexto jurídico internacional[3], no parece que pudiera cuestionarse, desde el punto de vista político-criminal,

---

namiento jurídico la Directiva 2010/53/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de julio de 2010, sobre normas de calidad y seguridad de los órganos humanos destinados al trasplante.

[2] Así en Romeo Casabona, C. M.ª, «El Convenio del Consejo de Europa contra el tráfico de órganos humanos: principios y bienes jurídicos penalmente protegidos», *Revista Aranzadi Doctrinal,* n.º 7, 2015, pp. 7 ss.

[3] Sobre ambos aspectos informan ampliamente Carrasco Andrino, M.ª M., *El comercio de órganos humanos para trasplante. Análisis penal,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 9 ss., 33 ss.; la misma, «A vueltas con la nueva tipificación del tráfico de órganos: bien jurídico, sujetos y conductas punibles», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 23-12 (2021), pp. 2 ss.; y Moya Guillem, C., *La protección jurídica frente al tráfico de órganos humanos. Especial referencia a la tutela en España (art. 156 bis CP),* Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 31 ss. y 71 ss.

la oportunidad de crear una figura delictiva destinada al castigo de quienes trafiquen con órganos, y ello pese a que se vaticinase su escasa aplicación, debido a la solidez de nuestro sistema de trasplantes[4]. Pero, lamentablemente, el objetivo, en principio loable, de perseguir por la vía penal este fenómeno se tradujo en la redacción de un confuso artículo que adolecía al menos de tres graves defectos: su ubicación entre los delitos de lesiones, la amplitud e indeterminación de las conductas típicas y la elevadísima sanción establecida, idéntica a las penas previstas en los tipos agravados de lesiones de los arts. 149 y 150 CP —prisión de seis a doce años o prisión de tres a seis años, en función del carácter principal o no principal del órgano—. Estas deficiencias dificultaban la labor de interpretación del precepto respecto a cuestiones tan relevantes como la identificación del bien jurídico protegido, la distinción entre conductas de autoría y de participación, la delimitación entre las distintas fases del *iter criminis* o las relaciones de este delito con otras figuras, en particular con los ya citados delitos de lesiones y con el de trata de seres humanos con la finalidad de extracción de los órganos corporales de la víctima —art. 177 bis CP—.

Desde el principio se puso en duda la legitimidad de un precepto así planteado. Ciertamente, había fundadas sospechas de que la figura representase una manifestación más de legislación penal simbólica, pues resultaba patente el predominio de la función promocional[5]. Pero, por otro lado, parecía claro que si el precepto había de desempeñar

[4] Hasta el momento se han dictado dos sentencias condenatorias por tráfico de órganos. En primer lugar, la SAP de Barcelona (sec. 7.ª), 793/2016, de 13 de octubre, confirmada por la STS 710/2017, de 27 de octubre, en un caso en el que varios sujetos idean un plan para conseguir un riñón a cambio de ofrecer al donante una cantidad de dinero, con objeto de que el órgano fuese trasplantado a uno de ellos. Consiguieron convencer a una persona con graves carencias económicas, quien finalmente no quiso continuar con el proceso. Tres de los acusados fueron castigados como coautores de tráfico de órganos a seis años de prisión, además de imponérseles otras penas correspondientes a ulteriores delitos que confluyeron en el caso. Al que estaba destinado a ser receptor del órgano se le impuso una pena de prisión de cuatro años, aplicando la atenuación legalmente prevista. En segundo lugar, la SAP de Valencia (sec. 2.ª), 482/2019, de 7 de octubre, cuyos hechos probados guardan similitud con los del caso anterior. Se trataba aquí de un ciudadano libanés que requería trasplante de hígado y decide contactar con familiares españoles para ser trasplantado en nuestro país. Dos familiares suyos y un amigo intentan reclutar a posibles donantes entre personas sin recursos o en situación de necesidad económica, con el fin de que accedieran a donar parte de su hígado a cambio de dinero, aunque la extracción ilegal no llegó a materializarse. Se dictó sentencia de conformidad, en la que se condenó a tres de los acusados como coautores del delito a dos años de prisión y al receptor del órgano a un año de prisión, en ambos casos con la aplicación de la circunstancia atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas. En la misma sentencia fue decretada la suspensión de la ejecución de dichas penas. Esta sentencia fue anulada por la STS 4161/2021, de 11 de noviembre, al estimar el recurso de casación interpuesto por la Abogacía del Estado en representación del Ministerio de Sanidad (Organización Nacional de Trasplantes) por no admitir la AP de Valencia su legitimación como acusación particular. Tras celebrarse un nuevo juicio, la AP de Valencia volvió a dictar sentencia condenatoria —sec. 2.ª, 174/2023, de 24 de marzo—.

[5] Sobre ello, véanse, por ejemplo, Mendoza Calderón, S., «El delito de tráfico de órganos. Una primera aproximación al artículo 156 bis del Código penal: ¿Un futuro ejemplo más del derecho penal

algún papel útil en la prevención y castigo proporcionado del tráfico de órganos era necesario emprender una profunda reforma del mismo.

La firma por parte de España, el 25 de marzo de 2015 en Santiago de Compostela, del Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra el tráfico de órganos humanos brindaba al legislador una oportunidad para abordar la reforma que el precepto requería. El Convenio, de 9 de julio de 2014, es un instrumento internacional vinculante para los Estados parte —a diferencia de los citados por el legislador español cuando introdujo el delito en el Código penal en el año 2010— que recoge una serie de previsiones de Derecho penal sustantivo, algunas de ellas de obligado cumplimiento y otras de incorporación facultativa a las legislaciones penales internas. Por esa razón, se daba por hecho que la suscripción del Convenio conllevaría una modificación del art. 156 bis dirigida a adaptarlo a las previsiones contenidas en aquel. Dicha reforma tuvo lugar a través de la Ley Orgánica 1/2019, de 20 de febrero[6]. Efectivamente, el motivo esencial alegado por el legislador en el apartado VI del Preámbulo de la citada Ley Orgánica para justificar la reforma es llevar a cabo una armonización de nuestra figura delictiva con las previsiones del Convenio. Como argumento adicional se aduce la necesidad de fortalecer el sistema instaurado por la Ley 30/1979 «ante la constatación de riesgos crecientes, tales como la proliferación de grupos de delincuencia organizada de carácter transnacional que hacen uso de la violencia, el engaño o las amenazas, o aprovechan situaciones de precariedad del supuesto donante para adquirir altos beneficios».

Conviene poner de manifiesto, no obstante, que al cotejar el contenido de este instrumento internacional con el texto del precepto español conforme a su redacción de 2010 puede concluirse que no había urgencia alguna en llevar a cabo dicha adaptación con el fin de cumplir con nuestros compromisos internacionales, pues las conductas nucleares a cuya punición se obligan los Estados parte bien podían considerarse previstas en nuestro antiguo art. 156 bis CP[7]. En efecto, aunque algunas de dichas conductas no

---

simbólico?», *Revista de Derecho Penal y Criminología,* n.º 11, 2014, pp. 182 ss.; y Cancio Meliá, M., «Tráfico de órganos y Derecho penal: los límites de la globalización. Reflexiones desde la perspectiva española», *Revista Eletrónica de Direito Penal e Política Criminal-UFRGS,* vol. 5, n.º 1, 2017, pp. 5 y 14.

[6] Por la que se modifica La Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para transponer Directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero y de terrorismo, y abordar cuestiones de índole internacional (BOE de 21 de febrero de 2019). En vigor desde el 13 de marzo del mismo año. El Convenio fue ratificado por España posteriormente. Véase el Instrumento de Ratificación en el BOE de 17 de febrero de 2021.

[7] En este sentido, véanse las conclusiones del exhaustivo análisis comparativo de ambos textos que efectúa Gómez Rivero, M.ª C., «El Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra el tráfico de órganos humanos. Principios e implementación en el ordenamiento español», *Derecho y Salud,* vol. 27, n.º 2, 2017, pp. 18 ss. En opinión de García Albero, R., «El reformado delito de tráfico de órganos: crónica de una oportunidad perdida», en *Las reformas penales de 2019,* Aranzadi, Pamplona, 2019, pp. 43 ss., la adaptación al Convenio hubiera requerido solo la mención expresa a los órganos de personas fallecidas y la previsión de la agravante de reincidencia internacional.

estuviesen literalmente descritas, resultaban punibles en tanto que incardinables en los verbos típicos de promoción, favorecimiento o facilitación de la obtención, el tráfico o el trasplante de órganos. Si, con todo, se consideraba conveniente describir expresamente en dicho tipo penal esas acciones, resultaba exigida, como señalaba en la introducción a estas líneas, una modificación sosegada y cuidadosa de la regulación que, más allá de realizar las acomodaciones pertinentes a la normativa internacional, huyese de los inconvenientes que lastraban las posibilidades de interpretar el precepto en su versión de 2010 de un modo coherente. En vez de eso, la adaptación consistió en una mera adición de conductas típicas que reproducen fielmente el contenido del Convenio, sin que se atisbase la correlativa reconsideración de las previsiones ya existentes.

Lo cierto es que el texto actual no solo se abstiene de corregir los defectos en que incurría el anterior, sino que acentúa algunos de ellos. Así, se mantiene la tan criticada ubicación del precepto entre los delitos de lesiones y la elevadísima penalidad en los tipos básicos. Por si fuera poco, la obligación de imponer la pena superior en grado cuando concurra alguno de los nuevos tipos agravados, según los casos en su mitad superior, permite condenas que pueden alcanzar en varios supuestos los dieciocho años de prisión, como si de un asesinato se tratase, y, excepcionalmente, cuando el sujeto activo sea jefe, administrador o encargado de una organización criminal dedicada a esas actividades, como consecuencia de la acumulación de agravaciones se puede llegar nada más y nada menos que hasta los veintisiete años de prisión. Además, el actual art. 156 bis amplía todavía en mayor medida el ámbito de lo punible, equiparando la penalidad de conductas que poseen un desvalor muy desigual. Por otra parte, la nueva regulación, manteniendo el castigo del receptor del órgano, plantea dudas sobre si permite el castigo del donante y, finalmente, no ha conseguido disipar los inconvenientes en la identificación del bien jurídico.

Veamos estos problemas con algo más de detalle, centrando el análisis en los tipos básicos de tráfico de órganos del apartado 1 del precepto.

III. Conductas típicas: dudas interpretativas y excesiva penalidad

El apartado 1 del art. 156 bis tipifica la promoción, favorecimiento, facilitación, publicitación o ejecución del tráfico de órganos humanos, y ofrece a continuación un concepto legal de «tráfico de órganos humanos». Se considera tráfico, en primer lugar, la extracción u obtención ilícita de un órgano ajeno, determinando la ilicitud de la extracción u obtención la concurrencia de cualquiera de estas tres circunstancias: 1.ª falta de consentimiento libre, informado y expreso del donante vivo; 2.ª falta de autorización legal en el caso del donante fallecido; y 3.ª que a cambio de la extracción u obtención del órgano el donante o un tercero hayan solicitado, recibido o aceptado ofrecimiento de dádiva o retribución, sin que se entienda como tales el resarcimiento de los gastos o la pérdida de los ingresos derivados de la donación. En segundo lugar, constituye también tráfico de órganos la preparación, preservación, almacenamiento, transporte,

traslado, recepción, importación o exportación de órganos ilícitamente extraídos. En tercer y último lugar, es considerado tráfico el uso de órganos ilícitamente extraídos con la finalidad de su trasplante o para otros fines. Se parte, por tanto, de un concepto amplio de «tráfico»[8], no limitado al comercio con órganos, al incluir la obtención o extracción del órgano en otros contextos, pero también las actividades de preparación, preservación, almacenamiento, transporte, traslado, recepción, importación o exportación del órgano ilícitamente extraído, y el trasplante o usos del órgano distintos de este.

La criminalización no se limita a los actos de tráfico de órganos en el sentido descrito, esto es, a la *ejecución* del tráfico, sino que abarca asimismo su promoción, favorecimiento, facilitación y publicitación, aunque el Convenio no reclama la sanción de estas conductas. Para todas ellas se prevén las mismas penas: prisión de seis a doce años si el objeto de tráfico es el órgano de una persona viva, y de tres seis años en caso de tratarse del órgano de una persona fallecida. Esta forma de tipificar, que recuerda a la utilizada en el delito de tráfico de drogas, parece encontrar su razón de ser en la intención del legislador de no dejar impune ninguna acción imaginable del proceso de tráfico de órganos, pero, como contrapartida, las conductas típicas adolecen de una considerable indeterminación y, además, lo que resulta más objetable, genera una nivelación punitiva de acciones —v. gr., publicitar el tráfico y ejecutarlo— que comportan muy diferentes grados de injusto, sea cual sea el bien jurídico que se considere protegido (*Vid. infra*). Ello quebranta las exigencias de taxatividad y certeza, al tiempo que causa un importante menoscabo del principio de proporcionalidad[9]. Se puede convenir en que, atendiendo a la naturaleza del fenómeno al que el legislador pretende hacer frente, no parece adecuado retrasar la intervención penal al momento en que se extrae el órgano objeto de tráfico. El problema es que este precepto, como otros en los que se ha optado por la misma técnica legislativa, no ofrece pauta alguna para determinar en qué instante comienza aquella ni para fijar el momento de la consumación, por lo que existen serias dificultades para distinguir entre las fases del *iter criminis,* así como para delimitar la autoría de la participación en el delito.

[8] Pero no tan amplio como el que utiliza el texto del Convenio, que lo define en su art. 2.2 como «toda actividad ilícita en relación con órganos humanos, tal como lo establece el apartado 1 del artículo 4 y los artículos 5, 7, 8 y 9 del presente Convenio». Como veremos, las conductas que dicho instrumento internacional recoge en los apartados 7 y 9 también son punibles por el nuevo art. 156 bis CP, pero quedan fuera del concepto de «tráfico» utilizado en nuestra legislación penal.

[9] Véanse las consideraciones críticas formuladas, en el sentido señalado en el texto, por García Albero, R., «El reformado delito…», ob. cit., p. 48; Felip i Saborit, D., «Tráfico de órganos», en *Memento Práctico Penal 2023,* Francis Lefebvre, Madrid, 2022, p. 929; y Gómez Martín, V., «Crónica sucinta de un comercio infame. Una aproximación a los delitos de tráfico ilegal de órganos humanos en el Código penal español», en *Libro Homenaje al Profesor Javier de Vicente Remesal por su 70.º aniversario,* Vol. II, BOE, Madrid, 2024, p. 954.

Si atendemos a los casos de tráfico de órganos enjuiciados hasta ahora, no parece que los tribunales estén dispuestos a admitir formas imperfectas de ejecución en el delito que nos ocupa[10]. La SAP de Barcelona de 2016[11], en el caso de tráfico con un riñón (FJ 3), ante la alegación de las defensas en el sentido de que el delito se había cometido en grado de tentativa, indica que el precepto castiga las conductas de promover, favorecer, etc., la obtención, el tráfico o el trasplante de órganos «*con independencia del específico peso que cada una de ellas tenga en el éxito final de lo pretendido*», aunque admite que todas esas modalidades típicas «representan un grado de proximidad muy distinto respecto a la efectiva extracción, tráfico o trasplante de órganos». Considera que estamos ante un delito de mera actividad y de peligro abstracto —con dudas sobre el bien jurídico objeto de dicho peligro— y que, por tanto, no caben las formas imperfectas de ejecución. Confirma la tesis el Tribunal Supremo cuando resuelve el recurso de casación, al entender que «la acción de favorecer la realización de un tráfico o de un trasplante de órganos, de manera ilegal, se realiza —en grado de consumación, debe entenderse[12]— con la conducta que se expresa en el hecho probado».

Es evidente que el texto de 2019 expande el ámbito de lo punible más allá de lo que posibilitaba la versión derogada del precepto. Dicha expansión se aprecia, al menos, en un doble sentido. Obsérvese, en primer lugar, que el vigente concepto de tráfico de órganos es, como decíamos, mucho más amplio, al incluir conductas que con la antigua regulación solo podían considerarse de favorecimiento de la obtención, tráfico o trasplante de órganos. Pues bien, ahora se castiga también el favorecimiento de estas. Explicado con un ejemplo: si con la regulación anterior el transporte de un órgano ilícitamente extraído podía considerarse punible como acto de favorecimiento de un trasplante ilegal, el texto vigente sanciona asimismo los actos de favorecimiento de dicho transporte. Este incremento en el adelanto de las barreras de protección acentúa, dicho sea de paso, la ya referida indeterminación de las conductas típicas —¿en qué consiste la promoción de la preservación de un órgano ilícitamente extraído?—. Además, en segundo lugar, se castigan los actos preparatorios de conspiración, proposición y provocación para delinquir en relación con todas las conductas típicas (apartado 8 del precepto), algo que, por cierto, tampoco exige el Convenio. No será fácil dotar de contenido a dichos actos cuando tengan como referente conductas distintas de la ejecución

[10] En sentido contrario, la doctrina viene insistiendo en la necesidad de elaborar criterios dirigidos a determinar un momento de consumación que permita el castigo por tentativa de conductas previas —así, Felip i Saborit, D., «Tráfico de órganos», ob. cit., p. 930—. Así mismo, se ha señalado la procedencia de distinguir entre aportaciones esenciales e inesenciales al plan delictivo, con el fin de no conculcar las reglas generales en materia de autoría y participación —al respecto, Serrano González de Murillo, J. L., «Tráfico de órganos humanos y lesiones», *Cuadernos de Política Criminal,* n.º 107, 2012, p. 104—.

[11] Véase la referencia completa en nota 4.

[12] Inciso añadido por mí.

del tráfico. Por lo demás, huelga insistir en que con esta previsión los límites entre las fases del *iter criminis* quedan por completo desdibujados.

Otra de las novedades que incorporó la reforma es la tipificación de usos de los órganos para fines distintos al trasplante —«con la finalidad de su trasplante o para otros fines»—. Sobre este punto conviene poner de manifiesto que la anterior redacción permitía interpretar que el trasplante del órgano ilícitamente extraído u objeto de tráfico constituía en todo caso y necesariamente la última fase del proceso de tráfico de órganos. De ahí deducía gran parte de la doctrina que todas las demás conductas, situadas en el ciclo del tráfico en un momento anterior, debían realizarse con la finalidad de que el órgano fuese trasplantado. El hecho de exigir la concurrencia de la mencionada finalidad, que era considerada un elemento subjetivo de lo injusto adicional al dolo[13], permitía excluir del tipo la obtención y el tráfico de órganos orientados a otras finalidades, como por ejemplo la investigación científica, sin perjuicio de aplicar los tipos de lesiones, homicidio o contra la libertad, cuando se diesen sus elementos.

La actual regulación, al añadir otras finalidades a través de esta cláusula abierta, no solo dificulta aún más la ya complicada interpretación del precepto, sino que amplía por esta vía el ámbito de lo punible de un modo desmesurado. Es cierto que el art. 5 del Convenio obliga a tipificar como delito «el uso de órganos ilícitamente extraídos (…) para fines de implantación u otros distintos», pero el legislador español podría haberse acogido a la reserva del art. 30.2 del mismo Convenio, que permite a los Estados parte decidir si aplican el art. 5 solo «cuando los delitos se hayan cometido a efectos de implantación o a efectos de implantación y otros efectos»[14].

Como he apuntado, en la reforma de 2019 se mantuvo la naturaleza y duración de las penas previstas para los tipos básicos de la anterior regulación, aunque ahora la diferente penalidad no depende del carácter principal o no principal del órgano del donante vivo, sino de si el órgano objeto de tráfico procede de un donante vivo o de uno fallecido. Se trata de unas penas muy elevadas en comparación con las establecidas en las legislaciones penales de países de nuestro entorno[15]. Tampoco se desprende de las exigencias del Convenio esta elevada penalidad, pues el texto solo demanda para los delitos allí previstos «sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias» que incluyan en los casos más graves la privación de libertad (art. 12). Por lo demás, dado que la mencionada distinción penológica ya no puede interpretarse, como sucedía con el texto

[13] En este sentido, entre otros, Moya Guillem, C., *La protección jurídica…,* ob. cit., pp. 259 ss. Acoge estos planteamientos la SAP de Barcelona (sec. 7.ª), 793/2016, de 13 de octubre, FJ 3.

[14] Al respecto, e igualmente críticos, Moya Guillem, C., «Reflexiones sobre la Ley Orgánica 1/2019 en materia de tráfico de órganos. Nuevos horizontes de interpretación», *Revista General de Derecho Penal,* 31 (2019), pp. 16 s.; y García Albero, R., «El reformado delito…», ob. cit., pp. 57 s.

[15] En Alemania, por ejemplo, el delito se castiga con una pena máxima de prisión de cinco años o, como alternativa, con multa, sin que se distinga entre órganos de vivos y de fallecidos.

anterior, desde la perspectiva de la mayor o menor afectación a la salud e integridad física del donante, se plantea ahora la cuestión de determinar por qué nuestro Código penal castiga el tráfico más gravemente cuando el órgano procede de un donante vivo. Me referiré a esta cuestión más adelante.

El apartado 2 del art. 156 bis castiga con las mismas penas dos grupos de conductas que ya no quedan abarcadas por el concepto legal de tráfico de órganos. Primero, las de solicitar, recibir o aceptar oferta de dádiva o retribución de cualquier clase, por sí o por persona interpuesta y en provecho propio o ajeno, por proponer o captar a un donante o a un receptor de órganos; y, segundo, las de ofrecer o entregar dádivas o retribuciones a personal facultativo, funcionarios públicos o particulares que desempeñen su profesión en centros públicos o privados, con el fin de que se lleve a cabo o se facilite la extracción ilícita o el trasplante de órganos ilícitamente extraídos.

Finalmente, se prevén una serie de tipos agravados para los casos en que se hubiera puesto en grave peligro la vida o la integridad física o psíquica de la víctima, o si esta fuera menor de edad o especialmente vulnerable, así como en los supuestos en que el sujeto activo fuese un facultativo, funcionario o particular que realizase las conductas típicas con ocasión del ejercicio de su profesión y cargo, o perteneciese a una organización o grupo criminal dedicado a la realización de tales actividades.

IV. Castigo del receptor y ¿del donante?

El apartado 3 del precepto que estudiamos reproduce el contenido del apartado 2 del texto anterior a la reforma, destinado a castigar de forma expresa al receptor del órgano que, según el tenor literal del precepto, «consintiere la realización del trasplante conociendo su origen ilícito». Corresponde sancionar al receptor con las mismas penas previstas en el apartado 1, que podrán atenuarse en uno o dos grados atendiendo a las circunstancias del hecho y del culpable. Esta atenuación facultativa pretende dar respuesta a las situaciones de menor exigibilidad que concurrirán con frecuencia.

El interrogante que plantea la actual redacción es si se permite ahora, a diferencia de lo que sucedía con el texto anterior a la reforma, el castigo del donante[16]. Las dudas aparecen porque el precepto es confuso en sus referencias al requisito de la ajenidad del órgano. La anterior versión del texto partía de la impunidad del donante, lo que se deducía claramente del hecho de que las conductas típicas hubieran de recaer sobre «órganos humanos ajenos». Actualmente, el precepto castiga en su apartado 1 conductas que tienen como referencia el «tráfico de órganos humanos», eliminando el adjetivo «ajenos»; pero, a continuación, cuando especifica qué debe entenderse por tráfico de órganos humanos, vuelve a rescatar dicho adjetivo en la modalidad de extracción u obtención ilícita —letra

[16] Contestan afirmativamente a esta pregunta García Albero, R., «El reformado delito…», ob. cit., pp. 64-66; y Moya Guillem, C., «Reflexiones…», ob. cit., pp. 11 y 14.

a)—. En efecto, esta ha de realizarse sobre «órganos humanos ajenos». Obsérvese que el órgano ha de ser ajeno no solo en cuanto a la extracción no consentida descrita en la circunstancia 1.ª de la letra a) —lógicamente no puede incurrir en responsabilidad el donante por la extracción de un órgano propio que no ha consentido—, sino también en la extracción mediando recompensa por el órgano —circunstancia 3.ª—. Así las cosas, parece claro que no puede castigarse al donante que promueve, favorece, facilita o publicita la extracción de sus órganos en ninguna de esas circunstancias. Dicho con otras palabras, el legislador deja expresamente impune al donante en el supuesto en que, de querer hacerlo, tendría más sentido castigarle, a saber, cuando voluntaria y libremente —aunque se trate de una libertad condicionada— decide ofrecer su órgano a cambio de precio, o cuando con igual libertad acepta un ofrecimiento, aunque no llegue a producirse la extracción.

Siendo así, no parece razonable considerar punible la actuación del donante que realiza o promueve las actividades de tráfico posteriores a la extracción tipificadas en las letras b) y c) del apartado 1. ¿Por qué castigar al donante por favorecer el traslado o el trasplante de su órgano ya extraído si no le podemos castigar por promover su extracción en ninguna circunstancia? Es más, aunque ciertamente el adjetivo «ajeno» se menciona solo en la modalidad de extracción u obtención ilícita, desde el punto de vista gramatical se puede extender al resto de las modalidades del apartado 1. Téngase en cuenta que la letra b) tipifica la preparación, preservación, etc. de «órganos ilícitamente extraídos», y la letra c) sanciona el uso igualmente de «órganos ilícitamente extraídos». Puesto que estos órganos son los descritos en la letra a), bien puede entenderse que, tratándose de donantes vivos, los órganos ilícitamente extraídos mencionados en las otras letras del apartado 1 son también los ajenos.

Cabría plantearse asimismo si es posible castigar al donante que ofrece su órgano a cambio de remuneración a través del apartado 2, letra a) del precepto, donde se tipifican las conductas de solicitar o recibir dádivas o aceptar ofrecimiento, en provecho propio o ajeno, por captar a un donante o a un receptor de órganos. Creo que no. Se trata de una modalidad destinada claramente a castigar a «traficantes de órganos» en sentido estricto, a intermediarios, no a donantes ni a receptores. Además, en el supuesto planteado, el donante solicita recompensa *por* su órgano no *por* captar a un receptor[17].

En consecuencia, pese a la defectuosa redacción, estimo que tras la reforma puede seguir manteniéndose la tesis de la impunidad del donante del órgano[18]. El Convenio deja en manos de los Estados parte esa decisión, y lo cierto es que no hay indicios de

[17] Considera también que el donante está excluido como sujeto activo de esta modalidad típica, García Albero, R., «El reformado delito…», ob. cit., p. 59.

[18] De la misma opinión, Carrasco Andrino, M.ª M., «A vueltas con la nueva tipificación…», ob. cit., p. 25; y Muñoz Conde, F., *Derecho Penal. Parte Especial,* 25.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 138.

que el legislador de 2019 quisiera modificar su tratamiento jurídico-penal respecto de la regulación anterior[19]. A mayor abundamiento, de haberse querido castigar al donante, desconcertaría que no se estableciese para él, como mínimo, una atenuación facultativa de la pena, al igual que sucede con el receptor. Habríamos pasado de la ausencia de sanción penal a una pena mínima de seis años, sin que pudieran atenderse las circunstancias que en el caso concreto determinen su situación de vulnerabilidad.

V. La cuestión del bien jurídico protegido y algunas de sus implicaciones

Es indudable que el tráfico de órganos, entendido en el sentido amplio al que se refiere el Convenio del Consejo de Europa como «toda actividad ilícita en relación con órganos humanos» (art. 2.2), es un fenómeno complejo, susceptible de afectar a una pluralidad de intereses, tanto individuales —del donante y/o del receptor del órgano— como supraindividuales, que pueden resultar lesionados o puestos en peligro. Por eso conviene que la ubicación y redacción de los tipos permita deducir cuál es el interés cuya protección se sitúa en primer plano y que ha de regir, por tanto, la interpretación de aquellos. Al respecto cabe señalar que el vigente texto del art. 156 bis despeja algunas de las incógnitas planteadas por la anterior regulación de cara a la determinación del bien jurídico protegido, pero, al mismo tiempo, incorpora elementos que generan nuevas incertidumbres, por lo que persisten las dificultades para precisar el objeto de protección. Analicemos las posibilidades que ofrece la nueva regulación.

Ante todo, la mención expresa a los órganos de fallecidos como posible objeto material de las conductas típicas excluye toda posibilidad de considerar que el precepto protege únicamente la integridad física y la salud del donante o algún otro bien jurídico individual del que aquel sea portador, como había defendido un importante sector doctrinal antes de la reforma de 2019[20]. Por otro lado, aunque se tuviera la tentación de mantener una interpretación del tipo centrada en el donante, teniendo en cuenta que los difuntos no son titulares de derechos ni sujetos pasivos de delitos, habría que reconocer que cuando las conductas recaen sobre órganos de fallecidos entra en escena la tutela de

[19] Repárese, no obstante, en que el RD 1723/2012 no exime al donante de responsabilidad administrativa en este ámbito. Lo recuerda Juanatey Dorado, C.: «Protección penal de la vida y de la salud: alcance del reconocimiento de la autonomía de la voluntad», en Doval Pais (dir.) / Moya Guillem (coord.), *Nuevos límites penales para la autonomía individual y la intimidad,* Aranzadi, Pamplona, 2015, p. 35.

[20] Así, entre otros, García Albero, R., «El nuevo delito de tráfico de órganos», en Quintero Olivares (dir.), *La reforma penal de 2010: análisis y comentarios,* Aranzadi, Pamplona, 2010, pp. 144 s.; Díaz-Maroto y Villarejo, J., «El delito de tráfico de órganos humanos», en VV. AA., *Estudios sobre las reformas del Código penal operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero,* Civitas, Madrid, 2011, p. 280; y Puente Aba, L. M.ª, «La protección frente al tráfico de órganos: su reflejo en el Código Penal español», *Revista de Derecho y Proceso penal,* n.º 26, 2011, p. 144.

un bien jurídico supraindividual[21]. Si a ello añadimos la desaparición de la diferencia penológica basada en el carácter principal o no principal del órgano, parece una obviedad concluir que en la reforma han sido atendidas las consideraciones doctrinales que demandaban la desvinculación del delito tráfico de órganos de las figuras de lesiones y, en consecuencia, del bien jurídico tutelado por ellas. Pero también es cierto que el legislador de 2019 no quiere o no consigue escindir por completo el delito que nos ocupa de los tipos de lesiones: mantiene la ubicación del precepto entre estos últimos, prevé una pena considerablemente superior cuando se trafica con órganos de vivos y establece tipos agravados en atención a un menoscabo de intereses de la «víctima» o a determinadas circunstancias de la misma.

Así las cosas, en principio, nada obliga a afirmar que la salud del donante haya perdido toda relevancia como objeto de protección en el delito de tráfico de órganos. Hipotéticamente, podrían defenderse al menos dos tesis que la integrarían. En primer lugar, cabría pensar que en el tráfico de órganos de vivos se protege —o se sigue protegiendo— la integridad física y la salud del donante, mientras que en el tráfico de órganos de fallecidos se protege la memoria de los difuntos o, mejor expresado, los sentimientos colectivos de respeto a su memoria[22]. La segunda opción consistiría en estimar que las conductas típicas del tráfico de órganos afectan en todo caso a un bien jurídico colectivo vinculado a los principios que sustentan el sistema nacional de trasplantes, a lo que se añadiría el menoscabo de la salud del donante en el tráfico con órganos de vivos. Sin embargo, a mi modo de ver, ninguna de estas dos tesis resulta convincente.

La primera se hace acreedora de críticas que nos resultan conocidas. Para empezar, carecería de sentido crear un delito para tutelar intereses que ya gozan de suficiente protección en otros preceptos del Código, en este caso, los tipos de lesiones, por un lado (arts. 149 y 150 CP), y el delito de profanación de cadáveres, por otro (art. 526 CP). Además, de defenderse que aquellos son los bienes jurídicos protegidos, dado que gran parte de las conductas descritas en el art. 156 bis no suponen todavía la lesión de los mismos, no se explicaría la razón por la que se castiga el peligro con la misma pena que la lesión o incluso con una pena muy superior a ella —para los órganos de vivos, prisión de seis a doce años, con la misma gravedad que si se extrae un órgano principal, pero más grave que si se extrae uno no principal; para los órganos de falleci-

[21] Otra opinión defiende Alonso Álamo, M., «Tráfico de órganos humanos y dignidad de los vivos… y de los muertos», en *Homenaje al Profesor Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Liber Amicorum. Derechos humanos y Derecho penal,* Tomo II, Universidad de Salamanca, 2022, pp. 492 ss., quien, como expresa el título de su contribución, entiende protegida la dignidad del donante vivo y la dignidad del donante fallecido, que perdura cierto tiempo tras la muerte.

[22] Se refieren a este bien jurídico como uno de los intereses que puede verse afectado por el tráfico de órganos, Romeo Casabona, C. M.ª, «El Convenio del Consejo de Europa…», ob. cit., p. 85; y Moya Guillem, C., *La protección jurídica…,* ob. cit., pp. 176 s.

dos, de tres a seis años, cuando el delito del art. 526 prevé solo una pena de prisión de tres a cinco meses o una multa de seis a diez meses—. Y, finalmente, como argumento decisivo, debe tenerse en cuenta que en el tráfico de órganos hay conductas que no afectan en absoluto a ninguno de esos dos bienes jurídicos. En el caso de la integridad física y salud del donante, ello sucede particularmente con las conductas posteriores a la extracción del órgano —transporte del órgano, publicitación de un órgano extraído, trasplante, etc.—, mientras que, en lo referente a los sentimientos colectivos de respeto a la memoria de los difuntos, estos tampoco han de verse afectados siempre: piénsese en el donante fallecido que antes de morir acuerda con sus familiares la venta de sus órganos. En consecuencia, tanto uno como otro bien jurídico solo eventualmente resultarán afectados por el tráfico de órganos, por lo que no pueden erigirse en objetos de protección por parte de dicha figura delictiva.

La segunda de las tesis mencionadas, esto es, la interpretación del tipo de tráfico de órganos como delito pluriofensivo cuando las conductas tengan como referencia los órganos de donantes vivos, explica bien la mayor gravedad de la pena prevista para ese supuesto. Partiendo de que en todo caso se ve implicado un bien jurídico colectivo, si se trata de un donante vivo se protegería además su salud[23]. Pero esta opinión también se topa con algunos obstáculos. En primer lugar, dado que, tal y como acabamos de ver, algunas de las conductas que encajan en el tipo penal, aunque vayan referidas a órganos de donantes vivos, no suponen un peligro para su salud ni son capaces de lesionarla, como mucho, podríamos decir que en ese caso concurre una pluriofensividad eventual porque, además de verse afectado el bien jurídico colectivo, *puede* lesionarse o ponerse en peligro *a veces* la salud. No estamos entonces ante una auténtica pluriofensividad, es decir, no se trata de un delito pluriofensivo en sentido estricto[24]. Por otra parte, si fuese la afectación adicional a la salud del donante vivo lo que justificase la aplicación de la pena de prisión de seis a doce años, en lugar de la prisión de tres a seis años, haría falta constatar en el caso concreto que se ha puesto en peligro o se ha causado lesión a la salud de algún donante. Nada de esto exige el precepto. Como argumento adicional cabe aducir que, de ser pluriofensiva dicha modalidad típica, quedaría excluida la posibilidad de aplicar un concurso de delitos con las lesiones cuando llegase a ejecutarse la extracción del órgano, lo que no se compadece con una interpretación literal de la

[23] De esta opinión, por ejemplo, Carbonell Mateu, J. C., «Lesiones», en González Cussac (coord.), *Derecho Penal. Parte Especial,* 8.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 139.

[24] Véase este y otros argumentos para descartar las tesis pluriofensivas que se defendían con anterioridad a la reforma en Alastuey Dobón, C., «Aspectos problemáticos del delito de tráfico de órganos», *Revista Penal*, n.º 32, 2013, pp. 12 s.

regla prevista en el apartado 9 del art. 156 bis. En definitiva, que el *fenómeno* de tráfico de órganos sea pluriofensivo no significa que el *delito* también lo sea o deba serlo[25].

Tras la reforma parece aún más evidente que todas las conductas descritas en el art. 156 bis afectan, en mayor o menor medida, a un único interés, que puede definirse como las condiciones que garantizan el adecuado funcionamiento del sistema nacional de trasplantes basado en los principios de altruismo, gratuidad y acceso universal. Por las razones expuestas, entiendo que este es el único bien jurídico que debe considerarse tutelado por el tipo de tráfico de órganos[26]. El menoscabo del citado bien jurídico es apreciable en el hecho de que las acciones descritas en el precepto desestabilizan la ordenación de los procedimientos que rigen en materia de trasplantes de órganos, lo que produce al menos dos efectos: en primer lugar, impide garantizar la posibilidad de acceder al órgano por parte de potenciales receptores en condiciones de igualdad y, en segundo lugar, crea una situación de inseguridad para la salud individual de los potenciales donantes, fundamentalmente, pero también de los potenciales receptores, en la medida en que el órgano obtenido ilícitamente no se haya sometido al control legalmente establecido, a lo que se añade el hecho de que el trasplante puede llevarse a cabo en unas condiciones sanitarias inadecuadas. Está fuera de dudas, por tanto, que la protección de estos intereses constituye la *ratio legis* del precepto.

Pero ha de reconocerse que esta opinión no está exenta de objeciones, fundamentadas en la propia regulación. Cabe plantear varias. De entre las posibles, la relativa a la ubicación del precepto posee, según entiendo, una relevancia menor, no solo porque se trate de un argumento meramente formal, sino porque tras la reforma, con la inclusión de los órganos de fallecidos como objeto del tráfico, mantener el precepto entre los delitos de lesiones carece de todo sentido, al margen de que eventualmente pueda resultar afectada la salud personal. Por otra parte, considerar impune al donante, de acuerdo con

[25] En palabras de García Albero, R., «El reformado delito…», ob. cit., p. 47, que suscribo: «el bien jurídico nuclear de un delito es el valor que *necesariamente* se vulnera o se pone en peligro en cualquiera de sus modalidades, sin perjuicio de que *eventualmente* se afecten otros bienes». A continuación, admite que en muchos casos las conductas constitutivas de tráfico de órganos afectarán a la vez a varios bienes jurídicos y serán, por ello, pluriofensivas, pero advierte que la cláusula concursal demuestra «que el dato de la eventual *pluriofensividad* ha sido despreciado como elemento necesario y singular de lo injusto culpable del hecho».

[26] Véanse, en el mismo sentido, García Albero, R., «El reformado delito…», ob. cit., p. 47; Felip i Saborit, D., «Tráfico de órganos», ob. cit., pp. 928 s.; y Vizueta Fernández, J., «Las lesiones», en Romeo Casabona / Sola Reche / Boldova Pasamar (coords.), *Derecho penal. Parte especial,* 3.ª ed., Comares, Granada, 2023, p. 107. Carrasco Andrino, M.ª M., «A vueltas con la nueva tipificación…», ob. cit., pp. 22 s., parte de que el bien jurídico se aproxima a la protección del sistema de trasplantes, pero finalmente estima que la «tutela penal se ha decantado del lado del donante, tratando de preservar su poder de disposición, respecto de los órganos de vivos, o el de sus allegados, en el caso de fallecidos». Por tanto, se inclina por identificar como bien jurídico protegido «la autonomía en el ejercicio del poder de disposición establecido legalmente en materia de donación de órganos».

el criterio defendido *supra*, no cierra la puerta a una interpretación del precepto desde la óptica de protección exclusiva de un bien jurídico supraindividual: desde el punto de vista político-criminal, se trataría de tener presente que el donante, en los supuestos más frecuentes en la práctica, será el eslabón más débil de la cadena del tráfico, porque sufrirá coacciones o amenazas, o se abusará de su situación de necesidad[27].

Sin embargo, en contra de la tesis aquí adoptada hablan tanto la mención a la «víctima» en los tipos agravados del apartado 4 como la diferente entidad de la pena según se trate de órganos de donante vivo o de fallecido. El primer escollo puede salvarse si se entiende que el precepto no se refiere a la víctima del tráfico de órganos, sino a la víctima de las lesiones o de la trata de seres humanos, es decir, al donante vivo cuando pueda ser considerado víctima de alguno de estos dos delitos o de los dos. En cuanto a la aludida distinción penológica, desde la interpretación del precepto que propugno solo puede explicarse por la mayor facilidad para burlar los mecanismos legales vigentes en materia de trasplantes de órganos cuando el órgano procede de un donante vivo, lo que remite a un incremento en lo injusto[28]. En cualquier caso, me parece una previsión equivocada: si se sigue la tesis de la pluriofensividad genera problemas de *bis in idem*, mientras que si se parte de la tutela exclusiva de un bien jurídico supraindividual no se justifica una diferencia tan acusada en la gravedad de la pena.

Mención aparte merece la tipificación de los usos del órgano ilícitamente extraído para fines distintos del trasplante. Como apuntaba anteriormente, incluir estos supuestos complica la exégesis del precepto a distintos niveles. Perdido el horizonte del trasplante, en una interpretación literal todas las acciones descritas en el precepto realizan los elementos del tipo del art. 156 bis con independencia de cuál sea el «uso» que se reserve al órgano. La exégesis teleológica resulta de poca ayuda cuando se desconoce cuál es la realidad a la que se quiere hacer frente y, en consecuencia, cuál es el objeto de tutela. Es evidente, en cualquier caso, que en esos supuestos de tráfico de órganos cuyo objetivo es distinto del trasplante no se ve afectada necesariamente la integridad del sistema nacional de trasplantes[29]. También es cierto que, descartado este bien jurídico, no se atisba ningún otro que no goce ya de suficiente protección en el Código penal.

Con las reservas indicadas, entiendo que el referido interés supraindividual es el único que permite dotar a la figura de un contenido de injusto propio que justifique su

[27] Como explicaba sobre la regulación anterior a 2019 Gómez Rivero, M.ª C., «El delito de tráfico ilegal de órganos humanos», *Revista Penal*, n.º 31, 2013, p. 131.

[28] Similar, Felip i Saborit, D., «Tráfico de órganos», ob. cit., p. 929.

[29] Felip i Saborit, D., «Tráfico de órganos», ob. cit., p. 930, propone que solo se consideren típicos los casos en que el uso del órgano sea potencialmente perturbador del funcionamiento del sistema nacional de trasplantes.

existencia[30]. En nuestro país, en lo que alcanzo, no se discute que este interés ostente los caracteres necesarios para erigirse en bien jurídico, pero sí se ha puesto en entredicho que un tipo penal creado para tutelarlo sea respetuoso con el principio de intervención mínima[31]. En efecto, definido así el objeto de protección, se está afirmando que el precepto persigue reforzar a través de la intervención penal la normativa administrativa en materia de trasplantes[32]; y surge la duda, en este como en otros ámbitos, de si el Derecho penal debe asumir dicho cometido. Es cierto que al Derecho administrativo sancionador no se le ha concedido la oportunidad de demostrar su eficacia, pero, llegados a este punto, tampoco es de esperar una vuelta al estado de cosas anterior a 2010. En cualquier caso, las posibilidades de interpretar el tipo restrictivamente a partir del bien jurídico protegido son limitadas: descartada la exigencia adicional de afectación a un bien jurídico individual, solo cabe resaltar la idea de que el art. 156 bis, al no incluir las previsiones del Convenio de incorporación facultativa, no penaliza toda infracción de los mecanismos legales que rigen el sistema de organización de trasplantes, sino únicamente la vulneración de las condiciones esenciales que le sirven de sustento.

Cuando el tráfico tenga como objeto órganos de donantes vivos será muy frecuente en la práctica que las conductas realicen otros tipos penales destinados a tutelar bienes jurídicos individuales. Sin ánimo de querer contemplar aquí todos los supuestos imaginables, es evidente, por una parte, que la extracción ilegal del órgano en los términos en que la refiere el apartado 1, letra a) del art. 156 bis lesiona la integridad física del donante y da lugar al delito de lesiones consumadas del art. 149 o al del art. 150 CP. En caso de que la extracción haya sido válida, libre, espontánea y expresamente consentida por el donante cabrá aplicar el tipo atenuado del art. 155[33]. Si el órgano no llega a extraerse pueden no obstante concurrir los elementos de una tentativa de las citadas lesiones o de los actos preparatorios punibles en relación con ellas (art. 151 CP). Los riesgos para la salud del donante no diferirán de los que conlleva una extracción legal si la inter-

[30] En caso contrario, como dice *Cancio*, no estaríamos más que ante una «exclamación colectiva de indignación ribeteada jurídico-penalmente», con graves dudas de legitimidad —Cancio Meliá, M., «Tráfico de órganos…», ob. cit., pp. 13 s.—. Véase también Gómez Martín, V., «Crónica sucinta…», ob. cit., p. 957.

[31] En este sentido, Gómez Rivero, M.ª C., «El delito de tráfico ilegal…», ob. cit., p. 122; Juanatey Dorado, C., «Protección penal…», ob. cit., p. 38; y Moya Guillem, C., *La protección jurídica...,* ob. cit., pp. 249 s.

[32] Véase la crítica a esta comprensión del bien jurídico por su carácter formal en Alonso Álamo, M., «Tráfico de órganos…», ob. cit., p. 489.

[33] De la misma opinión en cuanto a la posibilidad de aplicar el art. 155 aunque medie compensación económica o incluso en situaciones de apuro económico que no determinen la situación de necesidad o vulnerabilidad propia de la trata, Serrano González de Murillo, J. L., «Tráfico de órganos…», ob. cit., pp. 107 s. Véase asimismo Felip i Saborit, D., «Tráfico de órganos», ob. cit., p. 933.

vención se practica por los servicios sanitarios competentes[34], conocedores o no de las circunstancias que determinan su ilicitud, pero, en cualquier caso, no podrá aplicarse la causa de justificación del art. 156 CP. Entre el tipo correspondiente de lesiones y el tráfico de órganos habrá un concurso de delitos, en aplicación de la cláusula concursal del art. 156 bis, apartado 9, que será ideal[35].

Por otra parte, el delito de tráfico de órganos confluirá a menudo con el de trata de seres humanos. De hecho, aunque no todo tráfico de órganos implica trata —así, por ejemplo, en caso de compra de un órgano a un donante que lo vende libremente— cuando se lleven a cabo las conductas de trata con sus medios comisivos característicos y con la finalidad de extracción de los órganos corporales a la víctima —art. 177 bis, 1 d)— concurrirá siempre un delito de tráfico de órganos consumado o, si se admite, en grado de tentativa, pues se estará promoviendo la extracción de un órgano de la modalidad 1.ª, letra a) del art. 156 bis 1. Aunque la cuestión ha sido discutida, considero que la relación entre la trata y el delito aquí estudiado tiene que ser de concurso de delitos, y ello tanto antes como después de la reforma de 2019[36]. A esta solución conduce, sobre todo, la identificación de dos bienes jurídicos distintos, de naturaleza colectiva en el caso del tráfico de órganos e individual en la trata. Además, debe tenerse en cuenta la regla prevista en el apartado 9 del art. 177 bis, a la que se añade tras la reforma, por si quedaba alguna duda, la del apartado 9 del art. 156 bis, referida expresamente al supuesto en que el delito de tráfico de órganos concurre con la trata, en cuyo caso, dice, las penas del tráfico de órganos han de imponerse sin perjuicio de las que correspondan por el delito del art. 177 bis. Más dificultades plantea la decisión sobre la modalidad de concurso de

[34] Sobre ello, Moya Guillem, C., *La protección jurídica…,* ob. cit., p. 206 s.

[35] A favor de esta solución, por ejemplo, Serrano González de Murillo, J. L., «Tráfico de órganos…», ob. cit., p. 110; y Moya Guillem, C., *La protección jurídica…,* ob. cit. p. 321. Por otro lado, entiendo que la operación de trasplante del órgano no realiza ningún tipo doloso de lesiones. En efecto, desde la posición que me parece más adecuada, cuando se realiza un trasplante con ánimo de curar al paciente —el receptor del órgano—, falta el dolo de lesionar; además, si el resultado de la operación es favorable, faltará también el resultado típico. Si el resultado de la operación es desfavorable y no se ha observado el cuidado debido —por ejemplo, porque no se ha realizado la operación en las condiciones sanitarias pertinentes— habrá un delito imprudente de lesiones. Por tanto, la operación de trasplantar un órgano procedente de tráfico, si el resultado de la operación es favorable, no realiza ningún delito «clásico» de lesiones, sino que solo es punible a través del art. 156 bis. La exención de pena de las lesiones en los casos de trasplantes de órganos por mediar consentimiento prevista en el art. 156 va referida, en consecuencia, únicamente al donante. Al respecto, Díez Ripollés, J. L., *Los delitos de lesiones,* Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 144 s. Mantiene una opinión diferente sobre este particular, por ejemplo, Serrano González de Murillo, J. L., «Tráfico de órganos…», ob. cit., pp. 95 ss.

[36] La doctrina mayoritaria ha optado por considerar que debe apreciarse un concurso de delitos. Así, por ejemplo, Serrano González de Murillo, J. L., «Tráfico de órganos…», ob. cit., p. 108, nota 50; Gómez Rivero, M.ª C., «El delito de tráfico ilegal…», ob. cit., p. 137. Para una ampliación de las distintas opiniones anteriores a la reforma, véase Moya Guillem, C., *La protección jurídica…,* ob. cit., pp. 312 ss.

infracciones apreciable. En principio, parece que debería optarse por el concurso ideal, aunque quizá dogmáticamente sea más acertado en determinados supuestos apreciar un concurso medial o incluso real, según las características particulares del caso[37]. En fin, de lo que vengo afirmando se deduce que también pueden concurrir los tres delitos: tráfico de órganos, lesiones y trata.

De acuerdo con la comprensión del bien jurídico protegido en el delito de tráfico de órganos aquí apuntada, la solución del concurso de delitos no da lugar a una doble valoración, ni siquiera parcial, cuando se aplica el tipo básico. El problema se planteará cuando se den los presupuestos de aplicación de los tipos agravados del apartado 4, que parten precisamente de la realización conjunta del tráfico de órganos y un delito de lesiones, uno de trata o ambos[38]. En efecto, la letra a) del mencionado apartado agrava la pena cuando concurra un plus de injusto representado por la puesta en grave peligro de la vida o la integridad física o psíquica del donante. Dado que la extracción del órgano tiene cabida en el tipo básico, el peligro referido aquí será uno que vaya más lejos de la lesión de la integridad física que aquella supone: piénsese en casos de extracciones clandestinas, realizadas sin las garantías propias del sistema sanitario oficial. Siendo así, la apreciación de este tipo agravado irá acompañada siempre de la realización de un tipo de lesiones (arts. 149 o 150). El concurso entre ambas infracciones desvalorará doblemente una parte de la afectación a la integridad física o psíquica del donante. Aun así, entiendo que es la única opción que permite abarcar el desvalor global del hecho[39]. Con mayor razón procede el concurso de delitos cuando ha peligrado la vida del donante.

Mayor complejidad presenta la relación entre el tipo agravado del apartado 4, letra b) y el delito de trata de seres humanos. Porque si el donante ha sido captado abusando de su estado de especial vulnerabilidad o es menor de edad se realizará sin duda el delito de trata con fines de extracción de órganos, en su modalidad agravada del art. 177 bis 4. b)[40]. Aplicar un concurso de delitos entre ambos tipos agravados atenta flagrantemente contra la prohibición de doble valoración. También el concurso de infracciones entre el tipo agravado que comentamos del art. 156 bis y el tipo básico de trata produce un cierto *bis in idem*, pero en cualquier caso parece una solución más adecuada.

[37] Considera que debe aplicarse un concurso ideal de delitos Carrasco Andrino, M.ª M., «A vueltas con la nueva tipificación…», ob. cit., p. 60. En cambio, para Moya Guillem, C., «Reflexiones…», ob. cit., pp. 24 s., en algunos casos habrá concurso de normas y, en otros, concurso real de delitos.

[38] Sobre el problema, véase García Albero, R., «El reformado delito…», ob. cit., pp. 66 ss.

[39] En efecto, si en el supuesto planteado se aplicase un concurso entre el tipo básico de tráfico de órganos y el delito de lesiones correspondiente dejaría de desvalorarse ese peligro más grave para la integridad física o psíquica del donante. Si se aplicara solo el tipo agravado no se tendría en cuenta la efectiva lesión de la integridad física del paciente que lo injusto del tráfico de órganos no incorpora.

[40] Nótese que la redacción del apartado 4 del art. 156 bis coincide casi por completo con la del apartado 4 del art. 177 bis.

VI. Reflexión final

La reforma del art. 156 bis CP operada por la LO 1/2019 afirmaba tener como objetivo principal la armonización del contenido del precepto a las previsiones del Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra el tráfico de órganos. Pero lo cierto es que las conductas que el Convenio establece como de obligada introducción en las legislaciones penales de los Estados parte ya podían considerarse punibles a través del texto del art. 156 bis en su versión de 2010 o —en cuanto a los tipos agravados— aplicando un concurso de delitos, por lo que, de haber alguna necesidad de adaptación, esta debió traducirse en una reforma mínima. Por el contrario, se optó por una reforma que podríamos llamar de máximos: el precepto vigente no solo amplía el ámbito de lo punible respecto a la legislación derogada por distintas vías, sino que llega más lejos de lo que el texto del Convenio reclama. Teniendo en cuenta que en España son muy poco frecuentes las prácticas relacionadas con el tráfico de órganos, no se justifica esta expansión desmesurada de la respuesta penal. En cambio, el legislador de 2019 desaprovechó la ocasión de abordar la reforma que sí era necesaria, optando por mantener aspectos de la regulación que la doctrina había venido señalando como defectuosos. Por si fuera poco, es de lamentar que a la luz del nuevo texto dichos defectos resulten más evidentes y más graves.

Aunque parece escasamente probable, al menos a medio plazo, una nueva reforma del art. 156 bis, de producirse esta, estimo que debería regirse por las siguientes pautas. Ante todo, y puesto que el tráfico de órganos no constituye en primer término un problema de salud individual, procede insistir en la demanda de un cambio de ubicación del precepto. En atención al bien jurídico protegido, aquel encontraría mejor acomodo entre los delitos contra la salud pública o inmediatamente después, en un capítulo independiente. Además, la definitiva desvinculación, formal y material, de los delitos de lesiones, así como el reconocimiento de que el objeto de protección tiene una naturaleza colectiva, deberían conllevar una reducción drástica de las penas. Tampoco creo que tenga sentido establecer una diferente penalidad según se trate de órganos de vivos o de fallecidos. A este respecto, con independencia de que un único marco penal ya permite ajustar la pena a la gravedad de lo injusto y de la culpabilidad en el caso concreto, la posible incidencia de las conductas de tráfico en bienes jurídicos individuales debe atenderse mediante la aplicación de un concurso de delitos. Por otra parte, sería muy pertinente corregir la nivelación punitiva de las variadísimas conductas descritas en los tipos básicos. En este sentido, debería describirse primero la ejecución del tráfico y, a continuación, si se considera oportuno castigar conductas de promoción —como, por ejemplo, las relacionadas con la captación de donantes o de receptores— debería establecerse para ellas una pena inferior. Mención aparte merece la acción de publicitar el tráfico, que probablemente podría derogarse, dado que ya contamos con la infracción administrativa muy grave que sanciona la publicidad sobre la necesidad o la disponibilidad de un órgano, ofreciendo o solicitando algún tipo de gratificación

o remuneración —art. 33 a) 3.º RD 1723/2012—. En fin, sería necesario prescindir de tipos agravados que desvaloran elementos ya castigados independientemente en otros preceptos del Código penal. Esto rige, en particular, para los tipos agravados descritos en los apartados 4 y 6 del art. 156 bis.

VII. **Bibliografía**

Alastuey Dobón, Carmen, «Aspectos problemáticos del delito de tráfico de órganos», *Revista Penal,* n.º 32, 2013, pp. 3 ss.

Alonso Álamo, Mercedes, «Tráfico de órganos humanos y dignidad de los vivos… y de los muertos», en *Homenaje al Profesor Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Liber Amicorum. Derechos humanos y Derecho penal,* Tomo II, Universidad de Salamanca, 2022, pp. 485 ss.

Cancio Meliá, Manuel, «Tráfico de órganos y Derecho penal: los límites de la globalización. Reflexiones desde la perspectiva española», *Revista Eletrónica de Direito Penal e Política Criminal-UFRGS,* vol. 5, n.º 1, 2017.

Carbonell Mateu, Juan Carlos, «Lesiones», en González Cussac (coord.), *Derecho Penal. Parte Especial,* 8.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 119 ss.

Carrasco Andrino, María del Mar, *El comercio de órganos humanos para trasplante. Análisis penal,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

— «A vueltas con la nueva tipificación del tráfico de órganos: bien jurídico, sujetos y conductas punibles», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 23-12 (2021).

Díaz-Maroto y Villarejo, Julio, «El delito de tráfico de órganos humanos», en VV. AA., *Estudios sobre las reformas del Código penal operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero,* Civitas, Madrid, 2011, pp. 275 ss.

Diez *Ripollés*, José Luis, *Los delitos de lesiones,* Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

Felip I Saborit, David, «Tráfico de órganos», en *Memento Práctico Penal 2023,* Francis Lefebvre, Madrid, 2022, pp. 926 ss.

García Albero, Ramón, «El nuevo delito de tráfico de órganos», en Quintero Olivares (dir.), *La reforma penal de 2010: análisis y comentarios,* Aranzadi, Pamplona, 2010, pp. 141 ss.

— «El reformado delito de tráfico de órganos: crónica de una oportunidad perdida», en *Las reformas penales de 2019,* Aranzadi, Pamplona, 2019, pp. 37 ss.

Gómez Martín, Víctor, «Crónica sucinta de un comercio infame. Una aproximación a los delitos de tráfico ilegal de órganos humanos en el Código penal español», en *Libro Homenaje al Profesor Javier de Vicente Remesal por su 70.º aniversario,* Vol. II, BOE, Madrid, 2024, pp. 949 ss.

Gómez Rivero, María del Carmen, «El delito de tráfico ilegal de órganos humanos», *Revista Penal,* n.º 31, 2013, pp. 113 ss.

— «El Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra el tráfico de órganos humanos. Principios e implementación en el ordenamiento español», *Derecho y Salud,* vol. 27, n.º 2, 2017, pp. 5 ss.

Juanatey Dorado, Carmen, «Protección penal de la vida y de la salud: alcance del reconocimiento de la autonomía de la voluntad», en Doval Pais (dir.) / Moya Guillem (coord.), *Nuevos límites penales para la autonomía individual y la intimidad,* Aranzadi, Pamplona, 2015, pp. 23 ss.

Mendoza Calderón, Silvia, «El delito de tráfico de órganos. Una primera aproximación al artículo 156 bis del Código penal: ¿Un futuro ejemplo más del derecho penal simbólico?», *Revista de Derecho penal y Criminología,* n.º 11, 2014, pp. 147 ss.

MOYA GUILLEM, Clara, *La protección jurídica frente al tráfico de órganos humanos. Especial referencia a la tutela penal en España (art. 156 bis CP),* Marcial Pons, Madrid, 2018.

— «Reflexiones sobre la Ley Orgánica 1/2019 en materia de tráfico de órganos. Nuevos horizontes de interpretación», *Revista General de Derecho Penal* 31 (2019).

MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal. Parte Especial,* 25.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

PUENTE ABA, Luz María, «La protección frente al tráfico de órganos: su reflejo en el Código Penal español», *Revista de Derecho y Proceso penal,* n.º 26, 2011, pp. 135 ss.

ROMEO CASABONA, Carlos María, «La prohibición del tráfico ilegal y la exclusión de la comercialización de los órganos y tejidos. Artículo 156 bis del Código penal», *Revista Aranzadi Doctrinal,* n.º 7, 2010, pp. 171 ss.

— «El Convenio del Consejo de Europa contra el tráfico de órganos humanos: principios y bienes jurídicos penalmente protegidos», *Revista Aranzadi Doctrinal,* n.º 7, 2015, pp. 77 ss.

SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis, «Tráfico de órganos humanos y lesiones», *Cuadernos de Política Criminal,* n.º 107, 2012, pp. 87 ss.

VIZUETA FERNÁNDEZ, Jorge, «Las lesiones», en Romeo Casabona / Sola Reche / Boldova Pasamar (coords.), *Derecho penal. Parte especial,* 3.ª ed., Comares, Granada, 2023, pp. 82 ss.

4

LA MULTIRREINCIDENCIA EN EL DELITO DE HURTO*

FRANCISCO JAVIER ÁLVAREZ GARCÍA
Catedrático de Derecho Penal
Universidad Carlos III

SUMARIO: I. UBICACIÓN SISTEMÁTICA. II. DATOS ESTADÍSTICOS Y NECESIDADES DE REPRESIÓN. III. REFORMAS LEGISLATIVAS. IV. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO Y PROPORCIONALIDAD. V. LA REINCIDENCIA COMO MODELO DE NEGOCIO. VI. LA VINCULACIÓN DE LA INTERPRETACIÓN DE LA REINCIDENCIA EN EL HURTO A LA QUE SE EFECTÚA DE LA CIRCUNSTANCIA GENÉRICA. VII. INTERPRETACIÓN ILÓGICA DE LA REMISIÓN QUE EL ARTÍCULO 234.2 CP EFECTÚA AL ARTÍCULO 235 CP. VIII. RELACIÓN ENTRE TIPOS BÁSICOS, AGRAVADOS Y ATENUADOS. IX. EL DERECHO PENAL COMO ÚLTIMA RATIO. X. VÍCTIMAS Y AUTORES. XI. LÍMITES A LA ACTUACIÓN PENAL: EL PRINCIPIO DE IGUALDAD. XII. DOSCIENTAS SENTENCIAS DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID. XIII. PENAS. XIV. CONCLUSIÓN.

I. UBICACIÓN SISTEMÁTICA

El Título XIII del Código Penal dedica su primer Capítulo, y así también lo rubrica, al hurto. Se trata éste, obviamente, de un delito con presencia en toda nuestra legislación histórica y con el que arrancan los delitos contra la propiedad desde el Código Penal de 1995. Su estructura continúa siendo muy similar a la que presentaba en nuestro primer Código Penal, y del todo idéntica a la ofrecida por el artículo 426 del CP de 1848. La única diferencia relevante es que en aquellos cuerpos legales se acudía a la técnica de determinación de la pena por el resultado, de forma que a medida que el valor económico de la cosa hurtada se incrementaba crecía la gravedad de la sanción; este sistema persistió hasta la reforma del CP de 25 de junio de 1983 en el que fue sustituido por el vigente, de acuerdo con el cual la pena se agrava a partir de la básica sólo si concurren determi-

* A Carlos Romeo Casabona, admirado penalista.

nadas circunstancias específicas no basadas exclusivamente en el mero incremento del valor de lo hurtado. Desde luego que aquél sistema lo que ponía de manifiesto era lo sobredimensionado que estaba la propiedad en relación a otros derechos individuales y, todavía más, a los sociales; no debe olvidarse en este sentido que de acuerdo con el CP de 1944 sólo por el valor de la cosa hurtada podía llegarse hasta los doce años de presidio mayor, y si el ataque se hubiera producido en, por ejemplo, un lugar «destinado al culto», o mediare abuso de confianza o reincidencia, la pena podía llegar hasta los veinte años, que era la prevista en su límite máximo para el homicidio: vida y propiedad quedaban, así, equiparadas valorativamente. Desde luego que esta severidad contrastaba, y lo continúa haciendo, con la blandura con la que se castigaban los delitos de «guante blanco», lo que pone claramente de manifiesto que nos encontrábamos con un «problema de clase»: el Derecho Penal patrimonial español estaba fundamentalmente al servicio de los propietarios, y decidido a reprimir con una violencia terrible a las clases más desfavorecidas. Por el contrario, era sumamente benévolo con los que saqueaban a la Nación, hasta el punto de convertirlos en prohombres del Estado (por más que el origen de la fortuna de no pocos de ellos se hallara en la especulación ilícita, el esclavismo, el contrabando, la corrupción de funcionarios, la expoliación del patrimonio medioambiental español o simplemente la estafa inmobiliaria).

Aquél sistema de determinación de la pena ha quedado sustituido por el vigente en el que se parte de una pena base que no implica necesariamente entrada en prisión (como corresponde al valor de la propiedad y a la falta de medios graves de ataque —sin violencia ni intimidación en las personas ni fuerza en las cosas—), y que puede ser agravada hasta los tres años acudiendo a criterios sociales de incremento de lo injusto —cosas de valor artístico, histórico, etc., o de primera necesidad u originador de desabastecimiento—, atinentes a las circunstancias de la víctima, también al valor y entidad de la cosa hurtada y a la integración del sujeto activo en grupos u organizaciones criminales.

II. Datos estadísticos y necesidades de represión

Si en relación a cualquier delito resulta extremadamente importante tener en cuenta la estadística criminal, la necesidad de hacerlo en delitos de hurto (o robo) se multiplica porque las penas (y las tipicidades) varían, a veces enormemente, en función del incremento y gravedad de los hechos criminales, y porque los casos delictivos correspondientes a esa tipología se cuentan por muchos centenares de miles. Desde luego la gravedad de las penas estuvo presente en nuestro Derecho histórico; en todo él, y ha quedado como hito de ello la Pragmática de Felipe V de 23 de febrero de 1734 que conducía a la horca a los que cometieren hurto a menos de cinco leguas de la Corte. Pero la preocupación por la pena —y sus efectos preventivo generales— se ha seguido encontrando presente hasta la actualidad, y prueba de lo mismo lo constituye la última reforma sufrida por este delito operada por la LO 9/2022, de 28 de julio.

Según las estadísticas del Ministerio del Interior[1] en 2015 ocurrieron 715.469 hechos de hurto (de los cuales sólo resultaron «esclarecidos» 111.625); en 2019 fueron 700.453 (esclarecidos, 111.318), y en 2023 665.622 (esclarecidos, 132.759). Se ha ido produciendo, pues, una disminución de hechos de hurto a pesar de que se ha incrementado el número de habitantes en España (en 2015 era de 46,44 millones y en 2023 de 48 millones) y de turistas que han visitado nuestro país (en 2015, 68 millones y en 2023, 85 millones). Sin embargo, el motivo de la reforma llevada a cabo por LO 9/2022 se ha justificado no en el incremento de supuestos de hurto en todo el territorio nacional (que como se ha indicado han disminuido) sino en una localizada multirreincidencia. En este sentido el Preámbulo de la Ley acabada de citar expresa «La reforma resulta necesaria porque, si bien la regulación actual prevé expresamente la posibilidad de aplicar una modalidad agravada del delito de hurto cuando el autor es multirreincidente, el Tribunal Supremo considera que esta posibilidad debe reservarse para los casos en que los delitos de hurto cometidos con anterioridad superan los 400 euros, pues de lo contrario se produciría un desproporcionado salto punitivo entre la pena prevista en el artículo 234.2 del Código Penal para los delitos de hurto inferiores a 400 euros, que es una pena de multa de 1 a 3 meses, y la pena prevista en el artículo 235.1.7.ª del Código Penal para los casos de multirreincidencia, que es una pena de prisión de 1 a 3 años. Esta regulación, conforme a la interpretación efectuada por el Tribunal Supremo, está suponiendo que los delitos leves de hurto que se cometen de manera multirreincidente no cuenten con una suficiente respuesta penal, a pesar de que son delitos que están siendo objeto de una creciente preocupación por afectar directamente no solo al turismo, al comercio y a la economía en general, sino también a la propia seguridad de los ciudadanos».

Para dimensionar adecuadamente lo acabado de señalar debe tenerse en cuenta que los «hechos de hurto» cuantificados se refieren, lógicamente, a hechos denunciados; más no debe olvidarse que en estos delitos hay una importante cifra negra, de modo que, posiblemente, las denuncias decaen a medida que el valor de lo hurtado es menor (la víctima no se quiere molestar en relación a objetos de escasa cuantía económica), o cuando disminuye la confianza en que las policías vayan a llevar a cabo una investigación de lo ilícito que ha afectado a un concreto sujeto pasivo (según los datos reflejados más arriba los hechos esclarecidos sobre denunciados no llegan a un veinte por ciento). En segundo término, debe contarse con que una parte de esos «hechos de hurto» termina careciendo de viabilidad procesal, lo que puede suceder por múltiples causas, algunas de ellas ligadas a la misma realidad del hecho denunciado. En este último sentido debe tenerse en cuenta el tenor del artículo 284 LECri. (tras la modificación efectuada por la LO 41/2015): «*1. Inmediatamente que los funcionarios de la Policía judicial tuvieren*

[1] https://estadisticasdecriminalidad.ses.mir.es/publico/portalestadistico/datos.html?type=pcaxis&path=/Datos1/&file=pcaxis

conocimiento de un delito público o fueren requeridos para prevenir la instrucción de diligencias por razón de algún delito privado, lo participarán a la autoridad judicial o al representante del Ministerio Fiscal, si pudieren hacerlo sin cesar en la práctica de las diligencias de prevención. En otro caso, lo harán así que las hubieren terminado.- 2. No obstante, cuando no exista autor conocido del delito la Policía Judicial conservará el atestado a disposición del Ministerio Fiscal y de la autoridad judicial, sin enviárselo, salvo que concurra alguna de las siguientes circunstancias…».

En todo caso esa disminución de los ilícitos no es uniforme en todo el territorio, y particularmente no lo es en Cataluña y en alguna de sus ciudades más importantes. Veamos algunos datos (que hay que tomar *cum grano salis*, dado el desastre de la estadística criminal en España y de la inexistencia de una «oficina de estadística criminal» propiamente dicha, que tantas veces se ha reclamado ¿por qué no se quieren unos «números» fiables? ¿o es sólo incompetencia?). Contemplemos, en primer lugar, la estadística presentada por los Mossos d'Escuadra (policía autonómica de Cataluña, a quienes he reclamado más datos que me han sido negados). Según ésta en el año 2023 se observa en Cataluña un incremento general de la criminalidad de un 6,72 % respecto del año anterior (un total de 608.449), siendo así que del global de los delitos el 83 % corresponde a infracciones patrimoniales, de las cuales un 40,8 % son hurtos (206.023, con un incremento de 4,52 % respecto al año anterior). Se carece, o no se proporcionan —seguramente esto último—, datos oficiales sobre el perfil de los autores de los hechos de hurto (sí hay alguno en relación con otros delitos). En cuanto a la ciudad de Barcelona los hurtos representan el 48,1 % de los hechos delictivos, alcanzando en 2023, según la Guardia Urbana, la cifra de 100.944, lo que supone un crecimiento de un 6,5 % con relación a 2022.

En una publicación reciente sobre hurto y perfil del delincuente, Roca Mercadé y Trespaderne Dedeu[2], tras advertir que se trata de un estudio exploratorio utilizando un «muestreo no probabilístico por conveniencia» y no extrapolable —e insistiendo en ello—, concluyen que de los hurtos leves el 80,3 % de los autores son hombres, con edades entre 26 y 44 años (56.3 %), seguidos de los de 18 a 25 (28.2 %), extranjeros en un 88,7 % particularmente de nacionalidades africanas (29.6 %), de Europa oriental (23.9 %) y americanas (21.1 %), destacando la presencia de antecedentes en un 78,9 %. Obviamente datos como los reflejados en este trabajo, por más que tenga muy serias limitaciones metodológicas (advertidas, reiteramos, por sus autores) y que carezcan de la posibilidad de ser extrapolados a un plano general, obligan al Legislador a realizar el correspondiente estudio, urgente, pues mientras se acumulan víctimas y autores, y,

[2] «El delito leve de hurto en la ciudad de Barcelona. Perfil del delincuente y comparación en función del tipo de hurto», en *Revista Logos Ciencia & Tecnología*, 13(2), 2021, págs. 39 y ss. (consultable en https://revistalogos.policia.edu.co:8443/index.php/rlct/issue/view/34/19).

en su caso, a tomar una serie de medidas relativas a extranjería, que no sólo deben ser represivas (que también) sino asimismo tuitivas, de asistencia social, etc., pero que deben gravitar especialmente sobre un colectivo que alimentaría la casi totalidad de los injustos a los que nos estamos refiriendo…si es que los datos que arroja la evaluación de la criminalidad efectuada son certeros.

En todo caso no contamos, en lo que importa a la multirreincidencia, con suficientes —ni siquiera con pocos— datos oficiales y fiables. Sí algunos muy parciales, de origen policial, casi rumores, que en el caso territorialmente más preocupante, Cataluña, apuntan a un alto número de reincidentes. Así los Mossos de Escuadra señalan, en 2023, a 526 personas como reincidentes en Cataluña, los cuales habrían cometido 6.169 hechos de hurto (con algunos casos destacables, como el de cinco sujetos que acumularon en 2023, en la ciudad de Barcelona, 228 detenciones).

Todo lo anterior debe mezclarse con una considerable alarma social que se refleja constantemente en los medios de comunicación, que todos los días incrementan la sensación de inseguridad por la inclusión de noticias no siempre fiables ni pensadas en interés de los ciudadanos. De cualquier forma, la «alarma» debe ser asimismo atendida, porque el bienestar de los ciudadanos también depende de su seguridad psicológica (se corresponda o no con los datos que ofrece la evolución de la delincuencia, que en este supuesto sí se corresponde), aunque ésta en ningún caso sea la que deba condicionar, ni siquiera alentar, en modo alguno las tipificaciones.

En todo caso, los números recogidos en 2023 y los escasos de 2024 —fundamentalmente los policiales— apuntan en el sentido de que la reforma de 2022 no ha tenido incidencia positiva en la evolución de la criminalidad del hurto, y menos en la reincidencia. En este sentido, tanto el Ayuntamiento de Barcelona (que ha puesto en marcha un Protocolo para amparar jurídicamente a las víctimas) como el Colegio de Abogados de la misma ciudad han vuelto a solicitar, en este 2024, nuevas reformas del Código Penal para hacer frente a una «ola delictiva» que crece y sigue creciendo (también muy recientemente la Alcaldía de Lérida ante hechos de multirreincidencia). Pero las soluciones que ofrecen ambas instituciones son más Código Penal y nueva reforma del Código criminal, estrategia que anuncia un nuevo fracaso, y nos sigue poniendo en cuanto a política criminal en tiempos de los ya aludidos más atrás de Felipe V: penas más duras que nada solucionan, y las víctimas, los ciudadanos, continúan sufriendo la actividad criminal.

III. Reformas legislativas

La preocupación del Legislador por la multirreincidencia en los delitos de hurto es antigua (en realidad de siglos), lo que es de una lógica aplastante pues socialmente los ciudadanos (y antes los siervos —y véase la legislación histórica que contiene múltiples ejemplos al respecto—) consideran —con razón— inaceptable el someterse al «código

de conducta» de un sujeto, o un grupo de ellos, que reiteradamente enfrenta la norma estatal y produce víctimas concretas. Por ello, en la reforma penal llevada a cabo por la LO 1/2015, de 30 de marzo, se afirmaba en el Preámbulo: «*La revisión de la regulación de los delitos contra la propiedad y el patrimonio tiene como objetivo esencial ofrecer respuesta a los problemas que plantea la multirreincidencia y la criminalidad grave. Con esta finalidad se suprime la falta de hurto, y se introduce un supuesto agravado aplicable a la delincuencia habitual. Los supuestos de menor gravedad, que anteriormente se sancionaban como falta, se regulan ahora como delitos leves; pero se excluye la consideración como leves de todos aquellos delitos en los que concurra alguna circunstancia de agravación —en particular, la comisión reiterada de delitos contra la propiedad y el patrimonio—. De este modo, se solucionan los problemas que planteaba la multirreincidencia: los delincuentes habituales anteriormente eran condenados por meras faltas, pero con esta modificación podrán ser condenados como autores de un tipo agravado castigado con penas de uno a tres años de prisión*». La preocupación, como decimos, está clara; cuestión distinta es el acuerdo sobre la solución técnica tomada, que se plasmó en el siguiente tipo agravado:

> «*Art. 235.1. El hurto será castigado con la pena de prisión de uno a tres años: 7.º Cuando al delinquir el culpable hubiera sido condenado ejecutoriamente al menos por tres delitos comprendidos en este Título, siempre que sean de la misma naturaleza. No se tendrán en cuenta antecedentes cancelados o que debieran serlo*».

IV. Jurisprudencia del tribunal supremo y proporcionalidad

La Sala 2.ª del Tribunal Supremo se rebeló contra el Legislador de 2015, y decidió que la legislación dictada ese año no era adecuada y ello por estimar (la Sala 2.ª, por su propia mano) que la pena a la que se podía llegar para los reincidentes en ciertos supuestos —precisamente algunos de los que se pretendía acotar por la norma— conculcaba el principio de «proporcionalidad». Así, la STS 481/2017, 28-6 (doctrina que ha sido posteriormente confirmada por otras muchas resoluciones), asevera «…, para interpretar los arts. 234 y 235 del C. Penal en un sentido que resulte congruente el concepto de multirreincidencia con el concepto básico de reincidencia y que se respete al mismo tiempo el principio de proporcionalidad de la pena, ha de entenderse que cuando el texto legal se refiere a tres condenas anteriores éstas han de ser por delitos menos graves o graves, y no por delitos leves. Y ello porque ése es el criterio coherente y acorde con el concepto básico de reincidencia que recoge el Código Penal en su parte general, y porque, además, en ningún momento se afirma de forma específica en los arts. 234 y 235 que las condenas anteriores comprendan las correspondientes a los delitos leves… Por consiguiente, ha de entenderse que la interpretación de los arts. 234 y 235 del C. Penal que permite acoger un sentido de la norma que resulte más restrictiva y acorde con el concepto legal de reincidencia y con las consecuencias punitivas que conlleva la multirreincidencia es el de que, hasta que no se diga de forma específica y expresa

en las referidas normas, no pueden operar en la multirreincidencia los antecedentes penales por delitos leves».

Además de la invocación del principio de proporcionalidad y de las facultades hermenéuticas de los tribunales, en otras ocasiones en la jurisdicción se invocó, en el caso de la multirreincidencia, conculcación del principio *non bis in idem* (lo que se pone de manifiesto en numerosas resoluciones de la Jurisprudencia menor, pero también del Tribunal Supremo después de la reforma de 2015, véase en este sentido STS 738/2018, 5-2).

No pocos autores, muy irreflexivamente, han acogido con alharacas este posicionamiento de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo; y lo han hecho porque coincide con sus deseos de que la multirreincidencia no resulte tan agravada. Pero, desde luego que ello supone un error mayúsculo pues en términos estructurales implica caminar hacia la creación jurisprudencial del Derecho, lo que impugna nuestro modelo no sólo jurídico sino también político, en lo que insistiremos más abajo.

El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la cuestión de la reincidencia desechando los argumentos de aquéllos que sostienen que en todo caso la dicha agravación conculca el principio de *non bis in idem*. En el sentido anterior la STC 150/1991, de 4 de julio, ha dejado dicho: «Pero del propio significado del *non bis in ídem* se desprende que la agravante de reincidencia del art. 10.15 C.P. no conculca dicho principio constitucional. En efecto, la apreciación de la agravante de reincidencia supone, como al principio se expuso, la obligatoriedad de tomarla en consideración, como cualquier otra agravante, para aumentar la pena en los casos y conforme a las reglas que se prescriben en el propio Código (art. 58 C.P.), y, más concretamente, para determinar el grado de aplicación de la pena prevista para el delito y, dentro de los límites de cada grado, fijar —discrecionalmente— la extensión de la pena. Es claro, en consecuencia, que con la apreciación agravante de reincidencia, ya se entienda que afecta al núcleo del delito o sólo a la modificación de la pena, no se vuelve a castigar el hecho anterior o los hechos anteriores, por lo demás ya ejecutoriamente juzgados art. 10.15 C.P.- y con efectos de cosa juzgada (efectos que no se ven, pues, alterados), sino única y exclusivamente el hecho posterior. En este sentido, es una opción legítima y no arbitraria del legislador el ordenar que, en los supuestos de reincidencia, la pena a imponer por el delito cometido lo sea en una extensión diferente que para los supuestos de no reincidencia. Y si bien es indudable que la repetición de delitos propia de la reincidencia presupone, por necesidad lógica, una referencia al delito o delitos repetidos, ello no significa, desde luego, que los hechos anteriores vuelvan a castigarse, sino tan sólo que han sido tenidos en cuenta por el legislador penal para el segundo o posteriores delitos, según los casos, bien (según la perspectiva que se adopte) para valorar el contenido de injusto y su consiguiente castigo, bien para fijar y determinar la extensión de la pena a imponer. La agravante de reincidencia, por tanto, queda fuera del círculo propio del principio *non bis in ídem*…». Cuestión, pues, la del *bis in idem*, constitucionalmente resuelta.

El Tribunal Supremo, sin embargo, se «agarró» al principio de proporcionalidad como su argumento «más fuerte» para rechazar la aplicación del artículo 235.1.7.º, CP, en sus propios términos. No obstante esa decisión de la Sala 2.ª, no hay que olvidar el tenor de la ya citada STC 150/1991 al respecto: «…el juicio sobre la proporcionalidad de la pena, tanto en lo que se refiere a la previsión general en relación con los hechos punibles como a su determinación en concreto en atención a los criterios y reglas que se estimen pertinentes, es competencia del legislador en el ámbito de su política criminal, siempre y cuando no exista una desproporción de tal entidad que vulnere el principio del Estado de Derecho, el valor de la justicia, la dignidad de la persona humana y el principio de culpabilidad penal derivado de ella (STC 65/1986, antes citada); lo que no cabe extraer, en todo caso y necesariamente, de la apreciación de la circunstancia agravante de reincidencia, ya que ésta ha de ser tenida en cuenta por los Tribunales únicamente dentro de unos límites fijados por cada tipo penal concreto y su respectiva sanción: es decir, para determinar el grado de imposición de la pena y, dentro de los límites de cada grado, la extensión de la pena. Por tanto, no cabe apreciar, desde esta perspectiva, la inconstitucionalidad del art. 10.15 CP».

El Tribunal Supremo, en su sentencia ya citada (481/2017), ha prescindido de las limitaciones establecidas por el Tribunal Constitucional —acabadas de referir— para aplicar el principio de proporcionalidad, y por esa vía restringir la aplicación de los tipos penales: «…, dentro del marco punitivo que establece el legislador, los tribunales, atendiendo a la redacción de la norma y a los principios constitucionales que han de guiar de forma primordial el significado de los preceptos penales, han de acudir cuando concurren interpretaciones en conflicto a seleccionar la que concilie en mayor medida los principios y valores constitucionales con las descripciones y connotaciones que se desprenden del texto legal, tanto desde una dimensión de cada precepto como del conjunto sistemático del Código. Especialmente cuando afloran contradicciones internas tanto de índole textual como sobre todo axiológicas, tal como se ha venido exponiendo en los fundamentos precedentes». Como puede comprobarse nada se dice de que, como exige el TC: «exista una desproporción de tal entidad que vulnere el principio del Estado de Derecho, el valor de la justicia, la dignidad de la persona humana y el principio de culpabilidad penal derivado de ella». Nada. Sencillamente el Tribunal Supremo se apoderó de la legislación penal —es fácil «arropar» con fraseología jurídica una decisión, cosa distinta es «motivar jurídicamente» en sentido propio— y ha obligado al Legislador a volver…a legislar, que es al Congreso de los Diputados a quien corresponde hacerlo (principio democrático) y no al Tribunal Supremo (principio autoritario).

Una reflexión más a propósito de la alegada ausencia de proporcionalidad. Pareciera que se parte de una idea errónea, de base, a la hora de considerar en abstracto qué pena correspondería a cada delito. En efecto, seguramente el tipo básico del delito de hurto pueda merecer, en abstracto, la pena de seis a dieciocho meses. Pero esa pena que puede parecer una medida adecuada para situaciones de «normalidad delictiva» podría agravarse, ampliarse, cuando esa normalidad se supera; por ejemplo, cuando se «dis-

para» la comisión de hechos de hurto y se entiende necesario incrementar los efectos de prevención general negativa con objeto de reducir la estadística criminal. En este sentido ¿acaso se podría juzgar desproporcionado incrementar la pena del tipo básico del hurto, en su límite superior, hasta los dos años, y paralelamente situar el mínimo de los tipos agravados en dos años? Desde luego entendemos que no. Obviamente lo que no resultaría admisible sería llegar a la imposición de una pena que se superpusiera (aunque sólo fuera en parte) a la del homicidio, o mucho menos que la superara, o tampoco sería de recibo la amenaza con una pena que se equiparara en todo al marco penal abstracto del delito de robo violento. En el primer caso porque en una jerarquía de bienes jurídicos la vida se encuentra en un nivel muy superior a la propiedad (lo que no impide que determinadas agresiones a bienes jurídicos de, también, notoria importancia —como la libertad sexual— lleve consigo una pena que «invada» en parte el marco penal abstracto del homicidio); y en el segundo, porque las modalidades de ejecución —y por las mismas el peligro de afectación a otros bienes jurídicos como la vida o la salud— pueden hacer concluir que incluso ante un mismo bien jurídico la pena ha de ser superior. Es decir: una cosa es que el Código Penal contemple un determinado marco de pena para cada delito, pero otra muy diferente es que el «ámbito total de pena» del particular injusto coincida absolutamente con ese marco penal abstracto fijado en los concretos preceptos penales (si mantuviéramos, por el contrario, tal opinión, significaría lo mismo que renunciar en buena medida a la crítica). No existiría, así, inconveniente alguno, ni se conculcaría proporcionalidad por el hecho de, en atención a circunstancias variadas, incrementar (o rebajar) el marco penal abstracto (el Legislador no está obligado a agotarlo ni por arriba ni por abajo). ¿Cómo se determinaría ese «ámbito total de pena»? Se trata de un problema relacional con otros bienes jurídicos de diferente importancia, y dentro de un mismo bien jurídico la cuestión se resuelve atendiendo a las diferentes modalidades de ejecución, de participación y otras circunstancias concurrentes a las que se les puede conceder diferente importancia en dependencia de, entre otras, las necesidades represivas: el único fiel de la balanza en el delito de hurto, así, no tiene por qué constituirlo la cuantía, el valor de la cosa hurtada, tal y como patrocinan algunos autores (es el caso de Maraver Gómez[3]), sino que aceptando la cuantía como referente general (como mero punto de partida de la discusión, aunque debe ser sometido a discusión y valoración) la presencia de otros criterios como el constituido por la reincidencia o la multirreincidencia puede llevar a incrementos de pena al margen del referente cuantía.

En el sentido anterior, el Legislador ha considerado que la concurrencia en el hecho de hurto de las agravaciones que se recogen en el artículo 235, CP, merece una pena

[3] «La regulación de la multirreincidencia en los delitos de hurto tras la reforma producida por la Ley Orgánica 9/2022, de 28 de julio», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 25-13, 2023, *passim*.

superior a la contemplada en el tipo básico. Pero, ¿por qué va a resultar desproporcionada la consideración especialmente agravatoria de la concurrencia de multirreincidencia en hurtos por debajo de 400 euros, en relación a hurtos de especial significación por constituir su objeto material cosa de valor histórico, o tratarse de cosas de primera necesidad, o que ponga a la víctima en una grave situación económica? En efecto, la multirreincidencia consiste en una verdadera «fábrica de cometer delitos», y, paralelamente, una auténtica «factoría de víctimas». En ese sentido, y dando por sentado que su castigo, como dice el Tribunal Constitucional, no implica conculcación del principio *non bis in idem* (en el «cuarto delito» no se vuelven a castigar los primero, segundo y tercero, sino, sencillamente, se «tienen en cuenta» estos para considerar agravado lo injusto del cuarto —fracaso en la aplicación al sujeto activo de los mecanismos de prevención general y especial—; tan es así que carecen de toda relevancia —a cualquier efecto, también de autoría, participación y formas imperfectas— las circunstancias que concurrieran en aquéllos), tampoco supone infracción de la proporcionalidad pues no implica, como indica el Tribunal Constitucional, «una desproporción de tal entidad que vulnere el principio del Estado de Derecho, el valor de la justicia, la dignidad de la persona humana y el principio de culpabilidad penal derivado de ella». No. Sencillamente el Legislador unió la comisión de varios delitos leves con una pena que no excedía la prevista para los tipos agravados de hurto.

En este último sentido la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha dejado sentado (STC 75/2024, de 8 de mayo, que reitera una abundante doctrina anterior) que: «Por tanto, en esta sede debemos limitarnos 'a verificar que la norma penal no produzca un patente derroche inútil de coacción que convierte la norma en arbitraria y que socava los principios elementales de justicia inherentes a la dignidad de la persona y al Estado de Derecho o una actividad pública arbitraria y no respetuosa con la dignidad de la persona y, con ello, de los derechos y libertades fundamentales de la misma. Así, desde la perspectiva constitucional, solo cabrá calificar la reacción penal como estrictamente desproporcionada cuando concurra un desequilibrio patente y excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma a partir de las pautas axiológicas constitucionalmente indiscutibles y de su concreción en la propia actividad legislativa' (STC 8/2024, de 16 de enero, FJ 6). Para ello debemos atender al conjunto de intereses protegidos por la norma impugnada o a si los fines inmediatos y mediatos tutelados por esta son suficientemente relevantes, ya que, como ha reiterado la jurisprudencia constitucional, 'para determinar si el legislador ha incurrido en un exceso manifiesto en el rigor de las penas al introducir un sacrificio innecesario o desproporcionado, debemos indagar, en primer lugar, si el bien jurídico protegido por la norma cuestionada o, mejor, si los fines inmediatos y mediatos de protección de la misma, son suficientemente relevantes, puesto que la vulneración de la proporcionalidad podría declararse ya en un primer momento del análisis 'si el sacrificio de la libertad que impone la norma persigue la prevención de bienes o intereses no solo, por supuesto, constitucionalmente proscritos,

sino ya, también, socialmente irrelevantes' (STC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 7; en el mismo sentido, STC 111/1993, FJ 9). En segundo lugar, deberá indagarse si la medida era idónea y necesaria para alcanzar los fines de protección que constituyen el objetivo del precepto en cuestión. Y, finalmente, si el precepto es desproporcionado desde la perspectiva de la comparación entre la entidad del delito y la entidad de la pena' (así, por ejemplo, SSTC 136/1999, FJ 23, o 91/2021, FJ 11.1)».

Pues bien, ¿dónde está ese «desequilibrio patente y excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma», cuando la sanción se mantiene dentro de los límites de la pena del tipo agravado de hurto? ¿No es, acaso, la propiedad un bien jurídico muy digno de protección penal como se ha evidenciado en siglos de legislación criminal?, ¿acaso la multirreincidencia en el hurto —tal y como más abajo se particulariza— no constituye un problema de seguridad ciudadana de primer orden?, ¿por ventura no han fracasado otros medios de represión de las dichas conductas —que llegan a las 700.000 anuales en toda España—? ¿no son millonarias las cifras de víctimas de este delito —al cabo de los años— a las que el Estado no presta la adecuada protección y satisfacción?, ¿no es verdad que al cabo de los años, y ante incrementos puntuales del ilícito, vecinos de distintas poblaciones y parajes se ven impelidos a tomar medidas —de vigilancia y represión— ante la falta de suficientes medidas estatales, con lo que el Estado se ve cuestionado en la titularidad del ejercicio al *ius puniendi*?, ¿y no es cierto, también, que no insólitamente hechos de hurto —y como consecuencia de actos de defensa o resistencia de las víctimas— terminan con conductas de especial gravedad y que determinan la modificación en la calificación de los hechos (robo violento y ocasionalmente lesiones o muerte)?

Ha de señalarse también, y en todo caso, que buena parte de los problemas interpretativos provienen del hecho de que continuamente, en los tipos de la Parte Especial, se traiciona el modelo estructural del Código, y el Legislador siente una y otra vez la pulsión de «hacer una Parte General» con cada tipología delictiva, y en ese sentido no resulta extraño, antes al contrario, que lo que debía ser excepción —la inclusión de tipos agravados en los delitos del Libro II— se convierta en regla —véanse en este sentido las reformas de la Parte Especial habidas en los años veinte de este siglo, como pueden ser las relativas a la libertad sexual o los desórdenes públicos—. Seguramente todo sería más sencillo si no se restara relevancia a las circunstancias genéricas en lugar de posponerlas frente a tipos agravados específicos, lo que evitaría problemas concursales y de incompatibilidad sin cuento; y, además, resulta preciso armonizar las disposiciones de la Parte General y la Parte Especial (¡la codificación!), en este sentido la redacción del vigente artículo 22.8, CP, —en concreto, la exclusión de los delitos leves del cómputo de la reincidencia— plantea severos problemas hermenéuticos en relación al delito de hurto; pero también hay que plantearse el juego del artículo 66.1.5.ª, CP (que había sido incluido por la LO 11/2003, de 29 de septiembre), y su aplicación a esta figura de delito contra la propiedad.

V. LA REINCIDENCIA COMO MODELO DE NEGOCIO

Históricamente la reincidencia (y la multirreincidencia) se ha estudiado como un problema ligado a los delitos patrimoniales (estafa, hurto, robo…), y, además, bajo el prisma «personal» de la profesionalidad, habitualidad, «modo de vida», «forma de ser», etc. La verdad, sin embargo, es que este enfoque debería ser sino cambiado al menos complementado. En efecto, en relación a muchos ilícitos (penales y administrativos) la multirreincidencia se está manifestando, sobre todo, como una cuestión de «modelo de negocio». Veamos el caso (administrativo y penal) de la disciplina medioambiental. En este supuesto, la comisión de infracciones contra la normativa ambiental constituye, en no pocos casos, parte esencial de un modelo de negocio, de explotación empresarial. Dicho de otra forma: la infracción de la normativa de que se trate, y la correspondiente sanción, se integran en la normalidad del negocio contaminante (incluso del «negocio criminal», como se puede comprobar en decisiones urbanísticas de construcción en «zonas inundables»). Es decir: el pago de las multas que imponen las administraciones públicas por hechos contaminantes en el desarrollo de la actividad empresarial, se integra en la normalidad contable y presupuestaria. Ello por una potísima razón: resulta «más barato» atender las sanciones económicas que realizar los cambios necesarios en el modelo industrial. Por ello, precisamente, decimos que la multiplicación de las infracciones pasa a formar parte del modelo de explotación empresarial.

Pero ello no ocurre únicamente en la actividad empresarial privada sino también en la gestión de las administraciones públicas, singularmente de la Administración local. Tomemos el ejemplo de la contaminación de los ríos. Es habitual que la correspondiente Confederación Hidrográfica imponga sanciones a distintos ayuntamientos por verter las aguas negras sin haberlas sometido previamente a ningún proceso de depuración (o sólo a alguno claramente insuficiente). Año tras año le llega a la entidad local correspondiente la sanción económica (que en la práctica es reducida) que proceda. El Ayuntamiento de que se trate no corregirá (en una inmensa mayoría de supuestos) su conducta pese a la sanción (que no demuestra ningún poder preventivo general), sino que se limitará a abonar a la Confederación la multa impuesta cuya cantidad se terminará incluyendo, como gasto fijo, en los presupuestos municipales. Las obras necesarias para la depuración, generalmente costosas, no encontrarán, sin embargo, reflejo en las previsiones económicas del Ayuntamiento en cuestión (obviamente con el paso de los años, y lentamente, ese «problema» va encontrando salida, Pero durante no poco tiempo los responsables municipales alegarán la ausencia de recursos…mientras siguen «invirtiendo» en encierros taurinos, conciertos de bandas veraniegas, verbenas y otros festejos…lo que sucede no sólo por la exigüidad, en algunos casos, de los presupuestos municipales sino por la radical ausencia de intimidación de unas sanciones perfectamente asumibles en una lógica que prioriza una actuación musical subvencionada a elementales medidas de cuidado del medio ambiente y de sanidad pública). Pues bien, tanto en un caso como en el otro la repetición de infracciones y multas debería castigarse con

sanciones considerablemente incrementadas (e incluso con cambio en la naturaleza de las mismas); y no por consideraciones ligadas a una supuesta perversidad empresarial o de sesgo político de la Administración de que se trate, o por un «modo de vida», sino por el hecho de implementar un «modelo de negocio», un «modelo de explotación», un «modo de administración», que pone en cuestión el orden normativo, infringiéndolo y causando daños comprobables. La razón, pues, del incremento de la sanción por conductas reincidentes se ubicaría en un modelo objetivo que implica un incremento de lo injusto y no en cualidades referidas a la personalidad del sujeto activo de lo ilícito.

Por cierto, y a este propósito, debe tenerse en cuenta que la conducta infractora puede realizarse por personas jurídicas, también jurídico públicas (que, como sabemos, gozan de exención penal ex artículo 31 *quinquies*, CP), lo que no impide la atribución, asimismo, a personas físicas (que en este último supuesto, y tratándose de sanciones de multa en caso de responsabilidad penal, se ha de observar una cierta coordinación en la sanción a la persona jurídica y a la física). En este último escenario —de responsabilidad de personas físicas en combinación con la de la persona jurídica a la que sirve como dirigente o como subordinado— ¿qué política criminal puede esgrimirse para justificar la inconveniencia de acudir a la circunstancia de reincidencia (o multirreincidencia)? Entendemos que el fundamento de la agravación se encontraría en el seguimiento de ese «plan de negocio o explotación» que incrementa —por ello mismo— la gravedad de lo injusto cometido, y que sólo se manifiesta con la reiteración en la conducta delictiva.

Naturalmente que esa resistencia al cumplimiento de la norma medioambiental se pone de relieve no sólo en relación a los preceptos de origen nacional, sino también, frente a la normativa europea (ésta, sí, claramente administrativa). Nos referimos ahora, y por ejemplo, al caso de la calidad del aire en las ciudades. En efecto, desde 2011 la Directiva 2008/50/CE impone límites, bajo amenaza de multa, en caso de superación de ciertas cifras de contaminación (nuevos referentes se han fijado por el acuerdo político habido en el Parlamento —que ha de ser aun adoptado por el Consejo y publicado como Ley— de 24 de abril de 2024; debe asimismo tomarse en cuenta la Directiva 2024/1203, de 11 de abril, relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho Penal-). Incluso en aquél caso, y más allá de las sanciones impuestas al ente público de que se trate, los ciudadanos, individualmente, podrán demandar a las administraciones si su salud ha resultado dañada por la baja calidad del aire que se respira.

Esa multirreincidencia en materia de ilícitos medioambientales —que exige incrementos sustanciales de la sanción— se repite en muy diversas materias tanto del espacio puramente administrativo como penal. Así, por ejemplo, en la disciplina referente a establecimientos de restauración u otros, es habitual que se exceda del número de mesas autorizadas, o que los negocios que cuentan con licencia para la realización de una cierta actividad amplíen ésta a otras no cubiertas por la autorización de la entidad local o autonómica responsables. En todos esos casos, las inspecciones municipales —que cuentan con infinidad de limitaciones de todo tipo— imponen sanciones que se «normalizan» sin mayores esfuerzos ni tensiones económicas en el plan empresarial.

Se trata de supuestos, muchos de ellos, con perfiles penales (más allá de que la Fiscalía General del Estado los desprecie como objeto de acusación, como es el caso de los injustos medioambientales, donde la acusación pública sólo muy excepcionalmente «ve» delito, y donde ha abandonado el campo a las asociaciones ecologistas, mientras paralelamente pugna por la restricción de la acusación popular, lo que en definitiva significa la ampliación de la impunidad que en buena medida es consecuencia de la monumental incompetencia del Ministerio Fiscal, que en algunos supuestos —conformidades en materia de injustos contra la libertad sexual— alcanza lo verdaderamente escandaloso), en los cuales la agravación por multirreincidencia resulta indispensable si se quiere que la norma penal o administrativa cumplan su función.

Volviendo a la reincidencia y multirreincidencia en materia de hurto, nos encontramos con ilícitos que en ocasiones son expresión de decisiones individuales, pero en otras se acercan a injustos vinculados a la actividad de asociaciones ilícitas o grupos y organizaciones criminales. En este último caso ¿cuál sería el motivo que, desde el punto de vista de política criminal, avalara la falta de consideración de la agravante específica de multirreincidencia ante la repetición de ilícitos leves de hurto por los singulares integrantes de la empresa criminal? (ciertamente la contemplación específica de un ilícito de organización entre los tipos agravados de hurto —artículo 235, CP— permite visionar otras soluciones).

Pero en lo que importa a la reincidencia «individual» el fundamento de su castigo (de la agravación de la conducta de que se trate) no debe radicar ni en la «personalidad criminal» del reincidente, ni en sus tendencias delincuenciales, ni en su modo de vida, sino en la implementación de un «modelo de negocio», su personal «modelo de explotación», en el que la realización del (pongamos) tercer ilícito sirve únicamente de demostración externa de su «plan empresarial», y es la ejecución del mismo lo que se castiga de forma agravada. Es un problema, pues, de injusto y no de culpabilidad. No hay por qué eximir de la aplicación de la reincidencia (o multirreincidencia) al sicario que ha profesionalizado actos de homicidio; y de la misma manera al autor de delitos de hurto que se ha consagrado a esta clase de injustos en las estaciones de medios de comunicación, o aprovechando el «despiste» con el que circulan los turistas en las ciudades que visitan.

Cuestión distinta es que algunos (o muchos) de estos casos puedan presentar características en sede de culpabilidad que en el caso concreto aconsejen excluir de responsabilidad penal o atenuar ésta (la exclusión social obliga a replantearse la posibilidad de imputar culpabilidad plena a los sujetos, en razón de una motivación anormal).

VI. La vinculación de la interpretación de la reincidencia en el hurto a la que se efectúa de la circunstancia genérica

Dice el Alto Tribunal: «…que el mencionado subtipo agravado (artículo 235.1.7 del Código Penal) no debe interpretarse de manera desvinculada de las previsiones que

el artículo 22.8 del Código Penal toma en cuenta para definir la circunstancia agravante genérica de reincidencia. Definición auténtica de la que, de manera explícita, quedan excluidas las condenas anteriores por delitos leves. Y esto, aunque solo fuera porque resultaría del todo inconsistente considerar que, siendo dos condenas anteriores por la comisión de sendos delitos leves insuficientes para configurar la agravante genérica de reincidencia (cuyo efecto, en ausencia de otras circunstancias, determinaría la imposición de la pena prevista en abstracto por el artículo 234.1, en su mitad superior), sin embargo, la presencia de una tercera condena, también por delito leve, obligara a una exasperación punitiva que nos situaría no solo en los límites más altos de la pena prevista en abstracto para el tipo básico, sino en una pena distinta y sensiblemente superior a aquella (prisión de uno a tres años); y todo sobre la exclusiva base de esa tercera, y en tal caso demoledora, condena por un (tercer) delito leve» (STS 691/2021, 15-9, entre otras muchas).

Desde luego lo que los magistrados del Tribunal Supremo evidencian con esa argumentación es la decisión, como señalaba TORÍO LÓPEZ, de transitar del Palacio de Justicia al de las Cortes sin pasar por las elecciones. ¿Por qué el Legislativo no puede otorgar un contenido distinto a la circunstancia genérica de reincidencia —o unos efectos punitivos diferentes— que a una específica sobre la misma materia? Eso lo efectúa en no pocos tipos penales. Por ejemplo, con la alevosía en el artículo 139.1.1.ª, en relación con la genérica contenida en el artículo 22.1, ambos del CP. En este último caso, y de acuerdo con lo previsto en el artículo 66.1.3.ª, sólo podría imponerse la pena en la mitad superior, y sin embargo la misma circunstancia aplicada en los delitos contra la vida lleva a una punición sensiblemente superior (más de un grado) en el caso del asesinato respecto del homicidio (véase también el salto de pena que se produce en el tipo agravado del artículo 148.2.º en relación a la pena dispuesta en el artículo 147.1, ambos del CP). Se plantearía idéntica cuestión con la agravación de precio, recompensa o promesa, o ensañamiento, y muchos otros ejemplos cabrían. La cuestión es muy sencilla: el Legislador ha decidido otorgar un diferente valor a determinadas circunstancias cuando se contemplan como genéricas que cuando lo hacen como específicas; y los tribunales, por razones en las que ya hemos abundado más arriba, no están legitimados para impugnar semejante decisión: sólo el Tribunal Constitucional podría hacerlo, pero como hemos plasmado más arriba ha decidido del lado del Legislador.

VII. Interpretación ilógica de la remisión que el artículo 234.2 CP efectúa al artículo 235 CP

Asevera la Sala 2.ª del Tribunal Supremo: «…en ningún momento se afirma de forma específica en los arts. 234 y 235 que las condenas anteriores comprendan las correspondientes a los delitos leves» (STS 481/2017, 28-6, entre otras muchas), por lo tanto los delitos leves no podrían integrar la agravación de multirreincidencia del artículo 235, CP. La motivación no nos parece correcta. En efecto, el artículo 234.2, CP, al tiempo del dictado de la Sentencia, señalaba: «*Se impondrá una pena de multa*

de uno a tres meses si la cuantía de lo sustraído no excediese de 400 euros, salvo si concurriese alguna de las circunstancias del artículo 235». Con esa redacción del precepto es evidente que la referencia es a cualquiera de las conductas a las que presta cobertura el tipo básico, por lo tanto, abarca tanto a delitos menos graves como a leves; y para estos últimos dispone una pena inferior «*salvo sin concurriese alguna de las circunstancias del artículo 235*». Por lo tanto, es evidente que a los delitos leves les son aplicables todas las circunstancias del artículo 235, CP. La interpretación del Tribunal Supremo es claramente forzada y contradice el texto de la ley.

VIII. Relación entre tipos básicos, agravados y atenuados

Se afirma en la misma resolución del Tribunal Supremo acabada de citar (481/2017), argumento que es reiterado por toda la Jurisprudencia posterior, que: «El hecho de que por tres condenas anteriores por delitos leves de hurto se pueda aplicar un tipo hiperagravado que permita convertir una multa máxima de tres meses en una pena de prisión que puede alcanzar hasta los tres años, con un suelo de un año, resulta sustancialmente desproporcionado». Pues bien, tampoco se puede estar de acuerdo con esta fundamentación a la vista del texto del Código Penal, ya sea del vigente en el momento del dictado de la resolución o del de hoy en día. En efecto, no se convierte una pena máxima de multa de tres meses en una de prisión de hasta tres años. No. Se trata de enfocar adecuadamente la relación entre tipos básicos, agravados y atenuados. La pena legalmente prevista, inicialmente, para todo hurto es la recogida en el artículo 234.1, CP. Pero para el hurto de cuantía inferior a 400 euros se plantean dos posibilidades (*tertium non datur*) que pivotan sobre un factor: que concurra o no alguna de las circunstancias del artículo 235, CP. Así, si no concurre ninguna de las aludidas, la pena que corresponde es la de multa de uno a tres meses, pero si está presente alguna de ellas la pena es de hasta tres años de prisión. No se convierte una pena de multa en una de prisión. No. No se trata de una agravación de la pena de multa (que exigiría que primero ésta hubiere sido la sanción prevista), sino que en caso de concurrencia de alguna de las circunstancias del artículo 235 (cualquiera de ellas) el Legislador valora que la punición adecuada es hasta tres años de prisión. Sucede así que el mismo tipo penal —su objeto material— es el que cambia. En efecto, nos hallaríamos, en lo que ahora importa, ante tres tipos penales diferentes: hurto de cosa de cuantía superior a 400 euros, la pena prevista es la de prisión de seis a dieciocho meses; hurto de cosa de cuantía inferior a 400 euros, la pena prevista es la de multa de uno a tres meses (en ambos casos, como puede verse, varía el objeto material en cuanto a su valoración económica); hurto de cosa cualquiera que fuere su cuantía con la concurrencia de multirreincidencia, prisión de uno a tres años. En este último supuesto nunca ha sido de aplicación el artículo 234.2, CP, porque está expresamente excluido de esa tipicidad al estar presente la circunstancia del artículo 235.1.7, CP.

No estamos aquí ante casos como los contemplados en el artículo 180, CP. En efecto, en el caso de las agravaciones por agresiones sexuales la conducta base es la

misma: atentar contra la libertad sexual sin consentimiento. De hecho, en el párrafo introductorio del artículo 180, CP, se exige expresamente la realización de alguna de las anteriores conductas. O, por seguir ejemplificando, en el artículo 148, CP, se requiere la realización del tipo del artículo 147.1, CP. Distinto es, también, el caso de la estafa. En este supuesto el párrafo tercero del artículo 248: «*Si la cuantía de lo defraudado no excediere de 400 euros, se impondrá la pena de multa de uno a tres meses*». Es decir: las agravaciones recogidas en el artículo 250 exigen, expresamente («*El delito de estafa será castigado…*»), la realización de las tipicidades de los artículos 248 o 249, ambos del CP. No es esto, sin embargo y como hemos visto, lo que sucede con la relación entre los artículos 234 y 235.1.7.ª, CP.

IX. El derecho penal como última ratio

Decíamos más arriba que ha sido la multirreincidencia lo que ha impulsado la última reforma de estos delitos, y más en concreto la habida en Cataluña y específicamente en Barcelona, pues fue a solicitud de las instituciones de esta ciudad —especialmente el Ayuntamiento—, y de los municipios cercanos a la misma, por lo que el Ministerio de Justicia abordó la modificación de este delito en 2022. En efecto, desde la «ciudad condal» se instó la modificación alegando el perjuicio que causaba la multirreincidencia en una ciudad turística, y la necesidad que había de incrementar la represión para tratar de controlar el fenómeno criminal que, en opinión «municipal», estaba disparado.

La Fiscalía General del Estado también había reclamado una intervención del Legislativo en su Memoria de 2020, donde señalaba que la interpretación del Tribunal Supremo sobre el artículo 235.1.7.ª CP podía: «haber frustrado la finalidad perseguida por el legislador, pues en la actualidad el tratamiento punitivo ofrecido a quienes habitualmente ejecutan delitos leves de hurto resulta menos severo que el que se venía ofreciendo con anterioridad a la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo… parecería razonable que por el legislador se reformara la actual regulación del delito de hurto al objeto de ofrecer un nuevo tratamiento que ofrezca respuesta al fenómeno de la multirreincidencia en la ejecución de delitos leves».

Como se ha visto, la reacción del Legislador al incremento de la criminalidad del hurto y de la reincidencia, más allá de atribuir parte de la responsabilidad a las interpretaciones de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (que cada vez con mayor frecuencia «hace» de Legislador), ha sido la de acudir de inmediato a la reforma del Código Penal. Lo que así, sin más, es metodológicamente equivocado, incorrecto, gravemente erróneo (es la consecuencia del desprecio por parte de nuestros dirigentes políticos del conocimiento especializado). Pues no se pregunta previamente por las causas de esa criminalidad, ni por las circunstancias de todo tipo referidas a los autores de los hechos, ni…; y desde luego, plantea la cuestión desde un punto de vista exclusivamente de legislación penal, como si el CP tuviera todas las respuestas idóneas frente a ese crimen. Así, el Legislador, una vez más, olvida algo esencial: el Derecho Penal

es sólo uno de los instrumentos represivos y generalmente el más tosco, y no puede pretenderse un correcto enfrentamiento del problema (es decir, una oposición eficaz al crimen) con su solo auxilio. Eso es populismo punitivo y conduce a un fracaso cierto que, en muchas ocasiones, multiplica y amplifica el problema. El uso de instrumentos de asistencia social, civiles, procesales, orgánicos (incremento de la plantilla de jueces y fiscales), administrativos, informáticos, educativos, laborales, policiales…son indispensables para combatir ese delito, y ello por razones, en primer lugar, de eficacia: de nada, o de muy poco, sirve atrincherarse en lo existente y mostrar al exterior únicamente el arma penal, pues ello nos obligará inevitablemente no sólo a seguir soportando el delito, sino a continuar «subiendo la apuesta penal», imponiendo mayores sanciones, y ayudando de esa manera (porque el solo uso del Derecho Penal refuerza la exclusión) a la constitución de »sociedades marginales», «criminales», cada vez más amplias, que amenazarán gravemente el *statu quo*: la lucha contra la marginación inducida debe ser una de las primeras tareas de Gobierno.

Lo acabado de decir —con lo que no se descubre nada, sólo «ordena» algunas ideas que llevamos exponiendo muchos años los penalistas— señala toda una metodología en la lucha contra las «conductas desviadas». La elaboración, ante el incremento de una cierta criminalidad, de una «respuesta» adecuada exige valorar el hecho globalmente y evaluar los múltiples instrumentos que han de estar implicados en esa contestación al crimen, lo que implica convencerse de que no son sólo policía y tribunales quienes deben salir a enfrentarse: otras instancias también han de hacerlo —a veces repartiendo «justicia social»—. Ello supone una modificación en la forma de legislar penalmente, lo que deberá hacerse de la mano de equipos multidisciplinares: la respuesta al incremento de los hurtos (suponiendo que ello sea real) en la ciudad de Barcelona —y en otras ciudades, fundamentalmente turísticas— no puede ser la fracasada y exclusiva penal, sino una que analice causas y circunstancias y luego aplique los instrumentos más convenientes (¡también el penal si es funcional!), más eficaces (de la misma forma, pero a la inversa, tampoco se transita por el camino del éxito prescindiendo en todo caso del Derecho Penal, o, como sucedió hace ya años en una fracasada experiencia en los países nórdicos, apostando exclusivamente por la prevención especial).

X. Víctimas y autores

Pero todo lo anterior no debe hacernos olvidar algo (lo que constantemente hacen aquéllos que, en el fondo, consideran que el Derecho Penal es siempre un mal, y ni siquiera un mal necesario, es decir, los vulgarmente denominados «buenistas»): que todos esos hurtos originan también centenares de miles de víctimas, millones, que ven su vida afectada de muchas maneras (a veces solo patrimonialmente, en otras ocasiones psicológicamente, en unas terceras de alteración de planes de vida…); y a esa afectación —que se ha de medir, asimismo, en términos de seguridad general y no sólo frente al concreto hecho— el Estado debe responder con la contundencia que sea precisa. No más de lo necesario, pero

no menos tampoco. Hay que mirar y proteger los derechos del delincuente y mensurar la reacción estatal, pero también los de las víctimas, en primer lugar, los de las víctimas, lo que implica reacción frente a los delincuentes y tutela de aquéllas. Ello se corresponde, además, con la función que le corresponde al Derecho Penal de proteger bienes jurídicos. Se trata de una obligación política y ciudadana de primer orden.

En cuanto al concreto caso de los multirreincidentes es evidente que no se puede soportar que cinco de ellos hayan sido detenidos en 238 ocasiones en un mismo año y en idéntica ciudad, pues además hay que suponer que no en todas las oportunidades en que han cometido una infracción fueron interceptados por la Policía, lo que termina arrojando unas cifras de posible comisión delictiva «por cabeza», y anualmente, imposibles de tolerar; y lo mismo sucede con los 526 reincidentes más caracterizados en toda Cataluña a los que se aludía más atrás. Las cifras de víctimas en ambos casos se pueden contar por varios miles. Desde luego que faltan datos que nos permitan decidir qué tipo de intervención debe llevarse a cabo, y asimismo no contamos con los necesarios como para concluir que la salida a la situación debe consistir en un incremento de las penas: la decisión legislativa penal debe ser la última y no la primera. Pero paralelamente se muestra como evidente que esos multirreincidentes deben ser neutralizados por vía asistencial, educativa, administrativa, procesal…o en ocasiones también penal, pues no se puede exigir a los ciudadanos que soporten una y otra vez ataques de esa índole: el Estado se encuentra obligado a actuar en defensa de los ciudadanos, se trata de una obligación constitucional en tutela de sus derechos. En el sentido anterior no debe olvidarse que la falta de una intervención suficiente por parte del Estado ya ha dado lugar a distintos intentos de «linchar» a delincuentes, y tampoco que muy frecuentemente —y como ya hemos indicado más atrás— hechos que «comienzan» como hurto, y ante la resistencia de la víctima, terminan con serias violencias y a veces arrojan un resultado de homicidio; es decir: no sólo es hurto. Esta última apreciación se ha recogido, también, en una resolución ejemplar —Ponente Ana María Ferrer García— para la que «… los hurtos siempre tienen un riesgo de contacto personal, que en algunas ocasiones deriva en situaciones de enfrentamiento o violencia, circunstancias que no se dan en los delitos leves de estafa» (STS 684/2019, 3-2).

Pero no únicamente, y ni siquiera principalmente, hay que detener la atención en la reacción penal, civil, administrativa, etc., sino que, como se ha indicado, hay que preguntarse por las causas del delito —y no sólo las evidentes inmediatas, sino las estructurales— y plantearse la posibilidad (la obligación para el Estado) de incidir en las mismas o en parte de ellas.

En este último sentido surge la exclusión social como una de las grandes causas de comisión de los delitos de hurto, lo que se evidencia muy groseramente en algunos grupos de excluidos; por ejemplo: ¿qué comportamiento social se puede creer que van a tener personas expulsadas —por las razones que sean, especialmente por haber alcanzado una cierta edad— de los centros de acogida de menores? ¿no cometerán delitos de subsistencia?; ¿o qué respeto tendrán a la normativa los niños que desde su

primera edad sufren rechazo educativo?, ¿y los pobres de solemnidad?, ¿y los excluidos socialmente por razones no económicas? Esta misma pregunta puede formularse en relación con otros grupos sociales como inmigrantes, parados, personas sin hogar…, vulnerables en general.

De todo ello, por otra parte, preocupa cada vez más la constitución de guetos calificados en razón de la nacionalidad, aunque en realidad lo son por motivos de pobreza (siempre —desde hace muchos siglos— los hubo en España por motivos étnicos): en este sentido los ejemplos francés, belga o sueco son suficientemente ilustrativos…y temibles. Es decir: el modelo político criminal antes que penal (que también) debe ser inclusivo. Se trata de incorporar socialmente a todas aquellas personas que, por unas razones u otras, están excluidas del «festín social»; y no sólo por humanidad o respeto a los derechos fundamentales, que desde luego también, sino asimismo por puras razones defensivas.

Es decir: frecuentemente la sociedad excluye a grupos de personas; como consecuencia de esa situación éstas reaccionan «excluyendo» a la sociedad que les ha aislado y llevan a cabo actos antinormativos. A esas conductas el Estado responde —en primer lugar— con el Derecho Penal que, como carece de respuesta contundente en estos delitos ante conductas leves, resuelve el conflicto con sanciones mínimas que incumplen las finalidades de las penas, logrando al mismo tiempo convertir a ciudadanos —a quienes transforman en personas carentes en muchas ocasiones de medios personales de defensa— en víctimas propiciatorias de los delincuentes. Esta situación aumenta la sensación de inseguridad ciudadana y las reclamaciones de los sujetos pasivos de los delitos, lo que a su vez estimula al Estado a incrementar su política penal (aumento de las sanciones penales).

El Estado, pues, incumple sus obligaciones de tutela de los ciudadanos y sus derechos cuando se limita a incrementar la pena de ciertas conductas, dado que el resultado no será el de una mayor tutela de los bienes jurídicos implicados: no es así como se combate el crimen, como se lleva la frecuencia delictiva a límites razonables. En ese sentido, la reforma del delito de hurto llevada a cabo por la LO 9/2022, de 28 de julio, está constituyendo ya un fracaso. La mejor forma de prevenir el delito no es esa, sino, como señala Díez Ripollés[4], «el mantenimiento de un cierto nivel de inclusión social de sospechosos, delincuentes y exdelincuentes es una de las más eficaces estrategias para la prevención de la delincuencia».

Una ulterior cuestión la constituye el momento post penitenciario (y no sólo, porque en buen número de delitos —como es el caso mayoritariamente del hurto— las sanciones son de multa), pues las obligaciones del Estado con el delincuente no terminan con la imposición de la pena y el cumplimiento de la misma, sino que se impone el seguimiento postpenitenciario, que constituye una asignatura pendiente en nuestro sis-

[4] «La dimensión inclusión/exclusión como guía de la política criminal comparada», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 13, 2011, pág. 9.

tema (en realidad, el sistema está hecho «a pedazos»[5]). En cualquier caso y por lo dicho anteriormente, ese seguimiento (post sanción) no resulta tan fácil de instrumentalizar por la naturaleza pecuniaria de las sanciones (en realidad, exige volver a los instrumentos primigenios de inclusión social).

Señalar, también, que de la misma forma que no participamos en una política criminal rigorista, tampoco consideramos adecuada esa «caridad de las penas» que practican no pocos jueces, al aplicar con una generosidad que excede con mucho a la de la ley, circunstancias atenuantes —especialmente la analógica, que hay que recordar es «a las anteriores»— y todo tipo de reglas de determinación y ejecución de la pena forzando —es decir, conculcando— el Principio de Legalidad, y convirtiendo a los juristas en asistentes sociales y a la Administración de Justicia en una ONG tramposa.

Finalmente indicar que es preciso modificar la legislación penal y penitenciaria en el sentido de impedir la progresión al tercer grado penitenciario, antes de que hubieran cumplido la mitad de la condena, a todos aquellos penados que fueran condenados teniendo antecedentes en vigor por delitos dolosos o que lo hubieran sido por más de tres delitos intencionales; y, por supuesto, debe reformarse el artículo 80 del Código Penal para impedir que los jueces, contradiciendo la letra de la ley, apliquen automáticamente la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad inferiores a los dos años.

XI. Límites a la actuación penal: el principio de igualdad

Una postrera reflexión: creemos oportuno reprimir, en el sentido antedicho, la reincidencia y la multirreincidencia, pero eso debe hacerse sólo paralelamente a la decisión de adoptar una represión equivalente de los «delitos de los poderosos». Efectivamente, y haciendo exclusión de supuestos como los ya indicados en los cuales la reincidencia forma parte de un plan ventajoso en la delincuencia criminal, es lo cierto, y por ello creemos que ni sólo ni principalmente el Derecho Penal puede ser considerado como un buen remedio, que los hurtos de tantos multirreincidentes individuales desconectados de organizaciones criminales que les explotan son delitos de miserables en los que en ocasiones se castiga el hecho de ser pobre. Sin embargo, en delitos cometidos por los ricos se tiende a ser tremendamente indulgente. Sólo una muestra: el delito fiscal exige como elemento del tipo que la cantidad evadida supere los 120.000 euros (monto extraordinariamente más alto que el utilizado como referente en países de nuestro entorno con similar sistema penal: casos de Alemania o Italia), y por si no fuera suficiente, y además, los sujetos activos tienen la oportunidad de acudir a la «regularización tributaria», siendo evidente que la misma existencia de tal mecanismo atenúa considerablemente los efectos

[5] La cuestión, en verdad, es que el «sistema» falla por todas partes, y se trata de hacer responsable a uno de sus «eslabones», justo el más débil: el delincuente, y ello por medio del incremento de las penas… para lo cual el Estado, obviamente, no se encuentra legitimado.

intimidatorios del tipo (y todo ello al margen de lo «comprensiva» que se muestra la Hacienda Pública a la hora de fijar la cuantía de lo exigible al gran infractor por todos los conceptos). Desde luego que a la protección de los grandes delincuentes también contribuye la interpretación que realizan los tribunales de la atenuante de «reparación» (véase De la Herrán Ruíz-Mateos[6]).

En el sentido anterior, recordar que el principio de igualdad está llamado a jugar un doble papel. Uno desde un punto de vista global y otro en contemplación a las diferentes y concretas posiciones sociales del particular individuo (culpabilidad). En efecto, implica una quiebra evidente del principio de igualdad la opción por construir los tipos penales que afectan (que pueden afectar) exclusivamente a las capas socialmente más privilegiadas, de forma tal que aunque en principio suponga la afirmación de que las tales conductas están penalmente incriminadas, sin embargo las construcciones típicas permiten bien la atipicidad bien la excusa. Es el caso acabado de exponer del fraude fiscal. Así, cabría preguntarse: ¿es constitucionalmente legítimo volcar la represión penal sobre las figuras delictivas normalmente comisibles por los sujetos económicamente más desfavorecidos, y sin embargo «amnistiar» sustancialmente de persecución a los más poderosos? Cre que no, por más que la certera acusación de desigualdad no se termine volcando en una resolución de inconstitucionalidad, y ello porque —en el ejemplo que manejamos— el fraude fiscal en cantidades inferiores a la referenciada es sancionado siempre con un castigo económico (también, aunque la naturaleza sea distinta, el hurto por valores mínimos lleva consigo una pena pecuniaria). Es decir: no hay ausencia de represión sino un castigo de naturaleza distinta.

XII. Doscientas sentencias de la audiencia provincial de Madrid

En el curso de esta investigación he analizado las doscientas sentencias más recientes, dictadas en apelación por hechos de hurto, de la Audiencia Provincial de Madrid. Con independencia de que los resultados pormenorizados de ese trabajo serán publicados más adelante, sí quiero plasmar aquí algunas de las conclusiones a las que he arribado.

La primera, es que la mayor parte de las citadas resoluciones versan sobre hechos leves de hurto en tentativa. La segunda, es que, a su vez, la mayoría de esos hechos fueron cometidos en «grandes superficies». La tercera, que los hechos quedan en tentativa porque esas «grandes superficies» cuentan con mecanismos eficaces de autoprotección para detectar hurtos. La cuarta, que se trata de «hurtos de miserables» y se refieren a todo tipo de objetos destinados a la vida corriente: comestibles, limpieza, vestuario, etc. La quinta, que el valor de esos objetos es muy bajo, en algún caso de cuatro, seis, ocho…euros, y una amplia mayoría de hurtos no llegan a los cuarenta euros. La sexta,

[6] De la Herrán Ruíz-Mateos, S «Aspectos técnicos de la atenuante de reparación del daño en los delitos económicos o de cuello blanco», en *Revista Penal*, núm. 45, 2020, passim.

que en un alto porcentaje los objetos son recuperados, aunque no siempre en condiciones aptas para volver a ponerlos a la venta. La séptima, que los casos de reincidencia son escasos —en no pocos casos hay antecedentes penales, pero no computables a efectos de reincidencia—. La octava, que los hurtos que no son llevados a cabo en grandes almacenes suelen tener como sujetos pasivos a transeúntes, y los sujetos activos son sorprendidos en el momento de llevarlos a cabo. La novena, que son realmente excepcionales, o inexistentes, los casos de hurto en los que la aprehensión de los autores haya sido producto de investigación policial tras la correspondiente denuncia puesta en Comisaría. Es decir: o los sujetos activos son detenidos durante la ejecución del hecho (impidiéndoles la disponibilidad de la cosa), o inmediatamente después de los mismos. Décima, entre la comisión del hecho y el fallo de la apelación no llega, generalmente, a transcurrir un año (y de hecho son escasos los supuestos de aplicación de las dilaciones indebidas). Undécima, La multa que se impone no suele llegar a un mes, y generalmente las cuotas diarias no superan los seis euros. Duodécima, en caso de imponerse prisión su duración no suele llegar a los seis meses.

A la vista de lo anterior deben plantearse, al menos, las siguientes cuestiones: 1.ª) ¿Cómo es posible que nuestro sistema procesal permita que hechos patrimoniales de cuantía verdaderamente irrelevante no sólo sean enjuiciadas penalmente, sino que tengan acceso a la apelación? Es decir, que se ocupen de los mismos dos magistrados, otros tantos fiscales, secretarios, oficiales, agentes, abogados…¿por un hurto en tentativa de poco más de 4 euros? Huelga decir que el gasto es disparatado y no se corresponde con la gravedad de lo injusto (a este propósito no es vano recordar cómo el Artículo 455.1, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dispone: «*1. Las sentencias dictadas en toda clase de juicio, los autos definitivos y aquéllos otros que la ley expresamente señale, serán apelables, con excepción de las sentencias dictadas en los juicios verbales por razón de la cuantía cuando ésta no supere los 3.000 euros*»; otra buena alternativa pudiera ser que todos los supuestos de hurto leve en tentativa, y más si la cosa se ha recuperado, se reconduzcan a la Ley de Seguridad Ciudadana —salvando los supuestos de reincidencia—. Sólo con esta medida las audiencias provinciales resultarían aliviadas por, al menos, la mitad de estos injustos, y la Administración de Justicia de un importante gasto). 2.ª) No se entiende como el Magistrado no aplica el criterio de la insignificancia por falta de la necesaria gravedad en el ataque al bien jurídico protegido (principio acogido por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, véanse, entre otras y por todas, SSTS 245/2024, 13-3; 224/2024, 7-3, y 806/2022, 7-10). 3.ª) Tampoco se comprende cómo los fiscales no invocan el, entiendo que inconstitucional ex artículo 124 CE, principio de oportunidad, del que hacen tan generoso uso en tantas ocasiones (sobre todo para no acusar cuando de la defensa de intereses colectivos —singularmente medio ambiente, urbanismo, etc.— se trata). Tal ocasión no está al alcance del magistrado de instancia, que no está habilitado para absolver como consecuencia del escaso valor de la cosa hurtada; en este último sentido la SAP, Madrid, 3.ª, 56/2016, 18-1, corrige al Instructor, y manifiesta: «El principio de oportunidad sólo opera a iniciativa del Ministerio Fiscal, sin que se alcance a comprender

el razonamiento de la sentencia de instancia…». 4.ª) Las penas que se imponen carecen de poder intimidante. En efecto, estamos hablando de penas de multa en la mayoría de los casos, impuestas a personas con muy escaso patrimonio (si tienen alguno), lo que no sólo es sarcástico (que el Estado multe al miserable) sino que lleva a hablar de cuotas diarias de 3 euros (v. gr. SAP, Madrid, 3, 536/2024, 19-9), 6 euros (SSAP, Madrid, 6, 430/2024, 18-9, y 3, 527/2024, 16-9), 4 euros (SAP, Madrid, 7, 392/2024, 17-9), etc. Cuotas de multa que frecuentemente recauda el condenado con la mendicidad… o sin esfuerzo alguno. Es decir: la pena «no pesa». O expresado de otra forma: carece absolutamente de seriedad. Ello obligaría, ya se apuntó más atrás, a acudir a penas alternativas (que no están previstas en el hurto leve) porque con las previstas el poder de intimidación de la sanción no existe y únicamente se consigue el desprestigio de la pena.

XIII. **Penas**

Para terminar, significar que parece un verdadero sarcasmo imponer la pena de multa (sin alternativa) para la comisión de un delito (leve) de hurto, cuando buena parte de los autores de este injusto se caracterizan, precisamente, por ser pobres. Esa pena resulta verdaderamente obscena en estos casos (además de inútil y, por tanto, no justificada). Pareciera, pues, que en casos como éste lo conveniente fuera, al menos, el acudir al mecanismo de penas alternativas, combinando la pecuniaria con trabajos en beneficio de la comunidad, por ejemplo (por más que existan dudas en algunos sectores sobre la capacidad de intimidación de esta pena, véase Márquez Postigo[7]).

XIV. **Conclusión**

Ni por razones de relación entre tipos básicos y agravados, ni por motivos de proporcionalidad, ni por fundamentos de culpabilidad (desde luego, una parte de la Doctrina no concuerda con esta idea, véanse, v. gr. Marín De Espinosa Ceballos[8] o Guisasola Lerma[9], entre otros) o de *bis in idem* encuentro razones que lleven a la exclusión, en todos los casos, de la aplicación de la circunstancia específica de multirreincidencia en los delitos de hurto leve. Es más: entiendo que la aplicación de la dicha agravación —y de sus consecuencias procesales y, en su caso, administrativas— sería salutífera, en algunos casos, de cara al control y a la disminución de los hechos de hurto de la magnitud aludida.

[7] «Las medidas penales alternativas: ¿previenen delitos? Revisión bibliográfica y estudio criminológico de la eficacia de las medidas penales alternativas aplicadas en Cataluña entre 2006 y 2020», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 28, 2022, págs. 301 y ss.

[8] Véase al respecto, Marín de Espinosa Ceballos, E., *La reincidencia: tratamiento dogmático y alternativas político criminales*, Granada, 1999, *passim*.

[9] Guisasola Lerma, C., *Reincidencia y delincuencia habitual: (regulación legal, balance crítico y propuesta de «lege ferenda»)*, Valencia, 2008, *passim*.

5

BIOPROGRESISMO Y POLÍTICA CRIMINAL EN MATERIA DE DOPAJE DEPORTIVO[*]

Emilio José Armaza Armaza
Profesor Titular de Derecho Penal
Universidad de Deusto (Bilbao)

SUMARIO: I. Recuento de las herramientas jurídicas en materia de lucha contra el dopaje y su ratio legis como reflejo del ideario colectivo. II. Examen de los principios y valores sobre los que pivota el sustrato bioético del bioprogresismo. II.1. El *fair play* como objeto de protección. II.2. Sobre la protección de la salud de los deportistas. II.2.1. *El principio de no maleficencia.* II.2.2. *Sobre la protección strictu sensu de la integridad personal del deportista.* II.2.3. *Sobre la protección de la salud del colectivo de deportistas (la protección de la salud pública).* II.2.4. *Sobre la crítica del discurso bioprogresista en relación con la protección de la salud de los deportistas y su idoneidad para impulsar un cambio en la política-legislativa antidopaje.* II.2.4.1. *Paternalismo, autonomía y libre desarrollo de la personalidad.* II.2.4.2. *Protección de la salud pública.* II.3. Igualdad y beneficencia. II.4. El principio de justicia. III. Recapitulación y reflexión final. IV. Bibliografía.

[*] El presente trabajo ha sido elaborado en el marco del Proyecto de Investigación «DERPEBIO: El Derecho Penal ante los retos actuales de la Biomedicina» (Ref. PID2022-136743OB-I00 / Convocatoria Proyectos de Generación de Conocimiento 2022 / IPs Emilio José Armaza Armaza y Asier Urruela Mora) financiado por: MCIN, AEI y FEDER Una manera de hacer Europa, así como en el del Módulo Jean Monnet «EU-Biolaw: European Biolaw as a toolbox to promote EU values» (Ref. 101176018 / Convocatoria ERASMUS-JMO-2024-HEI-TCH-RSCH / Coords. Emilio José Armaza Armaza y Aitziber Emaldi Cirión) financiado por la Comisión Europea. Los puntos de vista y opiniones expresados en este texto son exclusivamente responsabilidad del autor y no reflejan necesariamente la posición de la Unión Europea, del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades o de la Universidad de Deusto. Tanto la Unión Europea, como las demás entidades mencionadas, quedan exentas de cualquier responsabilidad al respecto. Asimismo, cabe indicar que la versión inicial de este trabajo fue publicada en la *Revista de Bioética y Derecho*, año 2022, núm. 55, pp. 23-53, DOI 10.1344/rbd2022.55.38664 [https://www.bioeticayderecho.ub.edu/].

I. Recuento de las herramientas jurídicas en materia de lucha contra el dopaje y su *ratio legis* como reflejo del ideario colectivo

Forma parte del ideario colectivo mayoritario de las sociedades occidentales contemporáneas, la concepción de que el dopaje es una «lacra», un «vicio», un «problema» y, en fin, una «amenaza» que hemos de intentar erradicar mediante el desarrollo de herramientas de control social informal y de control social formal. En el contexto español, son tres las últimas herramientas jurídico-administrativas que han sido articuladas con el fin de ofrecer una estrategia de lucha contra el dopaje (dos de estas herramientas ya se encuentran derogadas)[1]. Por su parte, desde una perspectiva jurídico-penal, encontramos en el art. 362 quinquies la regulación del delito de dopaje, que prescribe la imposición acumulativa de una pena de prisión, una pena de multa y, además, una pena privativa de otros derechos. Así las cosas, el CP dispone la imposición de estas penas a quienes faciliten, proporcionen, prescriban (etc.) sustancias o métodos dopantes a los deportistas. De la lectura del texto de dicho artículo se desprende, claramente, que el castigo de estas conductas se encuentra supeditado a la comprobación de dos factores: a) Que el consumo de la sustancia o el uso de método prohibido no se encuentre justificado por razones terapéuticas. b) Que dichas sustancias o métodos pongan en peligro la salud o la vida de los deportistas (se sostiene, de forma prácticamente unánime, que la «salud pública» es el bien jurídico protegido).

En definitiva, en términos históricos, la evolución de la regulación (administrativa y penal) de las conductas de dopaje, se ha visto claramente orientada hacia su progresiva prohibición, así como a la persecución y represión de los infractores por medio de la imposición acumulativa de las penas descritas. No cabe duda, por tanto, que en nuestro contexto se ha impuesto la denominada política legislativa «antidopaje» o de «lucha contra el dopaje».

Ahora bien, frente a esta tradicional concepción en materia de dopaje, se puede observar que, especialmente a lo largo de las últimas décadas, han aparecido una serie de voces que, apoyándose en una profunda revisión de los planteamientos tradicionalmente aceptados, abogan por replantear los términos de discusión en relación no sólo con la concepción del dopaje como conducta éticamente aceptable, sino también con las bases sobre las que se ha erigido el conjunto de normas jurídicas orientadas al control y represión de estas conductas. Resulta necesario repensar si las razones que han servido de base para el desarrollo de nuestra actual política legislativa de lucha contra el dopaje, son razones válidas desde el punto de vista argumentativo o si, por el contrario, pueden y, por ende, deben ser refutadas, lo cual nos llevaría a plantear la posibilidad de

[1] La LO 7/2006 de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte; la LO 3/2013 de protección de la salud del deportista y lucha contra el dopaje en la actividad deportiva y la reciente LO 11/2021 de lucha contra el dopaje en el deporte.

que, en escenarios determinados, se pueda autorizar el uso de sustancias o de métodos mejoradores[2]. Cabe resaltar que las posiciones contrarias a las mencionadas políticas legislativas antidopaje [que serán objeto de análisis desde el prisma jurídico-penal en las páginas siguientes] emergen de algunas coordenadas teóricas consecuencialistas y pueden ser asumidas, al apoyarse en los pilares del liberalismo político, desde ciertas perspectivas deontológicas. En definitiva, estos argumentos podrían apoyar la construcción de una respuesta jurídica distinta a la ya elaborada por el legislador penal que, como se ha indicado, ha optado por la criminalización de las conductas de dopaje en determinados supuestos.

II. Examen de los principios y valores sobre los que pivota el sustrato bioético del bioprogresismo

En el epígrafe anterior se anuncia la discrepancia que existe entre la visión ortodoxa —que identifica al dopaje como una comportamiento abiertamente contrario a una serie de principios y valores iusfundamentales— y los últimos esfuerzos realizados por el minoritario pero importante sector doctrinal que entiende que es necesario revisar todos y cada uno de los argumentos a los que se ha recurrido de forma tradicional para poder dar legitimación ética y jurídica a las políticas legislativas de «lucha contra el dopaje». En lo que sigue discurriremos en torno a la siguiente cuestión ¿es razonable recurrir a estos argumentos para justificar una modificación del CP que esté orientada a la descriminalización del delito de dopaje?

II.1. El *fair play* como objeto de protección

El *fair play* suele ser considerado mayoritariamente como el núcleo moral de la actividad deportiva[3]. En este sentido, una aproximación panorámica al contenido del término podría conducirnos al entendimiento de que la práctica deportiva encarna una serie de valores que son estimados de forma positiva en la sociedad contemporánea: honestidad[4], respeto, igualdad[5], colaboración, solidaridad, entre otros. Sin perjuicio de lo indicado, se podría afirmar que el *fair play* no sólo está referido a los valores ano-

[2] Resume esta visión J. L. Pérez Triviño en el «Prólogo» al libro de J. López Frías, *Mejora humana y dopaje. Una propuesta crítica*, Ed. Reus, Madrid, España, 2015, pp. 7-9.

[3] J. L. Pérez Triviño, *Ética y deporte*, Ed. Descleé de Brouwer, Bilbao, España, 2011, pp. 25-26. En el mismo sentido, S. Loland, *Fair play in sport: a moral norm system,* Routledge, Londres, Reino Unido, 2002, pp. 17-39.

[4] Otro autor que desarrolla minuciosamente el concepto del *fair play* es R. F. Sebastián Solanes, *La ética del deporte en el contexto actual de la filosofía, desde la aportación de la modernidad crítica,* Universitat de València*,* Valencia, España, 2013, p. 219.

[5] *Cfr.* J. M. Terradillos, «Qué Fair Play? ¿Qué deporte?», *Fair Play. Revista de Filosofía, Ética y Derecho del Deporte,* Núm. 1, Vol. 1, 2013, p. 51.

tados, sino que también se identifica con el respeto a las reglas del juego previamente establecidas en cada una de las normas (reglamentos) que rigen las distintas modalidades deportivas. En este orden de cosas, podríamos afirmar que el contenido del *fair play* se vincula con el respeto a un acuerdo (expreso o tácito) previamente establecido entre aquellas personas que participan en una competición. Entre otros aspectos, en este acuerdo se plasman las reglas que han de ser acatadas en el proceso de evaluación de las habilidades deportivas, así como las que se han de tener en cuenta en el proceso de toma de decisiones respecto de las consecuencias que derivan del incumplimiento de las reglas de juego previamente pactadas.

Ahora bien ¿puede el *fair play* ser considerado como un valor o bien jurídico que merezca el establecimiento de mecanismos de tutela por parte de nuestro ordenamiento jurídico? Todavía más, ¿ese mecanismo de tutela debe ser elaborado en el marco de la herramienta de control social más enérgica de la que disponemos como sociedad políticamente organizada? Para el análisis de esta cuestión, la doctrina suele tomar como punto de partida el estudio de los preceptos constitucionales que puedan guardar relación con el contenido del *fair play*. Resulta especialmente relevante el texto del artículo 43 de nuestra Carta Magna. Dicho precepto constituye la base sobre la que se ha desarrollado el conjunto de la política legislativa española en materia de deporte y, de forma particular, las políticas de acción legislativa respecto de la cuestión específica del control, persecución y represión de las conductas de dopaje. Es necesario resaltar dos cuestiones de trascendental importancia que se desprenden de la lectura del precepto constitucional mencionado: a) Que la CE no consagra un «derecho al deporte». b) Que dicho documento tampoco considera a dicha actividad como parte de los servicios públicos que ha de brindar el Estado al conjunto de los ciudadanos. Así, parece razonable afirmar que el término «fomento» alcanza únicamente a la promoción y protección de las actividades deportivas.

Partiendo de estas premisas, un amplio sector doctrinal considera que difícilmente podría defenderse la idea de que el *fair play* pueda ser elevado a la categoría de bien jurídico penalmente protegible[6]. No obstante, entre nuestra doctrina también se puede identificar un importante sector doctrinal que defiende una postura opuesta[7]. Ahondando

[6] Se pronuncia en este sentido, por ejemplo, Valls Prieto. En efecto, concordamos con el criterio sostenido por este autor, para quien no existe, ni en su opinión se puede considerar la inclusión en un futuro, el «comportamiento deportivo» o el «juego limpio» como bien jurídico por sí mismos y menos aún dentro del concepto de dopaje. *Cfr.* J. Valls Prieto, «La intervención del Derecho Penal en la actividad deportiva», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología,* Núm. 11, 2009, p. 8.

[7] Véase, por ejemplo, el trabajo de Rey Huidobro. Esta otra cara de la moneda defiende que el correcto y leal desarrollo de la competición deportiva es, desde luego, un bien jurídico que merece la tutela penal y que, sin lugar a dudas, se ve afectado por las conductas de dopaje de los deportistas. *Cfr.* por todos L. F. Rey Huidobro, «Repercusiones penales del dopaje deportivo», *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento,* Núm. 16, 2006, p. 108.

en este asunto y teniendo en cuenta la base constitucional de referencia en materia del tratamiento de los pormenores de la actividad deportiva (la cual parece no vincularse nítidamente a la idea de «juego justo») y, por supuesto, partiendo de la base de que, en términos generales, el *fair play* puede ser entendido como *a)* un conjunto de valores; *b)* como el respeto a las reglas del juego; *c)* como el respeto a un acuerdo, o, *d)* como el respeto por el juego en sí, parece adecuado llegar a la conclusión de que el Derecho Penal no podría ser habilitado para la protección específica del *fair play* sin que ello implique una clara vulneración de una serie de principios jurídico-penales de trascendental importancia (fragmentariedad, *ultima ratio*, intervención mínima). Dicho de otro modo, no resulta aconsejable la construcción de un bien jurídico (penalmente protegible) sin que previamente se haya constatado la existencia de una premisa constitucional que declare la notable importancia del derecho que subyace tras dicho bien, lo contrario nos aboca a la concesión de un poder ilimitado al legislador penal (de allí que sea necesario constatar la referencia constitucional de cada uno de los bienes jurídicamente protegidos).

Ahora bien, existe otra razón más para negar la posibilidad de que el *fair play* pueda ser considerado como bien jurídico protegido en el delito de dopaje. El legislador no castiga al deportista de que se dopa, sino al tercero que le ayuda a doparse. Esto nos lleva a plantearnos la siguiente pregunta: ¿Quién, en última instancia, atenta contra el juego limpio? ¿el tercero que vende la sustancia prohibida o el deportista que la usa para alterar los resultados de la competición? De la redacción del tipo penal de delito de dopaje, parece derivar la idea de que al legislador no le interesa proteger penalmente el *fair play*.

Desde luego, queda perfectamente abierta la posibilidad de establecer una respuesta a aquellas conductas que lesionen el *fair play* desde la perspectiva del Derecho Administrativo sancionador (pues desde este prisma sí que podría justificarse la sanción de la infracción de una norma que no proteja un bien jurídico elaborado a partir de un derecho constitucional concreto), pero no cabe duda que teniendo en cuenta los problemas relacionados con la concreción del contenido específico de la idea de *fair play*, es posible admitir que la posibilidad de que una conducta de dopaje pueda ser considerada como una práctica que vulnera el *fair play* en determinadas circunstancias, pero podría no vulnerarlo en otras, por ejemplo, en el hipotético escenario en el que se regularice y acepte un sistema de competiciones segregadas, en las cuales se permita el consumo o uso de sustancias o métodos de dopaje en una competición determinada[8]. Si el escenario descrito se llegase a dar, únicamente cabría apreciar una clara vulneración del *fair play* debido al consumo de sustancias o, en su caso, al uso de métodos de dopaje en los siguientes supuestos:

[8] *Cfr.* D. P. Clark, N. J. Pazdernik, *Biotechnology: applying the genetic revolution*, Segunda Edición, Elsevier, Waltham, MA, Estados Unidos de América, 2015, p. 766.

a) Cuando se consuman productos o se utilicen métodos de mejora en el marco de una competición en la que las partes involucradas en el juego hayan acordado previamente que tales conductas están prohibidas.

b) Cuando se consuman sustancias o, en su caso, usen métodos de mejora distintos a los que hayan sido previamente admitidos por las partes involucradas.

c) Cuando se consuman sustancias o, en su caso, usen métodos dopantes de forma (cantidades, frecuencia, tiempo, etc.) distinta a la que previamente ha sido pactada entre las partes.

Ahora bien, hay que recordar que, al menos en la actualidad, el uso o consumo de métodos o sustancias dopantes constituye una clara vulneración del *fair play* en la medida en que se encuentra plenamente extendida (a nivel autonómico, estatal e internacional) la tendencia político-legislativa que consagra la prohibición de cualquier conducta relacionada con el dopaje. Así las cosas, en la medida que el panorama legislativo actual imposibilita *a priori* el uso o consumo de las sustancias y métodos dopantes (tanto en la práctica deportiva profesional, como en la práctica recreativa) no cabe tampoco admitir la posibilidad de poder consensuar, entre dos o más partes, una competición en la que se permita a los participantes recurrir al consumo de sustancias o al uso de métodos dopantes.

Concluimos señalando que, aunque la voluntad del legislador diera un giro en relación con la forma de regular las cuestiones vinculadas al *fair play* (adoptando, una perspectiva más proclive a admitir modelos de competiciones segregadas) el alcance de la intervención penal en materia de dopaje tendría que mantenerse intacto, en la medida en que, como hemos defendido en este trabajo, no es el «juego limpio» el motivo por el cual se ha criminalizado este tipo de comportamientos.

II.2. **Sobre la protección de la salud de los deportistas**

El análisis de los mecanismos dispuestos para la protección de los deportistas en el contexto del dopaje debe ser relacionado con, al menos, tres grandes principios y valores del Bioderecho: a) El principio de no maleficencia. b) La protección de la integridad personal individual. c) La tutela de la salud pública.

II.2.1. ***El principio de no maleficencia***

Ahora bien, siguiendo a Ara Callizo, por imperio de este principio no sólo se nos emplaza, sino que, todavía más, se nos exige abstenernos de causar daño, de forma intencional, a cualquiera de nuestros semejantes[9]. Cabe colegir que el contenido gené-

[9] *Cfr.* J. R. Ara Callizo, «Principio de no maleficencia (ético)», *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética,* Tomo II, C. M. Romeo Casabona (dir.), Ed. Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano — Comares, Bilbao-Granada, España, 2011, pp. 1176-1178.

rico del principio de no maleficencia, en determinadas situaciones, debe ser regulado y ponderado teniendo en cuenta, fundamentalmente, los propios deseos y preferencias de la persona sobre la que se actúa, por lo que en muchos casos el deber de no hacer daño no debería ser considerado como un deber perfecto, esto es, anterior al consentimiento del sujeto pasivo, sino que, por el contrario, tendría que ser considerado como un deber imperfecto, en el cual es el propio destinatario del comportamiento —o, en su caso, de la omisión— quien va a determinar la eticidad de la forma de actuar del sujeto activo. En esta línea de ideas, fuera de los supuestos expuestos en este párrafo, cabría apreciar un deber perfecto de no causar daño a otros, por lo que cuando no se aprecie la vulneración de un interés específico del destinatario del comportamiento lesivo, el sujeto activo tendrá que abstenerse de causar cualquier lesión al destinatario de una acción concreta, sin que para ello importen las valoraciones que podamos realizar respecto del consentimiento prestado (o no) por el sujeto pasivo en cuestión (esta interpretación resulta compatible con la decisión del legislador de no otorgar al consentimiento en las lesiones, la naturaleza de causa de justificación de forma general, sino más bien la de una atenuante de la responsabilidad penal).

En cualquier caso, al analizar la posible afectación al principio de no maleficencia en el marco de las distintas prácticas de dopaje se ha de tener en cuenta que, hasta la fecha, los estudios demuestran que muchas de las sustancias comercializadas con fines de mejora en el ámbito deportivo ostentan un alto grado de lesividad para los deportistas que las consumen[10].

El denominado «dopaje genético» es una práctica que consiste en la adición, supresión, reemplazo o modificación de uno o varios genes del sujeto destinatario de la acción con el fin de incrementar sus capacidades y habilidades deportivas. No debemos olvidar que los fines que pueden perseguirse por medio de la aplicación de una técnica de ingeniería genética pueden ser varios: la cura o tratamiento de enfermedades («manipulación genética terapéutica»), la mejora de ciertas capacidades físicas o intelectuales del sujeto pasivo («manipulación genética perfectiva o de mejora») y, finalmente, el diseño de la fisionomía del sujeto receptor de la intervención genética («diseño genético»)[11]. El dopaje genético se incardina en el marco de las manipulaciones genéticas perfectivas o de mejora, con la particularidad de que la mejora a la que va a ser sometido el sujeto

[10] Entre los autores que se han ocupado de analizar los efectos lesivos del consumo de sustancias dopantes destacan Charles E. Yesalis, Virginia S. Cowart, Loulietta Erotokritou-Mulligan, Richard Holt y Peter H. Sönksen.

[11] Consúltense los pronunciamientos de C. M. Romeo Casabona, *Los genes y sus leyes. El Derecho ante el genoma humano,* Ed. Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano — Comares, Bilbao-Granada, España, 2002 y S. Romeo Malanda, *Intervenciones genéticas sobre el ser humano y Derecho Penal*, Ed. Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano — Comares, Bilbao-Granada, España, 2006.

destinatario de la acción, está orientada al incremento o, valga la repetición, mejora de sus capacidades y habilidades deportivas[12].

En cualquier caso, cabe indicar que los riesgos y probables consecuencias secundarias y lesivas que podrían concurrir en una persona que se somete a alguna intervención genética todavía no han sido del todo identificadas[13] ni, mucho menos, son del todo previsibles, por lo que, como indicábamos más arriba, nos encontramos frente a un alto grado de incertidumbre[14] en relación con la posible afección a la integridad personal del sujeto pasivo. Llegados a este punto, queda recordar la importancia que también ostenta el principio de precaución (volveremos sobre esta cuestión *infra*).

II.2.2. *Sobre la protección* **strictu sensu** *de la integridad personal del deportista*

El pilar jurídico básico del principio de no maleficencia, al menos desde la perspectiva de nuestro Derecho positivo, se construye sobre la base del derecho a la integridad personal consagrado en el artículo 15 CE. Recordemos que, como parte del desarrollo jurídico de dicho precepto, el legislador penal ha considerado adecuado mantener en nuestro catálogo de delitos una serie de añejas y, desde luego, muy necesarias figuras delictivas destinadas a castigar las conductas que lesionen o que, al menos, pongan en peligro de lesión el interés por la tutela de la integridad tanto de los seres humanos ya nacidos (personas), como de aquellos que aún lo han hecho, pero que ya han sido concebidos (*nasciturus*). Por otro lado, en el marco del desarrollo de las actividades deportivas, el legislador penal también ha considerado adecuado brindar protección a la salud desde una perspectiva colectiva (salud pública). Recodemos que el tipo penal que ha sido incorporado en el primer apartado del artículo 362 quinquies CP, contiene el tipo básico del «delito de dopaje» y el segundo apartado del artículo mencionado contiene tres supuestos agravados de dicho delito.

Así las cosas, dado que nuestro sistema jurídico penal ha previsto la serie de delitos anteriormente expuestos, hemos de afirmar que ante la eventual lesión del bien jurídico *integridad personal* del deportista, a quien se suministra una sustancia, o a quien se le aplica un método dopante, podrán ser de aplicación por los tribunales cualquiera

[12] A. Miah, *Genetically modified athletes: biomedical ethics, gene doping and sport*, *op. cit.,* pp. 43-51 *passim* y J. L. Pérez Triviño, «Mejoramiento genético y deporte», *op. cit.,* pp. 151-157.

[13] K. Gerlinger, T. Petermann y A. Sauter, «Gene doping: scientific basis and perspectives of use», *Gene doping. Scientific basis – gateways – monitoring,* Report for the Committee on Education, Research and Technology Assessment, Berlín, Alemania, 2009, pp. 27-68.

[14] T. Friedmann, «How close are we to gene doping?», *Hastings Center Report*, Núm. 2, Vol. 40, 2010, pp. 20-22. Fundamental de este autor: A. Schneider y T. Friedmann, *Gene doping in sports: the science and ethics of genetically modified athletes*, Elsevier Academic Press, San Diego, Estados Unidos de América, 2006.

de las figuras delictivas previstas en los artículos 147 y ss. CP[15]. Resulta importante resaltar que la protección del bien jurídico en cuestión no nos reconduce, de ningún modo, a la afirmación de que de algún modo el legislador ha pretendido proteger la libre disposición de la integridad personal. Un análisis de los distintos tipos penales relacionados con esta materia, nos lleva a la conclusión de que la idea de libertad de disposición de la integridad personal no forma parte de la estructura del bien jurídico, así como tampoco de los elementos de los distintos tipos enunciados. En este sentido, nuestro sistema jurídico ha previsto que la figura del consentimiento únicamente opera como causa de exclusión completa de la responsabilidad penal en una serie de supuestos específicamente establecidos y regulados en el CP (bajo ciertas condiciones el trasplante de órganos, las esterilizaciones y la cirugía de reasignación sexual)[16] y que en todos los demás casos que no puedan ser subsumidos en los supuestos mencionados el consentimiento únicamente permitirá a los Jueces o Tribunales atenuar la pena al condenado[17]. Así, las lesiones —dolosas o imprudentes— que sean causadas a un deportista como consecuencia de la administración de una sustancia dopante o de la aplicación de un método que persiga tales finalidades, podrían dar lugar a la configuración de cualquiera de los delitos previstos en los artículos 147 y ss. CP. Cabe resaltar que las lesiones que el propio deportista se causa a sí mismo («autodopaje») no son subsumibles en ningún tipo de lesiones dado que el tipo penal no abarca las lesiones que el propio deportista se inflige a sí mismo (autolesiones).

Parece adecuado afirmar que las lesiones que eventualmente sean causadas al sujeto pasivo por medio de las conductas de dopaje, podrán ser cometidas por cualquiera de los dos siguientes medios comisivos: *a)* el consumo de sustancias potencialmente nocivas para la salud del deportista (ej. EPO), o *b)* el uso de cualquier método orientado a la mejora de las capacidades deportivas que tenga como consecuencia un menoscabo en la integridad personal del sujeto sometido a él (ej. dopaje sanguíneo, dopaje genético, etc.). Nos encontramos, pues, frente a un grupo de delitos que son, salvo en ciertos supuestos, infracciones penales de acción y resultado material, por lo que su configuración está supeditada a la comprobación de la existencia de la relación de causalidad y la imputación objetiva del resultado.

[15] *Cfr.* J. Valls Prieto, «La intervención del Derecho Penal en la actividad deportiva», *op. cit.,* p. 10; A. Rodríguez Mourullo, I. Clemente, «Dos aspectos de Derecho Penal en el deporte: el dopaje y las lesiones deportivas», *Actualidad Jurídica. Uría Menéndez,* Núm. 9, 2004, pp. 56 y 57 y A. Eser, «Deporte y justicia penal», *Revista Penal,* Núm. 6, 2000, pp. 53-66 y «Lesiones deportivas y Derecho Penal», *La Ley*, Núm. 2, 1990, pp. 1130-1141.

[16] *Cfr.* art. 156 CP. *Vid.* E. Rubio Torrano, «Cambio de sexo (jurídico)», *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética,* Tomo II, C. M. Romeo Casabona (dir.), Comares, Bilbao-Granada, España, 2011, pp. 314-321.

[17] Excepto cuando el consentimiento ha sido otorgado por un menor de edad o por una persona con discapacidad (en estos casos dicho consentimiento carece de toda validez). *Cfr.* art. 155 CP.

II.2.3 *Sobre la protección de la salud del colectivo de deportistas (la protección de la salud pública)*

Las conductas de dopaje pueden provocar un menoscabo de la salud de los deportistas, pero no únicamente desde un punto de vista individual sino, también, desde una perspectiva colectiva. Siguiendo a Regis Prado, entendemos que la salud pública está referida a la valoración de la salud de un conjunto de personas efectuado mediante la comprobación del estado de bienestar —físico y mental— de todos los individuos que conforman el colectivo[18]. En este sentido, la redacción que el legislador penal utiliza en el texto del art. 362 quinquies CP que sanciona el delito de dopaje, no deja dudas respecto del fin último que persigue esta norma: la protección de la salud pública. En efecto, es condición necesaria, por ser un elemento del tipo objetivo, que la conducta de dopaje genere peligro para la vida o salud de los deportistas. Se puede, por tanto, concebir al delito en cuestión como un delito de resultado y, más concretamente, como un delito de resultado de peligro concreto.

II.2.4. *Sobre la crítica del discurso bioprogresista en relación con la protección de la salud de los deportistas y su idoneidad para impulsar un cambio en la política-legislativa antidopaje*

Queda claro, por lo expuesto anteriormente, que la política legislativa antidopaje se orienta hacia la protección de los tres valores enunciados: El principio de no maleficencia, la integridad personal entendida como derecho fundamental y como bien jurídico penalmente protegido y, por último, la salud pública —entendida como bien jurídico colectivo—. Procede, por tanto, resaltar la forma en la que opera el simplísimo silogismo sobre el que se asienta la construcción de la mencionada política antidopaje:

- *PMa:* Es necesario prohibir la distribución y el uso de sustancias/métodos que puedan causar daño a la salud de quienes las consumen/utilizan.
- *PMe:* Las sustancias/métodos dopantes pueden causar daño a la salud de quienes las consumen/utilizan.
- *Consecuente:* Es necesario prohibir la distribución y el uso de sustancias/métodos dopantes.

A raíz de esto, un importante sector doctrinal ha manifestado su disconformidad con el hecho de que este razonamiento haya dado lugar a la tendencia legislativa represiva de las conductas de dopaje. Desde dichas coordenadas se defiende que son dos las razones por las cuales los argumentos que se sustentan en el silogismo anteriormente expuesto no son válidos, ni suficientes para justificar la política legislativa adoptada en esta materia:

[18] *Cfr.* L. Regis Prado, «Salud pública (jurídico)», *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética,* Tomo II, C. M. Romeo Casabona (dir.), Comares, Bilbao-Granada, España, 2011, p. 1483.

i) La lógica aplicada para prohibir y reprimir la comercialización y el consumo de sustancias y métodos de mejora en el ámbito deportivo no ha sido aplicada a otras esferas de la vida social. En efecto —y salvo algunos supuestos específicos[19]— no parece factible constatar la existencia de un compromiso nacional o internacional serio por la lucha en contra de la comercialización y consumo de otras sustancias o métodos cuyo consumo o uso puedan causar daño a la integridad personal. Escojamos un par de ejemplos entre mil: la relación de causalidad existente entre el consumo abusivo de tabaco y ciertas formas de cáncer de pulmón o de boca, está más que constada desde hace muchos años, y no sólo entre quienes consumen directamente dicha sustancia, sino también entre quienes sin consumirla directamente se ven más o menos condicionados a la ingesta indirecta de las sustancias tóxicas (fumadores pasivos); del mismo modo, el reciente y polémico informe de la OMS en relación al incremento del riesgo de padecer ciertas formas de cáncer debido al consumo excesivo de algunos tipos de carne[20], no parece haber motivado a las instancias estatales o supranacionales para comprometerse a buscar las herramientas adecuadas —incluso, ¿por qué no? si nos encontramos frente a bienes jurídicos de tan importante valor, herramientas extraídas de la esfera penal— para brindar protección a los intereses que se dice proteger por medio de la represión jurídica de las conductas de dopaje en el ámbito deportivo.

Es probable que en este tipo de esferas de la vida de las personas quizás sea conveniente dar primacía a la autonomía del ser humano que de forma consciente consume tal o cual sustancia o hace uso de tal o cual método de entretenimiento, satisfacción o, por qué no aceptarlo, mejora. Una interpretación en sentido opuesto nos conduciría hacia la estructuración de una serie de herramientas represivas fundadas en la tutela de nuestros intereses de forma claramente paternalista sin que quepa, bajo ninguna circunstancia, la valoración de lo que cada uno de nosotros puede querer o desear en el marco del ejercicio legítimo de nuestros derechos y libertades.

ii) Es innegable que el dopaje se encuentra directamente relacionado con la producción de algunos efectos nocivos en la integridad y salud de los deportistas. Sin embargo, el fin último del dopaje no es, en modo alguno, el de lesionar la salud del deportista, sino más bien el de alcanzar una mejora en su rendimiento deportivo. Esta idea enlaza perfectamente con la de la posibilidad de que, en el futuro, el incesante desarrollo científico nos permita tener a nuestro alcance un cúmulo de sustancias/métodos de mejora en el ámbito deportivo completamente inocuos para la salud del deportista que ha decidido

[19] Concretamente los relacionados con la represión del tráfico de drogas y otras sustancias estupefacientes. Véanse los artículos 368 y ss. del CP.

[20] Organización Mundial de la Salud (OMS) se hacía eco de ello: «El Centro Internacional de Investigaciones sobre el Cáncer evalúa el consumo de la carne roja y de la carne procesada», *Comunicado de prensa del Centro Internacional de Investigaciones sobre el Cáncer,* Lyon, Francia, 26 de octubre de 2015.

recurrir a ellos. Ahora bien, no es necesario llegar tan lejos, es perfectamente posible que en la actualidad el consumo protocolizado y moderado de ciertas sustancias/métodos de dopaje también pueda resultar inocuo para las diversas proyecciones de la integridad corporal cuya protección nos interesa.

Llegados a este punto procede abordar la cuestión que este trabajo se propone analizar: ¿Puede este argumentario impulsar un cambio en la política criminal en materia de dopaje? Como se ha explicado, son dos las más poderosas razones que desde las coordenadas proclives a la des-estigmatización del dopaje se han elaborado para criticar las políticas legislativas restrictivas:

II.2.4.1. ***Paternalismo, autonomía y libre desarrollo de la personalidad***

La primera de las razones —que podríamos resumir señalando que resulta no es coherente permitir el consumo de algunas sustancias que podrían llegar a ser muy dañinas (por ejemplo, el tabaco) mientras que prohibimos el dopaje (que también podría ser dañino)— parece perfectamente defendible solo si nos alejamos de los postulados de tradición paternalista y nos adscribimos a corrientes de pensamiento filosófico-político de corte liberal. Así, siguiendo como es lógico a John Stuart Mill[21], la autonomía puede ser concebida en un doble sentido: ***a)*** en un sentido negativo como la no intromisión por parte del Estado, ni de otros individuos, en las decisiones personales de quien es portador de un interés o preferencia concreta; y ***b)*** en sentido positivo, como la posibilidad de actuar y comportarse según las propias elecciones, sin más límite que el de no perjudicar a otras personas. Así las cosas, se podría afirmar, como hipótesis inicial defendida desde coordenadas liberales, que el hecho de que las sustancias/métodos dopantes sean peligrosos para la salud del deportista, no es razón suficiente para criminalizar el dopaje.

Todavía más, tenemos que recordar que, la doctrina penal dominante, por múltiples e importantísimas razones, suele mostrarse crítica con la denominada «expansión del Derecho Penal». Así, la ampliación del *ius puniendi* ha sido cuestionada por el altísimo coste iusfundamental que supone para quienes terminan siendo objeto de represión penal. Si vinculamos estas reflexiones al tema que nos ocupa, quizás sea adecuado añadir al argumentario la idea de que —insistimos, desde el prisma liberal— la represión penal de las conductas de dopaje puede suponer, también, un coste para los deportistas, que no son objeto de represión, sino más bien, objeto de protección por parte del Derecho Penal. En efecto, no parece descabellado considerar que la expansión del *ius puniendi* en materia de dopaje da lugar a la configuración de un escenario en el que la autonomía del sujeto protegido (el deportista) se ve claramente mermada en la medida que se reprime la conducta de quienes podrían facilitarle el producto (la sustancia dopante) que —libre y conscientemente— ha decidido consumir, o el método (de mejora deportiva) que ha

[21] J. S. Mill, *De la libertad,* Ed. Tecnos, Madrid, España, 1965.

decidido utilizar. Es conveniente apuntar que esta posible afección a la autonomía del deportista guarda una estrecha relación con la lesión a la garantía constitucional que consagra la libertad de todos los ciudadanos a desarrollar de forma autónoma su propia personalidad (libertad que, por añadidura, se erige como fundamento del orden político y de la paz social)[22].

Ahora bien, lo expuesto hasta el momento parece apuntar hacia la idea de que, en aras de salvaguardar la autonomía y, por supuesto, el libre desarrollo de la personalidad del deportista que opta por el consumo o por el uso de una sustancia o método de dopaje, es necesaria una reforma de la política legislativa en materia de dopaje encaminada hacia la liberalización (moderada y ponderada, eso sí, según los planteamientos expuestos en los epígrafes precedentes) del conjunto de comportamientos desarrollados en el marco de las conductas de dopaje (esto es, la producción, comercialización, suministro, consumo de sustancias y métodos de mejora en el ámbito deportivo); sin embargo, debemos poner de manifiesto que podría sostenerse que una hipotética liberación de las conductas relacionadas con el dopaje podría también conducirnos, de algún modo, a la eventual lesión de la autonomía, así como de la libertad en el desarrollo de la personalidad de los deportistas.

En efecto, la consecuencia práctica de una política legislativa liberal en materia de dopaje (respetuosa con la autonomía de quien decide recurrir al dopaje) en el marco de la cual se haya permitido la creación del, ya mencionado, «sistema de competiciones segregadas», podría llegar a ser que los beneficios económicos (directos e indirectos) de quienes participan en la categoría en la que se permite la mejora deportiva, se vean incrementados exponencialmente debido al hecho de que dichas competiciones serían vistas no sólo como un deporte tradicional, sino, por añadidura, como un espectáculo excepcional. Por esta razón, es probable que algunos de los deportistas que no hayan mostrado un interés inicial por recurrir a las conductas de dopaje, terminen por ceder a las presiones de distinta índole (económicas, sociales, familiares, etc.) que recaigan sobre ellos y, consecuentemente, opten finalmente —y con una voluntad que podría calificarse de «viciada»— por consumir productos o utilizar métodos de mejora en el deporte[23]. Como indicábamos, esta argumentación nos lleva a reflexionar sobre la eficacia que tienen las políticas legislativas de corte liberal en materia de dopaje en relación con el respeto a la autonomía y libertad en el desarrollo de la personalidad de los deportistas, en la medida en que se cuestiona la validez (desde el prisma de la autonomía) de la

[22] Sobre el reconocimiento de la autonomía de la voluntad en los delitos de dopaje C. Juanatey Dorado, «Protección penal de la vida y de la salud: alcance del reconocimiento de la autonomía de la voluntad», *Nuevos límites penales para la autonomía individual y la intimidad,* A. Doval Pais (dir.); C. Moya Guillem (coord.), Ed. Aranzadi — Thomson Reuters, Cizur Menor, España, 2015, pp. 38-41.

[23] *Cfr.* F. J. López Frías, «Una propuesta dialógica para el debate en torno al dopaje», *Agora: Papeles de filosofía*, Núm. 1, Vol. 34, 2015, p. 151.

decisión de recurrir al dopaje de aquellos deportistas que han cedido ante las distintas presiones externas mencionadas anteriormente.

No obstante, este discutible argumento se enfrenta al viejo y complejísimo problema relacionado con la delimitación adecuada de la autonomía como categoría ética que emerge del libre albedrío y, por ende, del respeto a la garantía vinculada a la protección de la libertad en el desarrollo de la personalidad. En efecto, ¿hasta qué punto las presiones e influencias externas —que intervienen en curso de la formación del acto voluntario— pueden ser consideradas como causas que anulan, lesionan o, si se quiere, merman la autonomía del individuo? Si bien no existe consenso en cuanto a la delimitación de la respuesta a esta pregunta, la literatura mayoritaria parece inclinarse por considerar que un comportamiento no debería dejar de ser considerado como un comportamiento autónomo, incluso cuando el sujeto haya recibido información externa que de uno u otro modo haya dirigido sus elecciones individuales. Rechazar esta afirmación implicaría afirmar que ninguna —o casi ninguna— de nuestras decisiones cotidianas son decisiones autónomas, en la medida que, dada nuestra naturaleza y el medio en el que nos desenvolvemos, elegimos, por poner un ejemplo, hasta nuestra vestimenta en virtud de la información que llega del exterior (programas y anuncios de televisión, catálogos, revistas de moda, recomendaciones y opiniones de terceros, etc.).

A estas reflexiones debemos añadir el hecho de que el legislador no ha optado por reprimir el consumo o uso de sustancias o métodos de mejora en otros ámbitos de competitivos de la vida en sociedad, bajo el argumento de que podría resultar mermada la autonomía de aquellas personas que, *a priori,* no estaban dispuestas a recurrir a dichos mecanismos de mejora. En efecto, no se han prohibido, ni mucho menos, sancionado las conductas de dopaje en otros sectores laborales, es más, parece difícil que un trabajador común y corriente opte por «doparse» ante los mejores resultados que puedan conseguir las personas que trabajan junto a él. Así, es cuando menos discutible afirmar que en todos los casos una política legislativa de corte liberal puede dar lugar a la merma o lesión de la autonomía de los potenciales consumidores del producto o usuarios del método dopante.

En otro orden de cosas, también es preciso tener en cuenta que puede identificarse otro interés que podría verse afectado por una decisión de corte liberal en cuanto al dopaje. En efecto, quienes sufran las consecuencias lesivas para la salud derivadas del dopaje, harían uso de los recursos públicos para la protección y cuidado de su salud. Cabría preguntarse, por tanto, si la sociedad está dispuesta a asumir dichos costes. Nos encontramos, pues, frente a una discusión que entra en el terreno del reparto de los recursos públicos y que, por tanto, queda extraída del debate en relación con la política criminal en materia de persecución del dopaje (que, como hemos visto, se fundamenta en la protección de la salud del colectivo de deportistas).

En conclusión, desde esta perspectiva y desde las coordenadas del pensamiento liberal, se puede afirmar que sí existen razones para defender la despenalización del dopaje y para considerar que una regulación de naturaleza paternalista —como la

actual— debe ser reputada y entendida como una regulación contraria al principio de respeto a la autonomía, al de respeto a la libertad en el desarrollo de la personalidad y, por ello, contraria al respeto a la dignidad del ser humano (art. 10.1 CE)[24].

II.2.4.2. ***Protección de la salud pública***

Como se ha explicado, la segunda razón por la cual se defiende la des-estigmatización del dopaje radica en el hecho de que, sin negar que puede haber sustancias/métodos dañinos, también podemos encontrarnos ante un escenario diferente, bien porque el método/sustancia sea inocuo, o bien porque, aun siendo dañino, su nivel de lesividad sea ínfimo debido a su consumo moderado y protocolizado.

Sin embargo, a la luz de lo expuesto a lo largo del trabajo, parece difícil defender la descriminalización del delito de dopaje en la medida que el propio CP condiciona la configuración de tal delito a que se acredite la producción del peligro para la salud de los deportistas. Como se ha explicado, el tipo penal en cuestión se configura como un delito de peligro concreto, es decir, es necesario constatar que la salud de algún o algunos deportistas ha sido, efectivamente, puesta en peligro. Quedan fuera de represión penal (aunque se aprecie una infracción administrativa) las conductas de dopaje que no generen dicho riesgo para la salud del colectivo de deportistas. Desde luego, como se ha expuesto, esta decisión del legislador es razonable y defendible si se analiza desde el prisma paternalista, pero cuestionable si, como hemos visto en el epígrafe precedente, se evalúa desde coordenadas liberales.

II.3. **Igualdad y beneficencia**

El desarrollo doctrinal en torno a la forma jurídica que en nuestros días ha adoptado el «principio de igualdad» se encuentra en una etapa caracterizada por una enorme complejidad, fundamentalmente, en relación con la aplicación práctica de los postulados que se defienden desde de los diversos planteamientos y modelos elaborados por la literatura especializada. El legislador ha optado por incorporar en la propia Constitución una serie de preceptos que contienen las premisas sobre las que se desarrolla el principio de igualdad. Entre dichos preceptos se encuentra uno —el contenido en el artículo 14 CE— que ostenta una especial importancia, tanto por su contenido, como por su popularidad y frecuente uso en los debates relacionados con la idea de igualdad en general, y la igualdad en materia de dopaje el deporte en particular. En efecto, dicho precepto incorpora el mandado constitucional que consagra la igualdad (ante la ley) de todos los españoles, señalando que para garantizarla no podrá prevalecer discriminación

[24] En sentido similar, J. Savulescu, «Why it's time to legalise doping in athletics», *The Conversation,* Agosto 2015. También se cuestiona este asunto U. Wiesing, «Should performance-enhancing drugs in sport be legalized under medical supervision?», *Sports Medicine*, Núm. 2, Vol. 41, 2011, pp. 167-176.

por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, etc. A tan rotunda declaración se une el precepto incorporado en el artículo 1.1 CE que declara que España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, y que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.

El principio de igualdad ha sido tradicionalmente invocado en los debates en torno al dopaje. Según los planteamientos de un importante sector doctrinal, el consumo o uso de sustancias o métodos de mejora en el deporte vulnera abiertamente las condiciones de igualdad en la competición. Es probable que tal afección pueda ser percibida con más claridad en los supuestos en los que una de las partes que compiten no sabe que la otra ha hecho uso de tales técnicas de mejora. Tal interpretación parece estar más vinculada con la posibilidad —ya analizada anteriormente— de una vulneración del *fair play*, y no con la noción de igualdad que aquí se defiende (igualdad en la consideración de los intereses). De ahí que haya surgido en la literatura otra interpretación respecto del papel que juega el principio de igualdad en el marco de las conductas de dopaje. Según esta postura, las conductas de dopaje no lesionan el principio de igualdad, sino que, por el contrario, nos encontramos frente a comportamientos que permiten la concreción fáctica de las aspiraciones que perseguimos por medio de dicho principio. Tal interpretación, defendida en sus inicios por Savulescu[25], parte de la base de que los seres humanos no tenemos la misma suerte en lo que se denomina «lotería genética», por lo que es una realidad completamente normal encontrarnos rodeados de personas más y menos fuertes que nosotros, más y menos ágiles que nosotros, más y menos hábiles que nosotros, etc. En este sentido, podemos constatar que la mayoría de seres humanos no hemos tenido la misma suerte «genética» que un puñado de afortunados que tendrán una mejor predisposición para la práctica del deporte y una mayor facilidad para alcanzar unos resultados cada vez mejores.

Así, podría defenderse la idea de que el Estado no debería optar por la estructuración de una política legislativa restrictiva en materia de dopaje sino, todo lo contrario, optar por una política que permita el fomento —controlado y protocolizado— con el fin de que las personas que han sido menos afortunadas en la «lotería genética» puedan aspirar a alcanzar unos resultados de excelencia en la práctica de un deporte determinado que, de otro modo, habrían sido inalcanzables para ellas. En este sentido, no podemos considerar que su interés por el desarrollo de unas capacidades deportivas de excelencia (recordemos cuál es el contenido del principio de igualdad defendido en este trabajo de investigación) tiene menos valor que el interés que poseen las personas que han resultado ser «afortunadas en términos genéticos»[26].

[25] *Cfr.* J. Savulescu, «Genetic Enhancement», *A Companion to Bioethics,* Segunda Edición, H. Kuhse & P. Singer (eds.), Blackwell, Oxford, Reino Unido, 2009, pp. 3-4. Y se hace eco de ello J. L. Pérez Triviño, «Mejoramiento genético y deporte», *op. cit.,* p. 152.

[26] M. Shapiro, «Does technological enhancement of human traits threaten human equality and democracy?», *San Diego Law Review*, 39, 2013, pp. 805-810.

Es probable que esta interpretación pueda ser defendida, también, desde una perspectiva constitucional. El artículo 9 CE establece que *«corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social»*. Una lectura de este precepto a la luz de los planteamientos defendidos por Savulescu, desde luego, nos lleva a la conclusión de que es necesario repensar la tendencia legislativa adoptada por el legislador español en materia de dopaje.

Ahora bien, existe una estrecha relación con las ideas expuestas y el principio de beneficencia. En efecto, partir de la idea de que las personas que ha sido menos afortunadas en la lotería genética deberían poder acceder a una serie de procedimientos de mejora con el fin de alcanzar una concreción fáctica real del principio de igualdad, impulsa y promueve dicho principio (que consagra la necesidad de recurrir, siempre que se pueda, al uso de los avances de la biomedicina con el fin de hacer un bien a otra persona —respetando, desde luego, su autonomía—). Al respecto cabe recordar, por último, que Harris ha puesto de manifiesto que es imprescindible repensar si las conductas de mejora han de ser vistas solo como una posibilidad o, todo lo contrario, como una necesidad e imperativo —siempre desde el respeto a la autonomía— tal y como vemos otras formas de mejora más rudimentarias (ej. escolarización). Si partiéramos (únicamente) de estas premisas, desde luego, no solo parecería defendible, sino más bien imprescindible la descriminalización del delito de dopaje.

II.4. **El principio de justicia**

Otro de los argumentos sobre los que pivota el rechazo a la regularización de las conductas de mejora humana en general, y de dopaje en particular, descansa sobre la idea de que los nuevos, más avanzados y eficaces procedimientos de mejora únicamente podrán estar al alcance del sector de la población con mayor poder adquisitivo, lo cual conlleva al aumento de la desigualdad[27]. Este acceso «restringido» a los avances de la tecnología supondría, en cierto modo, una afección al principio de justicia en la medida que no todos los ciudadanos tendríamos acceso a ellos[28]. Ahora bien, un importante sector doctrinal ha puesto de manifiesto que el argumento de la desigualdad en el acceso a los métodos de mejora tiene un problema de base: la desigualdad en el acceso a los

[27] L. S. Parker, «In sport and social justice, is genetic enhancement a game changer?», *Health Care Analysis*, Núm. 4, Vol. 20, 2012, pp. 328-346.

[28] L. González Morán, «Implicaciones éticas y jurídicas de las intervenciones de mejora en humanos. Reflexión general», *op. cit.,* p. 25 y C. Lema Añón, «¿Mejores que quién? Intervenciones de mejora, derechos humanos y discriminación», *op. cit.* pp. 35-49.

métodos en cuestión —y, por tanto, la lesión al principio de justicia— es en todo caso transitoria. En efecto, si bien es cierto que cuando un nuevo producto o método de mejora es lanzado al mercado, sólo las clases sociales con mayor poder adquisitivo pueden hacer uso de ellos, también es verdad que, con el paso del tiempo, el libre acceso a dichos productos permite apreciar una notable disminución en su precio, posibilitando que las clases menos favorecidas puedan también acceder a ellos. Como pone de manifiesto el Prof. Pérez Triviño[29], existen innumerables ejemplos que demuestran este fenómeno denominado como «Market Stimulus Effect»[30]. Nuevamente, si solo se partiera de estas premisas no tendría que haber objeción a la defensa de la descriminalización del delito de dopaje.

III. Recapitulación y reflexión final

En las páginas precedentes se han evaluado algunos de los argumentos más representativos de la doctrina «bioprogresista» y que han sido elaborados en favor de la liberalización del uso de técnicas de mejora humana en el deporte, con el fin de comprobar si [tales argumentos] son o no idóneos para justificar y dar legitimidad a la despenalización del delito de dopaje deportivo. En definitiva, como conclusión general de este trabajo se puede señalar que sólo es posible admitir la descriminalización del delito de dopaje si, a la hora de discutir en torno a la disponibilidad de los bienes jurídicos penalmente tutelados, concedemos mayor peso valorativo a determinados elementos constitutivos del liberalismo político. Ahora bien, queda una última cuestión respecto de la cual es necesario plasmar un pronunciamiento: ¿y qué valoración se puede elaborar respecto de la política legislativa (no penal) antidopaje? Parece razonable afirmar que las razones expuestas en las páginas precedentes también pueden (por separado) justificar un cambio en la orientación de la política legislativa administrativo-sancionadora siempre, claro está, que de lo que estemos discutiendo es de la posibilidad de admitir las conductas de dopaje en el marco de unas hipotéticas competiciones segregadas. En efecto, como decían los romanos *qui potest plus, potest minus*.

[29] *Cfr.* J. L. Pérez Triviño, «Mejoras genéticas: igualdad y factor temporal», *Revista de Derecho y Genoma Humano / Law and the Human Genome Review,* Núm. Extraordinario 2014, Jornadas del XX Aniversario / Special Issue 2014, 20th Anniversary Conference, 2014, p. 264.

[30] Sobre el particular G. Crozier & Ch. Hajzler, «Market Stimulus and Genomic Justice: Evaluating the Effects of Market Access to Human Germ-Line Enhancement», *Kennedy Institute of Ethics Journal,* Núm. 2, Vol. 20, 2010, pp. 161-179.

IV. Bibliografía

AA.VV.: *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética,* Tomo I y II, en C. M. Romeo Casabona (dir.), Ed. Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano — Comares, Bilbao-Granada, 2011.

Ara Callizo, J. R.: «Principio de no maleficencia (ético)», en C. M. Romeo Casabona (dir.), *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética,* Tomo II, Ed. Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano — Comares, Bilbao-Granada, 2011.

Atienza Macías, E. y Armaza Armaza, E. J.: «La transexualidad: aspectos jurídico-sanitarios en el ordenamiento español», en *Salud Colectiva*, núm. 3, vol. 10, septiembre-diciembre 2014.

Atienza Macías, E.: *«Implicaciones ético-jurídicas de las intervenciones de mejora en el ámbito deportivo. Especial consideración del llamado "dopaje genético"*», en *Revista de Derecho y Genoma Humano / Law and the Human Genome Review*, Núm. Extraordinario 2014, Jornadas del XX Aniversario / Special Issue 2014, 20th Anniversary Conference, 2014.

Atienza Macías, E.; López Frías, F. J.; Pérez Triviño, J. L. «El dopaje y el antidopaje en perspectiva histórica» en *Materiales para la historia del deporte,* núm. 12, 2014.

Beauchamp, T. L. y Childress, J. F.: *Principles of Biomedical Ethics,* Séptima Edición, Oxford University Press, Nueva York, 2013.

Crozier, G. y Hajzler, C.: «Market Stimulus and Genomic Justice: Evaluating the Effects of Market Access to Human Germ-Line Enhancement», en *Kennedy Institute of Ethics Journal,* núm. 2, vol. 20, 2010.

Eser, A.: «Deporte y justicia penal», *Revista Penal,* Núm. 6, 2000.

González Morán, L.: «Implicaciones éticas y jurídicas de las intervenciones de mejora en humanos. Reflexión general», en C. M. Romeo Casabona (ed.), *Más allá de la salud. Intervenciones de mejora en humanos,* Ed. Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano — Comares, Bilbao-Granada, 2012.

González Rodríguez Arnaiz, G.: «Principio de beneficencia (ético)», en C. M. Romeo Casabona (dir.), *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética,* Tomo I, Ed. Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano — Comares, Bilbao-Granada, 2011.

Juanatey Dorado, C.: «Protección penal de la vida y de la salud: alcance del reconocimiento de la autonomía de la voluntad», *Nuevos límites penales para la autonomía individual y la intimidad,* A. Doval Pais (dir.); C. Moya Guillem (coord.), Ed. Aranzadi — Thomson Reuters, Cizur Menor, España, 2015.

Lema Añón, C.: «¿Mejores que quién? Intervenciones de mejora, derechos humanos y discriminación», en C. M. Romeo Casabona (ed.), *Más allá de la salud. Intervenciones de mejora en humanos,* Ed. Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano — Comares, Bilbao-Granada, 2012.

Loland, S. y McNamee, M.: «Fair play and the ethos of sports: an eclectic philosophical framework», en *Journal of the Philosophy of Sport*, núm. 1, vol. 27, 2000.

Loland, S.: *Fair play in sport: a moral norm system,* Routledge, Londres, 2002.

López Frías, F. J.: «Una propuesta dialógica para el debate en torno al dopaje», en *Agora: Papeles de filosofía*, núm. 1, vol. 34, 2015.

— *Mejora humana y dopaje. Una propuesta crítica*, Ed. Reus, Madrid, 2015.

McNamee, M.: «The spirit of sport and the medicalisation of anti-doping: empirical and normative ethics», en *Asian Bioethics Review,* núm. 4, vol. 4, 2012.

Mill, J. S.: *De la libertad,* Ed. Tecnos, Madrid, España, 1965.

Møller, V.: *Un diablo llamado dopaje,* Ed. Cultura Ciclista, Tarragona, 2012.

Pérez Triviño, J. L.: «De Maradona a Armstrong: la necesaria revisión de la actual política antidopaje», en *Iusport,* 6 de noviembre de 2012.

— «Mejoramiento genético y deporte», en C. M. Romeo Casabona (ed.), *Más allá de la salud. Intervenciones de mejora en humanos,* Ed. Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano — Comares, Bilbao-Granada, 2012.

— «Mejoras genéticas: igualdad y factor temporal», en *Revista de Derecho y Genoma Humano / Law and the Human Genome Review,* Núm. Extraordinario 2014, Jornadas del XX Aniversario / Special Issue 2014, 20th Anniversary Conference, 2014.

— *Ética y deporte*, Ed. Desclée De Brouwer, Bilbao, 2011.

— *The challenges of modern sport to ethics: from doping to cyborgs,* Lexington Books, Nueva York, 2013.

Pérez-Calderón, A.: «¿Por qué está prohibido el dopaje deportivo?», *Iusport,* 26 de noviembre de 2013.

Regis Prado, L.: «Salud pública (jurídico)», en C. M. Romeo Casabona (dir.), *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética,* Tomo II, Ed. Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano — Comares, Bilbao-Granada, 2011.

Rey Huidobro, L. F.: «Repercusiones penales del dopaje deportivo», *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento,* Núm. 16, 2006.

Rodríguez Mourullo, A.; Clemente, I.: «Dos aspectos de Derecho Penal en el deporte: el dopaje y las lesiones deportivas», *Actualidad Jurídica. Uría Menéndez,* Núm. 9, 2004.

Romeo Casabona, C. M.: «Consideraciones jurídicas sobre los procedimientos experimentales de mejora (*enhancement*) en neurociencias», en C. M. Romeo Casabona (ed.), *Más allá de la salud. Intervenciones de mejora en humanos,* Ed. Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano — Comares, Bilbao-Granada, 2012.

— *Los genes y sus leyes. El Derecho ante el genoma humano*, Ed. Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano — Comares, Bilbao-Granada, 2002.

Romeo Malanda, S.: *Intervenciones genéticas sobre el ser humano y Derecho Penal*, Ed. Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano — Comares, Bilbao-Granada, España, 2006.

Rubio Torrano, E.: «Cambio de sexo (jurídico)», en C. M. Romeo Casabona (dir.), *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética,* Tomo II, Ed. Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano — Comares, Bilbao-Granada, 2011.

Sánchez-Moraleda Vilches, N.; «Uso de drogas con fines de dopaje: Hipótesis y soluciones concursales», *Nuevos límites penales para la autonomía individual y la intimidad,* A. Doval Pais (dir.); C. Moya Guillem (coord.), Ed. Aranzadi — Thomson Reuters, Cizur Menor, España, 2015.

Savulescu, J.: «Genetic Enhancement», en H. Kuhse y P. Singer (eds.), *A Companion to Bioethics,* Segunda Edición, Blackwell, Oxford, 2009.

— «Why it's time to legalise doping in athletics», en *The Conversation,* agosto 2015.

Schneider, A. J. y Butcher, R. B.: «A philosophical overview of the arguments on banning doping in sport», en T. Tännsjö y C. Tamburrini (eds.),*Values in sport – elitism, nationalism, gender equality and the scientific manufacture of winners,* E & FN Spon Nueva York, 2000.

Schneider, A. y Friedmann, T.: *Gene doping in sports: the science and ethics of genetically modified athletes*, Elsevier Academic Press, San Diego, 2006.

Sebastián Solanes, R. F.: *La ética del deporte en el contexto actual de la filosofía, desde la aportación de la modernidad crítica*, Tesis Doctoral, Universitat de València, Valencia, 2013.

Shapiro, M.: «Does technological enhancement of human traits threaten human equality and democracy?», en *San Diego Law Review*, Núm. 39, 2013.

SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales.* Segunda edición, revisada y ampliada. Madrid: Civitas, 2001.

STEWART, B. y SMITH, A.: «Re-thinking drug control in sport: why regulation?», en *Rethinking drug use in sport: why the war will never be won,* Routledge, Nueva York, 2014.

TAMBURRINI, C.: «¿Qué tiene de malo el dopaje?», en *Dilemata,* núm. 5, año 2, 2011.

— «Are doping sanctions justified? A moral relativistic view», en *Sport in Society,* núm. 2, vol. 9, abril 2006.

TERRADILLOS, J. M.: «Qué Fair Play? ¿Qué deporte?», en *Fair Play. Revista de Filosofía, Ética y Derecho del Deporte,* núm. 1, vol. 1, 2013.

VALLS PRIETO, J.: «La intervención del Derecho Penal en la actividad deportiva», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología,* Núm. 11, 2009.

VIEIRA BOMTEMPO, T.: *Melhoramento humano no esporte – o doping genético e suas implicações bioéticas e biojurídicas*, Ed. Juruá, Curitiba, 2015.

6

¿EL DERECHO PENAL COMO VÍA PARA AFRONTAR EL DOPAJE DEPORTIVO? ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE UNA DISCUSIÓN SEMPITERNA[*]

ELENA ATIENZA MACÍAS[**]
Investigadora Postdoctoral Ramón y Cajal del Ministerio de Ciencia e Innovación
Profesora de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Deusto
Campus Donostia-San Sebastián (España)

SUMARIO: I. LOS INSTRUMENTOS JURÍDICO-PENALES PARA EL CONTROL DEL SUMINISTRO DE SUSTANCIAS Y MÉTODOS CON FINES DE DOPAJE Y OTRAS CONDUCTAS ANÁLOGAS. II. EXAMEN CRÍTICO DEL DELITO DE SUMINISTRO DE SUSTANCIAS O MÉTODOS CON FINES DE DOPAJE. III. EL DERECHO PENAL COMO HERRAMIENTA PARA ENFRENTAR LA PROBLEMÁTICA DEL DOPAJE. IV. ANÁLISIS CRÍTICO DEL ARTÍCULO 362 QUINQUIES DEL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL. LA DIFÍCIL Y DISCUTIDA IDENTIFICACIÓN DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO. V. BIBLIOGRAFÍA.

[*] El presente trabajo ha sido desarrollado durante la estancia de investigación de la Dra. Atienza Macías en la *Universidade Católica Portuguesa,* concretamente en el centro de investigación *Católica Research Centre for the Future of Law,* del Campus de Lisboa (Portugal) durante el periodo julio-septiembre de 2024. Igualmente, cabe destacar que se ha elaborado en el marco del Proyecto de Investigación «El Derecho Penal ante los retos actuales de la Biomedicina (DERPEBIO)» con Referencia PID2022-136743OB-I00 (Proyectos de Generación de Conocimiento 2022. Entidades financiadoras: MCIN / AEI / y FEDER Una manera de hacer Europa). Asimismo, se ha de dejar constancia de su contexto, esto es, la ayuda Ramón y Cajal 2021 del Plan Estatal de Investigación Científica, Técnica y de Innovación para el período 2021-2023, en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, y por la que se aprueba la convocatoria de tramitación anticipada correspondiente al año 2021, en concreto la Ayuda Ramón y Cajal con Referencia RYC2021-033628-I.

[**] A la memoria de mi querido maestro, el Prof. ROMEO CASABONA. Su capacidad para guiar mis ideas, su constante estímulo intelectual, sus recomendaciones (siempre brillantes), han supuesto una aportación invaluable en mi formación como investigadora. Me gustaría remarcar que, durante mi largo periodo como miembro de su Grupo de Investigación «Cátedra de Derecho y Genoma Humano», me ha permitido disfrutar de su integridad, sabiduría y sentido común, así como de la confianza demostrada al incorporarme en un equipo donde, además del espíritu de formación continua, impera la generosidad y por encima de todo, la amistad.

I. Los instrumentos jurídico-penales para el control del suministro de sustancias y métodos con fines de dopaje y otras conductas análogas

El desarrollo político-legislativo relacionado con la posesión, comercialización, tráfico y suministro de sustancias y métodos con el propósito de dopaje —así como de otras conductas de *mala praxis* deportiva de análoga naturaleza— ha estado, tradicional y unánimemente orientado, hacia su represión tanto a nivel nacional, europeo como, desde luego, internacional. Desde este ángulo, la criminalización de las conductas de dopaje se ha extendido en consonancia con la globalización del fenómeno que castiga.

De lo anterior se colige que, las respuestas elaboradas desde la esfera legislativa ante el complejo problema del suministro de sustancias y métodos dopantes no han sido únicamente estructuradas desde la perspectiva del Derecho Administrativo Sancionador.

Lo que parece claro es que el legislador español consideró que el desarrollo administrativo sancionador sobre esta materia debía ser reforzado[1], y por ello, ya con la pretérita Ley Orgánica 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte (o LO 7/2006), se dispuso la incorporación de un tipo penal específico para la persecución del dopaje[2]. En otros términos, la tendencia legislativa en aras de la persecución penal de las conductas de dopaje seguida en España aparece conectada con el propio Código Penal por vía de la inserción de un tipo punitivo específico. Ahora bien, esta iniciativa seguida por el legislador español bien merece nuestra reflexión y valoración crítica.

Bajo esta tesitura, el legislador español podría haberse planteado (y no es descartable que lo haga en un futuro) el hecho de regular en un cuerpo normativo sectorial cada uno de los extremos y pormenores relacionados con el dopaje en el ámbito deportivo —incluyendo, desde luego, la represión penal de estas conductas—. Esta opción legislativa podría parecer conveniente dada la complejidad y amplitud de los distintos aspectos que integran el universo del dopaje. No obstante, esta tendencia legislativa de regular las cuestiones atinentes al dopaje por medio de leyes independientes del Código Penal podría situarnos en un contexto de inseguridad jurídica y de cuestionable constitucionalidad en España, respecto de aquellos supuestos en los que la norma creada para tal fin, no tuviese la categoría de «ley orgánica», dado que se trata del único instrumento normativo que puede incidir en el desarrollo de los derechos fundamentales, requiriendo

[1] La *voluntas legis* del legislador español pareció clara, tal y como constata, Prat Westerlindh, C., «El delito de dopaje», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, Núm. 844, 2012, p. 5.

[2] Textualmente recogía la Exposición de Motivos de esta LO 7/2006: «Para intentar asegurar el cumplimiento de las medidas indicadas se arbitra, en el título tercero de esta Ley, un ámbito de tutela penal de la salud pública en actividades relacionadas con el dopaje en el deporte. Se introduce un nuevo artículo 361 bis en el Código Penal, cuya finalidad es castigar al entorno del deportista y preservar la salud pública, gravemente amenazada por la comercialización y dispensación sin control de productos carentes de garantía alguna y dañinos para la salud».

para su aprobación mayoría absoluta[3], y es que, en el Derecho Penal español sólo la ley orgánica tiene capacidad para crear figuras delictivas y establecer penas.

En cualquier caso, el legislador español ha dado un salto cualitativo al dar cabida —dentro del catálogo de los delitos y de las penas— a una serie de figuras dentro de las cuales podrían ser eventualmente subsumidas las conductas relacionadas, en términos generales, con el suministro de sustancias y métodos destinados al dopaje.

En este sentido, podríamos indicar que el control que se podría ejercer respecto de las conductas mencionadas, desde la perspectiva específica del Derecho Penal, puede ser canalizado, fundamentalmente, por medio de dos vías claramente diferenciadas: por un lado, el delito de suministro de sustancias o métodos prohibidos, y, por otro, el delito de manipulación genética. El primero de los delitos enunciados se corresponde con un tipo penal creado, de forma específica, para la represión de las conductas de la comercialización y dispensación sin control de productos prohibidos que se ejecutan en el marco de la actividad deportiva (en concreto, el vigente artículo 362 quinquies del Código Penal español), mientras que, el segundo, constituye un tipo penal cuya estructuración e incorporación al catálogo de delitos, no estuvo orientada con dicha finalidad, pero que podría ser aplicado según las circunstancias concretas —es decir, cuando la manipulación genética se realice con vistas a la mejora de las capacidades deportivas de un ser humano, refiriéndonos al comúnmente denominado «dopaje genético»— (en particular, el artículo 159 del Código Penal español). A lo largo de este artículo estudiaremos el delito enunciado en primer lugar.

II. Examen crítico del delito de suministro de sustancias o métodos con fines de dopaje

Sobre la base del rechazo sociocultural generalizado hacia las conductas de dopaje en el ámbito deportivo, y por imperio de lo dispuesto en el artículo 44 de la fenecida LO 7/2006[4], el legislador penal español consideró oportuna la incorporación, dentro del catálogo de los delitos y de las penas, del originario artículo 361 bis en el seno del Código Penal español.

[3] *Cfr.* Boldova Pasamar, M. A., «Los principios del Derecho Penal», *Derecho Penal. Parte general, Introducción. Teoría jurídica del delito,* Romeo Casabona, C. M. / Sola Reche, E. / Boldova Pasamar, M. A. (coords.), Comares, 2013, pp. 36-37.

[4] Nótese que la Ley Orgánica 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte fue derogada y sustituida por la Ley Orgánica 3/2013, de 20 de junio, de protección de la salud del deportista y lucha contra el dopaje en la actividad deportiva. Este último cuerpo normativo que se incorporaba modificaba diversos aspectos relacionados con las herramientas para la lucha contra el dopaje desde la perspectiva del Derecho Administrativo Sancionador, pero no introducía ninguna modificación material en relación con las conductas de dopaje penalmente relevantes.

Cabe indicar que, sobre la redacción de este precepto punitivo, no se propuso ningún cambio material en el marco del largo proceso de reforma penal que culminaba con la promulgación de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modificaba la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal[5]. Si bien se reestructuraba, profundamente, el capítulo correspondiente a los «Delitos contra la salud pública»[6], la reforma incorporaba un mero cambio de numeración del artículo que atañe a la regulación del dopaje, que pasaba a ser el artículo 362 quinquies del Código Penal español, correspondiéndose literalmente en sus dos apartados con el primigenio artículo 361 bis de dicho cuerpo normativo punitivo. Por tanto, se trataba de un cambio en el plano meramente formal. De esta forma, las conductas a las que se refería el originario artículo 361 bis pasaban a ser recogidas en el artículo 362 quinquies del texto penal.

Recapitulando, esta figura punitiva fue introducida originariamente en el artículo 361 bis del Código Penal español a través de la LO 7/2006 de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte, y se vió reubicada sin modificaciones en el artículo 362 quinquies tras la reforma penal llevada a cabo por la LO 1/2015 por la que se modificó el Código Penal en España.

Resulta importante, sin embargo, subrayar que una de las novedades de la antedicha reforma penal, estaba relacionada con la incorporación de la posibilidad de efectuar el decomiso[7] de los medicamentos, sustancias, material, productos, elementos, materiales, medios, bienes, instrumentos y ganancias obtenidas no sólo con la ejecución de las conductas descritas en el artículo analizado, sino en otras que también forman parte de dicho capítulo. En otros términos, dentro de los delitos contra la salud pública, se modificaban los delitos relativos a los medicamentos, comprendiendo los artículos 361 a 362 sexies. De esta forma, se proponía que las conductas de dopaje pasasen a ubicarse con las conductas descritas en el Convenio del Consejo de Europa sobre falsificación de productos médicos y delitos similares que supongan una amenaza para la salud pública, conocido como Convenio MEDICRIME[8].

[5] Así, sobre la regulación del dopaje, la reforma penal tan sólo procedía a reubicar el contenido del originario artículo 361 bis del Código Penal en el entonces «nuevo» artículo 362 quinquies. Sin embargo, la modificación era más acusada en lo concerniente a un asunto conectado con el dopaje como es el fenómeno de la corrupción deportiva.

[6] Para un panorama general de estos delitos en la, entonces, novedosa normativa *Cfr.* Ferrandis Ciprián, D., «Delitos contra la salud pública relacionados con medicamentos y drogas tóxicas (arts. 361 y ss)», *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, González Cussac, J.L. (dir.), Tirant lo Blanch, 2015, pp. 1109-1134.

[7] *Cfr.* Hava García, E., «La nueva regulación del comiso», *Comentario a la Reforma Penal de 2015,* Quintero Olivares, G. (dir.), Aranzadi, 2015, pp. 213-22.

[8] El Consejo de Europa creó en diciembre de 2010 la denominada Convención MEDICRIME que constituye, por primera vez, un tratado internacional en el ámbito del Derecho Penal sobre la falsificación de productos médicos que supongan una amenaza para la salud pública. MEDICRIME dota a los Estados

De forma paralela, hemos de indicar otra novedad reseñable que traía consigo la Reforma del Texto Punitivo respecto a las personas jurídicas, modificación normativa por la que el delito de dopaje se veía afectado. Así, es pertinente recordar que, en España, hasta entonces, no había sido contemplada la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el contexto de las conductas de dopaje deportivo. De tal manera, dichos entes colectivos tan sólo eran sancionados por vía de infracciones administrativas. En este sentido, no se podía imponer, por ejemplo, la clausura o el cierre definitivo del equipo deportivo por conductas de dicha índole. Esta situación cambiaba con la Reforma Penal en la medida en que se modificaba el artículo 366 del Código Penal, ampliándose los delitos contra la salud pública a los que se extiende la responsabilidad de la persona jurídica, esto es, los artículos 359 a 365 del Código Penal, dentro de los cuales se encuentra comprendido el artículo 362 quinquies. Con este proceder, el legislador español se acercaba a la previsión normativa que ya había sido incorporada en países vecinos como Francia[9] o Portugal[10], en donde la punición por conductas de dopaje respecto de las personas jurídicas ya había sido prevista con anterioridad.

Como veremos a continuación, por medio de este tipo penal se criminaliza, mediante dos apartados y de forma específica, una serie de conductas orientadas, en términos generales, a la mejora de las capacidades físicas en las prácticas deportivas o a la modificación de los resultados de las competiciones. El primero de los apartados del mencionado artículo 362 quinquies contiene el tipo básico del delito —que, como apreciaremos, engloba diversas conductas concretas relacionadas con el suministro de sustancias y métodos prohibidos—, mientras que, en el segundo apartado, se incorporan tres tipos agravados del delito en cuestión. El texto del precepto que analizaremos se encuentra incluido en el Título XVII «De los delitos contra la seguridad colectiva» del Capítulo III «De los delitos contra la salud pública».

---

de una herramienta muy potente para combatir esta lacra: la introducción de unos estándares comunes mínimos sobre Derecho Penal y Procesal en todos los países suscriptores del Tratado. También establece puntos de contacto en los Sistemas Nacionales de Salud, en los laboratorios de referencia, en la Policía y las autoridades aduaneras para asegurar el intercambio de información y la cooperación transfronteriza. Cabe resaltar que la gran mayoría de las sustancias prohibidas en el deporte se encuentran en medicamentos que llegan al deportista desde mercados clandestinos. Por lo que la ratificación de esta convención y su entrada en vigor significaba un paso importante en la persecución de los tráficos ilícitos de productos médicos desde el punto de vista internacional, incluyendo las sustancias y métodos prohibidos en el deporte. V. Romeo Casabona, C. M. / Urruela Mora, A. / Nicolás Jiménez, P. / Alarcón Jiménez, O., «International strategies in fighting against medicaments fraud and other similar offences. The MEDICRIME Convention», *Crime, Law and Social Change*, Vol. 68, 2017, pp. 95-122.

[9] Sobre ello, Aránguez Sánchez, C. / Alarcón Navío, E., «La normativa francesa antidopaje: valoración de las últimas reformas», *Revista Andaluza de Derecho del Deporte*, Núm. 8, 2010, pp. 241-259.

[10] *Cfr.* Levy Brandão Kullok, A., *O crime de doping. Reflexão crítica à luz do princípio do bem jurídico,* Dissertação de Mestrado em Direito, Universidade Coimbra, 2013, pp. 97-98.

La doctrina especializada ha constatado que la incorporación en la agenda del legislador penal de esta figura delictiva —que fue novedosa, al menos, para nuestra tradición político-criminal—al llamado catálogo de delitos y penas, constituye una más de las múltiples consecuencias y manifestaciones, con impacto real en el Derecho positivo, del sumamente cuestionado y polémico fenómeno de «expansión del *ius puniendi*»[11]. Igualmente, resulta muy ilustrativo al respecto Tomás Ramón Fernández, quien ya en la década de los setenta aseveraba que resultaba «escandaloso ver como el propio Derecho Penal se detiene ante los muros de un estadio»[12].

En este orden de ideas, las razones por las que el ámbito del dopaje en el deporte forma parte de la lista de cuestiones que se incardinan dentro del modelo político-criminal que acabamos de señalar, desde luego, pueden identificarse con aquéllas que, a lo largo de los últimos lustros, parecen haber orientado de forma sistemática la política legislativa penal en su conjunto y que, entre otras, suelen ser las siguientes[13]:

a) La discusión respecto de la posible «aparición» de nuevos intereses o, mejor dicho, bienes jurídicos[14] cuyo valor es de tal magnitud, que tendrían que ser objeto de tutela por parte de la rama del Derecho más agresiva y, por ello, probablemente la más efectiva desde el punto de vista de la intimidación en el plano social;

b) El cambio de orientación ético-social[15] colectiva en relación con la imperiosa necesidad de redefinir (o, mejor dicho, incrementar) el valor de dichos intereses en aras de brindarles una mayor y mejor protección por medio de la encomienda de esta tarea a una esfera (la del Derecho Penal) que sobrepasa, con gran diferencia, los límites de intervención en los derechos fundamentales que conlleva la simple regulación en sede administrativa (disciplinaria);

c) El debate en torno a la eclosión de nuevos riesgos y situaciones de peligro —para los bienes jurídicos anteriormente mencionados— derivados del incesante desarrollo

[11] Sobre esta cuestionada expansión, concretamente en materia de deporte, se ha de consultar De Vicente Martínez, R., «La persecución penal del dopaje en el derecho español», *Derecho Penal Contemporáneo: Revista Internacional*, Núm. 45, 2013, pp. 5-32.

[12] T. R. Fernández en el «Prólogo» al libro de González Grimaldo, M. C., *El ordenamiento Jurídico del deporte*, Civitas, 1974, p. 15.

[13] *Vid.* Roca Agapito, L., «Los nuevos delitos relacionados con el dopaje (Comentario a la reforma del Código Penal llevada a cabo por LO 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte)», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología,* Núm. 9, 2007, p. 32.

[14] Siguiendo a Romeo Casabona, C. M. / Sánchez Lázaro, F. G., «Presentación», *La adaptación del Derecho Penal al desarrollo social y tecnológico,* Romeo Casabona, C. M. / Sánchez Lázaro, F. G. (eds.), Armaza Armaza, E. J. (coord.), Comares, 2010, pp. XI-XIII, respecto de la aparición de nuevos bienes jurídicos en el contexto del desarrollo de las biotecnologías.

[15] *Cfr.* Romeo Casabona, C. M., «El concepto y los elementos del Derecho Penal», *Derecho Penal. Parte general, Introducción. Teoría jurídica del delito,* Romeo Casabona, C. M. / Sola Reche, E. / Boldova Pasamar, M. A. (coords.), Comares, 2013, p. 14.

científico y tecnológico que experimentan algunas ciencias y disciplinas que, de hecho, pueden tener una aplicación práctica en el marco de la actividad deportiva (por ejemplo, la Farmacología, la Farmacogenética, la Medicina y, en general, las Biotecnologías) mediante el desarrollo y producción de sustancias y/o métodos que puedan, eventualmente, ser utilizados —aunque no de forma exclusiva— para conseguir una mejora o potenciación de las capacidades deportivas —físicas o mentales— de un individuo concreto.

d) La creciente y cada vez más intensa sensación generalizada de inseguridad —favorecida, claro está, por el trabajo de los medios de comunicación y otros «gestores atípicos de la moral»[16]— en relación con los peligros que pueden derivar de la eventual generalización o institucionalización de las, moral y jurídicamente rechazadas, conductas de dopaje en el ámbito deportivo.

e) La desconfianza, por parte de un amplísimo sector de la sociedad, en la eficacia e idoneidad de los métodos y herramientas de protección de los bienes jurídicos amenazados por las conductas de dopaje, elaborados desde otras áreas del Derecho, concretamente, la desconfianza en las herramientas de la esfera del Derecho Administrativo Sancionador.

f) La enorme presión social que, a lo largo de los últimos lustros, han ejercido aquellas agencias e instituciones que la doctrina ha denominado «gestores atípicos de la moral» (que no son sino aquellas asociaciones, *lobbies*, grupos de presión institucionalizados, medios de comunicación, organizaciones y partidos políticos, etc. que buscan instaurar una política criminal determinada y fundamentada en intereses particulares, en los que suelen ser ajenas las reflexiones jurídicas y/o éticas)[17].

Éste es, en consecuencia, el entramado social, cultural y político en el que el legislador penal ha considerado adecuado efectuar el desarrollo e incorporación al sistema penal español, de una nueva política criminal en materia de control del dopaje en el ámbito deportivo.

Desde luego, el estado por el que atraviesa la política criminal contemporánea —orientada, según se puede comprobar, hacia fines exclusivamente «securitarios», hasta el punto de haberse adoptado en la citada Reforma del Código Penal la renuncia a los fines retributivos y de rehabilitación social en el marco de algunos supuestos y

[16] Es en este contexto en el que ha adquirido todo su sentido la referencia a la existencia de «atypische Moraluntemehmer». *Cfr.* VOGEL, J., *Festschrift Fur Claus Roxin*, Schünemann, B. / Achenbach, H. / Bottke, W. / Haffke, B. / Rudolphi, H. (eds.), De Gruyter, 2001, pp. 105, 114 citado por SÁNCHEZ LÁZARO, F. G., «Alarma social y Derecho Penal», *La adaptación del Derecho Penal al desarrollo social y tecnológico,* Romeo Casabona, C.M. / Sánchez Lázaro, F.G. (eds.), Armaza Armaza, E. J. (coord.), Comares, 2010, pp. 67-68.

[17] *Cfr.* SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2.ª edición, Civitas, 2001, pp. 66-69 y de nuevo, SÁNCHEZ LÁZARO, F. G., «Alarma social y Derecho Penal», *ob. cit.,* pp. 67-69.

modelos criminológicos específicos[18]— ha sido, aunque con diversos matices y desde diversos puntos de vista, objeto de duras críticas por parte de la doctrina[19] en tanto en cuanto se puede constatar una seria afección a los parámetros sobre los cuales se ha construido toda la teoría sobre la función del Derecho Penal, así como, concretamente, a los cimientos que han servido de base para sustentar la construcción de la teoría de los fines de la pena.

Ahora bien, de la identificación del proceso de criminalización de las conductas de dopaje como una de las manifestaciones del fenómeno de «expansión del Derecho Penal», no podemos extraer, *a priori*, ninguna conclusión respecto de la viabilidad constitucional, ni tampoco de la conveniencia político-criminal de incorporar este tipo de figuras en el catálogo de los delitos y de las penas. En efecto, la compatibilidad de esta decisión legislativa con los principios que informan al Estado de Derecho tendrá que ser analizada desde otros prismas que, yendo más allá, pueden relacionarse con los fines, y fundamentos del Derecho Penal, así como con los criterios que sirven para la construcción de bienes jurídicos penalmente relevantes. En relación con este aspecto, hemos de indicar que el legislador español ha justificado y fundamentado la criminalización de las conductas de suministro de sustancias y métodos orientadas al dopaje en la idea de protección de la salud pública, en la medida en que, según se desprende de la lectura del artículo 362 quinquies del Código Penal, se sanciona el suministro de aquellas sustancias o métodos que puedan ser considerados peligrosos para la salud de los consumidores (es decir, de la salud de los deportistas).

Como apoyo a esta primera aproximación podemos citar las reflexiones, elaboradas por el propio legislador, que se incorporaban en el Apartado IV de la Exposición de Motivos de la ya mentada LO 7/2006. En este sentido, decía la Exposición de Motivos que en pro de intentar asegurar el cumplimiento de las medidas indicadas se arbitra, en el título tercero de esta LO 7/2006, un ámbito de tutela penal de la salud pública en actividades relacionadas con el dopaje en el deporte. Se introducía un «nuevo» artículo 361 bis en el Código Penal, cuya finalidad era castigar al entorno del deportista y preservar la salud pública, gravemente amenazada por la comercialización y dispensación sin control de productos carentes de garantía alguna y dañinos para la salud.

[18] No obstante, el legislador ha manifestado en la propia Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal que «La prisión permanente revisable, cuya regulación se anuncia, de ningún modo renuncia a la reinserción del penado». Esta rotunda aseveración parece haber sido elaborada prescindiendo, por completo, del hecho de que como expone Cerezo Mir, la privación de libertad por más de quince años supone un menoscabo al desarrollo de la personalidad. *Cfr.* Cerezo Mir, J., *Curso de Derecho Penal español. Parte General: Introduccion (I),* Sexta Edición, Tecnos, 2004, p. 36.

[19] *Cfr.* entre otros, Carbonell Mateu, J. C., «Prisión permanente revisable I (arts. 33 y 35)», *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, 2.ª Edición, Actualizada con la corrección de errores (BOE 11 de junio de 2015) González Cussac, J. L. (dir.), Tirant lo Blanch, 2015, pp. 211-222.

Ahora bien, de no ser porque el propio legislador ha añadido otra reflexión en relación con esta cuestión, quizás el examen sobre el fundamento (bien jurídico tutelado) del delito de suministro de sustancias y métodos prohibidos, se habría ceñido a la sempiterna discusión sobre la construcción y fundamentación del bien jurídico «salud pública». Sin embargo, el legislador ha optado por introducir en su exposición otro elemento como es el *fair play*.

En efecto, en la misma Exposición de Motivos de la pretérita LO 7/2006, el legislador indicaba que la regulación de las conductas de dopaje encuentra —también— un sólido fundamento en la extendida idea de protección de los valores del juego limpio y la libre competición entre iguales (englobados en el «difuso» término *fair play*), considerados, ambos, como cimientos de la práctica deportiva. Conste, por tanto, que en el apartado IV de la Exposición de Motivos de la LO 7/2006 se indicaba lo siguiente: «De esta forma, se intenta facilitar a la nueva organización nacional contra el dopaje una visión de conjunto, consustancial al modelo que diseña la presente Ley. En él, los principios de rechazo y tolerancia cero[20] hacia el dopaje en el deporte tienen, básicamente, un componente de salud individual y de salud pública, pero también una dimensión inequívoca de compromiso con los valores del juego limpio y la libre competición entre iguales, considerados como fundamentos del deporte actual».

Por lo pronto conviene manifestar que, según nuestra opinión, y dentro de lo cuestionable y problemático que resulta la incorporación del tipo penal del 362 quinquies del Código Penal, el legislador penal únicamente ha podido construir —de forma más o menos sistemática— una teoría que permita justificar la protección específica del bien jurídico «salud pública». Lo contrario le habría llevado a realizar algún tipo de referencia específica a la idea de protección y tutela de otros intereses o bienes, tales como el relacionado con el valor deportivo del juego limpio, oportunamente mencionado con anterioridad.

[20] Frente a esto, Roca Agapito consideraba en el momento de la introducción del entonces artículo 361 bis del Código Penal que el precepto en cuestión parecía responder más que a una política de «tolerancia cero» frente al dopaje, a una utilización simbólica, en cuanto meramente política, del Derecho Penal y de la asignación de una función promocional o configuradora de la sociedad a través del mismo; con el fin de satisfacer a la demanda social e institucional de intervenir con un texto punitivo en el ámbito del dopaje deportivo. Esto lo justificaba el autor sobre la base de que la exigencia de la concurrencia de los requisitos que exige el precepto aludido —esto es, sustancias o métodos prohibidos o no reglamentarios, aumento de las capacidades físicas o modificación de los resultados de las competiciones y puesta en peligro de la vida o salud de los deportistas, que serán analizados en epígrafes posteriores—, hará (predecía el autor) prácticamente inviable la aplicación del tipo penal y por tanto carecerá de eficacia y efectividad represora alguna. *Cfr.* Roca Agapito, L., «La política criminal frente al dopaje», *La Ley. Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía,* Núm. 1, 2007, pp. 1800-1810.

III. El derecho penal como herramienta para enfrentar la problemática del dopaje

Una lectura de los párrafos que hemos extraído del, recientemente citado, apartado IV de la Exposición de Motivos de la pretérita LO 7/2006 nos conduce, dada la claridad con la que el legislador se ha pronunciado, a la conclusión de que la política legislativa en torno a esta materia ha intentado dar forma a una estrategia de «tolerancia cero»[21] con el fin de desterrar el dopaje en las actividades deportivas profesionales o recreativas. De ahí que —y, según parece, con el claro propósito de dotar de una mayor eficacia a la mentada estrategia— finalmente y sin que ninguno de los compromisos internacionales previamente adquiridos lo exijan, el legislador haya optado por la intervención del mecanismo de control social formal más intrusivo y costoso en el plano iusfundamental, esto es, por la intervención del Derecho Penal.

Hemos de indicar que la intención que ha tenido el legislador de elaborar una estrategia de lucha contra el dopaje que podría ser concebida como un planteamiento de «tolerancia cero», en realidad dista mucho de cumplir dicho cometido o, si se quiere, de conducir a la adopción de un plan de lucha de clara naturaleza «intransigente». Ello, en la medida en que, si bien es cierto que finalmente han sido criminalizadas algunas de las conductas más representativas de la problemática asociada al dopaje, no han sido incorporadas al catálogo de los delitos y de las penas una serie de figuras que podrían haber jugado un rol fundamental en la, abiertamente declarada, estrategia de «tolerancia cero» contra el dopaje. Nos referimos a las figuras incorporadas, por ejemplo, en los ordenamientos jurídico-penales francés[22] e italiano[23], donde, sin ir más lejos, se sancionan con mayor rigurosidad las conductas relacionadas con el suministro de sustancias y métodos —sean estos peligrosos para la vida o salud del deportista o no—; el consumo, por parte del deportista, de sustancias o métodos orientados a la mejora de sus capacidades deportivas (Italia y Francia).

Sin perjuicio de lo advertido en el párrafo anterior, creemos que es conveniente plantear que, de haberse efectivamente materializado una política legislativa que ostente una serie de características que harían que ella se identificase como una verdadera

[21] Sobre esta política seguida, algunos autores estiman que la inclusión del delito de dopaje del artículo 362 quinquies del Texto Punitivo encuentra su razón de ser en «la loable pretensión de articular una política de rechazo y tolerancia cero hacia el dopaje en el deporte». V. Morillas Cueva, L. / Benítez Ortúzar, I.f. / Suárez López, J.m. / Morillas Fernández, D.L., «Derecho Penal y deporte», *Derecho del Deporte,* Palomar Olmeda, A. (dir.), Aranzadi, 2013, p. 1105.

[22] *Cfr.* Vial, J.P., *Le risque pénal dans le sport,* Lamy – Wolters Kluwer, 2012, Capítulo 6 «Les fraudes sportives», epígrafe, Les infractions liées au dopage (pp. 401-434).

[23] V. Colucci, M. / Candela, G., «Part III. Doping and Sport», *International Encyclopaedia for Sports Law,* Hendrickx, F. (ed.), Kluwer Law International, 2014, pp. 97-108; Mennea, P. P., *Il doping nello sport. Normativa nazionale e comunitaria*, Giuffrè, 2009, pp. 217-246.

política criminal de «tolerancia cero» (como lo es la italiana, por ejemplo) podríamos oponernos a dicha tendencia por medio del recurso a una serie de argumentos que, cimentados por la doctrina más autorizada de forma insistente, se vinculan con ciertos problemas materializados, tanto en el plano jurídico, como en el plano criminológico[24]. En efecto, en sintonía con los planteamientos expuestos por el Prof. Muñoz Conde[25], aquellas políticas de «tolerancia cero» cuyo planteamiento se concreta en el recurso al *ius puniendi* como herramienta idónea para brindar protección a los intereses o valores vitales fundamentales del individuo y de la comunidad, que pueden verse afectados en el marco de la actividad deportiva, desde una perspectiva estrictamente jurídica, suponen una clara infracción del principio de intervención mínima[26] conforme al cual, según indica Boldova Pasamar, el Derecho Penal, como recurso extremo, debe responder a criterios de estricta necesidad y oportunidad[27]. Asimismo, supone la lesión del principio de proporcionalidad, por medio del cual, como sabemos, se establece la ineludible obligación de ajustar la proporción de las penas establecidas por la ley para cada delito, en función de la gravedad de las diferentes infracciones, lo cual, desde luego, depende de la naturaleza del bien jurídico y de la conducta concretamente tipificada[28].

Por otro lado, y ya desde un prisma de estricto carácter criminológico, la doctrina ha denunciado insistentemente la escasa —e, incluso, inexistente— eficacia que, a mediano y corto plazo, tiene el Derecho Penal, como herramienta de control social destinada a conjurar la problemática de ciertos grupos de delitos (dentro de los cuales podría perfectamente incluirse a los delitos relacionados con las conductas de dopaje) por

[24] Fue pionero en el estudio de esta cuestión el Prof. Díaz y García Conlledo, «Algunos aspectos jurídicos del doping», *Perspectivas de la actividad física y el deporte*, Núm. 9, 1992, pp. 11 y ss.; del mismo autor «Represión y prevención penal del dopaje en el deporte. Relaciones entre Derecho, deporte y dopaje, con especial atención a la perspectiva jurídicopenal», *Huarte De San Juan. Revista de la Facultad de Ciencias Humanas y Sociales de la Universidad Pública de Navarra, Derecho I (HSJD I)*, 1994, pp. 103 y ss. Asimismo, Roca Agapito, L., «Los nuevos delitos relacionados con el dopaje (Comentario a la reforma del Código Penal llevada a cabo por LO 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte)», *ob. cit*., p. 34.

[25] Muñoz Conde, F., «Las reformas de la Parte Especial del Derecho Penal español en el 2003: de la 'tolerancia cero' al 'Derecho Penal del enemigo'», *Revista General de Derecho Penal,* Núm. 3, 2005.

[26] La inclusión de este delito no estuvo exenta de críticas, fundamentalmente, en lo que respecta al principio de intervención mínima del Derecho Penal porque como señalamos, la tendencia del Derecho Penal contemporáneo gira, efectivamente, en torno a la reducción o modulación del *ius puniendi* (salvo respecto de supuestos específicos y excepcionales dada la relevancia de los bienes jurídicos en juego, tales como vida, integridad física, psíquica, entre otros). Especial mención merece De Vicente Martínez, quien advierte que «El Derecho Penal no es el medio adecuado, idóneo para la solución del problema del dopaje al exceder de la intervención mínima predicable en este ámbito». *Cfr.* De Vicente Martínez, R., «El delito de dopaje deportivo: la inoportuna intervención punitiva en materia de Derecho Deportivo», *Revista Española de Derecho Deportivo*, Núm. 30, 2012, pp. 38-41.

[27] *Cfr.* Boldova Pasamar, M. A., «Los principios del Derecho Penal», *ob. cit.*, pp. 40-41.

[28] De nuevo, Boldova Pasamar, M. A., «Los principios del Derecho Penal», *ob. cit.,* p. 46.

medio de la imposición de una pena, desde el prisma de los fines (preventivo-generales) perseguidos. En esta línea de ideas, Muñoz Conde[29], apoyándose en la observación de la incidencia que ha tenido el uso del Derecho Penal como mecanismo preventivo de control social en distintos fenómenos delictivos, ha defendido la idea de que el recurso a las políticas legislativas orientadas hacia la «tolerancia cero» no ha conseguido, en la práctica, reducir de forma significativa el número total de delitos cometidos, sino que simplemente ha permitido que los autores de los mismos, bien se desplacen a otras ciudades/países para poder cometerlos con un mayor porcentaje de probabilidades de impunidad, o bien que reconduzcan su conducta hacia la comisión de otro tipo de delitos que incluso podrían llegar a ser más graves.

Forzoso es recordar, con la necesaria brevedad, que esta política criminal de carácter disuasorio —implementada con el fin de intentar erradicar las prácticas de dopaje en las diversas esferas de la práctica deportiva mediante la incriminación del entorno del deportista que suministra o facilita sustancias o métodos prohibidos de mejora de las capacidades deportivas— se presenta ante la colectividad con el grave defecto material que se puede identificar con la ineficacia o ausencia de idoneidad para poder satisfacer la finalidad que se ha propuesto el legislador.

En efecto, si la *voluntas legis* hubiera sido, realmente, la de establecer una serie de mecanismos que, de forma contundente, acaben con las prácticas de dopaje, tendría que haberse planteado la posibilidad de incriminar el consumo de sustancias o el uso de métodos prohibidos de mejora en el ámbito deportivo, decisión que, como vemos, implicaría la criminalización del deportista que se dopa. Recordemos que ésta es una de las herramientas cardinales de la lucha contra el dopaje en la legislación italiana. No obstante, esta solución resulta también inviable tanto desde una perspectiva constitucional como por la propia fundamentación del Derecho Penal español, de suerte que la estructuración de este delito requeriría la construcción de un bien jurídico que, por su importancia, pueda ser elevado a la categoría de bien jurídico penal. Ahora bien, lo cierto es que la discusión en torno a la posible incriminación de esta conducta, en la actualidad, gira alrededor de un bien (juego limpio) que parece que dista mucho de tener la importancia suficiente para ser elevado a la categoría mencionada (a no ser que sacrifiquemos los principios de proporcionalidad y de intervención mínima, y de que, en el ámbito de la pena, demos por asumible el enorme coste iusfundamental que implica la cosificación del ser humano para la consecución de ciertos fines preventivo-generales).

Partiendo de estas premisas, no es inmune a la crítica la decisión del legislador de criminalizar las conductas de suministro de sustancias y métodos de dopaje en la actividad deportiva. En relación con esta cuestión, y prescindiendo, por el momento,

[29] *Cfr.* Muñoz Conde, F., «Las reformas de la Parte Especial del Derecho Penal español en el 2003: de la 'tolerancia cero' al 'Derecho Penal del enemigo'», *ob. cit.,* pp. 12-13.

de la problemática relacionada con la configuración de un bien jurídico merecedor de protección por parte del Derecho Penal, creemos que es oportuno señalar que quizás el legislador haya podido pensar que existen una serie de conductas que, según la actual redacción del Código, no serían subsumibles en ningún otro tipo penal que no sea el que ha sido específicamente creado para tal fin. Sin embargo, una evaluación de las posibles conductas que se despliegan en la esfera del suministro y uso de métodos y sustancias dopantes puede arrojar, como resultado una conclusión distinta. En otros términos, una vez que hemos debatido sobre la controvertida aparición en escena del Derecho Penal en el terreno deportivo, nos planteamos si era necesaria la creación de un nuevo tipo penal específico o bastaban los tipos penales tradicionales.

En este sentido, si con anterioridad a la incorporación del tipo penal materia de estudio (actual artículo 362 quinquies) por imperio de lo dispuesto en la LO 7/2006 citada, se hubieran cometido una serie de conductas relacionadas, en términos generales, con las prácticas de dopaje en el ámbito deportivo, la legislación penal habría sido más que suficiente para sancionar no sólo los bienes jurídicos relacionados con la salud (entendida desde un punto de vista colectivo, como individual), sino también otros que podrían verse afectados por medio de la ejecución de determinadas conductas con propósito de mejora en la práctica deportiva.

En efecto, según la opinión de la corriente doctrinal imperante, dependiendo de las circunstancias concretas —y prescindiendo por el momento de la aplicación del tipo penal del artículo 362 quinquies— cabría plantearse la apreciación de la configuración de diversas infracciones penales, esto es, delitos.

a) El obligar a un deportista a que consuma una sustancia dopante o a que se someta a un método de mejora en el marco deportivo, podría dar lugar a la configuración de un delito de coacciones[30] (pongamos por caso cuando el sujeto activo administra, haciendo uso de la fuerza, una dosis de EPO —hormona prohibida— en la víctima), o de amenazas[31] (delito que se configuraría, sin ir más lejos, en el supuesto de que el sujeto activo consiga que sea el propio deportista quien consuma dicha dosis de EPO al anunciarle que, de no hacerlo, golpeará «salvajemente» a un miembro de su familia).

b) La importación o, en su caso, exportación de sustancias dopantes sin que se hayan acatado las formalidades y requisitos establecidos por la legislación correspondiente (tráfico ilícito) podría dar lugar, según las circunstancias concretas, a la configuración de alguna de las modalidades del delito de contrabando[32].

[30] A tenor del artículo 172 del Código Penal.

[31] En virtud de los artículos 169-171 del Código Penal.

[32] Tipificado en el artículo 2 de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando (que, dicho sea de paso, este artículo 2 fue redactado por el apartado 2 del artículo 1 de la LO 6/2011, de 30 de junio, por la que se modifica dicha ley especial reguladora del contrabando.

c) La falsificación de, por ejemplo, recetas médicas o, incluso, de la «Autorización de Uso Terapéutico», con el fin de obtener o de encubrir el uso ilegítimo de sustancias o métodos con destino al dopaje, podría dar lugar a la configuración, según las circunstancias concretas, de alguno de los delitos de falsedad documental[33].

d) La producción, suministro y comercio de sustancias sin que se hayan acatado las normas específicas y según las circunstancias concretas (tener o no autorización para el tráfico de dichas sustancias, que las sustancias sean o no peligrosas para la vida o salud, etc.), podría dar lugar a la configuración de alguno de los demás delitos contra la salud pública[34] —sin contar, claro, con el tipo específico de suministro de sustancias o métodos con finalidad de dopaje del 362 quinquies del Código Penal—.

e) La administración de una sustancia o la aplicación de un método dopante que acabe con la vida del deportista, podría dar lugar a la configuración de un delito de homicidio, que será calificado como doloso o imprudente, según las circunstancias concretas[35].

f) La administración de una sustancia o la aplicación de un método dopante que lesione la salud del deportista, podría dar lugar a la configuración de un delito de lesiones —que se reputarán dolosas o imprudentes, según las circunstancias concretas— en los supuestos en los que el sujeto activo no haya informado a la víctima sobre los riesgos que implica el consumo o uso de dicha sustancia o método, por lo que no estaríamos en los supuestos en los que el consentimiento del lesionado modifica la calificación jurídica de la acción[36].

g) Las intervenciones genéticas en un embrión, por ejemplo, con el objetivo de mejora en la práctica deportiva (éste es, esencialmente, el supuesto del apocopado «dopaje

[33] Artículos 390 y siguientes del Código Penal.

[34] Artículos 359 y siguientes del Código Penal.

[35] Artículos 138 y 142 del Código Penal.

[36] Artículos 147 y siguientes del Código Penal.

En este sentido, Valls Prieto resalta el supuesto en el que las sustancias o métodos dopantes sean suministrados por terceras personas ya sean físicas o jurídicas (equipos o incluso el Estado) que podrían producir lesiones a los deportistas o incluso en los casos más graves causarles la muerte, siendo estas conductas constitutivas de un delito de homicidio imprudente o doloso (arts. 138 y ss.) o bien de lesiones (arts. 147 y ss). Estima el autor que respecto de estos casos se ha de valorar si la acción se ha llevado a cabo con consentimiento del deportista o no y los elementos subjetivos de los partícipes. *Cfr.* Valls Prieto, J., «La intervención del Derecho Penal en la actividad deportiva», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Núm. 11, 2009, p. 10. No podemos dejar de mencionar lo que apunta Rey Huidobro en torno a la posible relación concursal en estos casos. Así, el suministrador de los productos lesivos, podría incurrir en un concurso de delitos entre los delitos contra la salud pública y los de lesiones u homicidio resultantes, imputables a título de dolo eventual o de imprudencia según los casos, en tanto los delitos contra la salud pública son delitos de peligro colectivo, no se produce una absorción del delito de peligro en el delito de lesión, sino que deben apreciarse independientemente ambas infracciones, dando lugar a un concurso real de delitos. *Cfr.* Rey Huidobro, L. F., «Repercusiones penales del dopaje deportivo», *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento,* Núm. 16, 2006, pp. 102-103.

genético»), podría dar lugar a la configuración del delito de manipulación genética. Si bien nos ocuparemos del tratamiento de dicha figura antes de concluir este capítulo[37].

h) Sin perjuicio de las apreciaciones que haremos en el capítulo siguiente, cabe mencionar que se discute la posibilidad de poder subsumir la conducta de quien (los deportistas y su entorno, los organizadores, etc.) mediante el recurso a la práctica del dopaje se asegura (y, de hecho, consigue) el éxito de una competición determinada, en los tipos penales que sancionan el delito de estafa[38]. Si bien la doctrina más insigne, sin embargo, se ha mostrado escéptica ante tal posibilidad.

Como conclusión y unido a las precedentes reflexiones, cabría añadir la idea de que, con anterioridad a la incorporación del originariamente artículo 361 bis en el Código Penal (actual artículo 362 quinquies del vigente Texto Punitivo) la práctica judicial ya había hecho uso de algunas de las herramientas que acabamos de describir para hacer frente al fenómeno del dopaje en el ámbito deportivo[39].

Desde una perspectiva personal, entendemos que quizás estas razones sean suficientes como para que nos atrevamos a concluir con la idea de que no existía la necesidad de tipificar de forma específica[40] algunas de las conductas relacionadas con el dopaje, sobre la base de que, todas ellas, podrían haber sido perfectamente reconducibles a otros tipos penales ya existentes. Esto enhebra con la tesis defendida por algunos de los más célebres penalistas[41] de nuestro país, en cuanto que la interrelación Derecho Deportivo y Derecho Penal pone de relieve cómo, de una manera desproporcionada, se incumple en pro de la protección de otros intereses, uno de los principios básicos del Derecho Penal: el principio de intervención mínima, criminalizando al deportista y a su entorno

[37] Artículo 159 del Código Penal.

[38] Artículos 248 y siguientes del Código Penal.

[39] Al respecto, merece recordar el procedimiento en el que se juzgó la llamada «Operación Puerto» en el que precisamente sobre la base de la inexistencia de tipo penal en el momento de producirse los hechos, se producía el archivo de las actuaciones. No obstante, tras el recurso del Fiscal, la Audiencia Provincial de Madrid, ordenaba la reapertura de las actuaciones, entendiendo la Sala que podía haber indicios de delito en aspectos tales como la obtención, transporte, conservación e identificación de las bolsas de sangre localizadas durante la investigación y que pudo existir delito por tráfico de medicamentos y por manipulación de sangre.

[40] Entre la nutrida literatura jurídica que aborda la innecesariedad de haber configurado un delito específico de dopaje (y enlazado con lo que avanzábamos con anterioridad): Díaz y García Conlledo, M., «Represión y prevención penal del dopaje en el deporte. Relaciones entre Derecho, deporte y dopaje, con especial atención a la perspectiva jurídicopenal», *ob. cit.* pp. 123 y ss; Suárez López, J.M., «El dopaje ante el Derecho Penal», *El Derecho Deportivo en España 1975-2005,* Jiménez Soto, I. / Arana García, E. (dir.), Instituto Andaluz del Deporte, 2005, p. 684; Roca Agapito, L., «Los nuevos delitos relacionados con el dopaje (Comentario a la reforma del Código Penal llevada a cabo por LO 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte)», *ob. cit.* pp. 35-41.

[41] Díaz y García Conlledo, M., «Dopaje y Derecho Penal (otra vez): Reflexiones generales y valoración del delito de dopaje del artículo 361 bis del Código Penal», *ob. cit.*, pp. 491 y ss.

con la tipificación como delito de los supuestos previstos en el artículo 362 quinquies de nuestro vigente Texto Punitivo.

IV. Análisis crítico del artículo 362 quinquies del código penal. La difícil y discutida identificación del bien jurídico protegido

La controversia respecto del bien jurídico protegido por medio de la punición de las conductas de distribución de sustancias y métodos dopantes se ha desarrollado desde una serie de perspectivas que guardan relación con los efectos negativos que podría tener dicha práctica para ciertos intereses de distinta naturaleza.

Así, los eventuales bienes jurídicos protegidos penalmente contra el dopaje se vinculan con la salud pública y con la salud individual y con la ética deportiva. No obstante, esta duplicidad no impide que algunas conductas relacionadas con el dopaje afecten a otros bienes jurídicos, esencialmente intereses patrimoniales y económicos.

La cuestión que dilucidar aquí es si merece castigar el dopaje en el deporte para la protección de los referidos bienes jurídicos. La respuesta a este asunto se halla muy lejos de resultar sencilla, lo que quizá explique los importantes esfuerzos vertidos en este sentido por la doctrina y la jurisprudencia.

Desde una primera aproximación, la atención doctrinal[42] se centró en la posibilidad de considerar que el bien jurídico tendría un carácter estrictamente patrimonial. En efecto, el uso de sustancias o métodos dopantes se materializa con el fin de conseguir la victoria en una competición que puede tener como premio para el ganador o ganadora, una cantidad de dinero que, dependiendo de la situación, podría llegar a ser realmente considerable. Así, dicha propuesta ha sido vinculada con la posible configuración de una suerte de estafa u otra defraudación de similar naturaleza. Un sector de la doctrina alemana propone, en parte de *lege ferenda,* criminalizar el dopaje como un delito económico, y más específicamente como un delito contra la competencia justa o libre competencia[43].

[42] Valls Prieto estima que si bien la salud del deportista es el eje sobre el que se vertebra la lucha contra el dopaje, no es el único bien jurídico que puede resultar afectado, pudiendo dañarse tanto el honor como el patrimonio. En pro del análisis sobre las posibilidades de actuación del Derecho Penal en esta órbita distingue entre el autodopaje, que lo identifica con el deportista que se suministra a sí mismo la sustancia o recurre al método prohibido y el dopaje realizado por terceras personas. Afirmando que en el primer supuesto los bienes jurídicos que se lesionan son precisamente el patrimonio y la libre competencia, ahora bien «siempre y cuando el deportista dopado tome parte en una competición deportiva inscribiéndose como participante o firmando un contrato en el que se afirma que no se han utilizado sustancias ni métodos dopantes» o cuando «no exista tal declaración, si se estima que el deportista tiene una posición de garante por su obligación de declarar que ha tomado algún tipo de sustancia dopante». *Cfr.* Valls Prieto, J., «La protección de bienes jurídicos en el deporte», *Estudios sobre derecho y deporte,* Morillas Cueva, L. / Mantovani, F. (dirs.), Benítez Ortúzar, I. F. (coord.), Dykinson, 2008, pp. 37-41.

[43] Efectivamente, se ha dejado oír la sensibilidad proclive a la criminalización del dopaje como un delito económico, y más específicamente como un delito contra la competencia justa o libre competencia,

Ahora bien, es pertinente aquí indicar que esta postura no tiene cabida en el debate sobre el delito del artículo 362 quinquies del Código Penal español en la medida en que no se ha optado por sancionar al propio deportista, pues es éste quien, finalmente, ejecutaría —probablemente de forma consciente— la conducta fraudulenta en el marco de la competición deportiva. Efectivamente, del examen e interpretación del tipo penal incorporado en el artículo 362 quinquies del Código Penal, que sanciona el denominado delito de dopaje, se desprende la idea —ratificada unánimemente por la doctrina jurisprudencial[44]— de que las conductas de «autodopaje» no forman parte de los supuestos que podrían ser subsumibles en tal precepto y, por tanto, tener relevancia penal. Cabe reseñar que el tipo penal en cuestión ha incorporado, como conductas penalmente relevantes, las de prescribir, proporcionar, dispensar, suministrar, administrar, ofrecer o facilitar sustancias o grupos farmacológicos prohibidos, así como métodos no reglamentarios destinados a aumentar las capacidades físicas de los deportistas o a modificar los resultados de las competiciones en las que participen éstos últimos, siempre que —por su contenido, reiteración de la ingesta u otras circunstancias concurrentes— pongan en peligro su vida o salud. A modo de síntesis podríamos señalar que el precepto en cuestión no está orientado a sancionar al propio deportista que recurre al dopaje para mejorar su rendimiento deportivo, sino más bien a las personas de su entorno —que también pueden ser otros deportistas— que participan de uno u otro modo en tales comportamientos.

En este mismo sentido ha sido elaborado el planteamiento por medio del cual se señala que el bien jurídico penalmente protegido está constituido por el, ya bastante afincado en el universo del Derecho Deportivo[45], *fair play*[46], entendido como valor que

---

resultando de imprescindible lectura —con su cita de fuentes— el trabajo de Roxin, C., «Derecho Penal y doping», *Cuadernos de Política Criminal,* Núm. 97, Abril 2009, p. 15, incluye un epígrafe titulado *El doping como delito de competencia* en que identifica «competencia justa» como bien jurídico digno de protección en el sentido del Derecho Penal.

[44] Se nos antoja oportuno aludir a un caso que era resuelto por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección: 17, Núm. de Recurso: 1110/2015 Núm. de Resolución: 545/2015, Ponente: José Luis Sánchez Trujillano). De esta forma, subrayaba la sentencia de la Audiencia lo que es doctrina jurisprudencial reiterada en relación con la condición de sujeto activo, esto es, «lo único cierto y seguro es que el deportista no es nunca el autor del delito ni aún cuando la administración de las sustancias cuente con su expresa voluntad y hasta con su ferviente deseo…».

[45] La Profa. Verdugo Guzmán afirma que para afrontar la existencia del dopaje en el deporte es fundamental una disciplina especializada que se encargue de perseguir y sancionar un problema inmerso en el deporte hace mucho tiempo, sin olvidar que tradicionalmente se consideró su represión como una competencia netamente de las organizaciones deportivas, en las cuales el gran inconveniente es que éstas intentan evitar y encubrir fraudes principalmente procedentes de competiciones deportivas en que existía la utilización de sustancias o métodos prohibidos. De interés su monografía Verdugo Guzmán, S. *Dopaje deportivo: análisis jurídico-penal y estrategias de prevención*, Bosch, 2017.

[46] El *fair play* podría entenderse no sólo como dicho conjunto de valores (justicia, igualdad, honestidad, beneficencia, etc.), sino también como el respeto a las reglas del juego (establecidas en los respectivos reglamentos elaborados para cada tipo y modalidad de deporte), como el respeto a un acuerdo (tácito

encarna las ideas de igualdad y juego limpio[47] en la práctica deportiva. Dicha propuesta se apoya en el hecho de que el propio Código Penal parece apuntar a tal dirección.[48] En efecto, el artículo 362 quinquies sanciona a quien suministre sustancias o métodos dopantes a «deportistas que participen en competiciones organizadas en España por entidades deportivas» destinados a «modificar los resultados de las competiciones». No obstante, a este planteamiento cabe también oponer la misma objeción que la elaborada en párrafos anteriores (respecto de un posible bien jurídico con carácter estrictamente patrimonial): de haber sido el *fair play* el bien jurídico protegido, el legislador habría optado por sancionar también al propio deportista, habida cuenta es él quien en última instancia atenta contra el juego limpio[49].

---

o expreso, efectuado entre quienes participan en una competición en relación con la forma en la que las distintas habilidades van a ser evaluadas, así como respecto de las decisiones respecto de las acciones, comportamientos o tácticas permitidas y prohibidas) o, por último, como el respeto por el juego en sí (respeto que no se encuentra limitado por el acatamiento meramente formal de las reglas o normas previamente establecidas para dicha actividad deportiva, sino que abarca también el respeto por el conjunto de prácticas sociales en relación con dicha actividad). Al respecto, véase Atienza Macías, E. *Las respuestas del Derecho a las nuevas manifestaciones de dopaje en el deporte,* Dykinson, 2020, pp. 133-137. Interesante la perspectiva que plantea Armaza Armaza, E. J. «¿Puede el sustrato ético del "bioprogresismo" justificar un cambio en la Política Criminal en materia de dopaje deportivo?», *Revista de Bioética y Derecho,* Núm. 55, 2022, pp. 23-53.

[47] Rey Huidobro considera que estamos ante un delito en el que no sólo se protege como valor cardinal «la salud e integridad psicofísica del deportista consumidor del producto dopante nocivo» sino que se muestra partidario, de la protección penal, asimismo, del «correcto y leal desarrollo de la competición deportiva». *Cfr.* Rey Huidobro, L. F., «Repercusiones penales del dopaje deportivo», *ob. cit*, p. 108.

[48] Gili Pascual, A., «La tipificación penal del fraude en competiciones deportivas. Problemas técnicos y aplicativos», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Núm. 8, 2012, p. 22, se hace eco de lo manifestado por Benítez Ortúzar quien aborda la inclusión de un título individualizado en la parte especial del Código Penal sobre «delitos relativos al deporte», con una interesante propuesta de *lege ferenda* en torno al bien jurídico «integridad deportiva». Benítez Ortúzar, I. F., en su obra *El delito de «fraudes deportivos». Aspectos criminológicos, político-criminales y dogmáticos del artículo 286 bis.4 del Código Penal,* Dykinson, 2011, pp. 85-87 y 196. De esta última manera, Morillas Cueva plantea asimismo la posibilidad, como objeto de protección penal, de la «integridad deportiva», refiriéndose a éste como: bien de naturaleza colectiva que engloba fundamentalmente aquellas actividades que adulteren y conculquen los valores esenciales inmanentes al concepto de deporte y donde tendrían presencia relevante el dopaje de deportistas, ahora discutiblemente ubicado como delito contra la salud pública. V. Morillas Cueva, L., «El tratamiento jurídico del fraude en el deporte en el Derecho comparado. Las experiencias de Italia, Portugal y Alemania», *Cuadernos de la Cátedra de Estudios e Investigación en Derecho Deportivo, ¿es necesaria la represión penal para evitar los fraudes en el deporte profesional?,* Cardenal Carro, M. / García Caba, M.m. / García Silvero, E. A. (coords.), *Cuadernos de la Cátedra de Estudios e Investigación en Derecho Deportivo – Laborum,* 2009, p. 66.

[49] Hemos de apuntar que Díaz y García Conlledo estima que la ética deportiva no conforma un bien jurídico con suficiente entidad como para justificar la creación de una figura autónoma. Ahora bien, consideran que su trascendencia sí justificaría la creación de una agravante genérica con lo que se reforzaría su valor e incidencia y se evitarían los problemas concursales que genera el precepto en cuestión. *Cfr.*

Más cerca de la *ratio legis* parece que se encuentra la idea de que el bien jurídico tutelado por este precepto está relacionado con la vida y, especialmente, con la salud.

Ahora bien, desde este mismo ángulo, cabe plantearse una serie de cuestiones que inciden de forma directa en las dos dimensiones desde las cuales puede ser entendido el término «salud»: la salud individual y la salud colectiva, es decir, pública. El *quid* de la cuestión radicaría, por tanto, en si el bien jurídico es la salud pública o el conjunto de la salud individual de todos los deportistas. La doctrina se encuentra dividida entre los que dotan a la salud pública de una dimensión social del bien jurídico protegido en estos tipos, que va más allá de la mera suma de saludes individuales y se configura como un conjunto de condiciones positivas y negativas que posibilitan el bienestar de las personas[50], afirmando que se trata de un concepto global y superior, que constituye un bien jurídico supraindividual; y otro grupo de autores que aducen que pese a ser un bien jurídico colectivo, tiene un referente individual, que la lleva a ser la suma de las saludes individuales[51].

Así, podría pensarse que probablemente la intención del legislador español ha sido la de brindar protección penal al bien jurídico vida o salud en sentido individual. Este planteamiento podría apoyarse en el hecho de que el apartado 1 del artículo 362 quinquies del texto punitivo parece ser claro al indicar que la conducta de suministro de sustancias o métodos dopantes será objeto de represión penal cuando con ello se ponga en peligro la vida o salud de los deportistas. En efecto, el precepto mencionado dispone: «Los que (…) suministren, administren, ofrezcan (…) a deportistas (…) sustancias o grupos farmacológicos prohibidos, así como métodos no reglamentarios (…) que por

---

Díaz y García Conlledo, M., «Represión y prevención penal del dopaje en el deporte. Relaciones entre Derecho, deporte y dopaje, con especial atención a la perspectiva jurídicopenal», *ob. cit.* pp. 126-127. En esta línea de pensamiento, *Cfr.* Morillas Cueva, L., «Derecho Penal y deporte», *Derecho del Deporte,* Palomar Olmeda, A. (dir.), Aranzadi, 2013, p. 1098.

[50] Destaca Muñoz Conde, F. J., *Derecho Penal. Parte Especial, ob. cit.,* pp. 562-566. También defienden esta postura Álvarez Vizcaya, M., «La protección penal», *Comentarios a la Ley Antidopaje en el Deporte,* Cazorla Prieto, L. M. / Palomar Olmeda, A. (dirs.), Aranzadi, 2007, p. 566; Gómez Rivero, M.c. / Monge Fernández, A., «Venta y manipulación ilegal de medicamentos», Martos Núñez, J. A. (coord.), *Protección penal y tutela jurisdiccional de la salud pública y del medio ambiente*, Universidad de Sevilla, 1997, p. 86.

Por su parte, Romeo Casabona afirma y transcribimos sus palabras: «como bien jurídico penalmente protegido, la salud pública debe ser entendida como la salud de la colectividad, esto es, la salud física y psíquica de los ciudadanos, más allá de la salud individual —o de la suma de saludes individuales—; es decir, más allá de la salud de cada uno de aquéllos considerada de forma personal o individual, la cual no tiene por qué verse afectada por estos delitos, pues en ellos la *ratio legis* es el riesgo general para la colectividad, y por ello su estructura típica encaja mal con esa vertiente individual». *Cfr.* Romeo Casabona, C.M., «Los delitos contra la salud pública: ¿ofrecen una protección adecuada a los consumidores?», *Revista de Derecho Penal,* Núm. 4, 2001, pp. 13-66.

[51] Cortés Bechiarelli, E., *El delito de dopaje,* Tirant lo Blanch, 2007, p. 56.

su contenido, reiteración de la ingesta u otras circunstancias concurrentes, pongan en peligro la vida o la salud de los mismos, serán castigados con las penas de (…)». No obstante, parece que esta interpretación no es adecuada como quiera que el Código Penal español dispone de otras herramientas específicas destinadas a brindar protección a la salud individual del deportista (las relacionadas con los delitos contra las personas: delitos de homicidio, de los artículos 138 a 142, y las relacionadas con los delitos de lesiones, de los artículos 147 y siguientes). Así las cosas, la propia ubicación sistemática del delito relacionado con el suministro de sustancias o tratamientos prohibidos dentro los «delitos contra la salud pública», parece indicarnos que el bien jurídico tutelado, se aleja de la idea de protección de la vida o salud, concebidas desde una perspectiva estrictamente individual.

Una vez descartada la línea argumental descrita en líneas anteriores, sólo nos quedaría valorar la posibilidad de considerar la «salud pública»[52] como bien jurídico protegido penalmente en el delito de dopaje[53].

Bajo tal convicción, la doctrina[54] ha sostenido que el dopaje implicaría un peligro para la salud pública en general, en la medida en que este comportamiento de los deportistas profesionales o de élite se adoptase como actitud a seguir («anti-ejemplo» en este caso, que se alejaría obviamente de los cánones de ideal de sacrificio y honestidad que se esperan del deportista «modelo» y de la orientación constitucional en materia de fomento y protección del desarrollo de la personalidad mediante el recurso a la actividad deportiva), no sólo por la generalidad del colectivo[55] de deportistas, sino también por cualquier otra persona que haga uso de este tipo de sustancias (peligrosas para la vida

[52] Un amplio sector de la doctrina entiende que el bien jurídico protegido es, en efecto, la salud pública, siendo muy abundante la literatura sobre este debate. Entre otros, Cortés Bechiarelli, E., *El delito de dopaje, ob. cit.,* pp. 23 y ss., 46 y ss., 51 y ss; Roca Agapito, L., «Los nuevos delitos relacionados con el dopaje (Comentario a la reforma del Código Penal llevada a cabo por LO 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte)», *ob. cit.* p. 41 y ss; Cadena Serrano, F. A., «El Derecho Penal y el deporte. Especial referencia a la violencia y el dopaje», *Estudios Penales y Criminológicos,* Núm. 27, 2007, p. 132; Belestá Segura, L., «La persecución penal del dopaje en el deporte: el artículo 361 bis del Código Penal», *Actualidad Jurídica Aranzadi,* Núm. 758, 2008, p. 4.; Casero Linares, L. / Torres Fernández de Sevilla, J. M., «Comentarios al artículo 361 bis del Código Penal», *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento,* Núm. 21, 2007, p. 38; Compañy Catalá, J. M. / Basauli Herrero, E., «El tipo penal», *Comentarios a la Ley Orgánica de Protección de la Salud y de la Lucha contra el Dopaje en el Deporte*, Millán Garrido, A. (coord.), Bosch, 2007, p. 429.

[53] Ya nos lo preguntábamos en Atienza Macías, E., «¿Dopaje y salud pública?: La difícil y discutida identificación del bien jurídico protegido en el delito de dopaje», *Derecho y Salud*, Núm. Extra 1, Vol. 26, 2016, pp. 180-191.

[54] Siguiendo a Eser, A., «Deporte y justicia penal», *Revista Penal,* Núm. 6, 2000, p. 63.

[55] Colectivo que, según los términos establecidos por el Código Penal, estaría conformado por los deportistas federados no competitivos, deportistas no federados que practiquen el deporte por recreo, o deportistas que participen en competiciones organizadas en España por entidades deportivas.

o salud) en otras esferas de la interacción social (trabajo, ocio, estudios, entre otros círculos)[56]. Por lo tanto y desde esta perspectiva, parece adecuado indicar que dentro del ámbito de protección brindado por medio de este tipo penal tendría cobertura la salud de los ciudadanos en general, es decir la salud pública, por lo tanto, se nos antoja como el bien jurídico cuya tutela es más plausible en el delito de dopaje. Todo ello sin perjuicio de que, como hemos sostenido anteriormente, la tipificación de esta conducta resultaba innecesaria dado que el bien jurídico «salud pública», con anterioridad a la incorporación del artículo 362 quinquies, ya gozaba de protección por medio de otros preceptos incorporados en el mismo apartado del Código Penal español.

Como corolario de todo lo expresado en las páginas precedentes, creemos que la ubicación sistemática del delito, materia de estudio, que ha sido elegida por el legislador resulta acertada y coherente con los planteamientos expuestos a lo largo de esta investigación.

V. Bibliografía

Álvarez Vizcaya, Maite, «La protección penal», en Luis María Cazorla Prieto/ Alberto Palomar Olmeda (dirs.), *Comentarios a la Ley Antidopaje en el Deporte,* Aranzadi, Pamplona, 2007, p. 566.

Aránguez Sánchez, Carlos / Alarcón Navío, Esperanza, «La normativa francesa antidopaje: valoración de las últimas reformas», *Revista Andaluza de Derecho del Deporte*, Núm. 8, 2010, pp. 241-259.

Armaza Armaza, Emilio José, «¿Puede el sustrato ético del "bioprogresismo" justificar un cambio en la Política Criminal en materia de dopaje deportivo?», *Revista de Bioética y Derecho,* Núm. 55, 2022, pp. 23-53.

Atienza Macías, Elena, «¿Dopaje y salud pública?: La difícil y discutida identificación del bien jurídico protegido en el delito de dopaje», *Derecho y Salud*, Núm. Extra 1, Vol. 26, 2016, pp. 180-191.

— *Las respuestas del Derecho a las nuevas manifestaciones de dopaje en el deporte,* Dykinson, Madrid, 2020, pp. 133-137.

[56] El Pr. Roca Agapito pese a ser proclive a defender la salud pública como bien jurídico, advierte que en este delito el bien jurídico protegido goza de un referente individual más acentuado que en otros de este mismo Capítulo III del Título XVIII del Libro II del Código Penal (sustancias nocivas, medicamentos y drogas). Observa que así como en estos otros delitos el sujeto pasivo de la acción es genérico, en el artículo 362 quinquies del Texto Punitivo se alude sólo a los «deportistas federados no competitivos, deportistas no federados que practiquen el deporte por recreo, o deportistas que participen en competiciones organizadas en España por entidades deportivas». No obstante, entiende que esto no se traduce en el hecho de que los titulares del bien jurídico sean solamente ellos. Los no deportistas también serían sujetos pasivos de este delito, por cuanto que por influencia de los deportistas se puede generalizar el uso de dichas sustancias en otros ámbitos (como el trabajo, las relaciones sexuales, la belleza). *Cfr.* Roca Agapito, L., «Los nuevos delitos relacionados con el dopaje (Comentario a la reforma del Código Penal llevada a cabo por LO 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte)», *ob. cit*., p. 42.

Belestá Segura, Luis, «La persecución penal del dopaje en el deporte: el artículo 361 bis del Código Penal», *Actualidad Jurídica Aranzadi,* Núm. 758, 2008, p. 4.

Benítez Ortúzar, Ignacio Francisco, *El delito de «fraudes deportivos». Aspectos criminológicos, político-criminales y dogmáticos del artículo 286 bis.4 del Código Penal,* Dykinson, Madrid, 2011, pp. 85-87 y 196.

Boldova Pasamar, Miguel Ángel, «Los principios del Derecho Penal», en Carlos María Romeo Casabona/Esteban Sola Reche/Miguel Ángel Boldova Pasamar (coords.), *Derecho Penal. Parte general, Introducción. Teoría jurídica del delito,* Comares, Granada, 2013, pp. 36-37.

Cadena Serrano, Fidel Ángel, «El Derecho Penal y el deporte. Especial referencia a la violencia y el dopaje», *Estudios Penales y Criminológicos,* Núm. 27, 2007, p. 132

Carbonell Mateu, Juan Carlos, «Prisión permanente revisable I (arts. 33 y 35)», en José Luis González Cussac (dir.), *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, 2.ª Edición, Actualizada con la corrección de errores (BOE 11 de junio de 2015) Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 211-222

Casero Linares, Luis / Torres Fernández de Sevilla, José María, «Comentarios al artículo 361 bis del Código Penal», *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento,* Núm. 21, 2007, p. 38

Cerezo Mir, José, *Curso de Derecho Penal español. Parte General: Introduccion (I),* Sexta Edición, Tecnos, 2004, p. 36.

Colucci, Michele / Candela, Giuseppe, «Part III. Doping and Sport», en Frank Hendrickx (ed.), *International Encyclopaedia for Sports Law,* Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2014, pp. 97-108

Compañy Catalá, José Miguel / Basauli Herrero, Emilio, «El tipo penal», en Antonio Millán Garrido (coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica de Protección de la Salud y de la Lucha contra el Dopaje en el Deporte*, Bosch, Barcelona, 2007, p. 429

Cortés Bechiarelli, Emilio, *El delito de dopaje,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 56

De Vicente Martínez, Rosario, «El delito de dopaje deportivo: la inoportuna intervención punitiva en materia de Derecho Deportivo», *Revista Española de Derecho Deportivo*, Núm. 30, 2012, pp. 38-41.

— «La persecución penal del dopaje en el derecho español», *Derecho Penal Contemporáneo: Revista Internacional*, Núm. 45, 2013, pp. 5-32.

Díaz y García Conlledo, Miguel, «Algunos aspectos jurídicos del doping», *Perspectivas de la actividad física y el deporte*, Núm. 9, 1992, pp.

— «Represión y prevención penal del dopaje en el deporte. Relaciones entre Derecho, deporte y dopaje, con especial atención a la perspectiva jurídicopenal», *Huarte De San Juan. Revista de la Facultad de Ciencias Humanas y Sociales de la Universidad Pública de Navarra, Derecho I (HSJD I)*, 1994, pp. 103 y ss.

Eser, Albin, «Deporte y justicia penal», *Revista Penal,* Núm. 6, 2000, p. 63.

Ferrandis Ciprián, Daniel, «Delitos contra la salud pública relacionados con medicamentos y drogas tóxicas (arts. 361 y ss)», en José Luis González Cussac (dir.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 1109-1134.

Gili Pascual, Antoni, «La tipificación penal del fraude en competiciones deportivas. Problemas técnicos y aplicativos», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Núm. 8, 2012, p. 22.

Gómez Rivero, M.ª del Carmen / Monge Fernández, Antonia, «Venta y manipulación ilegal de medicamentos», en Juan Antonio Martos Núñez (coord.), *Protección penal y tutela jurisdiccional de la salud pública y del medio ambiente*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1997, p. 86.

Hava García, Esther, «La nueva regulación del comiso», en Gonzalo Quintero Olivares (dir.), *Comentario a la Reforma Penal de 2015,* Aranzadi, 2015, pp. 213-22.

Levy Brandão Kullok, Arthur, *O crime de doping. Reflexão crítica à luz do princípio do bem jurídico,* Dissertação de Mestrado em Direito, Universidade Coimbra, Coimbra, 2013, pp. 97-98.

Mennea, Pietro Paolo, *Il doping nello sport. Normativa nazionale e comunitaria*, Giuffrè, Milán, 2009, pp. 217-246.

Morillas Cueva, Lorenzo, «El tratamiento jurídico del fraude en el deporte en el Derecho comparado. Las experiencias de Italia, Portugal y Alemania», en Miguel Cardenal Carro / Miguel M.ª García Caba / Emilio A. García Silvero (coords.), *Cuadernos de la Cátedra de Estudios e Investigación en Derecho Deportivo, ¿es necesaria la represión penal para evitar los fraudes en el deporte profesional?,* Cuadernos de la Cátedra de Estudios e Investigación en Derecho Deportivo – Laborum, Murcia, 2009, p. 66.

— «Derecho Penal y deporte», en Alberto Palomar Olmeda (dir.), *Derecho del Deporte,* Aranzadi, Pamplona, 2013, p. 1098.

— Benítez Ortúzar, Ignacio Francisco / Suárez López, José María / Morillas Fernández, David L., «Derecho Penal y deporte», en Alberto Palomar Olmeda (dir.), *Derecho del Deporte,* Aranzadi, Pamplona, 2013, p. 1105.

Muñoz Conde, Francisco, «Las reformas de la Parte Especial del Derecho Penal español en el 2003: de la 'tolerancia cero' al 'Derecho Penal del enemigo'», *Revista General de Derecho Penal,* Núm. 3, 2005.

Prat Westerlindh, Carlos, «El delito de dopaje», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, Núm. 844, 2012, p. 5.

Rey Huidobro, Luis Fernando, «Repercusiones penales del dopaje deportivo», *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento,* Núm. 16, 2006, pp. 102-103.

Roca Agapito, Luis, «La política criminal frente al dopaje», *La Ley. Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía,* Núm. 1, 2007, pp. 1800-1810.

— «Los nuevos delitos relacionados con el dopaje (Comentario a la reforma del Código Penal llevada a cabo por LO 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte)», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología,* Núm. 9, 2007, p. 32.

Romeo Casabona, Carlos María / Sánchez Lázaro, Fernando Guanarteme, «Presentación», en Carlos María Romeo Casabona / Fernando Guanarteme Sánchez Lázaro (eds.), Emilio José Armaza Armaza (coord.), *La adaptación del Derecho Penal al desarrollo social y tecnológico,* Comares, Granada, 2010, pp. XI-XIII.

Romeo Casabona, Carlos María / Urruela Mora, Asier / Nicolás Jiménez, Pilar / Alarcón Jiménez, Oscar, «International strategies in fighting against medicaments fraud and other similar offences. The MEDICRIME Convention», *Crime, Law and Social Change*, Vol. 68, 2017, pp. 95-122.

Romeo Casabona, Carlos María, «El concepto y los elementos del Derecho Penal», en Carlos María Romeo Casabona / Esteban Sola Reche / Miguel Ángel Boldova Pasamar (coords.), *Derecho Penal. Parte general, Introducción. Teoría jurídica del delito,* Comares, Granada, 2013, p. 14.

— «Los delitos contra la salud pública: ¿ofrecen una protección adecuada a los consumidores?», *Revista de Derecho Penal,* Núm. 4, 2001, pp. 13-66.

Roxin, Claus, «Derecho Penal y doping», *Cuadernos de Política Criminal,* Núm. 97, Abril 2009,

Sánchez Lázaro, Fernando Guanarteme, «Alarma social y Derecho Penal», en Carlos María Romeo Casabona / Fernando Guanarteme Sánchez Lázaro (eds.), Emilio José Armaza Armaza (coord.),

La adaptación del Derecho Penal al desarrollo social y tecnológico, Comares, Granada, 2010, pp. 67-68.

Silva Sánchez, Jesús María, *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2.ª edición, Civitas, Madrid, 2001, pp. 66-69

Suárez López, José María, «El dopaje ante el Derecho Penal», en Ignacio Jiménez Soto / Estanislao Arana García (dirs.), *El Derecho Deportivo en España 1975-2005,* Instituto Andaluz del Deporte, Sevilla, 2005, p. 684.

Valls Prieto, Javier, «La intervención del Derecho Penal en la actividad deportiva», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Núm. 11, 2009, p. 10.

— «La protección de bienes jurídicos en el deporte», en Lorenzo Morillas Cueva / Ferrando Mantovani (dirs.), Ignacio Francisco Benítez Ortúzar (coord.), *Estudios sobre derecho y deporte,* Dykinson, Madrid, 2008, pp. 37-41.

Verdugo Guzmán, Silvia, *Dopaje deportivo: análisis jurídico-penal y estrategias de prevención*, Bosch, Barcelona, 2017.

Vial, Jean-Pierre, *Le risque pénal dans le sport,* Lamy – Wolters Kluwer, París, 2012.

7

BREVES REFLEXIONES JURÍDICAS ACERCA DE LA CLONACIÓN REPRODUCTIVA DE LOS ANIMALES DE COMPAÑÍA

Ignacio F. Benítez Ortúzar
Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Jaén

SUMARIO: I. Introducción. estatus «juridico» del «animal de compañía». II. Fines de la clonación animal. síntesis. III. ¿Existe un derecho a la individualidad y unicidal propia del animal de compañía como «ser sintiente»? IV. Concepto de «bienestar animal», como límite a la clonación reproductiva de animales de compañía. V. Conclusiones.

I. Introducción

En los últimos años, en diferentes países, también en España, es fácil encontrar anuncios de «clínicas» ofreciendo por el «módico» precio de unos cuantos miles de euros la posibilidad de «clonar» a «tu» mascota; esto es, ofrecen la posibilidad de hacer «inmortal» a esos «animales de compañía» que llegan a ser parte del entorno personal y familiar más íntimo del individuo. Al margen de que el animal «clonado» nunca será el animal al que sustituye, no siendo más que una simple replica genética del mismo, variando las condiciones ambientales y sociales en las que el animal se socializa, la práctica en sí genera grandes debates —inicialmente— éticos y —en ultima instancia— también jurídicos. Al respecto, existe un cierto consenso universal de impedir la clonación humana reproductiva, considerándola incluso delito con penas privativas de libertad como hace el artículo 160.3 CP español, basada en el derecho de todo individuo de ser único e irrepetible, y en el respeto más absoluto de la dignidad inherente al ser humano.

Cualquier reflexión seria y medianamente rigurosa que se apunte acerca del problema relativo a la clonación animal, debe partir de la propia naturaleza del objeto sobre el que recae la conducta, en este caso sobre los animales objeto de las practicas biotecnológicas de clonación reproductiva. Si la naturaleza de ser humano, dotado de dignidad e individualidad propia, es la que ha permitido «frenar» la clonación reproductiva humana, lo primero que habrá de hacerse será delimitar la naturaleza jurídica

de los animales que forman parte de esas otras especies diferentes a la especie humana que se plantean clonar sin una finalidad terapéutica ni de investigación. Si estos son considerados «cosa», con el régimen jurídico previsto en el Ordenamiento Jurídico para las «cosas», el resultado de la reflexión que se haga será muy diferente a si los animales son considerados «seres sintientes», con un régimen jurídico específico para ellos. En el caso de que el animal sea considerado «cosa», regirá la «autonomía de la voluntad» de su titular, en el caso de su consideración jurídica de «ser sintiente» la autonomía de la voluntad del titular será limitada por los derechos inherentes a la naturaleza jurídica del animal.

Históricamente los «seres» cuya existencia tenían un reconocimiento formal en el Ordenamiento Jurídico se basaban en la dicotomía «personas» (físicas o jurídicas) y «cosas», asumiendo que «*la noción de persona constituye la categoría nuclear sobre la que gira el conjunto del derecho*»[1]. Desde esta concepción antropocéntrica y especista, sólo el ser humano adquiere la condición de persona y sólo la persona es titular de derechos fundamentales[2]. En esta distinción persona-cosa, los animales tradicionalmente fueron considerados cosa mueble, en tanto que siendo no personas, tienen la capacidad de apropiación y de ser trasladables de un lugar a otro, en tanto que el art. 333 del Código civil sólo disponía, con anterioridad a a la reforma operada por Ley 17/2021, de 15 de diciembre, de modificación del Código civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales (en adelante Ley 17/2021, de 15 de diciembre), que «*todas las cosas que son o pueden ser objeto de apropiación se consideran como bienes muebles o inmuebles*». Desde este planteamiento especista, se parte de que el ser humano es superior a todos los animales y que, por ello, puede utilizarlos siempre en su propio beneficio.

Las reformas legislativas aprobadas en los últimos años, fruto en parte del alejamiento del egocentrismo del ser humano en la concepción de la realidad y de la naturaleza, han ido desplazando, en general, a los animales del concepto de cosas, pasando a ser considerados como «seres sintientes», a los que el Ordenamiento Jurídico garantiza una protección basada en criterios de «bienestar», evitando en todo lo posible, un sufrimiento innecesario a los animales, en general[3].

Al respecto, es sumamente interesante la citada Ley 17/2021, de 15 de diciembre, que viene a definir el régimen jurídico de los animales en general, y de los animales

[1] Armaza Armaza, E.J., «Estatuto jurídico de los animales. Bienestar animal. Utilización de animales», en Romeo Casabona (dir.) *Manual de Bioderecho*, Madrid, 2022, p. 834.

[2] La «persona jurídica» no es más que una «ficción jurídica» a la que se le dota de capacidad jurídica propia en el tráfico jurídico, al margen de la de sus miembros.

[3] En general, *Vid.* «Código de protección y bienestar animal», Editorial Boletín Oficial del Estado, actualizada a Septiembre de 2024, donde Teresa Villalba recopila y ordena la legislación existente en materia de protección animal, tanto a nivel estatal como de las distintas comunidades autónomas.

de compañía, en particular, desde un prisma distinto, mas antiespecista, pero sin dejar de ubicar a la especie humana en la pirámide del sistema social y jurídico. Así, afirma su preámbulo que viene a «*sentar el importante principio de que la naturaleza de los animales es distinta a la naturaleza de las cosas o bienes, principio que debe regir la interpretación de todo el Ordenamiento*». En este sentido el nuevo artículo 333 Cc dispone lo siguiente: «todas las cosas que son o pueden ser objeto de apropiación se consideran como bienes muebles o inmuebles. También pueden ser objeto de apropiación os animales con las limitaciones que se establezcan en las leyes»; reconociendo una especie de «tercer género», diferente al de persona y al de cosa, a los animales, los cuales «podrán ser objeto de apropiación como las cosas» —con las limitaciones impuestas por la leyes—, pero dejando claro que lo será sin ser cosas.

Es el nuevo artículo 333bis Cc el que reconoce el nuevo estatuto jurídico a los animales como «seres vivos dotados de sensibilidad» o «seres sintientes», afirmando en su apartado primero expresamente que «sólo les será aplicable el régimen jurídico de los bienes y de las cosas en la medida en que sea compatible con su naturaleza o con las disposiciones destinadas a su protección»[4].

Lógicamente, la evolución tecnológica, tanto en el ámbito de la producción ganadera y mejora alimentaria, como en el de la investigación y la experimentación científica, va a permitir —en determinados casos— la utilización animal en pos de un beneficio para la humanidad. Incluso para estos casos se elaboró la Ley 7/2023, de 28 de marzo, de protección de los derechos y de bienestar de los animales. Al respecto, su preámbulo se inicia expresamente con la siguiente afirmación: «*Cada día resulta más evidente en España la creciente sensibilización de la ciudadanía ante la necesidad de garantizar la protección de los animales en general y, particularmente, de los animales que viven en el entorno humano, en tanto que seres dotados de sensibilidad cuyos derechos deben*

[4] Art. 333bis Cc:

«Los animales son seres vivos dotados de sensibilidad. Solo les será aplicable el régimen jurídico de los bienes y de las cosas en la medida en que sea compatible con su naturaleza o con las disposiciones destinadas a su protección.

El propietario, poseedor o titular de cualquier otro derecho sobre un animal debe ejercer sus derechos sobre él y sus deberes de cuidado respetando su cualidad de ser sintiente, asegurando su bienestar conforme a las características de cada especie y respetando las limitaciones establecidas en ésta y las demás normas vigentes.

Los gastos destinados a la curación y al cuidado de un animal herido o abandonado son recuperables por quien los haya pagado mediante el ejercicio de acción de repetición contra el propietario del animal o, en su caso, contra la persona a la que se le hubiera atribuido su cuidado en la medida en que hayan sido proporcionados y aun cuando hayan sido superiores al valor económico de éste.

En el caso de que la lesión a un animal de compañía haya provocado su muerte o un menoscabo grave de su salud física o psíquica, tanto su propietario como quienes convivan con el animal tienen derecho a que la indemnización comprenda la reparación del daño moral causado».

protegerse, tal y como recogen el artículo 13 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y el Código Civil español».

Al respecto, el artículo 13 el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea dispone lo siguiente: «*Al formular y aplicar las políticas de la Unión en materia de agricultura, pesca, transporte, mercado interior, investigación y desarrollo tecnológico y espacio, la Unión y los Estados miembros tendrán plenamente en cuenta las exigencias en materia de bienestar de los animales como seres sensibles, respetando al mismo tiempo las disposiciones legales o administrativas y las costumbres de los Estados miembros relativas, en particular, a ritos religiosos, tradiciones culturales y patrimonio regional*».

Esta fórmula, en la que el «animal» realiza un tránsito fundamental al pasar de tener la naturaleza jurídica de «cosa» en el ámbito jurídico a la naturaleza jurídica de «ser sensible» y de «ser sintiente», convirtiéndolo en objeto de tutela en sí mismo, ha obligado a los distintos Estados a elaborar una legislación en materia de bienestar animal que incluye, como no, en última instancia el Derecho penal. Sólo, en con los estrictos requisitos recogidos en las leyes relativas a la investigación científica y en materia de reproducción ganadera puede autorizarse su utilización en pos de la especie humana, pero siempre siguiendo unos protocolos muy estrictos, que eviten un sufrimiento innecesario al animal.

Al respecto, la consideración de los animales como seres sintientes, diferentes a las cosas, aunque se les pueda aplicar el régimen jurídico de los bienes y de las cosas en la medida de que sean compatibles con su propia naturaleza o con las disposiciones destinadas a su protección, obliga a tomar como principio rector en todo caso el bienestar animal, evitando el maltrato, el abandono y la muerte cruel o innecesaria. La Ley 17/2021, de 15 de diciembre, aun reconociendo distintas categorías de animales («de compañía, doméstico, silvestre o salvaje»[5]), incluye incluso una serie de obligaciones respecto de los «animales de compañía», en los casos de nulidad matrimonial, separación o divorcio[6], y en el ámbito testamentario[7], que tiene cierto paralelismo con el régimen jurídico que se establece para los hijos de la pareja menores de edad; prohibiendo, de otro lado, además, expresamente que el «animal de compañía» pueda ser objeto de prenda[8] o de hipoteca[9], considerándolos como seres «inembargables»[10].

A pesar de que la citada Ley 17/2021, de 15 de diciembre, reconoce un estatus diferenciado a los animales y, dentro de éstos, un tratamiento específico al llamado

[5] Preámbulo de la Ley 17/2021, de 15 de diciembre.
[6] *Vid.* Art. 90 y siguientes del Cc. y 771.2 774.4 LEC.
[7] Art. 914bis Cc.
[8] Art. 1864 Cc.
[9] Art. 111 de la Ley Hipotecaria.
[10] Art. 605.1 LEC.

«animal de compañía», ésta no define que se considera «animal de compañía». Sólo el artículo 465 Cc, al regular la posesión hace alguna referencia diferenciadora del animal de compañía respecto del animal salvaje o silvestre, al afirmar lo siguiente: «los animales salvajes o silvestres solo se poseen mientras se hallan en nuestro poder; los domesticados se asimilan a los domésticos o de compañía si conservan la costumbre de volver a casa del poseedor o si han sido identificados como tales».

Fue inicialmente la Ley 8/2003, de 24 de abril, de sanidad animal, la que en su artículo 3.3. da una primera definición de «animal de compañía», coincidente con la que ofrece el art. 3.a) de la reciente Ley 7/2023, de 28 de marzo, de protección de los derechos y el bienestar de los animales, en el siguiente sentido: « *Animal de compañía: animal doméstico o silvestre en cautividad, mantenido por el ser humano, principalmente en el hogar, siempre que se pueda tener en buenas condiciones de bienestar que respeten sus necesidades etológicas, pueda adaptarse a la cautividad y que su tenencia no tenga como destino su consumo o el aprovechamiento de sus producciones o cualquier uso industrial o cualquier otro fin comercial o lucrativo y que, en el caso de los animales silvestres su especie esté incluida en el listado positivo de animales de compañía. En todo caso perros, gatos y hurones, independientemente del fin al que se destinen o del lugar en el que habiten o del que procedan, serán considerados animales de compañía. Los animales de producción sólo se considerarán animales de compañía en el supuesto de que, perdiendo su fin productivo, el propietario decidiera inscribirlo como animal de compañía en el Registro de Animales de Compañía».*

El artículo 3.4 de la Ley 8/20003, de 24 de abril definía a los Animales domésticos como *«aquellos animales de compañía pertenecientes a especies que críe y posea tradicionalmente el hombre con el fin de vivir en domesticidad en el hogar, así como los de acompañamiento, conducción y ayuda de personas ciegas o con deficiencia visual grave o severa».*

Por animal silvestre en cautividad se entiende según el artículo 3.d) de la Ley 7/2023, de 28 de marzo, lo siguiente: «*Animal silvestre en cautividad: todo aquel animal silvestre cuyo geno/fenotipo no se ha visto significativamente alterado por la selección humana y que es mantenido en cautividad por el ser humano. Puede ser animal de compañía si se incluye en el listado positivo de animales de compañía, de lo contrario, será considerado a los efectos de esta ley como silvestre en cautividad, sin perjuicio de la sujeción de los animales silvestres de producción a la Ley 32/2007, de 7 de noviembre, para el cuidado de los animales, en su explotación, transporte, experimentación y sacrificio*»[11].

[11] Al respecto, el artículo 3.a) de la Ley 32/2007, de 7 de noviembre, dispone que a los efectos de esta ley se entenderá «*a) Animales de producción: los animales de producción, reproducción, cebo o sacrificio, incluidos los animales de peletería o de actividades cinegéticas, y los silvestres mantenidos, cebados o criados, para la producción de alimentos o productos de origen animal, o para cualquier otro fin comercial o lucrativo. Quedan excluidos los perros, gatos y hurones. Los animales de producción sólo*

El listado positivo de animales de compañía aparece definido en el apartado x) del artículo 3 de la Ley 7/2023, de 28 de marzo, como la «*relación de los animales que pueden ser animales de compañía», siendo desarrollado en los artículos 34 a 37 de dicho texto legislativo, que establece que especies de animales se consideran «animales de compañía» y cuales son los requisitos para incluirse en el listado de animales de compañía, que se concibe como una listado abierto de ámbito estatal, para el que deberá elaborarse el reglamente que lo regule en el plazo de 24 meses desde la entrada en vigor del Ley 7/2023, de 28 de marzo*[12].

En el ámbito del Derecho penal, la Ley Orgánica 3/2023, de 28 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de maltrato animal, introduce en los artículos 340 bis a 340 quinques el Título XVI bis, «de los delitos contra los animales», de su libro segundo, el maltrato, las lesiones o la muerte de un animal vertebrado, castigando con mayor pena cuando se trate de un «animal doméstico, amansado, domesticado o que viva temporal o permanentemente bajo humano»[13].

---

se considerarán animales de compañía en el supuesto de que, perdiendo su fin productivo, el propietario decidiera inscribirlo como animal de compañía en el Registro de Animales de compañía».

[12] Disposición final cuarta de la Ley 7/2023, de 28 de marzo.

[13] Artículo 340 bis CP.

«Será castigado con la pena de prisión de tres a dieciocho meses o multa de seis a doce meses y con la pena de inhabilitación especial de uno a tres años para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales y para la tenencia de animales el que fuera de las actividades legalmente reguladas y por cualquier medio o procedimiento, incluyendo los actos de carácter sexual, cause a un animal doméstico, amansado, domesticado o que viva temporal o permanentemente bajo el control humano lesión que requiera tratamiento veterinario para el restablecimiento de su salud.

Si las lesiones del apartado anterior se causaren a un animal vertebrado no incluido en el apartado anterior, se impondrá la pena de prisión de tres a doce meses o multa de tres a seis meses, además de la pena de inhabilitación especial de uno a tres años para el ejercicio de la profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales y para la tenencia de animales.

Si el delito se hubiera cometido utilizando armas de fuego, el juez o tribunal podrá imponer motivadamente la pena de privación del derecho a tenencia y porte de armas por un tiempo de uno a cuatro años.

Las penas previstas en el apartado anterior se impondrán en su mitad superior cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias agravantes:

Utilizar armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas que pudieran resultar peligrosas para la vida o salud del animal.

Ejecutar el hecho con ensañamiento.

Causar al animal la pérdida o la inutilidad de un sentido, órgano o miembro principal.

Realizar el hecho por su propietario o quien tenga confiado el cuidado del animal.

Ejecutar el hecho en presencia de un menor de edad o de una persona especialmente vulnerable.

Ejecutar el hecho con ánimo de lucro.

Cometer el hecho para coaccionar, intimidar, acosar o producir menoscabo psíquico a quien sea o haya sido cónyuge o a persona que esté o haya estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia.

Van a ser, por tanto, la Ley 7/2023, de 28 de marzo, de protección de los derechos y el bienestar de los animales, en el ámbito del derecho civil y administrativo, y la Ley Orgánica 3/2023, de 28 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de maltrato animal, las que marquen las pautas actuales del estatuto jurídico del «animal de compañía», el que, por su carácter doméstico de convivencia con el ser humano, puede incluirse más limitadamente el animal considerado «mascota». Al respecto, la RAE, define el vocablo «mascota» en su segunda acepción —adecuada aquí— como «animal de compañía». Y por animal de compañía, «dicho de un animal doméstico: que se tiene por la sola utilidad de su compañía».

Sintetizando, como afirma la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla (sección segunda), n. 18/2024, de 18 de enero, «*el bienestar animal no es en ningún caso un principio constitucional consagrado en nuestra Constitución pero el artículo 13 del Tratado de Lisboa como norma de Derecho originario de la UE es principio de máximo rango directamente aplicable en nuestro ordenamiento jurídico en virtud del propio art. 93 de la Constitución Española. Por tanto, no parece ajeno al derecho la consideración del bienestar animal como un principio de orden público interno entendido como principios e instituciones fundamentales en la organización social de un país y que inspiran su ordenamiento jurídico*».

Ejecutar el hecho en un evento público o difundirlo a través de tecnologías de la información o la comunicación.

Utilizar veneno, medios explosivos u otros instrumentos o artes de similar eficacia destructiva o no selectiva.

Cuando, con ocasión de los hechos previstos en el apartado primero de este artículo, se cause la muerte de un animal doméstico, amansado, domesticado o que viva temporal o permanentemente bajo el control humano, se impondrá la pena de prisión de doce a veinticuatro meses, además de la pena de inhabilitación especial de dos a cuatro años para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales y para la tenencia de animales.

Cuando, con ocasión de los hechos previstos en el apartado primero de este artículo, se cause muerte de un animal vertebrado no incluido en el apartado anterior, se impondrá la pena de prisión de seis a dieciocho meses o multa de dieciocho a veinticuatro meses, además de la pena de inhabilitación especial de dos a cuatro años para el ejercicio de la profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales y para la tenencia de animales.

Si el delito se hubiera cometido utilizando armas de fuego, el juez o tribunal podrá imponer motivadamente la pena de privación del derecho a tenencia y porte de armas por un tiempo de dos a cinco años.

Cuando concurra alguna de las circunstancias previstas en el apartado anterior, el juez o tribunal impondrá las penas en su mitad superior.

Si las lesiones producidas no requiriesen tratamiento veterinario o se hubiere maltratado gravemente al animal sin causarle lesiones, se impondrá una pena de multa de uno a dos meses o trabajos en beneficio de la comunidad de uno a treinta días. Asimismo, se impondrá la pena de inhabilitación especial de tres meses a un año para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales y para la tenencia de animales».

II. Fines de la clonación animal. Síntesis

La clonación, como tecnología biológica permite reproducir copias genéticamente idénticas a una unidad biológica. En las últimas décadas desde una perspectiva biotecnológica se ha ido consolidando dentro del ámbito de la investigación científica (médica y farmacológica) dirigida siempre al bienestar del ser humano.

El Código penal en el primer inciso del artículo 160.3 lo único que castita es la «creación de seres humanos idénticos por clonación». En ningún caso se recoge en el Código penal ni la replicación biológica de otros seres distintos a los humanos, aun sintientes, ni la aplicación de las tecnologías propias de la clonación de material biológico humano con una finalidad distinta a la replicación de seres humanos. La taxatividad propia del Derecho penal impide cualquier otra interpretación al respecto.

En esta línea, tomando como objeto de trabajo material biológico de animales distintos al ser humano, la clonación animal, desde que en 1996 se hiciera público el nacimiento de la oveja Dolly, la clonación animal se ha utilizado con distintos fines:

a. En ganadería con la finalidad de mejorar la producción en el ámbito de la alimentación y la ganadería productiva, con los protocolos propios de la legislación sobre sanidad animal.
b. En el ámbito científico médico-farmacéutico, con la finalidad de conseguir la reproducción de tejidos u órganos humanos o compatibles con la especie humana, o como terapia genética, con los protocolos de la legislación sobre investigación biomédica.
c. Para la recuperación de especies de animales extinguidas o en peligro de extinción.
d. O en la mejora de las habilidades determinadas especies competitivas de élite.

La novedad que presenta la clonación reproductiva de animales de compañía o mascotas a lo que se dedican estas breves y apresuradas reflexiones es respecto su nula utilidad colectiva, puesto que ni da lugar, desde un punto de vista especista, a una mejora de la humanidad, ni, desde una perspectiva más amplia, tampoco supone un incremento de las condiciones para mejorar el bienestar animal, ni a una determinada especie animal, ni un determinado ecosistema. El fin único y último de la clonación de animales de compañía es el de satisfacer al «propietario» del animal clonado y a los intereses comerciales de quien se dedica a esta actividad. La clonación de animales de compañía no aporta nada ni a la humanidad ni al resto de las especies.

La simple utilización de estas técnicas de clonación animal, con fines comerciales privados, como es la clonación de animales de compañía, debe vincularse necesariamente a los postulados de las recientes legislaciones en materia de bienestar animal, tomando al animal con el estatuto jurídico de «ser sintiente» distinto a la cosa. Ello hace plantear el problema del bienestar de los animales clonados, de los animales que van a ser utilizados para conseguir la replicación de la mascota (la madre gestante, por ejemplo) y las cuestiones éticas acerca de la creación de animales con características

diseñadas sin que esto aporte ningún beneficio ni a la humanidad ni al ecosistema. La clonación del animal de compañía no aporta ningún beneficio ni a la humanidad ni al propio animal que se clona, ni a la especie a la que pertenece el animal clonado, pues con la aplicación de esta técnica lo que se crea es otro animal, genéticamente idéntico al clonado, pero distinto al mismo.

Al respecto, en países como España, donde no existe una legislación específica ad hoc acerca de la regulación de la clonación animal con fines reproductivos, debe partirse de las legislaciones generalistas sobre «bienestar animal». Asi, debe tenerse muy presente el cambio de la naturaleza jurídica que se produce respecto del animal, pasando de ser considerado jurídicamente cosa mueble, al serle reconocida la naturaleza jurídica de «ser sintiente», y sujeto de los derechos que dicho cambio representa. El cambio de la concepción especista de la sociedad a una antiespecifista, con la consideración de los animales no humanos como seres sintientes, a los que se le reconoce el derecho al bienestar animal, va a obligar a dejar de considerar a los animales como simples medios para la realización de los fines humanos, en línea de construir una justicia social interespecie[14].

En la última década incluso se ha planteado un cierto debate respecto de la «calidad «de los alimentos derivados de animales clonados y su posible efecto en la salud humana. Al respecto, aun cuando no se ha detectado científicamente la incidencia en la salud humana del alimento derivado del animal clonado, la Unión Europea ha sido muy reacia a admitirla, adoptado en última instancia la decisión de que dicha procedencia se indique expresamente en el etiquetado del producto, mientras que los Estados Unidos, por ejemplo, optaron por no intervenir en la materia, no exigiendo la comunicación de dicha procedencia, creando el problema acerca de las importaciones de alimentos procedentes de animales clonados con entrada en la Unión Europea.

En todo caso, el ámbito de la investigación con animales, el paradigma ético sobre la base del bienestar animal se plantea sobre el principio de las tres «r», esto es, reemplazo, reducción y refinamiento de los animales utilizados en la investigación, la enseñanza, las pruebas y la exhibición[15]. Por «reemplazar» se propone, toda vez que sea posible, el uso de animales vivos en experimentación por otras alternativas viables o por animales menos sintientes; por «reducir» se propone disminuir el uso de animales, utilizando un número razonable, no arbitrario, sino basado en criterios estadísticos y de diseño; y por «refinar» se propone adecuar el protocolo de trabajo para minimizar potencial stress, dolor, sufrimiento o daño permanente que los animales puedan llegar a experimentar. Ello para obtener resultados válidos.

[14] Fernandez, L., «¿Máquinas biotecnológicas o seres sintientes? Una aproximación antiespecista a la clonación de animales no humanos», *Bioética y Derecho*, 2019, n. 47, p. 143.

[15] Los principios de las 3Rs fueron acuñados por Russell y Burch en su libro «The Principle of Humane Experimental Technique» en 1959.

Principio de las tres «r» que habrá que analizar también respecto de la clonación de animales de compañía; acompañado del respeto a la consideración de los animales como seres sintientes y de la realidad de que este tipo de clonación no aporta nada a la mejora de las condiciones de vida ni de la humanidad ni del resto de los seres vivos.

III. La clonación de mascotas

Como se ha apuntado con anterioridad, la legislación en materia de bienestar animal ha definido al «animal de compañía», siendo este termino el que la segunda acepción del diccionario de la Real Academia Española al termino «mascota». Por lo que se puede afirmar hablar de mascota o de animal de compañía es lo mismo.

La clonación de mascotas que se publicita por algunas empresas no tiene más finalidad que satisfacer el deseo de su titular, sin ningún aporte ni a la humanidad ni al propio individuo clonado. Técnicamente es posible y jurídicamente, en España, no está expresamente regulada. Todo dependerá de la compatibilidad de dichas técnicas con la reciente legislación sobre bienestar anima

Se trata de establecer criterios éticos que, sin caer en el especismo, puedan diferenciar entre los beneficios que pueden derivarse del uso de la biotecnología y la clonación de animales en relación con el bienestar y la salud del ser humano, o del simple placer del sujeto que decide replicar a su mascota. Aún cuando en ambos casos pueda plantearse que parte de una lógica especista y de supremacía humana[16], parece evidente que los postulados éticos de partida son bien distintos.

La utilización de la clonación en este caso se utiliza como técnica exclusivamente reproductiva, distinta a la reproducción natural y a otras técnicas de reproducción asistida; aunque éstas puedan ser instrumentales respecto del objetivo final de tener un animal idéntico al anterior.

Al respecto, se ha indicado que los animales expuestos a clonación experimentan dolor y sufrimiento constante, que se manifiesta al menos en cuatro áreas diferentes: 1) durante el propio procedimiento de clonación que, en sí mismo es doloroso; 2) muy frecuentemente se dan complicaciones obstétricas en el animal subrogado; 3) la salud de los animales clonados está generalmente en riesgo (altas tasas de abortos, nacimientos de fetos muertos, muertes tempranas, anormalidades genéticas, enfermedades crónicas…). También se ha apuntado que la mayoría de los animales clonados tendrán que soportar el sufrimiento que implica la experimentación sobre sus cuerpos[17]; lo que —en principio— no se daría en el caso de la clonación del animal de compañía, que se hace por puro placer.

[16] Fernandez, L., «¿Máquinas biotecnológicas…, ob. cit., p. 150.

[17] Fernandez, L., «¿Máquinas biotecnológicas…, ob. cit., p. 152, citando a Fiester, A.

Resulta evidente que el abandono de la naturaleza de cosa al animal y su paso a ser considerado en el ordenamiento Jurídico como ser sintiente, va a ser relevante, pues el nuevo estatus jurídico del animal hace difícilmente su compatibilidad con el un interés exclusivamente económico o mercantil, en el caso de la clonación de animales de compañía.

Por otra parte, como en cualquier en cualquier especie de animal mamífero, la técnica de clonación de «animales de compañía» o mascota, exige necesariamente de la participación de una madre «gestante» que es a la que se va a transferir el material genético objeto de la clonación y la que va a dar a luz al nuevo individuo, teóricamente genéticamente idéntico a aquel del que se ha obtenido el material genético para llevar a cabo la clonación. La hembra receptora de embriones clonados, funciona como una «madre subrogada», con los mismos problemas respecto de su «cosificación» que se presentan en el debate ético y jurídico respecto de la maternidad subrogada en el ámbito humano.

Al respecto, de un lado, se ha apuntado la existencia de una alta tasa de abortos muy alta y de un porcentaje de cesáreas mayor que en reproducción fruto de la clonación, que en otras técnicas de reproducción, debido a determinadas patologías fetales que aconsejan ese método para el parto, según había apuntado la Agencia Europea de Seguridad Alimentaria. En la misma línea, recientemente el Grupo Europeo de Ética ha afirmado que «teniendo en cuenta el nivel actual de sufrimiento y los problemas de salud de presas sustitutivas y clones de animales, tiene dudas acerca de si la clonación de animales está justificada o no desde el punto de vista ético»[18].

Aunque no exista una legislación ad hoc en España, ni en la Unión Europea, que regule expresamente la práctica de clonación de animales de compañía, lo que hay que plantear si esa práctica es compatible con el estatus jurídico de ser sintiente, distinto a la cosa, que le otorga tanto el Código civil al animal, así como todos los derechos que al mismo se le reconocen en la Ley de Bienestar Animal de 2023.

No cabe duda, que en estos casos las madres gestantes de los animales de compañía clonados, son cosificadas, como simples portadoras del proceso reproductivo por el que se está creando a un individuo de una determinada especie animal idéntico a uno anterior, diferente en todo caso de la madre gestante. Esa cosificación afecta, sin lugar a dudas, al estado de bienestar del animal, en un procedimiento que no aporta nada ni en beneficio de la humanidad, ni en beneficio de la ciencia. Lo único que aporta es satisfacer el placer o el sentimiento del titular de la mascota y el interés económico de quién practica este tipo de reproducción.

[18] https://cordis.europa.eu/article/id/29013-ethics-group-warns-of-animal-welfare-implications-of-cloning/

IV. ¿Existe un derecho a la individualidad y unicidal propia del animal de compañía como «ser sintiente?»

Frente al especismo se ha impuesto en las recientes propuestas legislativas aprobadas una propuesta antiespecista, que califican a los animales como seres sintientes, independientemente de su especie, y que —como tales seres sintientes— tienen unos derechos básicos que siempre deben ser respetados[19]. Respeto que debe ser más garantizado por el Estado de Derecho cuando con la actividad no se aporta nada ni en beneficio de la humanidad, ni en beneficio de la ciencia. Por lo que habrá que determinar cuales son esos derechos básicos, y en que casos, excepcionales, reglados y debidamente motivados podrán ser afectados en estas técnicas de comercialización de la clonación de animales de compañía.

Al respecto, se ha afirmado que «el auge de la clonación y transgénesis empuja a los animales no humanos a convertirse en máquinas biotecnológicas al servicio de los seres humanos»[20], lo cual choca con su estatus jurídico de «seres sintientes» diferenciados del estatus jurídico de cosa.

En la Unión Europea se planteó entre 2013 y 2015 la posibilidad de regular expresamente a clonación de animales criados y reproducidos con fines ganaderos, optando inicialmente por la prohibición total de la «clonación de animales» y también de la «introducción en el mercado y la importación de clones de animales, clones de embriones, descendientes de clones de animales, productos reproductivos de clones de animales y de su descendientes y alimentos producidos a partir de clones de animales y de sus descendientes» en la propuesta de resolución legislativa del Parlamento europeo de 8 de septiembre de 2015, sobe la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la clonación de animales derivados y reproducidos con fines ganaderos[21]. Finalmente, en 2020, se retira expresamente la propuesta legislativa europea[22], si bien tampoco se ha de inclinado a su aceptación, tal y como si se ha hecho expresamente en Estados Unidos. Expresamente, no obstante, el Reglamento (UE) 2018/848 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de mayo de 201 sobre producción ecológica y etiquetado de los y por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 834/2007 del Consejo[23], prohíbe expresamente la clonación animal para la producción ecológica.

[19] Las excepciones vienen determinadas expresamente en las leyes.

[20] Fernandez, L., «¿Máquinas biotecnológicas…, ob. cit., p. 156.

[21] Diario Oficial de la Unión Europea, de 22 de septiembre de 2017. Se unían en la tramitación legislativa, las propuestas de directivas COM(2013) 893 final, Propuesta de Directiva del Consejo relativa a la introducción en el mercado de alimentos derivados de clones de animales; y COM(2013) 892 final, Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la clonación de animales de las especies bovina, porcina, ovina, caprina y equina criados y reproducidos con fines ganaderos.

[22] Diario Oficial de la Unión Europea, de 19 de septiembre de 2020.

[23] Diario Oficial de las Comunidades Europeas de 14 de junio de 2018.

De otro lado, si bien no se reconoce, un derecho a la unicidad e individualidad genética de los animales, como seres sintientes, como si se acepta en la Declaración Universal sobre el Genoma Humano, no cabe duda de que cualquier modificación genética podrá desarrollar una alteración en la biodiversidad.

V. Concepto de «bienestar animal», como límite a la clonación reproductiva de animales de compañía

Se viene hablando desde el principio de estas breves reflexiones sobre la clonación animal que en aquellas legislaciones que no regulan expresamente la clonación animal reproductiva, va a ser la interpretación de la legislación genética sobre bienestar animal la que puede suponer un limite a la misma. El concepto de «bienestar animal», esto es el del bienestar del «ser sintiente», en una visión del cosmos que ha dejado de ser especista. Es, precisamente, de esta la Ley 7/2023, de 28 de marzo, de protección de los derechos y el bienestar de los animales, de donde se debe inferir el contenido del manido concepto de «bienestar animal», y su compatibilidad o no con los «sufrimientos» y alteraciones que implica la clonación de animales de compañía, que sólo vienen a satisfacer el sentimiento de una parte de las partes contratantes y los intereses económicos de la otra parte contratante.

El artículo 3.k, de la Ley 7/2023, de 28 de marzo, de protección de los derechos y el bienestar de los animales, define el Bienestar animal como el «estado físico y mental de un animal en relación con las condiciones en que vive y muere, en los términos definidos por la Organización Mundial de Sanidad Animal».

La Ley 7/2023, de 28 de marzo, parte de un principio esencial para una interpretación correcta de su articulado: del «reconocimiento y protección de la «dignidad de los animales por la sociedad». Así el preámbulo afirma que «*el principal objetivo de esta ley no es tanto el garantizar el bienestar de los animales evaluando las condiciones que se les ofrecen, sino el regular el reconocimiento y la protección de la dignidad de los animales por parte de la sociedad. Por tanto, no regula a los animales como un elemento más dentro de nuestra actividad económica a los que se deban unas condiciones por su capacidad de sentir, sino que regula nuestro comportamiento hacia ellos como seres vivos dentro de nuestro entorno de convivencia"…"La tenencia de animales de compañía debe llevar aparejada una responsabilidad a la altura del cuidado que se debe dar a un ser diferente a una cosa, por lo que la tenencia de animales de compañía debe suponer un compromiso con su cuidado en el transcurso del tiempo, su identificación y con su integración en el entorno».*

Al mismo tiempo, se justifica un proceso de cría y comercio de los animales de compañía, regido por normas garantistas respecto de los animales como «seres sintientes». Así, ase afirma lo siguiente en el Prámbulo de la Ley: «*El titulo III, relativo a la cría, comercio, identificación, transmisión y transporte de animales, regula en su capitulo I la cría y comercio de animales que deben regirse por normas garantistas y claras,*

distinguiendo a los animales por su condición de seres sintientes. La cría solo podrá realizarse por criadores registrados, con mecanismos de supervisión veterinaria, para conseguir que se realice de forma responsable y moderada».

En relación a su articulado, se pueden destacar algunos preceptos que, en una interpretación correcta, harían inviable la clonación comercial de animales de compañía:

Art. 1.2. «*Se entiende por derechos de los animales su derecho al buen trato, respeto y protección, inherentes y derivados de su naturaleza de seres sintientes, y con las obligaciones que el ordenamiento jurídico impone a las personas, en particular a aquéllas que mantienen contacto o relación con ellos».*

Art. 3.y) Definición de «Maltrato»: «*cualquier conducta, tanto por acción como por omisión, que cause dolor, sufrimiento o lesión a un animal y perjudique su salud, o provoque su muerte, cuando no esté legalmente amparada».*

«Artículo 24. *Obligaciones generales con respecto a los animales de compañía y silvestres en cautividad.*

1. Todas las personas están obligadas a tratar a los animales conforme a su condición de seres sintientes.
2. En particular, sus tutores o responsables deberán observar las siguientes obligaciones respecto de los animales incluidos en el ámbito de aplicación de esta ley:

Mantenerlos en unas condiciones de vida dignas, que garanticen su bienestar, derechos y desarrollo saludable. …

Educar y manejar al animal con métodos que no provoquen sufrimiento o maltrato al animal, ni le causen estados de ansiedad o miedo.

E) Prestar al animal los cuidados sanitarios necesarios para garantizar su salud y, en todo caso, los estipulados como obligatorios según su normativa específica, así como facilitarles un reconocimiento veterinario, con la periodicidad que se determine reglamentariamente, que deberá quedar debidamente documentado, en su caso, en el registro de identificación correspondiente».

«*Artículo 25. Prohibiciones generales con respecto a los animales de compañía y silvestres en cautividad.*

Quedan totalmente prohibidas las siguientes conductas o actuaciones referidas a los animales de compañía o silvestres en cautividad:

A. Maltratarlos o agredirlos físicamente, así como someterlos a trato negligente o cualquier práctica que les pueda producir sufrimientos, daños físicos o psicológicos u ocasionar su muerte.

B. Usar métodos y herramientas invasivas que causen daños y sufrimientos a los animales, sin perjuicio de los tratamientos veterinarios realizados por profesionales veterinarios colegiados y otras excepciones que se establezcan reglamentariamente.

G. Someterlos a trabajos inadecuados o excesivos en tiempo o intensidad respecto a las características y estado de salud de los animales.

J. Utilizar animales como reclamo recompensa, premio, rifa o promoción.

L. Utilizar cualquier artilugio, mecanismo o utensilio destinado a limitar o impedir su movilidad en un punto fijo salvo por prescripción veterinaria atendiendo a su bienestar.

N. Utilizar cualquier artilugio, mecanismo o utensilio destinado a limitar o impedir su *movilidad salvo por prescripción veterinaria atendiendo a su bienestar».*

«Artículo 26. Obligaciones específicas con respecto a los animales de compañía.

Los titulares o personas que convivan con animales de compañía tienen el deber de protegerlos, así como la obligación de cumplir lo previsto en la presente ley y en la normativa que la desarrolle, y en particular:

d) Adoptar las medidas necesarias para evitar la reproducción incontrolada de los animales de compañía. La cría sólo podrá ser llevada a cabo por personas responsables de la actividad de la actividad de la cría de animales de compañía inscritas como tales en el correspondiente Registro».

«Artículo 27. *Prohibiciones específicas respecto de los animales de compañía.*

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 25, quedan expresamente prohibidas las siguientes actividades sobre los animales de compañía:

j) Llevar a cabo actuaciones o prácticas de selección genética que conlleven problemas o alteraciones graves en la salud del animal».

Por otra parte, debe tenerse presente que la clonación reproductiva de animales de compañía no deja de ser una forma de reproducción animal, por lo que tendrá que respetar, en todo caso, lo dispuesto en el Título III de la Ley 7/2023, de 28 de marzo de bienestar animal, donde se exigen una serie de autorizaciones administrativas para la cría de animales de compañía, con un exhaustivo control de la administración tanto del los responsables profesionales de la cría, como de los animales dedicados a la reproducción, también en el caso de la actividad no comercial. En concreto, se pueden citar algunos aspectos, que relevantes de la Ley en materia de reproducción y cría de animales de compañía:

Artículo 52.1 «*Se prohíbe la cría o transmisión como animales de compañía de los animales no incluidos en el listado positivo de animales de compañía».*

Artículo 53. *Cría de animales de compañía.*

1. La actividad de la cría de animales de compañía solamente podrá llevarse a cabo por personas debidamente inscritas en el Registro de Criadores de Animales de Compañía.

5. Cualquier persona responsable de la actividad de cría de animales de compañía deberá acreditar la formación que reglamentariamente se determine para poder ejercer su actividad, según la categoría de criador en la que se inscriba.

6. Las condiciones para la autorización de la actividad de la cría, tipos de criadores autorizados, periodicidad y condiciones de los individuos reproductores se desarrollarán reglamentariamente.

Artículo 54. *Inscripción en el Registro de Criadores de Animales de Compañía.*

a) La inscripción en el Registro de Criadores de Animales de Compañía supondrá la adquisición oficial de la condición y constituirá, una vez validada por la Administración competente, la autorización para el desarrollo de sus actividades. El Registro será de competencia autonómica en su ejecución, en el marco de las bases que reglamentariamente establezca el Estado, sin perjuicio de que de cada inscripción deba darse cuenta a la Administración General del Estado a los efectos de la necesaria coordinación, para que, desde el momento de la incorporación al Registro general de la anotación en el autonómico, las correspondientes inscripciones surtan efecto en toda España.

b) En el caso de los criadores de categorías no comerciales, como los criadores puntuales u otros que se determinen reglamentariamente, la inscripción como

criador en el Registro de Criadores de Animales de Compañía se realizará de forma automática en el momento de la transmisión a nombre del titular del primer animal inscrito como reproductor, o tras la inscripción como reproductor del primer animal del que ya fuera titular, según lo recogido como obligatorio para animales reproductores en el artículo 51.3, y sin perjuicio de las obligaciones que les correspondan según su categoría.

c) La inscripción en el Registro de Criadores habilita a las personas responsables de la actividad de la cría y venta de animales de compañía para acceder a cualquier programa de apoyo dirigido a las mismas, de acuerdo con la normativa vigente.

Artículo 54. *Inscripción en el Registro de Criadores de Animales de Compañía.*

1. La inscripción en el Registro de Criadores de Animales de Compañía supondrá la adquisición oficial de la condición y constituirá, una vez validada por la Administración competente, la autorización para el desarrollo de sus actividades. El Registro será de competencia autonómica en su ejecución, en el marco de las bases que reglamentariamente establezca el Estado, sin perjuicio de que de cada inscripción deba darse cuenta a la Administración General del Estado a los efectos de la necesaria coordinación, para que, desde el momento de la incorporación al Registro general de la anotación en el autonómico, las correspondientes inscripciones surtan efecto en toda España.
2. En el caso de los criadores de categorías no comerciales, como los criadores puntuales u otros que se determinen reglamentariamente, la inscripción como criador en el Registro de Criadores de Animales de Compañía se realizará de forma automática en el momento de la transmisión a nombre del titular del primer animal inscrito como reproductor, o tras la inscripción como reproductor del primer animal del que ya fuera titular, según lo recogido como obligatorio para animales reproductores en el artículo 51.3, y sin perjuicio de las obligaciones que les correspondan según su categoría.
3. La inscripción en el Registro de Criadores habilita a las personas responsables de la actividad de la cría y venta de animales de compañía para acceder a cualquier programa de apoyo dirigido a las mismas, de acuerdo con la normativa vigente.

V. CONCLUSIONES

La clonación reproductiva de animales de compañía tiene una finalidad exclusivamente especista y elitista, difícilmente compatible con la consideración de seres sintientes, con un estatus jurídico propio, diferente al de las cosas, que da la legislación elaborada en el último lustro y vigente en la actualidad. La garantía de los derechos que como tales seres sintientes asisten al animal, hacen difícil su compatibilidad con su cosificación en el proceso de clonación del animal de compañía o mascota. Esta actividad sólo satisface a los sujetos del contrato mercantil al que se llega. De un lado, los sentimientos que puede tener el titular de la mascota clonada que le lleva a «inmortalizarlo» genéticamente, y, de otro lado, el interés comercial y mercantil de la empresa que ofrece el servicio. La cosificación gratuita que deben utilizarse para llevar a cabo la clonación del concreto animal de compañía los convierte en objeto para un

fin, la madre gestante, las donantes de óvulos para la clonación, etc. se cosifican, y se someten a una serie de intervenciones biomédicas que claramente afectan al bienestar físico y psíquico que se hacen difícilmente compatibles con el respeto a la vida digna del animal que impone la Ley vigente.

En todo caso, de *lege ferenda,* debería regularse expresamente la clonación animal reproductiva, con las excepciones que considere la comunidad científica en materia de salvar especies y extinción o con finalidad ganadera alimentaria; regulación que, en la que, en todo caso, quedaría prohibida como infracción administrativa muy grave la clonación reproductiva de animales de compañía.

8

DELITOS APOLOGÉTICOS A TRAVÉS DE LAS TIC: SUICIDIO, AUTOLESIÓN, TRASTORNO ALIMENTARIO Y ABUSO SEXUAL DE MENORES Y DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD NECESITADAS DE ESPECIAL PROTECCIÓN[*]

MIGUEL ÁNGEL BOLDOVA PASAMAR[**]
Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Zaragoza

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. MOTIVACIÓN PARA LA NUEVA TIPIFICACIÓN DE CONDUCTAS ANTES IMPUNES. III. LA RELACIÓN ENTRE LAS TIC Y LAS CONDUCTAS QUE SE PRETENDEN PREVENIR. IV. NOTAS SOBRE LAS CARACTERÍSTICAS DE ESTOS DELITOS. V. REGULACIONES EN EL ÁMBITO DEL DERECHO COMPARADO. V.1. Australia. V.2. Rusia. V.3. Europa. V.3.1. *Reino unido.* V.3.2. *Francia.* V.3.3. *Italia.* VI. A MODO DE EPÍLOGO. VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia[1], introdujo en nuestro Código penal como delito cuatro conductas de carácter apologético, sin que por ello necesariamente hayan de subsumirse en la categoría jurídica de apología para cometer un delito, sino tan solo en la extrajurídica de apología de comportamientos atípicos, aunque lesivos o de alto riesgo. En efecto, tres de ellas consisten en provocar o fomentar que los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección realicen acciones contra su propia vida (art.

[*] El presente trabajo se enmarca dentro del Proyecto I+D «El Derecho Penal ante los retos actuales de la Biomedicina» (PID2022-136143OB-100) del Plan Estatal de Investigación Científica del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, así como de los objetivos del Grupo de Estudios Penales y de la Cátedra Johnson & Johnson de Derecho y Salud de la Universidad de Zaragoza.

[**] Con tristeza escribo esta breve contribución como homenaje a mi querido condiscípulo, Carlos María Romeo Casabona, quien siempre fue un referente para nuestra escuela por su extraordinaria capacidad de trabajo y de organización. De él hemos aprendido mucho Derecho Penal, pero sobre todo nos ha ofrecido grandes lecciones de humanidad, esfuerzo de superación y resiliencia. Descanse en paz.

[1] El Comité de los Derechos del Niño en sus observaciones generales de 2 de marzo de 2018 sobre España lamentaba la falta de una ley de protección integral contra la violencia en la infancia; v. Committee on the Rights of the Child, *Concluding observations on the combined fifth and sixth periodic reports of Spain*, p. 6.

143 bis) y lesionen o pongan en riesgo su integridad corporal o su salud (arts. 156 ter y 361 bis), es decir, conductas no delictivas en cuanto que implican la libre disposición por su titular del propio cuerpo. La cuarta, en cambio, se refiere fundamentalmente a la provocación de delitos contra la libertad e indemnidad sexual (art. 189 bis) de menores y de personas con discapacidad necesitadas de especial protección[2]. Sin embargo, en este supuesto tampoco se puede afirmar que nos encontremos en rigor ante una apología en el sentido del art. 18.1 del Código penal, pues aquél no tiene por objeto —según la definición legal— ensalzar el crimen o enaltecer a su autor, sino en provocar directamente a la comisión de un delito. Y, además, como la apología solo es delictiva como forma de provocación, en realidad el nuevo delito constituye una modalidad específica o autónoma de provocación para delinquir, siempre y cuando se requiera una incitación «directa» a cometer el delito.

Se trata pues de la punición de actos preparatorios, que suponen una excepción a su carácter generalmente no delictivo, lo que debería conducir a excluir la punición tanto de la tentativa como de la participación[3]. Su común denominador radica en dos datos: el específico sujeto pasivo y el específico medio de comisión. Dichos delitos como regla general solo pueden cometerse contra personas que presentan una especial vulnerabilidad por su condición personal y solo pueden realizarse a través de dispositivos digitales, es decir, de medios que permiten o facilitan la publicidad mediante una amplia y generalmente indiscriminada expansión de sus contenidos y que dotan de un cierto anonimato a sus autores (frente al resto de medios de comunicación tradicionales), lo que los convierte en delitos tecnológicos. Se citan expresamente internet, el teléfono o

[2] En esta nueva figura no se comprende la provocación a cualquier delito sexual contra menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, dado que se tipifica únicamente la apología de los delitos del Capítulo II (agresiones sexuales a menores de dieciséis años), IV (exhibicionismo y provocación sexual) y V (prostitución, explotación sexual y corrupción de menores) del Título VIII del Código penal. Por tanto, quedan fuera de su ámbito tanto la apología de agresiones sexuales a menores que han alcanzado la edad de consentimiento sexual (esto es, dieciséis años), como el delito de acoso sexual (aun cuando pudieran tener igual relevancia que otros delitos sexuales contra menores, como por ejemplo el acoso en el ámbito docente o el acoso cometido en centros de protección o reforma de menores). En sentido opuesto, y como extensión de la punición de la apología de este grupo de delitos sexuales contra menores y personas con discapacidad necesitadas de especial protección, se han incluido además los delitos de prostitución coactiva y explotación sexual cuando la víctima es mayor de edad, lo que hace preguntarse por qué debería ser punible la apología de estos delitos sexuales contra adultos y no la de otros delitos sexuales que son más graves.

[3] Cuervo Nieto, «La inducción al suicidio de menores de edad a través de las nuevas Tecnologías (Análisis del nuevo artículo 143 bis del Código Penal: contenido del tipo y problemas de aplicación)», *La Ley* 6367/2022, p. 7, descartando la admisión de las formas imperfectas de ejecución. En sentido opuesto, admitiendo también las reglas de la autoría y partipación Fernández Hernández, «La tipificación de la puesta a disposición de materiales aptos para la comisión de conductas suicidas y autolesivas», Diálogos jurídicos España-México: volumen X / coord. por Antonio Fernández Hernández, 2023, pp. 101 ss.

cualquier otra tecnología de la información o de la comunicación, fórmula esta última que permite adaptarse a las evoluciones tecnológicas del futuro.

II. Motivación para la nueva tipificación de conductas antes impunes

El Preámbulo de la LO 8/2021, de 4 de junio, señala que se crean nuevos tipos delictivos para evitar la impunidad de conductas realizadas a través de medios tecnológicos y de la comunicación, que producen graves riesgos para la vida y la integridad de las personas menores edad, así como una gran alarma social. No obstante, tan escueta afirmación sobre la alarma social no viene acompañada de estudios o de estadísticas que pongan de manifiesto la necesidad de una intervención penal en nuestro país por la comprobada relación causal que parece presuponerse entre dichos comportamientos autolesivos de los menores y su acceso por medios digitales a contenidos inadecuados a su edad (o condición en el caso de personas con discapacidad)[4]. Es cierto que el desarrollo del entorno digital y el uso de las nuevas tecnologías han creado muchas y nuevas oportunidades para los ciberdelincuentes por cuanto los menores se exponen a contenidos perjudiciales o ilícitos[5], pero también a abusos sexuales de toda índole[6], habiéndose demostrado que la victimización en línea múltiple es un problema frecuente entre los adolescentes[7] y que el desarrollo saludable y el bienestar físico, emocional y psicológico de éstos se pone en riesgo en los entornos digitales por múltiples factores, muchos de ellos de etiología criminal[8]. El hecho de que se haya incrementado desde la

[4] En este sentido, criticando el empleo de la justificación únicamente basada en la existencia de una «gran alarma social», lo que constituye una noción vaporosa, contingente y voluble González Uriel, «El delito de promoción, fomento o incitación al suicidio de menores o de personas con discapacidad necesitadas de especial protección mediante las TIC (1)», *La Ley Penal* n.º 159, 2022, p. 3.

[5] V. Sanz Mulas, «Pornografía en Internet», *Revista Penal,* n. 23, 2009, p. 198 señala la imposterga ble necesidad de soluciones jurídicas que permitan conjugar la libertad de información con la preservación de los intereses del menor (su derecho a la propia imagen, a la privacidad, a la dignidad y al libre desarrollo de su personalidad). Pero, como también indica, no cabe duda sobre que las específicas connotaciones de internet se alzan como serios obstáculos a la hora de afrontar soluciones jurídicas.

[6] En Europa, uno de cada cinco niños es víctima de alguna forma de violencia sexual (https://www.coe.int/en/web/children/underwear-rule). La preocupación en Europa por los desafíos de internet y los menores se plasma en la Recomendación CM/Rec(2018)7 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre las Directrices para respetar, proteger y hacer efectivos los derechos del niño en el entorno digital (adoptada por el Comité de Ministros el 4 de julio de 2018).

[7] Montiel/Pereda/Carbonell, «Multiple online victimization of Spanish adolescents: Result from a community sample», *Child Abuse & Neglect,* 52 (2016), p. 132.

[8] Entre esos factores se destacan: a) explotación y abuso sexuales, solicitud con fines sexuales (*grooming*), reclutamiento en línea de niños para la comisión de delitos, para su participación en movimientos políticos o religiosos extremistas o con fines de trata; b) la representación degradante y estereotipada y la hipersexualización de mujeres y niños en particular; la representación y glorificación de la violencia y las autolesiones, en particular los suicidios; expresiones degradantes, discriminatorias o racistas o apología

pandemia la sobreexposición a pantallas y actividades en línea ha ampliado los riesgos derivados de internet y ha puesto sobre la mesa la discusión de cómo han de afrontarse, sin que ello afecte a los derechos de libertad de expresión y comunicación, así como los derechos a la privacidad e intimidad de los usuarios (como, por ejemplo, mediante el escaneo generalizado de la web, la vigilancia generalizada de las comunicaciones privadas o la creación de puertas traseras en las aplicaciones para debilitar el cifrado). Es decir, nos encontramos en un momento en el que se está decidiendo la creación de nuevas normativas para hacer frente al problema de las TIC y las personas vulnerables sin renunciar al recurso del Derecho Penal, como se ha hecho recientemente en España.

De tales tipificaciones a las que hemos aludido apenas hay precedentes en el entorno del Derecho comparado, ni tampoco existía (ni existe) una obligación derivada de una norma de Derecho internacional que motivara una intervención penal de naturaleza preventiva. Sin embargo, los avances tecnológicos y las nuevas formas de generar a través de los mismos importantes riesgos para un acceso seguro de los menores a internet en forma de mensajes y contenidos gravemente inadecuados para personas que no han completado su formación personal (o, como en el caso de las personas con discapacidad necesitadas de especial protección, que no están en disposición de hacerlo), están forzando al legislador a generar respuestas normativas que combatan la libertad de inducir a través de dichos medios a la realización de comportamientos gravemente lesivos para bienes jurídicos esenciales de personas especialmente vulnerables y su consabida impunidad, por tratarse de un ámbito no regulado hasta ahora y por el que se pretendería conjurar un riesgo, y no la lesión de un bien jurídico.

Cada vez son más numerosos los delitos de naturaleza digital o relativos a las nuevas tecnologías que se están incorporando al Código penal. Prueba del rápido crecimiento de esta clase de delitos es que, además de los mencionados con anterioridad, se observa cada poco tiempo la necesidad de ir ampliando su elenco. Sin ir más lejos, el Anteproyecto de Ley Orgánica para la protección de las personas menores de edad en los entornos digitales detecta otras situaciones directamente relacionadas con el acceso seguro de los menores a internet que todavía no han sido objeto de una respuesta legislativa, la cual se requiere contemplar con urgencia debido a la rápida evolución de las tecnologías, capaces de generar situaciones hasta ahora imposibles o inconcebibles

---

de dicha conducta; publicidad, contenido para adultos; c) intimidación, acecho y otras formas de acoso, difusión no consentida de imágenes sexuales, extorsión, incitación al odio, piratería informática, apuestas, descargas ilegales u otras infracciones de la propiedad intelectual, explotación comercial; d) uso excesivo, falta de sueño y daño físico (riesgos para la salud). V. *Guidelines to respect, protect and fulfil the rights of the child in the digital environment. Recommendation CM/Rec(2018)7 of the Committee of Ministers*, Consejo de Europa, 2018, pp. 19 s.

(por ejemplo, crear mediante inteligencia artificial la representación sexual idéntica, pero absolutamente virtual, de una persona)[9].

III. Notas sobre las características de estos delitos

Así pues, en España desde el año 2021 se castiga (teóricamente, pues en la práctica todavía no constan condenas) a quienes, a través de medios electrónicos, promueven, fomentan, incitan o facilitan (verbos típicos de amplio espectro, susceptibles de subsumir numerosas formas de realización) el suicidio, la autolesión o los trastornos alimentarios entre personas menores de edad o de personas con discapacidad necesitadas de especial protección, así como la comisión de delitos de naturaleza sexual contra estas personas. No se precisa para la consumación de tales delitos resultado alguno (ni muerte, ni lesión, ni peligro concreto para la salud, ni tentativa de un delito sexual) y ni siquiera es necesario para que se consume el delito que los contenidos difundidos o distribuidos públicamente lleguen a ser percibidos por sus destinatarios. Es decir, se adelantan las barreras de protección penales, elevando a delitos autónomos varios que se presentan como puros delitos de peligro abstracto[10].

Como se ha dicho, solo en el caso de la apología de la pederastia nos encontramos ante una forma de provocación en el sentido del Código penal. No es así cuando se trata de provocar el suicidio, la autolesión o el trastorno alimentario, pues en estos últimos no se provoca a un delito propiamente dicho, sino a una conducta atípica. Tanto el suicidio y la autolesión como el consumo de productos, preparados o sustancias o la utilización de técnicas de ingestión o eliminación de productos alimenticios cuyo uso sea susceptible de generar riesgo para la salud, aunque realizados por menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, en la medida en que tengan capacidad natural de juicio para adoptar dichas decisiones (de otro modo podría constituir autoría mediata),

[9] Dicho Anteproyecto alude en primer lugar a la pena de alejamiento de los entornos virtuales, así como a la inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio u otras actividades, incluidas las que se desarrollen o exploten en espacios virtuales, sean o no retribuidas; en segundo lugar, prevé el delito de difusión de las ultrafalsificaciones de contenido sexual (las llamadas *deepfakes* pornográficas) o especialmente vejatorio como modalidad de delito contra la integridad moral; en tercer lugar, se pretende ampliar el ámbito de aplicación del delito del art. 186 CP, consistente en facilitar de modo directo material pornográfico a menores para hacer posible la punición de supuestos en los que el material pornográfico se pone a disposición de una colectividad indiscriminada de usuarios, de entre los que se tiene la clara representación de que va a haber menores de edad; por último, se aspira a introducir diferentes tipos agravados en los arts. 181, 182, 183, 185, 186, 188 y 189 CP que tienen que ver con el uso de identidades falsas a través de la tecnología y que están destinadas a la comisión de delitos contra las personas menores de edad y contra personas con discapacidad necesitadas de especial protección.

[10] Entre otros: Fernández Hernández, *op. cit.*, p. 82; Íñigo Corroza, «Inducción al suicidio y solidaridad intersubjetiva: fundamentos para una reinterpretación del art. 143.1 CP», Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2023, p. 6.

no son constitutivas de delito alguno. Por ello se diferencian claramente la apología de la pederastia del resto de formas apologéticas. La primera es la única que constituye una provocación a cometer un delito, dirigida a un público indeterminado, mientras que las demás se dirigen «específicamente» a menores y personas con discapacidad necesitadas de especial protección, lo que las distingue de la provocación como acto preparatorio punible (en todo caso no está contemplada la provocación para delinquir en el CP como punible ni en el suicidio, ni en las conductas de peligro para la salud).

Esta circunstancia limita también su ámbito de aplicación, pues si los contenidos difundidos han de estar «específicamente dirigidos al suicidio, autolesión o trastorno alimentario de menores o de personas con discapacidad necesitadas de especial protección», aquellos que vayan destinados a un público adulto (sin discapacidades), aunque eventualmente algún menor pudiera tener acceso a los mismos, tendrían que considerarse atípicos. Dicho de otro modo, si no es preciso un resultado de lesión del bien jurídico, ni de peligro concreto, sino que basta la idoneidad del comportamiento para crear un peligro abstracto a bienes jurídicos esenciales para los menores (y personas con discapacidad) como son su vida o su salud (y no por el hecho de incitar a la realización de conductas peligrosas, sino —como dice Muñoz Conde— por incitar a adoptar la decisión de suicidarse, autolesionarse, etc.)[11], es obvio que el material difundido tendrá que serlo a un público hipotético que vaya a estar formado con seguridad, entre otros, por menores (dolo directo de primer y segundo grado); se excluiría el dolo eventual en cuanto que la difusión pública de tales contenidos no iría específicamente destinada a menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección[12]. Esta cuestión resulta indudablemente problemática puesto que, salvo la existencia de filtros o la verificación de la edad, cualquier sitio web puede ser accesible a cualquiera. En todo caso, si la distribución y difusión de los contenidos ha de ser «pública», las comunicaciones privadas y limitadas a un grupo determinado han de estar excluidas del concepto, por

[11] Muñoz Conde, *Derecho Penal, Parte Especial*, 25.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 128.

[12] Fernández Hernández, *op. cit.*, p. 84, considera que las incitaciones no necesariamente tienen que ir dirigidas a menores o a personas con discapacidad necesitadas de especial protección. Sin embargo, también sostiene que los tipos exigen que el autor actúe con dolo directo de primer grado respecto, tanto de la propia conducta de distribución o difusión pública, como de la idoneidad de los materiales para la provocación de las conductas riesgosas por parte de terceros; de producirse el resultado habría de resolverse el grado de participación del sujeto aún a título de dolo eventual (p. 102). En cambio, admiten el dolo eventual para estos tipos de peligro abstracto: Romeo Casabona/Perín, *Derecho Penal, Parte Especial*, (Romeo/Sola/Boldova, coords.), 3.ª ed., Comares, Granada, 2023, p. 62 (con relación al art. 143 bis) y Romeo Malanda, *op. cit.*, p. 681 (con relación al art. 361 bis). Va más allá Vizueta Fernández, *op. cit.*, p. 112, al considerar que, además del dolo, el tipo subjetivo (del art. 156 ter) está integrado por un elemento subjetivo de lo injusto adicional a éste consistente en la finalidad de promover o animar a menores de edad o a personas con discapacidad necesitadas de especial protección a que se autolesionen.

numerosas que sean (sin perjuicio de la comisión de otros delitos, particularmente la inducción al suicidio).

Además, para que los contenidos difundidos sean idóneos para provocar las lesiones y riesgos señalados al conjunto de menores, bastará con que puedan provocarlos en menores con capacidad natural de juicio pero fácilmente influenciables, aunque no sean adecuados para provocarlos en personas adultas o incluso en adolescentes. Es decir, la medida de la idoneidad para provocar resultados que quedan fuera del tipo habrá de ser establecida con relación al conjunto abstracto e hipotético de menores que gocen de una mínima capacidad de comprender el sentido y la trascendencia que para sus propios bienes jurídicos comportan los mensajes a los que pudieran tener acceso, con independencia de las características de los menores que realmente y en efecto se hubieran visto involucrados en tales contenidos. Por este motivo, Fernández Hernández considera con razón que los tipos resultarán aplicables a órdenes directas pero también a imágenes en las que el sujeto realiza la conducta, generando con ello el riesgo de imitación[13].

En cuanto a la impunidad de determinadas conductas desarrolladas por medios telemáticos, los delitos relativos a la pornografía —centrados en las imágenes— no captaban entre sus tipificaciones los relatos, textos y descripciones sonoras de abusos sexuales a menores. Tanto es así que la apología de la pederastia (distinguir de la pedofilia)[14] había sido reclamada por algunas asociaciones de protección de menores como conducta que debía ser castigada como delito, y no solo aquella que describiera abusos a menores (lo que no necesariamente constituye una provocación directa a cometer abusos sexuales contra menores), sino también toda exaltación o glorificación de la misma, como convocar la celebración del día del orgullo pedófilo o emitir un programa que relate una relación prohibida entre un menor y un adulto. Además de distintos colectivos de protección de menores y defensores del menor[15], también se habían pronunciado en este sentido algunas iniciativas parlamentarias destinadas a introducir la apología de la pederastia (2008 y 2010)[16], frente a un movimiento activista pedófilo incipiente favorecido

[13] Fernández Hernández, *op. cit.*, p. 92.

[14] La primera es sinónimo de un comportamiento externo de abuso sexual, la segunda no, pues se refiere únicamente a la esfera del pensamiento, residenciada en la atracción o inclinación sexual o sentimental por los niños.

[15] Así por ejemplo, en 2010, la asociación Protégeles, la de Pro Derechos del Niño y la Niña (Prodeni) y el Defensor del Menor de la Comunidad de Madrid pidieron al gobierno que tipificara la apología de la pedofilia, del mismo modo que se castiga la del terrorismo, racismo o xenofobia.

[16] De ellas da cuenta De La Rosa Cortina, «Bien jurídico protegido y delitos contra la libertad e indemnidad sexual», p. 32, en su ponencia publicada en la web Fiscal.es: https://www.fiscal.es/documents/20142/276999/Ponencia+Jos%C3%A9+Miguel+de+la+Rosa+Cortina.pdf/24dd1d9f-0a48-8f6a-172f-aa5e76d0ea16. Indiferenciando pederastia de pedofilia, este autor considera que la tipificación expresa de la apología de la pedofilia es admisible dentro de ciertos límites y en todo caso «tal tipificación debiera operar de forma muy restrictiva, pues obviamente, conductas tales como defender la rebaja de la

por las redes sociales (y particularmente por la *darkweb* en la que se crean comunidades de pedófilos) que pretende naturalizar las relaciones sexuales adulto-menor[17]. Sin embargo, la apología de la pederastia no ha sido tipificada como tal en el Derecho comparado, aun cuando no ha faltado algún intento[18]. En el ámbito de la UE, Polonia aprobó en 2023 una iniciativa popular para prohibir la educación sexual de menores en las escuelas con penas de hasta cinco años, si bien desde 2009 el Código penal ya había incorporado un delito consistente la promoción o exaltación pública de comportamientos de carácter pedófilo, actualmente castigado con pena de prisión de hasta tres años (art. 200b). La Comisión Europea por su parte ha propuesto recientemente normas actualizadas que amplíen la definición de abuso sexual infantil, ya que la repentina llegada de la inteligencia artificial ha permitido a los delincuentes producir imágenes sintéticas de abusos a menores y eludir la acción de la justicia[19]. Por tanto, se pretende modificar la definición de abuso sexual infantil para abarcar la producción y difusión de *deepfakes* y material generado por inteligencia artificial, así como la retransmisión en directo de actos abusivos. Por lo que respecta a la apología de los abusos sexuales a menores la Comisión Europea pretende acabar con los llamados «manuales de pedofilia», manuales que describen cómo acercarse a los niños, embaucarlos y manipularlos para después ocultar las pruebas (solo dos de los 27 Estados tipifican el delito de producir y distri-

---

edad del consentimiento sexual para permitir que los adolescentes puedan tener relaciones sexuales siempre debiera entenderse amparada por la libertad de expresión».

[17] Reduciendo o eliminando la edad de consentimiento sexual y eliminando la pedofilia como una parafilia por parte de la OMS y la Asociación Americana de Psiquiatría, entre otras.

[18] En enero de 2023, el Boletín n.º 15685-07 de la Cámara de Diputados y Diputadas chilena incorporaba una moción para sancionar la apología, justificación y normalización de la pedofilia, pero además para agravarla cuando se lleve a cabo en el contexto de la academia o de la ciencia, circunstancia que generalmente había sido una causa de exclusión de la responsabilidad penal con relación a la pornografía. El hecho que motivó dicha moción (tal y como consta en la misma) radicó en la publicación de una tesis académica sobre la pedofilia de un alumno de Posgrado de la Universidad de Chile en la que se criticaba la criminalización de los pedófilos. La propuesta consiste en añadir un 367 nonies al Código Penal con la siguiente redacción: «Quien de forma oral o escrita y a través de cualquier medio, ya sea de manera directa o indirecta, apologice, promueva, justifique, exculpe, normalice o naturalice la pedofilia o cualquier otra forma de relación sentimental o sexual de naturaleza patológica con menores de edad, será castigado con presidio menor en grado mínimo. Quien utilice su calidad de académico o científico para cometer el delito referido en el inciso anterior utilizando para ello cualquier medio de comunicación social o publicaciones académicas, será castigado con la pena de presidio menor en su grado medio, más la inhabilidad perpetua para ejercer cargos académicos».

[19] Está pendiente de aprobación la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo [(2022/0155 (COD)], publicada el 11 de mayo de 2022, por la que se establecen normas para prevenir y combatir el abuso sexual de los menores, así como la más reciente Propuesta de Directiva [(2024/0035 (COD)], publicada el 6 de febrero de 2024, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y el material de abuso sexual de menores y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo.

buir estos manuales)[20] reduciendo el umbral de inhibición y fortaleciendo el deseo de abuso de los autores, es decir, estaríamos ante la tipificación de una conducta concreta apologética, que no contemplaría todas las formas de provocación directa a cometer agresiones sexuales, explotación, etc. contra menores, que es lo que se ha tipificado en España. Al margen de ello se pretenden ampliar las obligaciones de los proveedores de servicios de alojamiento y comunicación para realizar una evaluación del riesgo de la posible presencia en sus servicios de contenidos sexuales que impliquen a menores[21].

IV. La relación entre las TIC y las conductas que se pretenden prevenir

Con relación al suicidio, aunque la OMS reconoce que la disponibilidad y la calidad de los datos sobre el suicidio y los intentos de suicidio es insuficiente en todo el mundo, dado que solo 80 Estados miembros disponen de datos del registro civil de calidad, se estima que cada año se suicidan en el mundo entre 700.000 y 800.000 personas, y muchas más intentan hacerlo. En 2019 y a nivel mundial, el suicidio fue la cuarta causa principal de muerte entre los jóvenes de 15 a 19 años de ambos sexos, y el número de muertes fue relativamente similar entre mujeres y hombres en este grupo de edad. El suicidio representó la tercera causa principal de muerte en las niñas de 15 a 19 años y la cuarta causa principal de muerte en los niños en dicho segmento etario[22]. Tras constatarse por parte de la OMS un descenso significativo de la tasa mundial de suicidio durante las primeras dos décadas de este siglo (36 %), sin embargo y tras la pandemia por Covid-19, las conductas autolíticas parecen repuntar. Así lo constató igualmente para nuestro país el Observatorio del Suicidio en España, pues en el avance de informe sobre suicidios en España producidos en 2021 y tomando como base los datos publicados por el Instituto Nacional de Estadística, puso de manifiesto que se produjo un record histórico de suicidios en España durante el año 2021: se superaron los 4000 (en

[20] Uno de ellos es Alemania, pues desde la reforma del parágrafo 176e del Código penal en 2021, se castiga con pena de prisión no superior a tres años o multa a toda persona que posea, difunda o ponga a disposición del público contenidos que sean adecuados para servir de instrucción para un acto ilícito mencionado en los parágrafos 176 a 176 d (delitos relativos al abuso sexual de niños menores de catorce años), y que tenga por objeto promover o despertar la voluntad de otros de cometer un acto de este tipo.

[21] Una vez que los proveedores hayan identificado el nivel de riesgo, deberán aplicar medidas paliativas para hacerle frente. Entre ellas figuran el principio de seguridad desde el diseño (desarrollar productos o servicios de forma que eviten posibles daños), los controles parentales obligatorios, el establecimiento de mecanismos de denuncia de los usuarios y el uso de sistemas de verificación de la edad cuando exista riesgo de captación de menores. Si los proveedores incumplen sus obligaciones, una autoridad judicial podrá dictar una orden de detección sólo como último recurso. Esta orden obligaría al proveedor a emplear determinadas tecnologías para detectar material conocido y nuevo de abuso sexual infantil.

[22] Datos extraídos del informe titulado Suicide worldwide in 2019. Suicide worldwide publicado por la OMS: https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/341728/9789240026643-eng.pdf?sequence=1 in 2019: global health estimates.

concreto, 4003). En los dos siguientes el número de suicidios se ha mantenido más o menos estable (4227 en 2022 y 3952 en 2023)[23], pero la cifra de suicidios de menores de 15 años en los últimos años es la que más preocupa: 7 tanto en 2018 como en 2019, 14 en 2020, 22 en 2021, 12 en 2022 y 10 en 2023[24]. Por último, un total de 73 jóvenes menores de 19 años se quitaron la vida en 2023. Ninguno de los estudios relacionados con estos guarismos hace referencia a la relación de los suicidios de menores con las TIC, aun cuando alguna correlación pueda existir (v. *infra*), aunque en todo caso no es significativa aún.

En la comunidad científica se pone de relieve que falta por explorar aún la relación de los medios de comunicación social con los menores como un riesgo de salud más de la vida o como una forma de victimización *online* de los adolescentes, ya que aquél se trata de un factor no incluido en los estudios clásicos sobre suicidio, exceptuando quizás el *bullying* como fenómeno que incrementa 2,23 veces más el riesgo de padecer ideaciones suicidas y 2,55 veces más riesgo de realizar intentos de suicidio que aquellos que no lo han sufrido, siendo el impacto aún mayor cuando el acoso es recibido a través de las redes (*ciberbullying*)[25]. En concreto Paricio del Castillo y otros consideran que el incremento del uso de redes sociales en nuestro país en los menores de edad es semejante a la evolución del suicidio infanto-juvenil y que la capacidad de las conductas suicidas para propagarse mediante los fenómenos de imitación y modelaje está ampliamente descrita (se conoce como «efecto Werther»). Además la hipótesis manejada por estos autores es que, pese a sus aspectos positivos, el empleo masivo de los medios de comunicación social durante la pandemia de Covid-19 habría podido repercutir negativamente en la salud mental y propiciar la difusión de conductas suicidas en algunos de sus usuarios, especialmente en menores de edad, al permitir el acceso a contenidos suicidas sin filtros externos. Sin embargo, también añaden que no hay estudios que evidencien dicha asociación entre el incremento del uso de las TIC en la población menor de edad durante la pandemia y el aumento de suicidios. No obstante,

[23] https://www.ine.es/dyngs/Prensa/es/pEDCM2023.htm

[24] Nada más y nada menos que 875 adolescentes de entre 11 y 15 años intentaron quitarse la vida intoxicándose voluntariamente (la mayoría de ellos por ingesta de medicamentos), según cifras del Ministerio de Justicia con datos del Servicio de Información Toxicológica. Por otro lado, el 21 % de los jóvenes entre 11 y 18 años ha deseado estar muerto, alrededor del 17 % ha tenido ideas de quitarse la vida, el 7,5 % lo ha planificado y el 4,9 lo ha intentado, según el estudio PsiCE, elaborado por la Psicofundación y el Consejo General de la Psicología de España (publicado en junio de 2023): https://www.cop.es/pdf/ESTUDIO-PSICE.pdf

[25] Paricio del Castillo y otros, «Redes sociales y conductas suicidas en la infancia y la adolescencia durante la pandemia de COVID-19: una relación difícil de estimar», *Revista de Psiquiatría Infanto-Juvenil*, 29 septiembre 2023. Disponible en internet (visto 11/09/2024): https://www.aepnya.eu/index.php/revistaaepnya/article/view/1053/1074#content/citation_reference_1; Montiel/Carbonell/Pereda, *op. cit.*, pp. 123 ss.

un informe de la Fundación ANAR indicaba que entre 2019 y 2022 había aumentado 18 puntos porcentuales la implicación de las tecnologías en los intentos de suicidio (del 33,5 % al 51,5 %). Éstas se utilizan como herramientas a través de las que se generan situaciones de malestar y violencia (*sextorsión*, *grooming*, ciberacoso, etc.) o como medio para obtener información sobre métodos para llevar a cabo el suicidio, lo cual propicia el efecto de contagio e imitación[26]. Así se llama *cibersuicidio*, a la acción de quitarse la vida, motivado por la influencia, entre otras variables, de páginas pro-suicida, foros y salas de chat en internet[27]. Se ha comprobado en numerosos países la relación directa entre las *websites* cibersuididas y el suicidio de adolescentes[28]. Algunos estudios recientes sobre la influencia del espacio virtual en la conducta suicida entre adolescentes y adultos jóvenes han tratado de demostrar que internet contribuye a menudo al riesgo de suicidio entre los niños debido a su impresionabilidad, sugestionabilidad, volatilidad emocional, su capacidad de sentir y experimentar todo de forma más vívida, su tendencia al conformismo y la imitación, un pensamiento crítico débil, aspiraciones egocéntricas y una toma de decisiones impulsiva[29].

Los juegos y retos virales se presentan como el caldo de cultivo para el suicidio de menores. Como paradigmáticos en este sentido pueden citarse el juego de la Ballena Azul[30] y el reto (o desafío) de la asfixia. Sin embargo, no en todos los casos estaríamos ante muertes intencionadas del menor, sino ante conductas de riesgo extremo, en las que por definición el que participa en el reto o juego no quiere morir (así en el caso del reto de la asfixia)[31]. Los juegos al límite se pusieron de moda a raíz de la emisión de una serie de televisión llamada «*Jackass*», en la que un grupo realizaba actividades cuya finalidad era infligirse dolor o buscar el máximo riesgo y peligro posible para divertir a los espectadores. Así, por ejemplo y entre otras muchas, el *«chroming»*, que consiste en inhalar vapores tóxicos de pinturas metálicas, disolventes, pegamento, quitaesmaltes,

[26] V. Ballesteros (coord.), «Conducta suicida y salud mental», publicado por Centro de Estudios e Investigación de la Fundación ANAR, 2022, p. 126. Disponible por internet a través de la web de la Fundación: https://www.anar.org/

[27] V. López Martínez, «Suicidio, adolescencia, redes sociales e internet», publicado por Centro de Estudios e Investigación de la Fundación ANAR, 2020, p. 126.

[28] V. Prinz, «The phenomenon of cybersuicide: an examination of Australia's solution, the criminal code amendment (suicide related material offenses) Act 2005 and the difficulty of international implementation», *Indiana International & Comparative Law Review*, vol. 8, n.º 2, p. 480.

[29] Lubenets/Kulyk/Lisnychenko/Naumova/Chabaiovskyi, «Influence of the digital space on suicidal behavior of adolescents», *Amazonia Investiga*, 11(55), 2022, p. 12.

[30] V. Gálvez Jiménez/Rodríguez Montserrat, «Consecuencias jurídico penales del juego online la «Ballena azul», en *Aproximación interdisciplinar a los retos actuales de protección de la infancia dentro y fuera de la familia*, Aranzadi, 2019, pp. 453 ss.

[31] V. Barbería-Marcalain/Corrons-Perramon/Suelves/Crespo/Castellá-Garcia/Medallo-Muñíz, Barón, «El juego de la asfixia: un juego potencialmente mortal», *Anales de Pedriatría*, 2010; 73(5), pp. 264 ss.

gasolina y sustancias químicas en aerosol. Los jóvenes buscan con ello experimentar una sensación semejante a la que tiene una persona que está bajo el efecto de las drogas. Un 8 % de los adolescentes en España afirma haber realizado un reto viral peligroso[32]. Estos desafíos o retos no solo se relacionan con suicidios de menores, sino también con conductas autolesivas, como tomar ansiolíticos y conseguir ser el último en dormirse o realizarse la denominada cicatriz francesa, una conducta autolesiva consistente en hacerse moretones horizontales en los pómulos a hasta conseguir que aparezcan marcas que luego pueden exhibir por redes. Otros desafíos están directamente dirigidos a ejercer violencia contra terceros, como «la caza del pijo» que consiste en localizar y agredir a jóvenes que son identificados como pijos[33]. Es decir, se trata de la provocación a muy distintos comportamientos, tanto de autolesión como de heterolesión.

A falta de otros datos, según la Fundación ANAR, desde el 2009 al 2016 las autolesiones en adolescentes se han multiplicado por 14 y en los últimos años han aumentado de un 0,5 % a un 1,6 %. Durante el confinamiento estricto las autolesiones entre menores experimentaron un mayor incremento, pues respecto a los datos de 2019 las autolesiones entre este colectivo aumentaron en un 241,6 %. Sin embargo, tras el confinamiento se registra un crecimiento de los trastornos de la alimentación en un 626,3 %[34]. Nada se indica, en cambio, sobre la relación de tales conductas y el empleo de las TIC. Algunos autores, no obstante, no dudan que existe una relación significativa directa entre la frecuencia de uso de redes sociales y el riesgo de padecer un trastorno de la conducta alimentaria, aun cuando se requieren estudios más pormenorizados[35].

Por otro lado, la comprobación de la relación causal entre la información y ayuda proporcionada por las webs y los casos de suicidio, autolesión, trastorno alimentario o delito sexual contra un menor no sería en todo caso precisa para su tipificación penal, en cuanto se estaría prohibiendo únicamente determinada difusión de contenidos sin necesidad de un suicidio/autolesión/trastorno alimentario/delito sexual consumado o de un intento de provocar tales resultados. Aunque sí sería preciso que los contenidos difundidos fueran aptos o adecuados en abstracto para provocar tales resultados en cualquier menor o persona con discapacidad que hipotéticamente pudiera tener acceso a los mismos.

[32] V. Ortega-Barón/Machimbarrena/Montiel/González-Cabrera, «Viral internet challenges scale in preadolescents: An exploratory study», *Current Psychology* (2023) 42, pp. 12530-12540.

[33] Una descripción exhaustiva de todos estos juegos o retos virales puede verse en: Fernández Hernánde, *op. cit.*, pp. 71 ss.; también: https://gaptain.com/blog/retos-virales-peligros-en-internet/

[34] Fundación ANAR, *Informe Anual Teléfono/Chat ANAR en tiempos de COVID 19*, 2020, p. 24.

[35] Ojeda-Martín/López-Morales/Jáuregui-Lobera/Herrero-Martín, «Uso de redes sociales y riesgo de padecer TCA en jóvenes», *Journal of Negative and No Positive Results*, vol. 6, n.º 10 (2021), p. 1301; Bajaña Marí/García, «Uso de redes sociales y factores de riesgo para el desarrollo de trastornos relacionados con la alimentación en España: una revisión sistemática», *Atención Primaria*, 55 (2023), p. 8.

Sin embargo, las conductas relativas a la promoción por las TIC del suicidio, la autolesión o la ingesta de productos perjudiciales para la salud, dirigidas a menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección apenas figuran como delito en las legislaciones penales de nuestro entorno, a pesar de constituir tales conductas un problema de salud pública, que se ha incrementado en el colectivo de menores merced a las nuevas formas tecnológicas de comunicación social cada vez más expansivas e inabarcables. Incluso en algunos países lo que se sanciona sigue guardando relación con un determinado resultado, que se ve cualificado por realizarse por medios digitales (sean o no menores los sujetos pasivos del delito) o por tratarse las víctimas potenciales de personas menores de edad o personas especialmente vulnerables.

V. Regulaciones en el ámbito del derecho comparado

V.1. **Australia**

Australia se convirtió en 2006 en el primer país en criminalizar las páginas con contenidos prosuicidas [*Criminal Code amendment (suicide related material offence)s, Act* 2005 n.º 92, 2005]. Desde entonces se castiga el uso de un servicio de telecomunicación (internet, teléfono, máquina de facsímil, radio, televisión) para difundir material destinado a aconsejar o incitar al suicidio de cualquier persona (no solo de menores o personas vulnerables). La prohibición se extiende a las instrucciones o la promoción de métodos particulares. Además, se tipifica la posesión, la producción y el suministro de ese material, pero no es preciso causar un suicidio real, aunque sí que la conducta sea intencionada[36]. Los infractores se enfrentan a multas de 110.000 dólares para las personas físicas y 550.000 para las organizaciones. Dicha iniciativa desató un acalorado debate, puesto que sus detractores alegaban que se recurría a la criminalización interfiriendo inapropiadamente en la autonomía de los que desean morir, sin contar con

[36] Dado que la Sección 5.2 del Código Penal, establece que «una persona tiene intención con respecto a un resultado si tiene la intención de lograrlo o es consciente de que ocurrirá en el curso normal de los acontecimientos», podría decirse que una persona que publica información en internet sería consciente de que podría estar aconsejando o incitando a otra a suicidarse. Por lo tanto, se estaría cometiendo un delito incluso si la información se centrara en la reforma legal. De ahí que para soslayar cualquier escollo relativo a las libertades de expresión, información y comunicación, se añadiera a la Sección 474.29A(3)-(4) de la Ley de Delitos Materiales Relacionados con el Suicidio que el material destinado a la discusión o debate público o a promover la reforma legal sobre eutanasia o suicidio no es una violación de la ley. Sin embargo, no con ello todo está resuelto, puesto que la actividad médica legal relacionada con la asistencia al suicidio puede resultar involucrada teóricamente como delito cuando se realiza por medios electrónicos (teléfono o telemedicina). Al respecto Del Villar/ Close/Hews/Willmott/White, «Voluntary assisted dying and the legality of using a telephone or internetservice: The impact of Commonwealth 'Carriage Service' offences» *Monash University Law Review*, 47 (1), 2022, pp. 125-173, quienes sugieren insertar una definición de suicidio que excluya la muerte asistida voluntaria llevada a cabo legalmente de conformidad con una ley de un Estado.

las limitaciones que tiene la jurisdicción nacional para la persecución de estos delitos debido a la utilización de servicios de alojamiento *offshore* (consistentes en ubicar un sitio web, aplicación o servicio en otro país), así como el hecho de que las regulaciones sobre la libertad de distribución de contenidos por internet sea completamente diversa a nivel internacional (por ejemplo, países en los que es legal acceder a este tipo de información), desdibujándose los métodos convencionales de jurisdicción[37]. Como alternativa a la vía penal, se promueve el fomento de la autorregulación de la industria y el uso voluntario de tecnologías filtrantes por parte de los usuarios finales, con independencia de que los gobiernos han tratado de controlar el contenido que circula por las redes estableciendo obligaciones para los proveedores de servicios de internet e, incluso, bloqueando directamente el acceso a sitios web especificados. Además, las organizaciones privadas han perseguido activamente las violaciones de la propiedad intelectual, así como también han contribuido los cada vez más frecuentes canales de denuncia de los sitios web de contenido ilegal. Ahora bien, independientemente de la capacidad del enfoque penal para limitar el acceso a los sitios web pro-suicidio, la legislación de este tipo se considera que puede servir para otros propósitos socialmente útiles, ya que puede aumentar la conciencia sobre el suicidio como un problema y puede ayudar a movilizar los esfuerzos de la comunidad para abordarlo[38].

V.2. **Rusia**

Posteriormente fue Rusia uno de los países más afectados respecto a la incitación suicida a menores mediante las redes sociales, ya que en poco tiempo aumentó rápidamente la tasa de suicidio de menores. A raíz de un artículo periodístico en la «Nóvaya Gazeta» se puso de manifiesto la existencia en esa Federación de «numerosas comunidades de internautas» (denominados «grupos de la muerte») donde se incitaba a los niños «al suicidio»[39]. El supuesto más relevante fue el denominado juego de la Ballena Azul (consistente en 50 macabras pruebas, muchas de autolesión, que finalizan en suicidio), creado en 2013 en una red social rusa por un joven de 21 años,

[37] Prinz, *op. cit.*, p. 509.

[38] Pirkis/Neal/Dare/Blood/ Studder, «Legal Bans on Pro-Suicide Web Sites: An Early Retrospective from Australia», *Suicide and Life-Threatening Behavior* 39(2), 2009, p. 193.

[39] En el reportaje se había conseguido identificar detrás de esos perfiles falsos a «adultos», con «conocimientos de psicología», que, de forma «sistemática» y planificada», llevaban al adolescente hasta «el abismo», sugiriéndoles a las chicas que eran «gordas» y descalificando a los chicos, llamándoles «perdedores para este mundo». Fuente: https://www.elperiodico.com/es/sociedad/20170529/rusia-paises-suicidio-adolescentes-frecuente-6061583. Según datos oficiales del Roskomnadzor, Servicio Federal de Supervisión de las Telecomunicaciones, Tecnologías de la Información y Medios de Comunicación ruso, en el periodo comprendido entre el 1 de enero y el 8 de julio de 2017 se bloquearon más de 20.000 páginas webs por considerar que incitaban al suicidio.

Philip Budeykin, con el objetivo declarado de «limpiar la sociedad» de personas que no tienen ningún valor. Algunos de los participantes en dicho juego acabaron suicidándose (al menos cien menores solo en Rusia), aunque no en todos los casos fue posible atribuir exclusivamente la muerte del menor a aquella única causa[40]. Dada la gravedad de tales hechos y aun cuando el creador y difusor de aquel juego pudo ser condenado a tres años y cuatro meses de prisión con arreglo a la legislación precedente, se modificaron varios preceptos del Código penal ruso para castigar expresamente la persuasión o asistencia al suicidio a través de las TIC con carácter general, y no solo la que va dirigida a menores o personas indefensas (arts. 110, 110.1, 110.2, reformados en virtud de la Ley Federal del 07/06/2017 N 120-FZ). De acuerdo con la nueva normativa, si como consecuencia de lo anterior se produce finalmente el suicidio o, por lo menos, se da comienzo a la ejecución del mismo, se agravan las consecuencias jurídicas: la pena de privación de libertad aumenta cuando los actos de instigación o promoción acaban en el suicidio o intento de suicidio de un menor o una persona caracterizada por su total indefensión (prisión de seis a doce años).

V.3. **Europa**

La constatación de numerosos casos relacionados con el suicidio, la autolesión y los trastornos alimentarios de menores asociados con las tecnologías de la información y la comunicación se ha ido extendiendo más allá de aquellos países. En el entorno europeo no existe realmente una mayoría de países que regulen o aborden estas cuestiones, aunque sí ciertas respuestas normativas o intentos de respuesta normativa ante el incremento de cifras preocupantes tanto de muertes y autolesiones favorecidas por las TIC como la popularidad del fenómeno en el ámbito digital. En España en la población adolescente y joven la tasa de suicidios se ha mantenido relativamente estable, pese al incremento de la población, en el periodo comprendido en los últimos 50 años, oscilando esta cifra entre un 5 y un 6 por cada 100.000 habitantes, siendo ésta una cifra baja en comparación con otros países, especialmente asiáticos, aunque nos encontramos de nuevo en la actualidad con una leve tendencia ascendente. Una de las causas se considera que guarda relación con los peligros asociados a las nuevas formas de comunicación y la expansión masiva de las redes sociales[41]. Como señala López Martínez, el fenómeno de la conducta suicida, y en general las conductas de autopuesta en peligro o lesión, ha

[40] En España el mencionado juego se ha relacionado con el intento de suicidio de una menor de 15 años en Barcelona en 2017, con el suicidio consumado de una niña en el País Vasco en 2017 y de un menor de 12 años en Murcia en 2021; asimismo, este juego se ha relacionado con la agresión sexual de una menor de 15 años en la Rioja en 2018, ya que uno de los juegos a los que debía enfrentarse era el de mantener relaciones sexuales al mismo tiempo con varios chicos.

[41] Navarro Gómez, «El suicidio en jóvenes en España: cifras y posibles causas. Análisis de los últimos datos disponibles», *Clínica y Salud* 28 (2017), pp. 25 ss.

pasado a observarse desde una esfera íntima —familiar, amistades cercanas, etc.— a una global, comunitaria y en red, que ha provocado el interés no solo de investigadores, sino de la sociedad en general[42].

V.3.1. *Reino Unido*

En Reino Unido se publicó en 2023 la *Online Safety Act*, que hace especial referencia a la existencia de contenidos que promueven el suicidio, las autolesiones deliberadas o las dietas extremas que redundan en trastornos alimenticios o comportamientos asociados a él y que afectan principalmente a menores. Esta ley establece un nuevo marco normativo que tiene el propósito general de hacer más seguro el uso de los servicios de internet regulados por esta ley para las personas en el Reino Unido. Para ello requiere que los proveedores de servicios regulados por esta ley identifiquen, mitiguen y gestionen los riesgos de daño, pero especialmente contenidos y actividades que sean perjudiciales para los niños. Entre las obligaciones impuestas a los prestadores, hay que destacar la obligación de instalar en las páginas webs y redes sociales un servicio que permita a los usuarios denunciar fácilmente los contenidos perjudiciales para menores. Asimismo, establece nuevas obligaciones de vigilancia para OFCOM, organismo autónomo regulador de los servicios de comunicaciones en Reino Unido. El incumplimiento de estos deberes por parte de las plataformas se sanciona con multas elevadas de hasta 18 millones de libras esterlinas o el 10 % de su facturación anual, lo que resulte superior, pero su naturaleza no es penal, sino administrativa y destinada a las plataformas digitales. En cambio y junto a la modificación de algunas conductas penalmente relevantes de signo digital, por lo que a nosotros nos interesa se tipifica el delito de alentar o asistir a la autolesión de cualquier forma, incluidas las comunicaciones electrónicas, pero sin referencia a los menores como únicas posibles víctimas[43].

V.3.2. *Francia*

El art. 223-13 del Código Penal Francés establece la punición de la provocación al suicidio (tres años de prisión y una multa de 45.000 euros), agravando la conducta hasta llegar a una pena de prisión de cinco años cuando la víctima sea un menor de quince años. Por su parte, el art. 223-14 castiga la propaganda o publicidad, cualquiera que sea su modalidad, de productos, objetos o métodos recomendados como medios para suicidarse, con una pena de tres años de prisión y multa de 45.000 euros. Se trata de

[42] López Martínez, *op. cit.*, p. 27.

[43] De modo que el delito tipificado en el art. 184(1) de la Ley de seguridad en línea de 2023, alentando o ayudando a las autolesiones de un niño o joven, se añade a la Ley de la infancia y la juventud de 1933.

una incitación dirigida a una pluralidad indeterminada de personas, sin hacer especial referencia a los menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, que es incluyente de las TIC como modalidad difusora.

Ahora bien, en relación con los trastornos alimentarios, en 2008, la Comisión de Asuntos Sociales del Parlamento Francés aprobó un proyecto de ley[44] que sancionaba la incitación a la anorexia. El delito castigaba, con una pena máxima de dos años de prisión y 30.000 euros de multa, el hecho de inducir a una persona a buscar una delgadez excesiva, fomentando restricciones alimentarias prolongadas que tuviesen el efecto de exponer a la víctima a un peligro para su salud. La Comisión también aprobó una enmienda que tipificaba como delito de provocación la publicidad, cualquiera que fuera su modalidad, en favor de productos, objetos o métodos que sean idóneos como medios para conseguir una excesiva delgadez. Dichos productos y métodos debían perjudicar la salud de las personas. Sin embargo, el proyecto no pasó la fase de proyecto de ley y, por tanto, no llegó al Senado.

En abril de 2015 se volvió a presentar mediante una enmienda al proyecto de ley de salud, la propuesta de incorporar a la legislación un delito que castigase la incitación a la delgadez excesiva. El delito tipificaba concretamente la promoción a buscar una delgadez excesiva fomentando restricciones dietéticas prolongadas que tuvieran por efecto exponer a una persona a un peligro de muerte o comprometer directamente su salud. La pena prevista era de hasta un año de prisión y una multa de 10.000 euros.

Finalmente, pese a la aprobación del proyecto por los diputados en abril, la Asamblea Nacional, en el mes de noviembre, rectificó y no sancionó el delito como consecuencia de la fuerte oposición de los profesionales de la salud. Los especialistas sobre salud mental consideraron que el delito podría resultar ineficaz e, incluso, contraproducente, porque muchas de las personas que dirigen las páginas web de promoción a trastornos alimentarios son personas que están afectadas por dichas enfermedades mentales, y, podrían verse debilitadas aún más por la represión criminal, empujando de este modo a la clandestinidad a jóvenes y mayores[45].

[44] Proyecto de ley n.º 781, destinado a combatir la incitación a la delgadez extrema y la anorexia, presentado por Valérie Boyer, diputada del partido UMP, el 3 de abril de 2008.

[45] Huet «*Pour les sites Pro-ana ou Pro-mia ou Comment tirer profit de ses ennemis. Praise for the pro-ana websites or how to benefit from one's foes*», *Annales Médico-psychologiques,* n.º 168, 2010, pp. 558 ss., quien no dudaba de las buenas intenciones del proyecto de 2008, pero sí de su pertinencia y eficacia, al estimar que los sitios pro-ana (proanorexia) y pro-mia (probulimia) solo ponen en riesgo a las personas que ya lo estaban con o sin internet, pero no a aquellos menores que no estaban preocupados por los trastornos alimentarios antes de un primer contacto con esa clase de sitios web. Sobre el proyecto de 2015, v. Feferberg, «Le délit d'incitation à la maigreur excessive finalement supprimé par l'Assemblée nationale», *Le Monde*, 2015. Según este autor, un informe publicado en noviembre de 2013 y titulado «Los jóvenes y la red de los trastornos alimentarios: más allá de la noción de "proana"» enumera cerca de

Al respecto hay que señalar que la fórmula legal en España del art. 361 bis se extiende más allá de la anorexia y la bulimia, puesto que con la expresión «el consumo de productos, preparados o sustancias o la utilización de técnicas de ingestión o eliminación de productos alimenticios cuyo uso sea susceptible de generar riesgo para la salud de las personas» puede extenderse también a la vigorexia.

V.3.3. *Italia*

En Italia, según los datos facilitados por el Ministerio de Sanidad, se estima que alrededor de 3 millones de personas padecen algún tipo de Trastorno de la Conducta Alimentaria (5 % de la población) y éstas son principalmente adolescentes y jóvenes entre 14 y 25 años (96,4 % mujeres). Pero la edad de aparición de los primeros síntomas es cada vez más baja (incluso hasta los 10 u 11 años) y desde la pandemia en adelante el número de enfermos ha aumentado. El grupo del partido gobernante presentó un proyecto de ley al parlamento en 2023 (hubo iniciativas previas que no prosperaron), que prevé una sanción por incitar a la anorexia. Según el nuevo delito, que se incorporaría al art. 580 bis (bajo el título: incitación a recurrir a prácticas alimentarias adecuadas para provocar la anorexia o la bulimia), quien por cualquier medio, incluido el electrónico, determine o refuerce la intención de otra persona de recurrir a prácticas prolongadas de restricción alimentaria potencialmente idóneas para producir la anorexia o la bulimia y facilite su ejecución puede ser castigado con penas de hasta dos años de prisión y multas de 10 a 50 mil euros, de 20 a 100 mil si se trata de menores o de personas en condiciones de vulnerabilidad (salvo que el hecho constituya un delito más grave). La necesidad de que no solo se incite al trastorno alimentario, sino que también se facilite la ejecución de las prácticas alimentarias adecuadas para provocar dicho trastorno restringe de manera decisiva la tipicidad. En cualquier caso y para solventar el problema detectado por el legislador francés en torno a que muchas veces el autor del delito no deja de ser también víctima del mismo o, al menos, un sujeto penalmente irresponsable, está previsto que si el autor del delito sufre también el trastorno de conducta alimentaria, se conmute la prisión por el tratamiento sanitario que corresponda, incluyendo salud mental y adicciones a las drogas. En el proyecto de ley, estos comportamientos —incluso virtuales— se convierten en un delito similar al de la incitación al suicidio (art. 580 del Código Penal).

En algunos países latinoamericanos se han producido iniciativas semejantes. Por ejemplo, en México se presentó en 2023 una propuesta al Congreso de la nación para tipificar la inducción al suicidio y la autolesión de menores y adolescentes por medio de redes sociales y medios informáticos. La iniciativa califica y castiga como homi-

---

600 sitios, una cifra que se mantiene estable desde hace varios años. Más de 600.000 personas en Francia sufren algún trastorno alimentario, nueve de cada diez son niñas.

cidio calificado o como lesiones calificadas cuando el suicida es menor, persona con discapacidad o en situación de vulnerabilidad y la instigación se produjo por medio de redes sociales digitales o comunicaciones electrónicas para lograr el cometido. De igual modo se procede en los supuestos de instigación a la autolesión. A su vez, se castiga con pena menor si el suicidio o la autolesión no culminaran pero se hubiera puesto en una situación de riesgo inminente a la persona la que se dirigió la conducta[46].

VI. A MODO DE EPÍLOGO

Nos encontramos ante delitos que van a plantear problemas de aplicación, tales como el identificar a los autores, la posibilidad de someterlos a la jurisdicción penal española[47] y, sobre todo, determinar qué debe entenderse por contenidos específicamente destinados a promover, fomentar o incitar al suicidio, autolesión, etc. de personas menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección. Puesto que la materia de la prohibición consiste en una conducta de provocación o inducción, como dice Íñigo Corroza, no bastaría, por ejemplo, con la publicación de información sobre el suicidio sino que debería probarse que las informaciones van dirigidas específicamente a influir en estas personas y generar en ellas el deseo de suicidarse, autolesionarse, etc.[48]. ¿Es suficiente para la apología de la autolesión un vídeo que reproduzca una conducta de riesgo y rete a los demás a intentar realizarla? Muchas son las cuestiones interpretativas que van a rodear la aplicación de estas figuras a mensajes subliminales o no tan definitivos como exigiría una interpretación estricta de la ley.

Por otro lado, es quimérico sostener que el suicidio provocado con la difusión de contenidos pro-suicidas a un público indeterminado integra el tipo de la inducción al suicidio, en la medida en que ésta debe ser directa, es decir, dirigida a una persona concreta (o varias personas concretas). De manera que si la inducción en sí misma no fue dirigida específicamente a la persona afectada, no puede haber inducción punible alguna[49].

Estamos ante un ejemplo más de un Derecho Penal más simbólico que real y efectivo, y la criminalización de tales delitos constituye hoy por hoy, como decían Carlos María Romeo Casabona y Andrea Perín, una muestra más de la voracidad punitiva del legislador[50]. La única disposición realmente efectiva es la contemplada en el segundo párrafo de estas figuras, ya que se remite a la autoridad judicial con objeto de que ordene

[46] V. http://sil.gobernacion.gob.mx/Archivos/Documentos/2023/04/asun_4551879_20230420_1680209475.pdf

[47] Muñoz Conde, *Derecho Penal, Parte Especial*, 25.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 668.

[48] Entre otros Íñigo Corroza, *op. cit.*, p. 6.

[49] Así el informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de reforma del Código Penal, p. 58.

[50] Romeo Casabona/Perín, *Derecho Penal, Parte Especial*, (Romeo/Sola/Boldova, coords.), 3.ª ed., Comares, Granada, 2023, p. 61.

la adopción de las medidas necesarias para la retirada de los contenidos ilícitos, para la interrupción de los servicios que ofrezcan predominantemente dichos contenidos o para el bloqueo de unos y otros cuando radiquen en el extranjero, pero dichas medidas no tienen en realidad naturaleza penal.

VII. **Bibliografía**

Bajaña Marí/García, «Uso de redes sociales y factores de riesgo para el desarrollo de trastornos relacionados con la alimentación en España: una revisión sistemática», *Atención Primaria*, 55 (2023).

Barbería-Marcalain/Corrons-Perramon/Suelves/Crespo/Castellá-Garcia/Medallo-Muñíz, Barón, «El juego de la asfixia: un juego potencialmente mortal», *Anales de Pedriatría*, 2010; 73(5).

Ballesteros (coord.), «Conducta suicida y salud mental», publicado por Centro de Estudios e Investigación de la Fundación ANAR, 2022.

Cuervo Nieto, «La inducción al suicidio de menores de edad a través de las nuevas Tecnologías (Análisis del nuevo artículo 143 bis del Código Penal: contenido del tipo y problemas de aplicación)», *La Ley* 6367/2022.

Del Villar/ Close/Hews/Willmott/White, «Voluntary assisted dying and the legality of using a telephone or internetservice: The impact of Commonwealth 'Carriage Service' offences» *Monash University Law Review*, 47 (1), 2022.

Feferberg, «Le délit d'incitation à la maigreur excessive finalement supprimé par l'Assemblée nationale», *Le Monde*, 2015.

Fernández Hernández, «La tipificación de la puesta a disposición de materiales aptos para la comisión de conductas suicidas y autolesivas», Diálogos jurídicos España-México: volumen X / coord. por Antonio Fernández Hernández, 2023.

Gálvez Jiménez/Rodríguez Montserrat, «Consecuencias jurídico penales del juego online la "Ballena azul"», en *Aproximación interdisciplinar a los retos actuales de protección de la infancia dentro y fuera de la familia*, Aranzadi, 2019.

González Uriel, «*Aproximación El delito de promoción, fomento o incitación al suicidio de menores o de personas con discapacidad necesitadas de especial protección mediante las TIC (1)*», *La Ley Penal*, n.º 159, 2022.

Huet «*Pour les sites Pro-ana ou Pro-mia ou Comment tirer profit de ses ennemis. Praise for the pro-ana websites or how to benefit from one's foes*», *Annales Médico-psychologiques,* n.º 168, 2010.

Íñigo Corroza, «Inducción al suicidio y solidaridad intersubjetiva: fundamentos para una reinterpretación del art. 143.1 CP», Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2023.

López Martínez, «Suicidio, adolescencia, redes sociales e internet», publicado por Centro de Estudios e Investigación de la Fundación ANAR, 2020.

Lubenets/Kulyk/Lisnychenko/Naumova/Chabaiovskyi, «Influence of the digital space on suicidal behavior of adolescents», *Amazonia Investiga*, 11(55), 2022.

Montiel/Pereda/Carbonell, «Multiple online victimization of Spanish adolescents: Result from a community sample», *Child Abuse & Neglect,* 52 (2016).

Muñoz Conde, *Derecho Penal, Parte Especial*, 25.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

Navarro Gómez, «El suicidio en jóvenes en España: cifras y posibles causas. Análisis de los últimos datos disponibles», *Clínica y Salud* 28 (2017).

OJEDA-MARTÍN/LÓPEZ-MORALES/JÁUREGUI-LOBERA/HERRERO-MARTÍN, «Uso de redes sociales y riesgo de padecer TCA en jóvenes», *Journal of Negative and No Positive Results*, vol. 6, n.º 10 (2021).

ORTEGA-BARÓN/MACHIMBARRENA/MONTIEL/GONZÁLEZ-CABRERA, «Viral internet challenges scale in preadolescents: An exploratory study», *Current Psychology* (2023) 42.

PARICIO DEL CASTILLO y otros, «Redes sociales y conductas suicidas en la infancia y la adolescencia durante la pandemia de COVID-19: una relación difícil de estimar», *Revista de Psiquiatría Infanto-Juvenil*, 29 septiembre 2023.

PIRKIS/NEAL/DARE/BLOOD/ STUDDER, «Legal Bans on Pro-Suicide Web Sites: An Early Retrospective from Australia», *Suicide and Life-Threatening Behavior* 39(2), 2009.

PRINZ, «The phenomenon of cybersuicide: an examination of Australia's solution, the criminal code amendment (suicide related material offenses) Act 2005 and the difficulty of international implementation», *Indiana International & Comparative Law Review*, vol. 8, n.º 2.

ROMEO/SOLA/BOLDOVA, *Derecho Penal, Parte Especial*, 3.ª ed., Comares, Granada, 2023.

SANZ MULAS, «Pornografía en Internet», *Revista Penal,* n. 23, 2009.

9

PROBLEMAS PROCESALES SUSCITADOS POR LA EJECUCIÓN, MEDIANTE LA VÍA DE APREMIO, DE LA PENA DE MULTA IMPUESTA A PERSONAS FÍSICAS

Manuel Cachón Cadenas
Profesor emérito
Universidad Autónoma de Barcelona

SUMARIO: I. Introducción. II. Prioridad del pago voluntario de la multa respecto de la vía de apremio. III. El impago de la multa en la vía de apremio como presupuesto de aplicación de la responsabilidad personal subsidiaria. IV. El embargo ejecutivo. V. La fase de apremio. VI. La prescripción de la pena tras la incoación de la vía de apremio. VII. Adopción de medidas cautelares reales para el aseguramiento del pago de la multa. VII.1. Planteamiento de la cuestión. VII.2. Disparidad de criterios en la jurisprudencia de las audiencias provinciales. VII.3. La sentencia del tribunal constitucional 69/2023, de 19 de junio. Valoración crítica. VIII. Bibliografía.

I. Introducción[1]

En el presente estudio me ocuparé de algunas de las cuestiones procesales que se suscitan en relación con un aspecto específico de la pena de multa impuesta a personas físicas, como es su ejecución mediante la vía de apremio. Por lo tanto, no trataré los problemas procesales concernientes a la ejecución de la pena de multa impuesta a las personas jurídicas.

La remisión que el art. 53.1 del Código Penal (en adelante, CP) efectúa a la vía de apremio, como cauce para el cobro de la multa en caso de falta de pago voluntario de la misma, es un tanto ambigua, porque nuestro ordenamiento regula diversos procedimientos de apremio, algunos de ellos de carácter jurisdiccional, y otros de índole administrativa. No obstante, esa remisión se ha de entender referida al procedimiento

[1] Este trabajo está destinado al Libro que se publicará en Homenaje a mi querido amigo y compañero Carlos Romeo Casanova con motivo de su jubilación. La valiosa obra científica del Profesor Romeo destaca por su excelencia y por su extraordinario carácter polifacético. Le envío desde aquí mis mejores deseos para la nueva etapa de su vida.

ordinario de ejecución dineraria, previsto en los arts. 571 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil (desde ahora, LEC)[2]. Así se desprende de la remisión general que establece el art. 536 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, LECr) al art. 613 de la propia LECr, para hacer efectivas las responsabilidades pecuniarias impuestas en la sentencia. Por otra parte, el art. 4 LEC proclama expresamente el carácter supletorio de dicha Ley respecto de los procesos penales, lo que viene a disipar las eventuales dudas que pudieran suscitarse respecto de la remisión a la vía de apremio que establece el art. 53.1 CP.

Así pues, en lo que atañe a los aspectos procesales de la vía de apremio dirigida al pago de la multa, hay que tener en cuenta los arts. 984 y ss. de la LECr, atinentes a la ejecución de las sentencias penales, los arts. 589 y ss. de esta misma Ley, que regulan las fianzas y los embargos, y, en lo que no esté previsto en la legislación procesal penal, los arts. 571 y ss. LEC.

No obstante, aunque el criterio apuntado sea el aplicable con carácter general, tampoco se ha de excluir la posibilidad de utilizar en determinados supuestos algunos procedimientos ejecutivos especiales, en vez del procedimiento ordinario de ejecución dineraria previsto en los arts. 571 y ss. LEC. Basta pensar, por ejemplo, en los casos en que el cobro de la multa se deba hacer efectivo mediante la ejecución de una fianza hipotecaria que se hubiera constituido para asegurar el pago de las responsabilidades pecuniarias conforme a los arts. 589 y ss. de la LECr; no habría inconveniente para hacer uso, en estos casos, del procedimiento ejecutivo especial de ejecución de bienes hipotecados regulado en los arts. 681 y ss. LEC.

Por lo demás, la aplicación de la vía de apremio para el cobro coactivo de la multa y, en general, para la ejecución de las condenas pecuniarias establecidas en sentencias penales provoca, a cada paso, innumerables dudas y problemas, sobre los que la ley guarda silencio. Muchas de las dificultades con las que topa la aplicación en la ejecución penal de las normas previstas en la LEC para la ejecución dineraria derivan de la disparidad existente en cuanto al esquema y los principios a que responden uno y otro proceso. En especial, hay que tener en cuenta que, a lo largo del proceso de ejecución civil, se otorgan a las partes, y sobre todo al ejecutante, múltiples posibilidades de iniciativa y actuación procesal. Esta incidencia del principio de rogación o instancia de parte no es extrapolable, sin más, a la ejecución penal. Así pues, para efectuar esa necesaria

[2] Esto quiere decir que el art. 53 CP usa el término «vía de apremio» en su sentido más amplio, esto es, como equivalente a todo el procedimiento de ejecución dineraria en su conjunto. En su significado más estricto la vía de apremio es la fase que comprende la realización forzosa de los bienes embargados y el pago de la deuda. Ahora bien, para que esta fase pueda tener lugar, es necesario haber tramitado el primer periodo del procedimiento ejecutivo, en el que se habrá producido la prestación de fianza por parte del condenado o, subsidiariamente, la práctica del embargo de bienes pertenecientes a éste.

adecuación, es necesario acudir a los principios específicos del proceso penal, y fundamentalmente a la mayor relevancia que tiene el principio de oficialidad en este proceso.

II. Prioridad del pago voluntario de la multa respecto de la vía de apremio

Con arreglo al art. 53.1 CP, el condenado puede hacer efectivo el pago de la multa «voluntariamente o por vía de apremio». Es una fórmula que adolece de falta de claridad y precisión en cuanto a la relación que media entre el pago voluntario de la multa y el cobro de ésta por la vía de apremio. Si se atendiera exclusivamente al tenor literal del art. 53.1 CP, parecería que estamos ante dos modalidades de pago de carácter alternativo, esto es, utilizables indistintamente. Además, esa interpretación gramatical sería insuficiente para determinar el sujeto o los sujetos procesales a los que correspondería la facultad de optar, en cada caso, por una u otra vía. Aludo a los sujetos procesales para englobar en dicha noción al órgano judicial, a quienes hubieran actuado como partes acusadoras y al propio condenado.

Pero la interpretación literal mencionada ha de ser objeto de las necesarias correcciones. En este sentido, resulta indudable la prioridad o preferencia del pago voluntario de la multa respecto del cobro coactivo de la misma. Mientras no se produzca la falta de pago voluntario de la multa, no se puede abrir la vía de apremio. En otras palabras, el órgano judicial debe intentar, en primer lugar, el pago voluntario de la multa, y, sólo si este cauce fracasa, se podrá acudir al procedimiento de apremio.

Desde el punto de vista sistemático, hay que tener en cuenta que ese esquema es el previsto por la ley, con carácter general, para los casos en que se trata de hacer efectiva una condena pecuniaria[3]. Y la pena de multa no deja de ser una condena de esta clase, a pesar de su singularidad.

Por lo general, la ejecución forzosa de la pena de multa es más lesiva para el condenado que el pago voluntario, porque, si se acude a la vía de apremio, el condenado debe hacerse cargo del pago de las costas procesales derivadas de este procedimiento y, normalmente, la realización forzosa de los bienes embargados dará lugar a la obtención de un precio inferior al de su valor de mercado. Pero, a mi juicio, una vez se requiera de pago al condenado, éste tiene derecho a rehusar el pago voluntario, y designar bienes para su embargo, incluso en los casos en los que, aparentemente, el pago voluntario sea menos lesivo que la aplicación de la vía de apremio; basta pensar, por ej., en aquellos supuestos en que el condenado hubiera prestado fianza de responsabilidad civil mediante la constitución de dicha fianza en metálico, y la cantidad consignada sea suficiente para cubrir todas las responsabilidades pecuniarias impuestas a aquél, incluyendo la responsabilidad civil, las costas y la multa; el condenado puede preferir, a pesar de todo, que

[3] *Vid.* Cachón Cadenas, *La ejecución procesal civil*, 2.ª ed., Barcelona, 2018, p. 22.

se le embarguen otros bienes y se le devuelva la cantidad consignada en fianza, para no quedar privado de liquidez.

De ordinario, para determinar el momento a partir del cual se ha de considerar producida la falta de pago voluntario de la multa, habrá que atenerse a lo que hubiera establecido la correspondiente resolución judicial en cuanto al tiempo y forma de pago (art. 50.6 CP). En cualquier caso, entiendo que el impago de la multa no se puede considerar producido mientras no haya recaído resolución judicial firme que se pronuncie expresamente sobre los extremos mencionados. Por otra parte, si el órgano judicial ha acordado el fraccionamiento del pago de la multa, permitiendo que ésta pueda ser abonada en varios plazos, el incumplimiento de dos plazos determina el vencimiento de los plazos restantes (art. 50.6 CP). Como señala Roca Agapito, «el incumplimiento de dos plazos no daría lugar a responsabilidad personal subsidiaria, sino a la obligación de pagar de una sola vez todos los plazos»[4], con la consiguiente incoación de la vía de apremio para hacer efectiva la cantidad adeudada si el condenado no paga voluntariamente todos los plazos.

La falta de pago voluntario de la multa no sólo es un presupuesto necesario para que pueda tener lugar la incoación de la vía de apremio. Es también una condición suficiente, por lo que, una vez tenga lugar aquella falta de pago voluntario, el órgano judicial debe ordenar la apertura del correspondiente procedimiento ejecutivo, a fin de intentar por esta vía el cobro coactivo de la multa[5].

III. El impago de la multa en la vía de apremio como presupuesto de aplicación de la responsabilidad personal subsidiaria

La falta de pago voluntario de la multa no basta para acudir a la responsabilidad personal subsidiaria prevista en el art. 53 CP. La aplicación de esta responsabilidad subsidiaria exige que, previamente, se haya intentado sin éxito el cobro de la multa mediante la vía de apremio[6]. Hay que tener en cuenta que el art. 53 CP, al referirse al

[4] *Vid.* Roca Agapito, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 2.ª ed., dir. Roca Agapito, Valencia, 2022, p. 95.

[5] Mapelli Caffarena, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5.ª ed., Pamplona, 2011, p. 229, puntualiza que la ley incurre en «una *mentira legal* en perjuicio del reo moroso» al entender que, « si no pagó dos cuotas vencidas, tampoco pagará las cuotas pendientes y, a efectos de la responsabilidad personal subsidiaria, se tomará en cuenta la totalidad de la deuda».

[6] Así lo mantiene la doctrina penal; *Vid.*, entre otros, Martínez-Buján Pérez, *Cuadernos de derecho judicial. Ejemplar dedicado a Penas y medidas de seguridad en el nuevo Código Penal*, dir. Poza Cisneros, Madrid, 1996, pp. 85 y ss.; Choclán Montalvo, «La pena de multa en el nuevo Código Penal», en *Revista General de Derecho*, 1997 (junio), pp. 6947 y ss.; Roca Agapito, *La responsabilidad personal subsidiaria*, Valladolid, 2003, p. 388, que señala a este respecto: «antes de imponer la responsabilidad personal subsidiaria correspondiente, en el caso de que el condenado no quiera pagar la multa voluntariamente, habrá que intenta ejecutar la pena de multa por otros medios, habrá que acudir entonces a las

impago de la multa como presupuesto de la responsabilidad personal del penado, contempla expresamente las dos formas de pago previstas en dicho precepto[7].

La exigencia de agotar infructuosamente la vía de apremio para que se pueda acudir a la responsabilidad personal subsidiaria plantea otro problema que la ley no resuelve con claridad, a pesar de su indudable relevancia. Me refiero a la determinación del momento procesal a partir del cual se ha de considerar producido el impago de la multa cuando ésta se intenta hacer efectiva mediante el procedimiento de apremio. En otras palabras, se trata de concretar el momento procesal desde el que se tiene que declarar la insolvencia del condenado. Lógicamente, ése será el momento desde el que el condenado podrá quedar sujeto a la responsabilidad subsidiaria por impago de la multa.

Para dar respuesta a la cuestión planteada, creo que conviene distinguir diversos supuestos:

a) Puede ocurrir que, al iniciarse el procedimiento ejecutivo, se conozca ya la existencia de bienes del condenado que, al menos *a priori*, sean suficientes para hacer efectiva la multa. Naturalmente, para determinar la suficiencia de los bienes, habrá que tener en cuenta, no sólo el importe de la multa, sino también la cuantía de las restantes obligaciones pecuniarias que el condenado deba hacer efectivas con preferencia a la multa, y, en particular, la responsabilidad civil derivada del delito y las demás partidas a que se refiere el art. 126 CP (o el art. 378 CP para determinados delitos). La hipótesis señalada, aun siendo excepcional, no puede excluirse totalmente. Basta pensar en aquellos casos en que se hubieran efectuado con resultado positivo las oportunas indagaciones acerca de la situación económica del penado, o los supuestos en que éste hubiera constituido fianza, o se le hubiesen embargado bienes, para asegurar las correspondientes responsabilidades pecuniarias. En estos casos, habrá que llevar a cabo las oportunas actuaciones ejecutivas sobre aquellos bienes. Si, tras la realización forzosa, queda desvirtuada la previsión inicial de suficiencia de los bienes, resultará viable la aplicación de la responsabilidad personal subsidiaria, pero, claro está, únicamente en relación con la parte de la multa que no se haya podido hacer efectiva en la vía de apremio.

b) Ahora bien, al producirse la incoación del procedimiento ejecutivo, lo más frecuente será que el órgano judicial no conozca bienes del condenado, o que los bienes conocidos resulten insuficientes para hacer efectivas todas las responsabilidades pecuniarias impuestas a aquél, incluyendo la multa. En relación con estos supuestos, entiendo que la simple negativa del condenado a manifestar bienes para el embargo no

---

vías de apremio legalmente establecidas»; asimismo, Gracia Martín y Escuchuri Aisa, *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito,* coords. Boldova Pasamar y Alastuey Dobón, Valencia, 2023, p. 325.

[7] En este sentido, la alusión a la vía de apremio es una fórmula más precisa que la referencia a la previa excusión de los bienes del condenado, que figuraba en el art. 91 del anterior CP. Y, por otro lado, el criterio indicado es el más acorde con el carácter subsidiario que la ley atribuye a la responsabilidad personal derivada del impago de la multa.

basta para que se pueda aplicar, sin más, la responsabilidad personal por impago de la multa. Tampoco es suficiente, a estos efectos, que el penado se limite a manifestar que carece de bienes. A su vez, no se puede considerar impagada la multa basándose, exclusivamente, en la existencia de una previa declaración formal de insolvencia, y mucho menos si no hubiera ido precedida por una mínima investigación sobre el patrimonio del condenado. En estos casos, antes de procederse a la aplicación de la responsabilidad personal subsidiaria, será necesario realizar las oportunas averiguaciones encaminadas a descubrir bienes del penado con los que pueda hacerse efectivo el pago de la multa. Así lo exige la normativa concerniente a la ejecución pecuniaria (arts. 590 y 591 LEC). A su vez, la postura defendida es la que guarda más conformidad con el carácter subsidiario de la responsabilidad personal por impago de la multa.

Cuestión distinta es la concerniente al alcance que pueden tener las indagaciones sobre el patrimonio del condenado, a efectos de determinar el momento procesal a partir del cual se ha de considerar impagada la multa. En este punto, el órgano judicial dispone de un amplio margen de apreciación a la hora de decidir si puede o no ser útil la prosecución de aquellas investigaciones. No obstante, creo que ha de procurar, al menos, llevar a cabo la correspondiente consulta del Punto Neutro Judicial, para recabar la información patrimonial que ofrezcan los organismos públicos (sobre todo, la Administración Tributaria y la Seguridad Social) y las entidades bancarias.

En función del resultado de las averiguaciones efectuadas, pueden surgir diversos supuestos:

a) En el caso de que no sea posible practicar embargo alguno, porque no se hayan encontrado bienes embargables pertenecientes al condenado, se ha de considerar producido el impago de la multa a efectos de la aplicación de la responsabilidad personal subsidiaria. Ahora bien, el resultado negativo de esas indagaciones puede dar lugar, en su caso, a la aplicación del art. 51 CP, que permite al órgano judicial, excepcionalmente, modificar tanto el importe de las cuotas periódicas como los plazos para su pago. Por otra parte, el órgano judicial debe tener en cuenta la inexistencia de bienes embargables pertenecientes al condenado, a fin de introducir los paliativos que permita la ley en cuanto a la forma de cumplimiento de la responsabilidad subsidiaria.

b) Un supuesto distinto tiene lugar cuando se han podido embargar algunos bienes del condenado que exijan llevar a cabo su realización forzosa a fin de obtener una cantidad de dinero para hacer efectivo el pago de la multa. En este caso, es necesario agotar la vía de apremio respecto de esos bienes. Mientras que no concluya el procedimiento de apremio, no se puede considerar impagada la multa. Incluso en el caso de que los bienes embargados sean insuficientes, *a priori,* para cubrir el importe de la multa, hasta que termine la actividad de apremio no se sabrá qué parte en concreto de la multa va a quedar impagada, y, por tanto, cuál habrá de ser el alcance de la responsabilidad personal subsidiaria. No obstante, creo que ese criterio general debe ser objeto de alguna matización. En efecto, si los bienes embargados son manifiestamente insuficientes para hacer frente al pago de las cantidades que el penado deba satisfacer con preferencia a la multa

(en especial, la responsabilidad civil derivada del delito), cabría considerar producido el impago de la multa a efectos de la aplicación de la responsabilidad personal subsidiaria, sin necesidad de esperar a que concluya la vía de apremio sobre aquellos bienes.

c) Un caso problemático es el que se suscita cuando el condenado percibe un sueldo o pensión que resulta parcialmente embargable conforme a la escala prevista en el art. 607 LEC, careciendo de otros bienes embargables. Creo que, en tal supuesto, la solución más adecuada es que el órgano judicial fraccione el pago de la multa para hacer posible su pago con la parte embargable del sueldo o pensión, siempre que esto resulte factible dentro del plazo máximo de dos años desde la firmeza de la sentencia al que alude el art. 50.6 CP. En suma, se trataría de aplicar analógicamente en el procedimiento ejecutivo lo dispuesto en ese precepto para el pago voluntario de la multa. De no ser posible el pago de la multa ni siquiera de esa forma, habrá que acudir a la responsabilidad personal subsidiaria.

IV. El embargo ejecutivo

El art. 613 LECr dispone: «Cuando llegue el caso de tener que hacer efectivas las responsabilidades pecuniarias a que se refiere este título, se procederá de la manera prescrita en el artículo 536». A su vez, el art. 536.1.º LECr remite a la fase de apremio del procedimiento de ejecución dineraria regulado en la LEC: «Para realizar toda fianza el Secretario judicial procederá por la vía de apremio de conformidad con lo dispuesto en el Capítulo IV, Título IV, del Libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil». Es una remisión poco afortunada: a) por un lado, la fianza a la que se refiere el art. 536 LECr es la fianza carcelaria, es decir, la prestada para evitar la prisión provisional, y no la fianza constituida para asegurar la efectividad de las responsabilidades pecuniarias que se pueden imponer al imputado; b) además, el art. 613 en relación con el art. 536 LECr parece dar por supuesto que, a la hora de hacer efectivas las responsabilidades pecuniarias declaradas en la sentencia penal, ya no es necesario el embargo de bienes, porque aquellas responsabilidades ya se habrán asegurado en la fase de instrucción del proceso penal o, en todo caso, antes de la sentencia[8]. De ahí que los preceptos citados sólo aludan a la última fase del procedimiento de ejecución dineraria, es decir, a la fase de realización forzosa de los bienes y pago.

Pero aquella suposición no es exacta. A la hora de llevar a efecto la ejecución de las responsabilidades pecuniarias impuestas en la sentencia penal, también puede resultar necesario practicar embargo. Cabe, en efecto, la posibilidad de que el pago de las responsabilidades pecuniarias impuestas por la sentencia no haya sido objeto de aseguramiento mediante la correspondiente fianza o embargo preventivo (art. 589 LECr). Asimismo, puede ocurrir que la medida de aseguramiento adoptada previamente sea insuficiente.

[8] *Vid.* Font Serra, *La acción civil en el proceso penal. Su tratamiento procesal*, Madrid, 1991, p. 136.

En estos casos, o sea, si no se han adoptado medidas cautelares suficientes para cubrir todas las responsabilidades pecuniarias impuestas al acusado, será necesario trabar embargo ejecutivo dentro ya del procedimiento incoado para el cobro de la multa (y, en su caso, para hacer efectivas también las demás responsabilidades pecuniarias). Resultan aplicables a ese embargo las disposiciones incluidas en los arts. 589 y ss. LECr, debiéndose acudir supletoriamente a la normativa que establece la LEC en relación con el embargo (art. 614 LECr). Esa normativa supletoria viene integrada por los arts. 584 y ss. LEC.

La aplicación en el proceso penal de la regulación prevista en la LEC acerca del embargo origina múltiples problemas[9]. Entre esas cuestiones, hay una a la que conviene hacer referencia. En efecto, la vigente LEC prevé la posibilidad de que el ejecutado sea requerido para que manifieste sus bienes a efectos del embargo (art. 589 LEC). Se trata de una medida aplicable supletoriamente en el procedimiento ejecutivo dirigido a hacer efectiva la pena de multa (art. 4 LEC).

Pero el problema más relevante en este ámbito radica en determinar las consecuencias jurídicas que se producirán en el caso de que el condenado se niegue a efectuar aquella manifestación de bienes, o incurra en las omisiones o inexactitudes a que se refiere el art. 589.2 LEC. Recordemos que este precepto prevé la posibilidad de imponer al ejecutado responsabilidad penal «cuando menos por desobediencia grave», y que el tribunal también puede imponer al ejecutado multas coercitivas periódicas (art. 589.3 de LEC). A mi juicio, cuando se utilice el procedimiento ejecutivo para hacer efectiva la multa penal, hay que distinguir, a los efectos indicados, los dos siguientes supuestos:

a) Cuando el impago de la multa pueda dar lugar a la correspondiente responsabilidad personal subsidiaria, porque no se ha impuesto al condenado una pena privativa de libertad superior a cinco años (art. 53.3 CP), el condenado que incumpla el requerimiento de manifestación de bienes no puede quedar sujeto a la responsabilidad penal mencionada en el art. 589 LEC, ni se le puede imponer a aquél las multas coercitivas periódicas previstas en el apdo. 3 del citado art. 589. Si la ley ya establece una sanción penal por impago de la multa, sería incoherente imponer, además, al penado otras sanciones o privaciones de derechos por no atender un requerimiento que tan sólo tiene carácter instrumental respecto del pago de la multa. Por otra parte, la acumulación de las sanciones y medidas previstas en el art. 589 LEC y de la responsabilidad personal subsidiaria del art. 53 CP podría provocar una infracción del principio *non bis in idem.*

b) Si el impago de la multa no puede ir seguido de la aplicación de responsabilidad personal subsidiaria, por habérsele impuesto también al condenado una pena privativa de libertad superior a cinco años, la situación es distinta. En este caso, entiendo que el condenado que se niegue a cumplir debidamente el requerimiento de manifestación

[9] *Vid.* Cachon Cadenas, *El embargo*, Barcelona, 1991, pp. 94-96.

de bienes puede quedar sujeto a las sanciones y multas coercitivas periódicas previstas en el art. 589 LEC. En el supuesto que nos ocupa, se trata de hacer efectiva una sanción penal en la única forma en que puede serlo, o sea, mediante el pago de la multa. Además, la aplicación de aquellas sanciones y medidas no obedece al hecho de que el condenado sea o no insolvente, sino que se basa exclusivamente en la negativa del penado a manifestar sus bienes a efectos del embargo, o al hecho de haber realizado una manifestación de bienes inexacta.

V. La fase de apremio

Los problemas que ocasiona la utilización del procedimiento ejecutivo para el cobro de la multa no se limitan al embargo. También la fase de realización forzosa, o apremio en sentido estricto, está plagada de dudas. Me limitaré, a apuntar algunas.

Sabido es que, en caso de fracaso de la subasta por falta de posturas admisibles, la ley permite que, concurriendo determinadas condiciones, el acreedor ejecutante pida la adjudicación en pago de los bienes por un determinado precio cuyo importe se determina de acuerdo con lo dispuesto en la propia LEC. Lo que ya no está claro es si esa forma de realización forzosa de los bienes embargados puede aplicarse en el procedimiento de apremio incoado para hacer efectiva la multa. En principio, no hay en este supuesto un acreedor ejecutante en sentido estricto, porque la posición del Estado en orden al cobro de la multa presenta diferencias radicales con aquella en que se halla el acreedor civil que acude al procedimiento de apremio para obtener la tutela de su crédito. Por otra parte, el art. 50.1 CP define la multa como sanción pecuniaria.

A mi entender, el criterio fundamental a la hora de dar respuesta a la cuestión planteada, y a las restantes que se suscitan en el procedimiento de apremio, es el de lograr que la actividad ejecutiva ocasione los mínimos perjuicios posibles al condenado. Por ello, el órgano judicial puede acordar la adjudicación en pago de los bienes en favor del Erario público, si estima que puede ser menos lesiva para el condenado, por resultar improbable la obtención de un precio superior al de aquella adjudicación, o simplemente porque hay pocas posibilidades de conseguir la ulterior transmisión forzosa de los bienes, con el riesgo consiguiente de que el condenado quede sujeto a responsabilidad personal subsidiaria por impago de la multa. Pero creo que la decisión judicial indicada no basta para aplicar la modalidad de realización forzosa a que se está haciendo referencia. Es necesario que el condenado preste su consentimiento a la aplicación de esa vía de apremio. A falta de ese consentimiento, debe decretarse el alzamiento del embargo.

Por si lo anterior fuera poco, puede surgir un problema añadido, esto es, que el precio correspondiente a la adjudicación en pago de los bienes embargados sea superior al importe de la multa. En principio, dado que los bienes van a ser adjudicados al Estado, debería ser éste el que abonara al condenado la diferencia entre la cuantía de la multa y el precio de adjudicación de los bienes. Por ello, además de los requisitos mencionados anteriormente, el órgano judicial habrá de efectuar, en este caso, la opor-

tuna comunicación a la Abogacía del Estado, a fin de que ésta manifieste si se muestra o no conforme con la adjudicación en pago. A mi juicio, a falta de esa conformidad, no puede tener lugar la adjudicación en pago.

Dado que de lo que se trata es de producir los mínimos perjuicios al condenado, entiendo que el órgano judicial puede sustituir la subasta judicial de los bienes embargados por las restantes modalidades de apremio que prevé la LEC, si considera que esto resultará más benéfico para el penado. Me refiero a la administración forzosa de los bienes embargados (arts. 676 y ss. LEC), el otorgamiento de un convenio de realización por acuerdo de la Abogacía del Estado y el condenado (art. 640 LEC) y la atribución de la realización forzosa a una persona o entidad especializada (art. 641 LEC).

VI. La prescripción de la pena tras la incoación de la vía de apremio

También incide en el procedimiento de apremio el tema relativo a la prescripción de la pena. La incoación del procedimiento ejecutivo no supone, por sí sola, la interrupción del plazo de prescripción de la pena, el cual se habrá iniciado desde la fecha de la sentencia firme o, en su caso, desde que tuvo lugar el quebrantamiento de la condena con anterioridad al inicio del procedimiento ejecutivo (art. 134.1 CP).

La tramitación de la vía de apremio no significa que se haya comenzado a cumplir la pena de multa, ni quiere decir que se está produciendo dicho cumplimiento[10]. Este sólo tiene lugar con el pago. La mejor prueba de ello es que, si el procedimiento de apremio se sustancia en su totalidad pero de forma completamente infructuosa, la multa también sigue estando íntegramente impagada. Como afirma Cardenal Montraveta, con cita de abundante jurisprudencia de las Audiencias Provinciales, no inicia el cumplimiento de la pena de multa «la mera averiguación patrimonial, ni el embargo infructuoso de sueldos, ni la declaración de insolvencia»[11], aunque el autor citado también menciona alguna resolución que atribuye eficacia interruptiva del plazo de prescripción de la pena de multa al embargo de un vehículo y su tasación pericial dentro del procedimiento de apremio abierto para llevar a cabo el pago de la multa[12].

Si se asume la postura mayoritaria en la jurisprudencia de las Audiencia, o sea, que la incoación de la vía de apremio no interrumpe el plazo de prescripción de la pena de multa, el órgano judicial encargado de la ejecución de dicha pena ha de desplegar la necesaria diligencia, a fin de evitar que se produzca la prescripción de la pena antes de que concluya el procedimiento de apremio. Pero los plazos de prescripción aplicables

[10] El AAP Huesca (Sección 1.ª) de 24 de mayo de 2001 (n.º 48/2001) entiende que la realización, dentro del procedimiento ejecutivo dirigido al cobro de la multa, de averiguaciones encaminadas a localizar bienes embargables del condenado no interrumpe el plazo de prescripción de la pena de multa; en el mismo sentido se pronuncia el AAP Barcelona (Sección 5.ª) de 23 de enero de 2009 (n.º 28/2009).

[11] *Vid.* Cardenal Montraveta, *Ejecución y prescripción de la pena de multa*, Valencia, 2020, p. 125.

[12] AAP Madrid (Sección 2.ª) de 2 de junio (n.º 26/2009).

a la pena de multa son lo suficientemente amplios como para que se pueda eludir ese riesgo. En cualquier caso, si llega a tener lugar la prescripción por transcurso de los plazos previstos en el art. 133 CP, el órgano judicial debe ordenar la extinción inmediata del procedimiento ejecutivo, quedando también cerrada la posibilidad de imponer al condenado la responsabilidad personal subsidiaria a que se refiere el art. 53.1 CP.

En realidad, el problema más importante que se puede plantear en este ámbito viene provocado por la posibilidad de que se promuevan incidentes que tengan eficacia suspensiva sobre el desarrollo del procedimiento ejecutivo incoado para llevar a cabo el pago de la multa. Éste es el caso, en particular, de las tercerías de dominio y mejor derecho. La admisión a trámite de la tercería de dominio provoca la suspensión del apremio sobre los bienes a que se refiera dicha tercería (art. 598 LEC). Y la admisión a trámite de la tercería de mejor derecho, aunque no obsta a la realización forzosa de los bienes, impide que pueda llevarse a efecto el pago mientras no se resuelva la tercería (art. 616 LEC). Es un riesgo difícilmente evitable, y que se agrava por la posibilidad de confabulación entre el condenado y el tercerista.

El art. 134.2 CP establece que el plazo de prescripción de la pena quedará en suspenso durante el período de suspensión de la ejecución de la pena. La duda que se suscita es si esta norma resulta aplicable a los supuestos de suspensión del procedimiento ejecutivo dirigido al pago de la multa. A mi juicio, el art. 134.2 CP es aplicable a estos supuestos, porque, al igual que sucede cuando se acuerda directamente la suspensión del cumplimiento de una pena, también en los casos de suspensión del procedimiento ejecutivo hay una imposibilidad temporal de cumplimiento de la pena. Y, por otra parte, no sería razonable que el condenado a una pena de multa pudiera beneficiarse de la prescripción de la pena, y en definitiva de la impunidad, por razones meramente procesales.

VII. Adopción de medidas cautelares reales para el aseguramiento del pago de la multa

VII.1. Planteamiento de la cuestión

También es necesario plantear la cuestión de si resulta o no viable la adopción de medidas cautelares reales para el aseguramiento del pago de la multa que eventualmente se pueda imponer al imputado. Cuando se suscita la posibilidad de adoptar medidas cautelares reales para asegurar el pago de la multa, no se intenta garantizar cualquier modalidad de pago, sino propiamente el pago mediante la vía de apremio. Las medidas cautelares reales se acuerdan para que, en su día, pueda hacerse efectivo el procedimiento de apremio. De ahí la estrecha vinculación instrumental existente entre las medidas cautelares reales y la forma subsidiaria de cumplir la pena de multa, o sea, la vía de apremio.

Con arreglo al art. 589 LECr, la fianza que puede ser exigida al imputado, y el embargo que se puede trabar sobre sus bienes en caso de que aquél no preste fianza, tienen por finalidad «asegurar las responsabilidades pecuniarias que en definitiva puedan declararse procedentes». Este concepto genérico de responsabilidades pecuniarias

engloba, sin violentar el tenor literal del precepto citado, no sólo la responsabilidad civil derivada del delito, sino también las restantes condenas pecuniarias que se puedan imponer al inculpado, incluyendo la pena de multa. En este sentido el art. 764.1 LECr señala: «Asimismo, el Juez o Tribunal podrá adoptar medidas cautelares para el aseguramiento de las responsabilidades pecuniarias, incluidas las costas. Tales medidas se acordarán mediante auto y se formalizarán en pieza separada». Y los arts. 126 y 378 CP vienen a corroborar esa interpretación[13].

Así pues, las normas legales citadas permitirían, *prima facie*, zanjar la cuestión admitiendo la adopción de medidas cautelares reales para asegurar el pago de la multa que, en su caso, pueda imponerse al inculpado cuando el delito imputado al mismo esté castigado con una pena de esa clase.

Pero la pena de multa ofrece singularidades en comparación con las restantes responsabilidades pecuniarias. Por lo pronto, la multa es una pena, a diferencia de las demás responsabilidades pecuniarias que puede imponer la sentencia penal. Además, mientras que, en algunos casos, la falta de pago de la multa puede dar lugar a una responsabilidad personal subsidiaria del condenado, el incumplimiento de las demás responsabilidades pecuniarias no desencadena, en ningún caso, esa responsabilidad personal subsidiaria.

VII.2. Disparidad de criterios en la jurisprudencia de las audiencias provinciales

De hecho, la cuestión mencionada ha provocado criterios contradictorios en la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales[14]. Antón y Abajo resume acertadamente esta divergencia en los siguientes términos:

> «El debate oscila entre dos posiciones aparentemente irreconciliables.
>
> Por una parte, la que considera que la responsabilidad pecuniaria a los efectos de constituir la oportuna pieza separada conforme al art. 590 LECr se restringe a la responsabilidad civil, lo que vendría abonado por la remisión inexcusable a la LEC como norma supletoria. Para este sector, la inclusión de la multa entre las responsabilidades pecuniarias, a los efectos de acordar fianzas y embargos, no deja de ser sino un cumplimiento anticipado de la pena que pudiera recaer.

[13] Para la distinción entre responsabilidad pecuniaria y responsabilidad civil, *Vid.* ampliamente Pedraz Penalva, *Las medidas cautelares reales en el proceso penal ordinario español,* Madrid, 1985, pp. 68 y ss.

[14] Sobre la divergencia de criterios que, respecto de esta cuestión, ofrece la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales, *Vid.* Magariños Yáñez, «¿Es posible el aseguramiento cautelar de la pena de multa? La posición de las Audiencias Provinciales», en *Diario La Ley*, n.º 8662, 10 de diciembre de 2015. El autor citado se muestra claramente favorable a la posibilidad de adoptar medidas cautelares reales para asegurar la efectividad de la pena de multa, afirmando: «la responsabilidad pecuniaria que puede garantizarse en un procedimiento penal incluye la pena de multa».

> Por otra, la de los que sostienen que, con arreglo a una interpretación que resulta de los arts. 125 y 126 CP, las responsabilidades pecuniarias comprenden la multa, lo que se desprende, sin especiales dificultades, en primer lugar, de lo dispuesto en el art. 50.1 CP y, en segundo término, del tenor literal del art. 126 CP al establecer la prelación de pagos, que incluye la multa. No se trataría de un cumplimiento anticipado de la pena, sino de la atribución de facultades al órgano jurisdiccional para que no se vea obligado a la actitud pasiva ante comportamientos que directamente buscan generar una situación de imposibilidad de cumplimiento en el momento en que ésta sea ejecutable»[15].

No obstante, el criterio jurisprudencial mayoritario es el segundo de los mencionados, es decir, admitir la posibilidad de adoptar medidas cautelares reales (fianza y, subsidiariamente, embargo) para asegurar la efectividad de la pena de multa[16]. En este sentido se pronuncian, por ejemplo, el AAP Barcelona (Sección 6.ª) de 28 de abril de 2006 (n.º 281/2006), el AAP Madrid (Sección 6.ª) de 11 de julio de 2008 (n.º 2557/2008), el AAP Las Palmas (Sección 6.ª) de 30 de septiembre de 2008 (n.º 372/2008), el AAP Cantabria (Sección 1.ª) de 3 de marzo de 2023 (n.º 104/2023) y el AAP Asturias (Sección 3.ª) de 22 de enero de 2024 (n.º 39/2024), que indica:

> «las medidas cautelares asegurarán los pronunciamientos patrimoniales de cualquier clase, artículo 589 de la LECrim, por lo tanto, no sólo la responsabilidad civil "ex delicto" derivada de la acción civil acumulada a la penal, sino también los pronunciamientos penales con contenido patrimonial, pena de multa y costas procesales».

Pero, como he señalado, tampoco faltan resoluciones que niegan la posibilidad de adoptar medidas cautelares reales para asegurar la ejecución de la pena de multa. Entre las resoluciones que mantienen esta postura, cabe mencionar el AAP Barcelona (Sección 2.ª de 4 de julio de 2002 (n.º 253/2002). En el mismo sentido se pronuncia el AAP Barcelona (Sección 3.ª) de 4 de noviembre de 2008 (n.º 731/2008), que reconoce el carácter polémico de esta cuestión: «Por otra parte, no deja de ser controvertido que la fianza prevista en el art. 589 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal alcance también al pago de la pena de multa que pudiera imponerse al acusado». También el AAP Barcelona (Sección 5.ª) de 10 de enero de 2023 (n.º 11/2023) excluye la procedencia de las medidas cautelares reales destinadas a asegurar la ejecución de la pena de multa.

Cabe añadir que la Circular 4/2010, de 30 de diciembre, de la Fiscalía General del Estado parece decantarse en favor del criterio que es mayoritario en la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales, porque, después de referirse a la responsabilidad civil *ex delicto*, indica:

[15] *Vid.* Antón y Abajo, «El aseguramiento cautelar de la pena de multa. A propósito de la STC 69/2023, de 19 de junio de 2023», en *Diario La Ley*, n.º 10354, 22 de septiembre de 2023.

[16] *Vid.* Antón y Abajo, «El aseguramiento cautelar de la pena de multa. A propósito de la STC 69/2023, de 19 de junio de 2023»; Magariños Yáñez, «¿Es posible el aseguramiento cautelar de la pena de multa? La posición de las Audiencias Provinciales».

> «La determinación y afianzamiento de bienes suficientes para cubrir la satisfacción de dicha responsabilidad constituye una de las finalidades de la fase de instrucción del proceso penal. La tramitación de las actuaciones judiciales orientadas a este objetivo se realiza en las denominadas piezas de responsabilidad civil, en las que se concreta su cuantía y, mediante la aplicación de las medidas cautelares de fianza y embargo reguladas en los arts. 589 y siguientes, 615, 764 LECRIM y concordantes, se garantiza su efectividad, junto con el resto de las responsabilidades pecuniarias —costas y multas—».

VII.3. La sentencia del tribunal constitucional 69/2023, de 19 de junio. Valoración crítica

Éste era el estado de la cuestión cuando se dictó la reciente STC 69/2023, de 19 de junio. En un procedimiento abreviado el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 3 de Huesca dictó auto de apertura del juicio oral contra el acusado por la posible comisión de un delito de desobediencia. El Ministerio Fiscal había pedido la imposición al acusado de una pena de once meses de multa, con cuota diaria de 18 euros (en total, 3.960 euros), con la responsabilidad personal subsidiaria del artículo 53 CP, inhabilitación especial para empleo o cargo público por un período de dos años, además del pago de las correspondientes indemnizaciones y de las costas. Por su parte, la acusación particular, por el mismo delito, había solicitado una pena de multa de once meses a razón de 200 euros diarios (en total, 66.000 euros) con la responsabilidad personal subsidiaria del artículo 53 CP, inhabilitación especial para empleo o cargo público por un período de dos años, el abono de las indemnizaciones y el pago de las costas. En el auto de apertura del juicio oral, el Juzgado acordaba requerir al acusado para que

> «preste fianza, por la cantidad de 88.000 euros, para asegurar las responsabilidades pecuniarias que, en definitiva, pudieran imponerse, en cualquiera de las clases señaladas en el artículo 591 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim), con el apercibimiento de que de no prestarla se le embargarán bienes en cantidad suficiente para asegurar la suma señalada»[17].

Ese auto fue impugnado por el acusado mediante recurso de reforma, que resultó desestimado[18]. Subsidiariamente, para el caso de que el órgano jurisdiccional entendiera que el importe de las penas de multa puede incluirse dentro del concepto de

[17] La cuantía de la fianza (88.000 euros) obedecía a lo dispuesto en el art. 589.2.º LECr conforme al cual el importe de la fianza «se fijará en el mismo auto y no podrá bajar de la tercera parte más de todo el importe probable de las responsabilidades pecuniarias». El Juzgado tomó como referencia la pena pedida por la acusación más grave (multa de 66.000 euros), para cuantificar la fianza en la tercera parte más (88.000 euros).

[18] Por cierto, la defensa del acusado corrió a cargo del Abogado y Catedrático de Derecho Procesal don Jaume Alonso-Cuevillas i Sayrol.

responsabilidades pecuniarias, el acusado solicitaba el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad en los siguientes términos:

> «¿La inclusión del importe de las penas de multa, dentro del concepto de responsabilidad pecuniaria, contenido en el artículo 589 LECrim, supone una vulneración del derecho a la presunción de inocencia previsto en el artículo 24.2 *in fine* de la Constitución Española, al tratarse de una pena anticipada?».

La cuestión de inconstitucionalidad fue denegada, y el acusado interpuso recurso de apelación contra el auto desestimatorio del recurso de reforma. La Audiencia Provincial de Huesca desestimó el recurso de apelación.

El acusado formuló recurso de amparo, denunciando la vulneración de su derecho a la presunción de inocencia, dado que

> «la inclusión del importe de la multa que pudiere imponerse en caso de condena dentro del concepto de `responsabilidad pecuniaria´ es absolutamente improcedente y debe considerarse contrario a la presunción de inocencia, ya que supone una auténtica pena anticipada».

El TC reconoce que la multa viene incluida por el art. 126 CP entre las diversas responsabilidades pecuniarias que pueden imponerse en el proceso penal, pero entiende que existen significativas diferencias entre la multa y el resto de partidas que, de acuerdo con la interpretación del Juzgado,

> «quedarían comprendidas dentro del concepto de responsabilidades pecuniarias a asegurar mediante la prestación de una fianza o el embargo de los bienes del encausado, que nos llevarán a concluir que la inclusión de la cuantía de la multa, lejos de satisfacer una finalidad cautelar, como las otras, comporta una pena anticipada proscrita por este tribunal […] y que como tal vulnera el derecho a la presunción de inocencia del demandante de amparo (art. 24.2 CE)».

Añade el TC:

> «los otros componentes comparten una naturaleza resarcitoria o indemnizatoria tanto de los daños y perjuicios causados por los hechos como de los gastos indirectos soportados por el perjudicado a raíz del ejercicio de las acciones penales […]. Por el contrario, la multa tiene el carácter punitivo propio de cualquier pena, cuyo abono se impone al condenado en el proceso como sanción por la comisión de un delito del que se deriva una responsabilidad penal, si bien conviene destacar, que en el momento de acordar la fianza aún no se ha resuelto dicho juicio de culpabilidad».

A su vez, el TC llama la atención sobre otra diferencia existente entre la pena de multa y las demás responsabilidades pecuniarias:

> «precisamente la existencia de diversas situaciones alternativas al cumplimiento *in natura* de la pena de multa torna intrascendente uno de los presupuestos característicos de las medidas cautelares, que sí cumplen las otras partidas, la existencia del *periculum in mora*, pues en el caso de no hacerse efectiva en dinero podrá sustituirse por otras formas de eje-

> cución[19]. Al contrario de lo que sucede con las responsabilidades civiles, *stricto sensu*, esta circunstancia no se acomoda a la remisión a «las normas sobre contenido, presupuestos y caución sustitutoria de las medidas cautelares establecidas en la Ley de enjuiciamiento civil», que se efectúa para el caso de adopción de tales medidas para el aseguramiento de las responsabilidades pecuniarias en el artículo 764.2 LECrim».

Declara el TC que la interpretación del art. 589 LECr en relación con el art. 783 de la misma Ley efectuada por el Juzgado de Instrucción

> «supone una anticipación de pena, por cuanto equipara a acusado y culpable, en el caso de autos, respecto de la comisión de un delito de desobediencia, toda vez que avanza los efectos jurídicos de una, tan solo eventual, sentencia condenatoria. […] Una interpretación que, en resumidas cuentas, vulnera la doctrina de este tribunal relativa a la presunción de inocencia […]. Este tribunal considera que la instructora, al ponderar la posible condena del acusado para fijar el importe de la fianza, cuantificando ésta en atención a la pena de multa interesada por la acusación particular, cuyo pago obliga a adelantar al acusado causando una restricción temporal de poder de disposición de ese último sobre sus bienes, anticipa una pena que no ha sido declarada en sentencia y vulnera, de este modo, la presunción de inocencia del recurrente».

En consecuencia, el TC estima el recurso de amparo.

Cabe apuntar que el TC incurre en una manifiesta imprecisión cuando afirma que, al cuantificar la fianza en atención a la pena de multa pedida por la acusación particular, el Juzgado está obligando al acusado a adelantar el pago de la multa. Parece evidente que la prestación de fianza, aunque implique una limitación temporal del poder de disposición del acusado sobre el bien dado en fianza (como también señala el TC), no supone efectuar el pago de la multa.

Pero lo que importa destacar es que, como pone de relieve Cardenal Montraveta[20], la cuestión planteada en el caso resuelto por la STC 69/2023 afecta, fundamentalmente, al principio de proporcionalidad, esto es, se trata de determinar si la adopción de medidas cautelares reales para asegurar el pago de la multa que eventualmente pueda imponerse se ajusta o no a aquel principio, con independencia de que, a estos efectos, el principio de proporcionalidad se vincule al derecho a la presunción de inocencia, como hace esta sentencia atendiendo al planteamiento que había realizado el demandante de amparo, o, por el contrario, se ligue al principio de legalidad sancionadora.

El autor citado, después de efectuar un lúcido análisis de la STC 69/2023, llega a las siguientes conclusiones:

[19] Aun sin atreverse a mencionarla expresamente, el TC se está refiriendo a la responsabilidad personal subsidiaria para el caso de impago de la multa.

[20] *Vid.* Cardenal Montraveta, «Fianzas y embargos para garantizar el pago de la pena de multa. Comentario a la STC 69/2023, de 19 de junio», en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho,* n.º 4, 2023, p. 327.

> «El régimen jurídico de la pena de multa está diseñado para que pueda satisfacer su función preventiva, para que la situación económica del condenado no condicione injustificadamente su contenido aflictivo y para que aquel pueda cumplirla. Pero ello no elimina por completo el riesgo de que no lo haga y deje de satisfacer la multa voluntariamente o por vía de apremio. La previsión de que, en estos casos, el condenado quede sujeto a una responsabilidad personal subsidiaria, contribuye a disminuir el riesgo de incumplimiento de la pena de multa y, además, disminuye la gravedad del mismo. Pero no comporta que ese riesgo de incumplimiento sea irrelevante, especialmente cuando su cuantía se determina de acuerdo con el sistema de multa proporcional, es elevada, se impone junto con una pena de prisión superior a 5 años y la situación económica del penado no es holgada».
>
> La relevancia del riesgo de incumplimiento de la multa no siempre justifica la decisión de neutralizarlo ordenando al acusado que preste fianza y acordando el embargo de sus bienes. Solo en casos excepcionales podrá afirmarse que esta limitación de los derechos del acusado prevista en los arts. 589 y 783.2 LECrim. respeta las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad (adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto)»[21].

Comparto la opinión de Cardenal Montraveta en cuanto al carácter excepcional que deben tener las medidas cautelares reales dirigidas a asegurar el pago de la multa. Pero creo que es necesario distinguir, a estos efectos, los dos siguientes supuestos:

a) Si atendiendo al delito o los delitos imputados, y a las penas previstas legalmente para dichos delitos, cabe que se imponga al acusado una pena de multa conjuntamente con una pena privativa de libertad superior a cinco años, entiendo que resulta viable el aseguramiento del pago de la multa mediante la correspondiente medida cautelar real (fianza o subsidiario embargo). Y ello porque la imposición de la pena privativa de libertad superior a cinco años, junto con la pena de multa, excluiría la responsabilidad personal subsidiaria por impago de la multa (art. 53.3 CP). En consecuencia, la medida cautelar sería la única forma de asegurar en este caso la ejecución de dicha pena pecuniaria. Ahora bien, la adopción de las medidas cautelares reales para asegurar el pago de la multa no puede ser automática, sino que exige la concurrencia, en cada caso concreto, de indicios racionales de criminalidad (*fumus boni iuris*) y riesgo efectivo de insolvencia del imputado que pueda impedir el pago de la multa (*periculum in mora*).

b) Por el contrario, si el delito o los delitos imputados no pueden dar lugar a la imposición de una pena de multa conjuntamente con pena privativa de libertad superior a cinco años, parece que se ha de excluir la posibilidad de adoptar medidas cautelares reales para garantizar el pago de la multa. En este caso, el impago de la multa no llevará consigo la inefectividad de la condena, ya que provocará la aplicación de la correspondiente responsabilidad personal subsidiaria. Por ello, la adopción de la medida

[21] *Vid.* Cardenal Montraveta, «Fianzas y embargos para garantizar el pago de la pena de multa. Comentario a la STC 69/2023, de 19 de junio», ob. cit., pp. 326-327.

cautelar real para garantizar el pago de la multa chocaría, en mi modesta opinión, con el principio de proporcionalidad[22], porque se produciría un sobreaseguramiento de la pena de multa (la amenaza de incurrir en responsabilidad personal subsidiaria, más las medidas cautelares reales que se adopten), cuando en todo caso se evitará la impunidad del inculpado, al ir seguido el impago de la multa de la correspondiente responsabilidad personal subsidiaria.

or lo demás, la STC 69/2023 no ha sido asumida pacíficamente por la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales. Un ejemplo de esto lo encontramos en el citado AAP Asturias (Sección 3.ª) de 22 de enero de 2024 (n.º 39/2024), dictado con posterioridad a la STC 69/2023. Este Auto ni siquiera la STC 69/2023, y además aplica el criterio que ha venido siendo mayoritario en la jurisprudencia menor, admitiendo la adopción de medidas cautelares reales para asegurar la pena de multa.

Otra muestra es el AAP Ciudad Real (Sección 2.ª) de 10 de enero de 2024 (n.º 1/2024), que critica expresamente la STC 69/2023, aunque, al final, acaba por aplicar a regañadientes el criterio establecido en esta Sentencia:

> «La estricta aplicación del artículo 5.1 de la LOPJ obliga a la estimación del recurso por la aplicación de la S.TC. 69/2.023 de 19 de junio. No obstante esta Sala a los meros efectos de salvar su criterio, a los efectos meramente dialécticos, ha de principiar por afirmar que la actividad procesal cautelar real que el señalamiento y exigencia de fianza por el importe de las penas de multa solicitadas conlleva, ello en sede del artículo 589 de la Ley Rituaria Civil *[rectius: Criminal]* en relación al artículo 126 del Código Penal; implica una actividad instructora de aseguramiento llevada a cabo en momento procesal de imposible afectación del principio de presunción de inocencia, al no ser el mismo el trámite o momento procesal adecuado para situarnos en sede de la posible infracción del derecho a la presunción de inocencia, la que únicamente podrá ser desvirtuada tras la celebración, en su caso, del plenario y la práctica en el mismo de la adecuada prueba de cargo, todo ello conforme a consolidada y reiterada doctrina jurisprudencial cuya notoriedad excusa de cita.
>
> Es por ello que no acaba de entenderse como se puede afectar a dicho derecho fundamental por el mero aseguramiento pecuniario para el caso de condena a la pena de multa, pues la efectividad de la misma no se anticipa por el mero hecho de la consignación de su importe en la cuenta judicial a efectos meramente cautelares y sin realización alguna o atribución de su importe al Estado, estando a resultas de lo que finalmente se decida en la sentencia que se dicte. Tampoco cabe desconocer que toda medida cautelar, personal o real, implica esencialmente el aseguramiento de alguna consecuencia judicial para asegurar su futuro cumplimiento y, no por ello, puede entenderse que se vulnere de tal modo el principio de presunción de inocencia, como tampoco se infringe el mismo, por ejemplo, en los supuestos de adopción de la cautelar de prisión provisional en legal forma, y por

[22] Sobre el alcance de este principio en relación con las medidas cautelares reales del proceso penal, *Vid.* ampliamente Arangüena Fanego, *Teoría general de las medidas cautelares reales en el proceso penal español*, Barcelona, 1991, pp. 121 y ss.

más que dicha prisión provisional en caso de condena sirviera para el cumplimiento al menos parcial de la pena de prisión que se pudiera imponer.

Asimismo tampoco se entiende la declarada ausencia de *periculum in mora* en el presente caso por el hecho de la posible sustitución de la pena de multa para su ejecución en caso de impago y no encontrarse bienes en el penado, pues ello nos llevaría al contrasentido de acabar imponiendo judicialmente el cumplimiento de una pena de privación de libertad (artículo 53.1 C.P.: responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago), por no haberse asegurado su cumplimiento conforme al artículo 589 Lecrim.; es decir "preocuparnos por apagar una cerilla para, sin embargo, venir a contemplar tranquilamente como se desata un incendio", máxime en casos como el presente en el que tal responsabilidad personal subsidiaria podría alcanzar una extensión de hasta 14 meses».

VIII. **Bibliografía**

Antón y Abajo, «El aseguramiento cautelar de la pena de multa. A propósito de la STC 69/2023, de 19 de junio de 2023», en *Diario La Ley*, n.º 10354, 22 de septiembre de 2023.

Arangüena Fanego, *Teoría general de las medidas cautelares reales en el proceso penal español*, Barcelona, 1991.

Cachon Cadenas, *El embargo*, Barcelona, 1991.

— *La ejecución procesal civil*, 2.ª ed., Barcelona, 2018.

Cardenal Montraveta, *Ejecución y prescripción de la pena de multa*, Valencia, 2020.

— «Fianzas y embargos para garantizar el pago de la pena de multa. Comentario a la STC 69/2023, de 19 de junio», en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho,* n.º 4, 2023, pp. 317-327.

Choclán Montalvo, «La pena de multa en el nuevo Código Penal», en *Revista General de Derecho*, 1997 (junio), pp. 6919-6954.

Font Serra, *La acción civil en el proceso penal. Su tratamiento procesal*, Madrid, 1991.

Gracia Martín y Escuchuri Aisa, *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito,* coords. Boldova Pasamar y Alastuey Dobón, Valencia, 2023.

Magariños Yáñez, «¿Es posible el aseguramiento cautelar de la pena de multa? La posición de las Audiencias Provinciales», en *Diario La Ley*, n.º 8662, 10 de diciembre de 2015.

Martínez-Buján Pérez, «Penas pecuniarias. El sistema de los días-multa», *Cuadernos de derecho judicial. Ejemplar dedicado a Penas y medidas de seguridad en el nuevo Código Penal*, dir. Poza Cisneros, Madrid, 1996, pp. 85-138.

Mapelli Caffarena, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5.ª ed., Pamplona, 2011.

Pedraz Penalva, *Las medidas cautelares reales en el proceso penal ordinario español,* Madrid, 1985, pp. 68 y ss.

Roca Agapito, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 2.ª ed., dir. Roca Agapito, Valencia, 2022.

— *La responsabilidad personal subsidiaria*, Valladolid, 2003.

10

TRATAMIENTO DE LAS AGRESIONES SEXUALES COMETIDAS POR MENORES Y CONSIDERADAS DE MÁXIMA GRAVEDAD*

Sergi Cardenal Montraveta
Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Barcelona

SUMARIO: I. Introducción. II. La relación entre los arts. 7.2 y 10 LORPM. III. Análisis de las limitaciones vigentes durante el «periodo de seguridad» previsto en el art. 10.2.b) LORPM. IV. Conclusiones. V. Bibliografía.

I. Introducción

La STS 101/2024, de 1 de febrero, consideró probado que la noche del 10 al 11 de octubre de 2020, Romualdo tenía 15 años y compartió habitación con Clemencia, que tenía 13 años y era la hija de la compañera sentimental de su padre. Con ánimo de satisfacer sus deseos sexuales y sin emplear violencia ni intimidación, aprovechando que Clemencia estaba dormida, Romualdo le tocó los pechos y, a continuación, le tocó en la zona genital. Al darse cuenta de lo que estaba haciendo Romualdo, Clemencia no fue capaz de oponerse a ello, ya que quedó paralizada. A lo largo de la madrugada, Romualdo se levantó para ir al baño y, al volver, nuevamente le tocó varias veces a Clemencia los pechos, así como la zona genital. No ha quedado acreditado que llegara a introducirle un dedo en el interior de la vagina. El Juzgado de Menores condenó a Romualdo como autor de un delito continuado de abusos sexuales a menor de dieciséis años, descrito entonces en el art. 183.1 y 4 d) CP, y le impuso la medida de un año de realización de tareas socioeducativas en el área personal y formativa, así como realización de talleres de educación sexual y de género; también le impuso la medida de prohibición de aproximarse a Clemencia y comunicarse con ella durante dos años. La Audiencia Provincial y el Tribunal Supremo confirmaron la condena, considerando que la legislación vigente describe los hechos en el art. 181.1 y 2 CP.

* Esta publicación es parte del proyecto de I+D+i PID2021-125718NB-I00, financiado por el MCIN/ AEI/10.13039/501100011033/ FEDER «Una manera de hacer Europa».

Si aquellos hechos se enjuiciaran aplicando la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (en adelante, LORPM) en su redacción actualmente vigente, sería preceptivo imponer una medida de internamiento en régimen cerrado, también en el supuesto de que la víctima de los tocamientos fuera mayor de 16 años y deba entenderse que estamos ante una agresión sexual descrita en el art. 178.2 CP.

La LO 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, amplió el ámbito de aplicación del art. 10.2 LORPM, que contiene las reglas especiales de aplicación y duración de las medidas previstas para los delitos considerados de máxima gravedad. Todas las agresiones sexuales pasaron a estar sometidas a las reglas allí previstas. Más concretamente, la reforma dispuso su aplicación «[c]uando el hecho sea constitutivo de alguno de los delitos tipificados en los artículos 138, 139, 178 a 183 y 571 a 580 del Código Penal, o de cualquier otro delito que tenga señalada en dicho Código o en las leyes penales especiales pena de prisión igual o superior a quince años». Afortunadamente, la LO 4/2023, de 27 de abril, volvió a reformar el art. 10.2 LORPM y redujo su ámbito de aplicación. Hoy se aplicarán las reglas previstas en el art. 10.2 a los menores que cometan alguna de las agresiones sexuales previstas en los arts. 178, apartados 2 y 3, 179, 180 y 181, apartados 2, 4, 5 y 6 CP[1].

En este trabajo quiero rendir un merecido homenaje al Prof. Carlos María Romeo Casabona analizando el tratamiento de los delitos de máxima gravedad sometidos a las reglas especiales previstas en el art. 10.2 LORPM, prestando especial atención a las reglas aplicables cuando, al tiempo de cometer los hechos, el menor tuviere 16 o 17 años. En estos supuestos, el art. 10.2.b) LORPM limita las facultades de modificación y sustitución de la medida impuesta (reguladas con carácter general en los arts. 13 y 51 LORPM) así como la facultad de suspender su ejecución (regulada con carácter general en el art. 40 LORPM). Más concretamente, el art. 10.2 dispone: «a) Si al tiempo de cometer los hechos el menor tuviere catorce o quince años de edad, [el Juez deberá imponer] una medida de internamiento en régimen cerrado de uno a cinco años de duración, complementada en su caso por otra medida de libertad vigilada de hasta tres años. [./.] b) Si al tiempo de cometer los hechos el menor tuviere dieciséis o diecisiete años de edad, [deberá imponer] una medida de internamiento en régimen cerrado de uno a ocho años de duración, complementada en su caso por otra de libertad vigilada con asistencia educativa de hasta cinco años. En este supuesto solo podrá hacerse uso de las facultades de modificación, suspensión o sustitución de la medida impuesta a las que se refieren los artículos 13, 40 y 51.1 de esta ley orgánica, cuando haya trascurrido, al menos, la mitad de la duración de la medida de internamiento impuesta».

[1] Sobre el ámbito de aplicación del art. 10.2 LORM, ver, por todos, Cardenal Montraveta, S., *RGDP,* núm. 42, 2024, pp. 12-26. Sobre la reforma de la LORPM mediante la LO 10/2022 y la LO 4/2023, ver Colás Turégano, M. A., *RECPC,* núm. 25, 2023.

Me parece que el ámbito de aplicación del art. 10.2 LORPM sigue siendo excesivo, no es satisfactoria la fórmula aquí utilizada para fijar la duración del «periodo de seguridad» previsto para los menores de 16 o 17 años, y tampoco son satisfactorias las limitaciones que comporta, salvo que estas se interpreten de forma restrictiva, para permitir que las condiciones de cumplimiento de la medida de internamiento en régimen cerrado puedan ajustarse a las necesidades de prevención especial.

II. La relación entre los arts. 7.2 y 10 LORPM

El art. 10.2.b) LORPM podría interpretarse en el sentido de que, durante el «periodo de seguridad», esto es, hasta que haya trascurrido, al menos, la mitad de la duración de la medida de internamiento impuesta, tampoco es posible sustituir las medidas de internamiento en régimen cerrado por otras de internamiento en régimen semiabierto o abierto o por medidas no privativas de libertad. Esto supondría que la medida de internamiento en régimen cerrado *nunca* podría sustituirse antes de su cumplimiento durante 6 meses, sin perjuicio de que, en su caso, se abone el tiempo de privación de libertad sufrido provisionalmente (arts. 28 LORPM, 58 y 59 CP). Durante el «periodo de seguridad», el menor residirá en el centro y desarrollará en el mismo las actividades formativas, educativas, laborales y de ocio planificadas en el programa individualizado de ejecución de la medida [arts. 7.1.a) LORPM y 24 RD 1774/2004, de 30 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de la LO 5/2000 (en adelante, RegLORPM]). Y sólo tras haber cumplido «el primer tercio del periodo de internamiento» podrá el menor disfrutar de permisos de salida ordinarios, de salidas de fin de semana y/o de salidas programadas (arts. 45.7, 46.7 y 48.6 RegLORPM). Aunque no coincidan totalmente, estas condiciones de cumplimiento de las medidas de internamiento en régimen cerrado son similares a las previstas para los adultos clasificados en el segundo grado de tratamiento y que cumplen la pena de prisión en régimen ordinario (arts. 72.2 LOGP, arts. 74, 76 a 98, 100, 101 y 114 RP)[2]. Sin embargo, en estos casos, el art. 100.2 RP prevé la posibilidad de adoptar un modelo de ejecución en el que se combinen aspectos característicos de distintos periodos. Y el art. 117 RP contempla la posibilidad de que el condenado acuda regularmente a una institución exterior.

Podría pensarse que, cuando el menor ha sido condenado como autor de un delito *consumado* de asesinato, violación u otro de los mencionados en el art. 10.2 LORPM y que el Código Penal castiga con pena de *prisión* grave, aquellas condiciones de cumplimiento de la medida de internamiento no son excesivamente severas. Pero sí me parecen excesivamente severas en el resto de supuestos sometidos a las reglas especiales allí previstas.

De lege lata, existen, por lo menos, dos formas de evitar aquellas consecuencias. Ambas explican que la ley que regula las *condiciones de cumplimiento* de las medidas

[2] Ver Camara Arroyo, S., *Internamiento*, 2011, *passim*.

privativas de libertad impuestas a los menores que delinquen, omita prohibir *expresamente* que esas condiciones puedan ser más severas que las condiciones de cumplimiento de las penas de prisión que se habrían podido imponer en el caso de que el mismo delito hubiera sido cometido por un adulto, por lo menos cuando la duración de las penas y la de las medidas podría ser la misma[3]. La primera posibilidad consiste en entender que el art. 7.2 LORPM también rige en los casos que regula el art. 10 LORPM, de modo que la especialidad de las reglas aquí previstas consistiría en el carácter preceptivo de la imposición de una medida de internamiento en régimen cerrado, en la posibilidad de que su duración sea superior a la prevista en el art. 9 y en la posibilidad de imponer una medida de libertad vigilada complementaria que, además, se llevaría a cabo en las instituciones encargadas del cumplimiento de las penas[4]. La segunda posibilidad —que no es incompatible con la anterior ni depende de que se acepte— consistiría en considerar que el «periodo de seguridad» previsto en los arts. 10.1.b) y 10.2.b) no impide ajustar las condiciones de cumplimiento de la medida de internamiento a las necesidades de prevención especial, por lo menos en aquellos supuestos en los que, si el delito lo hubiera cometido un adulto, los arts. 36.2 CP, 72.3 LOGP y 104.3 RP permitirían la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario antes de haber cumplido la mitad de la pena de prisión impuesta. El «periodo de seguridad» previsto en aquellos preceptos de la LORPM sólo impediría reducir la duración de la medida de internamiento, dejarla sin efecto y sustituirla por una medida de permanencia de fin de semana o por una medida no privativa de libertad. A continuación, examinaremos la relación entre los arts. 7.2 y 10 LORPM.

El art. 7.2 LORPM dispone: «Las medidas de internamiento constarán de dos períodos: el primero se llevará a cabo en el centro correspondiente, conforme a la descripción efectuada en el apartado anterior de este artículo, el segundo se llevará a cabo en régimen de libertad vigilada, en la modalidad elegida por el Juez. La duración total no excederá del tiempo que se expresa en los artículos 9 y 10. El equipo técnico deberá informar respecto del contenido de ambos períodos, y el Juez expresará la duración de cada uno en la sentencia». No hay consenso sobre si el art. 7.2 también es aplicable cuando las medidas y su duración deben determinarse de acuerdo con las reglas especiales previstas en el art. 10 LORPM y, más concretamente, cuando dicho precepto obliga a imponer una medida de internamiento en régimen cerrado

[3] El segundo párrafo del art. 8 LORPM sí prohíbe expresamente que la duración de las medidas privativas de libertad exceda del tiempo que hubiera durado la pena privativa de libertad que se le hubiere impuesto por el mismo hecho, si el sujeto, de haber sido mayor de edad, hubiera sido declarado responsable, de acuerdo con el Código Penal.

[4] Además, cuando el menor haya cometido alguno de los delitos comprendidos en los arts. 571 a 580 CP, se impondrá una medida de inhabilitación absoluta (art. 10.3 LORPM). Y el art. 15.1 LORPM también prevé un régimen especial respecto al régimen jurídico de la prescripción.

que debe o puede ir seguida de una medida complementaria de libertad vigilada que, en el caso de que llegara a ratificarse, «se llevará a cabo por las instituciones públicas encargadas del cumplimiento de las penas» (art. 10.4 LORPM) y no por las entidades públicas de las Comunidades Autónomas y de las Ciudades de Ceuta y Melilla a las que se refieren el art. 45 LORM y el art. 8 RegLORPM. Las dudas sobre el ámbito de aplicación del art. 7.2 LORPM y su relación con las reglas especiales de aplicación y duración de las medidas que regula el art. 10 LORPM, deben resolverse atendiendo al fundamento de ambos preceptos y a las consecuencias de las distintas formas de entender la relación que existe entre ellos. Esto exige tener en cuenta la progresiva ampliación del ámbito de aplicación del art. 10.2 LORPM y, también, que la forma de entender la relación entre los arts. 7.2 y 10 no es ajena a la interpretación que se haga de las limitaciones aquí previstas en relación con las facultades a las que se refieren los arts. 13 y 51.1 LORPM.

La principal razón por la cual el legislador no indica expresamente que las condiciones de cumplimiento de las medidas de internamiento no pueden ser más severas que las de la pena de prisión impuesta al adulto que comete el mismo delito es, precisamente, que el art. 7.2 LORPM también rige en relación con las medidas de internamiento en régimen cerrado que el art. 10 obliga a imponer. Por eso el 51 LORPM no menciona expresamente el tránsito entre los dos periodos de la medida de internamiento, ni siquiera en el art. 51.2 LORPM. El tránsito del periodo de internamiento al régimen de libertad vigilada (o viceversa) no comporta la sustitución de la medida de internamiento por otra distinta, ni está sometido a exigencias distintas de las derivadas de la función de prevención especial. Por eso tampoco lo menciona el art. 10. El art. 7.2 regula un aspecto muy específico de las condiciones de cumplimiento de *todas* las medidas de internamiento. Y lo hace sin excepciones, garantizando así el respeto de aquel principio general y que el internamiento del menor vaya siempre seguido de su sometimiento a un régimen de libertad vigilada (salvo que, excepcionalmente, la medida de internamiento se deje antes sin efecto). De esta manera, se ofrece una respuesta satisfactoria al conflicto entre las funciones de prevención general y prevención especial, cuando esta última no justifica el internamiento del menor en el centro correspondiente, sin excluir que, en algunos casos, el seguimiento posterior al internamiento pueda llevarse a cabo mediante una medida complementaria de libertad vigilada. Tras el escrito de alegaciones y la celebración de la audiencia, la libertad vigilada podrá ser (a) la medida impuesta en el fallo de la sentencia condenatoria, (b) el régimen al que queda sometido el menor condenado a una medida de internamiento, cuando se suspende la ejecución del fallo o pasa a cumplir el segundo periodo de una medida de internamiento, o (c) podrá ser una medida complementaria de la medida de internamiento, como la medida de seguridad prevista en los arts. 105 y 106 CP. Nunca será una medida sustitutiva de otra de internamiento, porque el tránsito del régimen de internamiento en el centro correspondiente al régimen de libertad vigilada se regula siempre en el art. 7.2, sin perjuicio de que, además de la medida de internamiento, el menor pueda cumplir una medida complementaria de libertad vigilada.

En definitiva, el art. 7.2 LORPM vendría a garantizar que las medidas de internamiento se cumplan de acuerdo con «un sistema de individualización científica separado en grados» más favorable que el previsto para el cumplimiento de las penas de prisión[5]. Más favorable porque, aunque la imposición de una medida de internamiento en régimen cerrado pueda ser preceptiva y se haya descartado la posibilidad de que empiece a cumplirse en régimen abierto, pasará a cumplirse en régimen de libertad vigilada tan pronto como el internamiento en el centro deje de parecer necesario para evitar que el menor vuelva a delinquir, sin que la eventual revocación de esta decisión impida el abono del tiempo transcurrido, algo que, desafortunadamente, ya no sucede siempre en el ámbito de los adultos[6]. No se trata de un sistema progresivo, que sólo permite el tránsito al régimen de libertad vigilada cuando el menor está cumpliendo una medida de internamiento en régimen abierto y que es incompatible con la posibilidad de que el segundo periodo de las medidas de internamiento en régimen *cerrado* se cumpla en régimen de libertad vigilada. El art. 7.2 no excluye esta posibilidad, que es perfectamente razonable cuando la medida de internamiento se impuso para cumplir exclusivamente una función de prevención general y la duración de su primer periodo es escasa.

También cuando la medida de internamiento se impone para cumplir una función de prevención especial es razonable que el internamiento del menor vaya seguido de su sometimiento temporal a un régimen de libertad vigilada, sobre todo cuando se trata de un internamiento en régimen cerrado y ha tenido una duración significativa[7]. Además, en estos casos es razonable que el seguimiento posterior del menor mediante el régimen de libertad vigilada se lleve a cabo por los servicios autonómicos encargados del cumplimiento de las medidas previstas en el art. 7.1. La posibilidad del seguimiento posterior del menor mediante un régimen de libertad vigilada es lo que el art. 7.2 LORPM quiere garantizar. Sólo en dos casos tendría sentido ignorarlo y reducir el ámbito de aplicación de aquel precepto: a) cuando se quiere prolongar el periodo de internamiento, para satisfacer así una función de prevención general o especial; y b) cuando el internamiento va seguido del cumplimiento efectivo de una medida de libertad vigilada complementaria y resulta conveniente que esta se cumpla en los términos previstos en el art. 10.4, de modo que el segundo periodo de la medida de internamiento sería innecesario. Lo primero no debería permitir que las condiciones de cumplimiento del internamiento sean más severas que las de la pena que se habría impuesto al adulto que comete el mismo

[5] *Cfr.* art. 72 LOGP.

[6] *Cfr.* arts. 86 y 90.5 CP.

[7] Como recuerda la Circ. FGE 9/2011: «Este modo de estructurar las medidas de internamiento —con un periodo de internamiento efectivo y una fase final en libertad vigilada— constituyó una novedad en la LORPM respecto a la anterior LO 4/92, que no preveía dicha posibilidad, acogiendo el legislador las opiniones que previamente propusieron la conveniencia de adoptar la libertad vigilada como medida puente tras un internamiento, con el fin de preparar la adaptación del menor a su vida en libertad» (ap. III.1).

delito. En relación con la segunda justificación, debe destacarse que, por sí solo, el tenor literal del art. 10 no garantiza que el internamiento vaya seguido del cumplimiento de una medida complementaria de libertad vigilada, porque la imposición de esta medida complementaria no es preceptiva en todos los casos allí previstos, y porque su cumplimiento siempre depende de la ratificación posterior.

Como apuntábamos antes, entender que también las medidas reguladas en el art. 10 constan de los dos periodos a los que se refiere el art. 7.2 LORPM, es perfectamente compatible con la posibilidad de que, además, en los casos regulados en los arts. 10.1.b) y 10.2.b) LORPM, pueda imponerse, ratificarse y ejecutarse luego una medida complementaria de libertad vigilada, en las condiciones previstas en el art. 10.4 LORPM. La ratificación y el cumplimiento de esta medida complementaria puede producirse, incluso, tras dejar sin efecto la medida de internamiento antes de que el menor haya empezado a cumplirla en régimen de libertad vigilada. Lo que no tendría sentido es entender que el art. 10 desplaza el art. 7.2 y, al mismo tiempo, admitir que la medida de internamiento puede sustituirse luego por una de libertad vigilada. La medida de internamiento sólo puede sustituirse por medidas no privativas de libertad distintas de la libertad vigilada, porque consta de dos periodos, «el segundo se llevará a cabo en régimen de libertad vigilada» y el tránsito de uno a otro se realiza de la forma prevista en el art. 7.2, mediante la suspensión de la ejecución del fallo o mediante una medida complementaria de libertad vigilada.

Las medidas complementarias de libertad vigilada están pensadas para que, cuando ello parezca conveniente para evitar que vuelva a delinquir, el seguimiento del menor pueda prolongarse tras el cumplimiento de la medida de internamiento y/o para permitir que ese seguimiento pueda llevarse a cabo por las instituciones públicas encargadas del cumplimiento de las penas. Esto puede estar justificado cuando la medida de internamiento se impone a quien ya ha alcanzado la mayoría de edad o la alcanzará durante su cumplimiento, y dicha medida privativa de libertad pase a cumplirse en un centro penitenciario conforme al régimen general previsto en la Ley Orgánica General Penitenciaria (arts. 14 y 47.7 LORPM)[8]. En cambio, cuando el internamiento se cumple en

[8] El art. 14.4 LORPM dispone: «Cuando el menor pase a cumplir la medida de internamiento en un centro penitenciario, quedarán sin efecto el resto de medidas impuestas por el Juez de Menores que estuvieren pendientes de cumplimiento sucesivo o que estuviera cumpliendo simultáneamente con la de internamiento, si estas no fueren compatibles con el régimen penitenciario, todo ello sin perjuicio de que excepcionalmente procede la aplicación de los artículos 13 y 51 de esta Ley». Ver también art. 47.7 LORPM. La Circ. FGE 9/2011 afirma que la causa del particular régimen previsto en el art. 10 en relación con la posible imposición y cumplimiento de medidas complementarias de libertad vigilada «viene motivada por la propia excepcionalidad de los casos a que se aplica. Dada la duración de las medidas de internamiento previstas, a su conclusión, el joven que debería cumplir la libertad vigilada podría superar con creces los dieciocho años, o podría incluso haber ingresado en prisión en los casos del art. 14.2 y 14.3 LORPM, con lo que la medida de libertad vigilada quedaría privada de sentido y razón de ser. Y

un centro de menores, no parece que el éxito del seguimiento posterior en régimen de libertad vigilada dependa de que se lleve a cabo por las entidades públicas encargadas del cumplimiento de las penas.

Finalmente, parece oportuno destacar que, al regular los permisos de salida ordinarios, las salidas de fin de semana y las salidas programadas, en relación con los «menores internados por sentencia firme en régimen cerrado», los arts. 45.7, 46.7 y 48.6 RegLORPM exigen el cumplimiento previo de «el primer tercio del periodo de internamiento». El legislador no alude al cumplimiento efectivo de una parte «de la medida de internamiento» (art. 10.1.b), ni a una parte de la duración «de la medida de internamiento impuesta» (art. 10.2.b), ni a la duración de «la medida impuesta» (art. 40). Aquellos preceptos del RegLORPM presuponen que la medida de internamiento tiene siempre dos periodos y el «periodo de seguridad» que regulan se refiere a la duración del primero de ellos, no a la duración de la suma de ambos. Si las medidas de internamiento en régimen cerrado que el art. 10 LORPM obliga a imponer no tuvieran dos periodos ¿desde qué momento podrán los menores condenados por un delito de extrema o de máxima gravedad disfrutar de permisos ordinarios, salidas de fin de semana y salidas programadas?, ¿una vez cumplido el primer tercio *de (toda) la medida de internamiento*?, ¿no podrán disfrutar de permisos ordinarios, salidas de fin de semana y salidas programadas?

El fundamento del art. 7.2, su compatibilidad y coherencia con las reglas especiales de determinación de las medidas previstas en el art. 10 y las consecuencias de entender que no resulta aplicable en estos casos, nos llevan a rechazar esta posibilidad. Esta conclusión es la única que (a) excluye la posibilidad de que las condiciones de cumplimiento de las medidas impuestas a los menores sean más severas que las condiciones de cumplimiento de las penas impuestas al adulto que ha cometido el mismo delito; (b) garantiza que el internamiento del menor vaya siempre seguido del sometimiento a un

---

de ahí que la norma, pensando en eventuales destinatarios mayores de edad, establezca ese tratamiento diferenciado en la ejecución, disponiendo que se lleve a cabo por las instituciones públicas encargadas del cumplimiento de las penas» (ap. III.1). El Dictamen 10/2020, del Fiscal de Sala Coordinador de Menores, añadía un párrafo que aquella Circular omite: «No obstante, y como un contrasentido fruto una vez más de la completa y errática evolución legislativa de estos preceptos, el régimen de la libertad vigilada del artículo 10-4, atendiéndonos a su estricta literalidad, alcanza también a los casos comprendidos dentro del artículo 10-1-a) y 10-1-b), primer párrafo, equiparables al antiguo artículo 9-4.ª (pero incluyendo a menores de 14 y 15 años) que, sin embargo, no preveía tal régimen en cuanto a la libertad vigilada, como parecía más lógico. Pero, con independencia del acierto o no del legislador al extender la regla del 10-4 a todos los supuestos comprendidos en el artículo, es indiscutible que el 10-1-a) y 10-1-b), párrafo primero, se diferencian claramente del resto porque facultan simplemente al juzgado para ampliar la duración de las medidas, de internamiento o no, pero no imponen preceptiva y necesariamente una medida de internamiento en centro cerrado con un mínimo de un año, como sí sucede en el 10-1-b) párrafos segundo y tercero y 10-2».

régimen de libertad vigilada (salvo que, excepcionalmente, la medida de internamiento se deje previamente sin efecto); (c) permite que la medida de internamiento en régimen cerrado siempre pueda llevarse a cabo en régimen de libertad vigilada antes de haber transcurrido la mitad de su duración; y también (d) permite que el régimen de libertad vigilada que sigue al internamiento pueda llevarse a cabo con los recursos previstos por las Comunidades Autónomas, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 45 LORPM. Se resuelven así satisfactoriamente los posibles conflictos entre las funciones de prevención general y prevención especial. Si se quiere evitar el cumplimiento sucesivo de una medida de internamiento en régimen de libertad vigilada y una medida complementaria de libertad vigilada, bastará con dejar sin efecto la primera antes de empezar a cumplir el segundo periodo de la misma o no ratificar la medida complementaria. Precisamente porque la medida de internamiento en régimen cerrado que el art. 10 obliga a imponer constará de los dos periodos a los que se refiere el art. 7.2, es posible que no se ratifique la medida de libertad vigilada complementaria, que el art. 10.2 permite y el art. 10.1.b) obliga a imponer con la común finalidad, antes apuntada, de que el seguimiento del menor pueda prolongarse *después* de cumplirse la medida de internamiento y/o la libertad vigilada pueda llevarse a cabo por las instituciones públicas encargadas del cumplimiento de las penas. Entender que los arts. 10.1.b) y 10.2 dejan sin efecto el art. 7.2 sólo tendría sentido si la imposición de aquella medida fuera preceptiva y su cumplimiento no dependiera de su posterior ratificación y, además, se garantizara por otras vías que el cumplimiento de las medidas impuestas a los menores no puede producirse en condiciones más severas que las previstas para el cumplimiento de la pena impuesta al adulto que ha cometido el mismo delito.

Subsidiariamente, podría entenderse que el art. 10 sólo permite dejar sin efecto el art. 7.2 cuando el cumplimiento de la medida de internamiento parece necesario para evitar que el menor vuelva a delinquir y, además, conviene evitar que el periodo de libertad vigilada reduzca la duración del periodo de internamiento. En estos casos, además de la medida de internamiento se impondrá, también, una medida complementaria de libertad vigilada, que deberá ratificarse y ejecutarse, cuando la medida de internamiento no acaba cumpliéndose en un centro penitenciario[9].

Las SSTS 699/2012, de 24 de septiembre y 737/2023, de 5 de octubre, y la Circular 9/2011, de la Fiscalía General del Estado (ap. III.1) se apartan de aquellas conclusiones. Consideran que el art. 10.2 y el segundo inciso del art. 10.1.b) desplazan siempre al art. 7.2. Me parece que esta forma de interpretar las relaciones entre ambos preceptos es la peor de todas las posibles[10]. Renuncia a garantizar que el internamiento del menor

[9] Ver Cardenal Montraveta, S., *La responsabilidad penal*, 2024, pp. 171-173.

[10] De la posición de la jurisprudencia y de la Fiscalía General del Estado también se aparta, p. ej., García Pérez, O., *RECPC,* núm. 21, 2019, pp. 10-16; el mismo autor, *Las medidas*, 2019, pp. 55-56.

vaya siempre seguido de un régimen de libertad vigilada. Y no puede justificarse aludiendo, simplemente, a sus consecuencias, al tenor literal del segundo inciso del art. 10.1.b) y del art. 10.2.b), y al hecho de que el art. 10 contiene unas reglas especiales de aplicación y duración de las medidas. Para justificar que el art. 10 desplaza al artículo 7.2 no basta con destacar el carácter especial de las reglas previstas en los arts. 10.1.b) y 10.2.b), pues también son especiales las reglas previstas en el art. 10.1.a). Y tampoco basta la referencia a medidas complementarias de libertad vigilada en los arts. 10 y 47.5 LORPM, ni el argumento de que así se garantiza que el periodo de internamiento en centro cerrado tiene siempre una duración mínima de un año (sin perjuicio de su posible sustitución tras su cumplimiento durante seis meses). Hacer una interpretación extensiva de la regulación de supuestos que se reconocen especiales no suele ser una buena idea. Las sucesivas ampliaciones del ámbito de aplicación del art. 10 vendrían a confirmarlo. Y dificultan, todavía más, si cabe, sostener aquella tesis y sus consecuencias.

La STS 699/2012, de 24 de septiembre, estimó el recurso de la Fiscalía y consideró que el art. 10.2 prevé una regla especial que deja sin efecto la regla general prevista en los arts. 7 y 9 LORPM, de manera que, en estos casos, la libertad vigilada no forma parte de la medida de internamiento, sino que es un complemento de esta, cuya procedencia debe examinarse en cada caso y ratificarse al término de su ejecución. En la sentencia impugnada, la Audiencia Provincial de Valencia había confirmado la medida de 6 años de internamiento en régimen cerrado (dividido en un primer periodo de 4 años y 6 meses de internamiento y otro de 1 año y 6 meses de libertad vigilada), seguido de 3 años de libertad vigilada con asistencia educativa, impuesta a dos condenados por un delito continuado de agresión sexual y una falta de lesiones, cometidos antes de que los menores hubieran cumplido 16 años y consistentes en una violación consumada y otra intentada, con la intervención de tres personas. En este caso, el art. 10.2.a) y la doctrina del Tribunal Supremo impiden que la medida de libertad vigilada (complementaria) tenga una duración superior a 3 años, obligan a que se lleve a cabo por las entidades públicas encargadas del cumplimiento de las penas, y conducen a negar que la medida de internamiento pueda sustituirse por otra de libertad vigilada que pueda cumplirse de acuerdo con lo dispuesto en el art. 45 LORPM. Es sorprendente que el art. 10.2.b) permita reducir la duración de aquella medida y dejarla sin efecto. Pero solo permita sustituirla por otra cuando la medida sustitutiva no es una medida de libertad vigilada cuya ejecución corresponde a la administración autonómica encargada de la ejecución de las medidas impuestas a los menores. La propuesta que aquí se defiende permite que los condenados pasen a cumplir la medida de internamiento en régimen de libertad vigilada tan pronto como así lo aconseje la función de prevención especial.

Como afirmaba la SAP Valencia (sec. 5) 569/2011, de 5 de octubre, cuya impugnación dio lugar a la STS 699/2012, de 24 de septiembre: «El artículo 10 de la LORPM, que, en relación a las medidas, tiene por rúbrica "Reglas especiales de aplicación y duración de las mismas" no constituye un todo cerrado y perfecto en sí mismo, ya que no explica en qué consiste el régimen de internamiento y en qué la libertad vigilada,

qué, cómo y para qué son, de suerte que su lectura aislada impide integrarlas, y precisamente por ello hay que acudir para su complemento al artículo 7 de la LORPM, que tiene por rúbrica "Definición de las medidas susceptibles de ser impuestas a los menores y reglas generales de determinación de las mismas" y es en él, no en el otro, que nada dice, donde se define el régimen cerrado, con su división en dos períodos, y la libertad vigilada, de manera que el artículo 10 tendrá "un carácter especial y excepcional en cuanto al régimen de determinación de las medidas" tal como se dice en el referido dictamen [10/2010, del Fiscal Coordinador de Menores], pero para la determinación, no para la definición, que está reservada al artículo 7»[11]. En aquel dictamen también se afirma: «no se alcanza el sentido y virtualidad práctica que podría tener, —admitiendo a efectos puramente dialécticos la tesis contraria—, establecer una primera libertad vigilada como periodo final del internamiento y luego otra libertad vigilada sucesiva y complementaria de la anterior». Y, en un sentido similar, la STS 699/2012, de 24 de septiembre, afirma: «Desde una interpretación lógica no es plausible una ejecución de un reproche concebido en térmicos de sanción en el que primero es internamiento, luego una libertad vigilada "en la modalidad exigida por el Juez" y, a continuación, otro periodo de libertad vigilada con un contenido educativo. No parecen lógicos esta sucesión de medidas de libertad vigilada, con contenidos, en principio distintos. Si la medida de libertad vigilada se presenta como una oportunidad de acomodar el paso de un internamiento a una libertad vigilada, no es procedente tantos supuestos de libertad vigilada con un contenido diverso, sino que, en atención a cada supuesto, habrá que examinar la procedencia de la medida de libertad en cada caso, atendiendo también a la duración del internamiento». Que no cunda el pánico. Como dice el refrán: lo que abunda no daña. Y menos cuando la LORPM permite sustituir la medida de internamiento antes de que empiece a cumplirse el segundo periodo en régimen de libertad vigilada, y también permite dejar de imponer o de ratificar la medida complementaria de libertad vigilada[12]. El art. 10.2 obliga a imponer una medida de internamiento de, como mínimo, 1 año. Pero no obliga a que dicha medida se lleve a cabo en el centro correspondiente durante, como mínimo, 6 meses. El propio art. 7.2 indica que lo que se expresa en los arts. 9 y 10 es el tiempo máximo de duración *total* de la medida, no el tiempo (mínimo y máximo) del *primero de los dos periodos* de los que constan (todas) las medidas de internamiento[13].

[11] En términos similares, ver Feijóo Sánchez, B., en J. Díaz-Maroto y Villarejo (dir.), *Comentarios*, 2019, pp. 309-310.

[12] Ver Feijóo Sánchez, B., en J. Díaz-Maroto y Villarejo (dir.), *Comentarios*, 2019, pp. 310-314; este autor también considera que cabe una interpretación alternativa a la del Tribunal Supremo.

[13] Sin embargo, acogiendo las tesis de la Fiscalía (y luego del Tribunal Supremo), la SAP Tarragona (sec. 2) 554/2009, de 18 de diciembre, afirma: «Así, si se considera que el internamiento al que se refiere el art. 10 LORPM debe contener un período de internamiento y otro de libertad vigilada, al hallarse

Por su parte, la STS 737/2023, de 5 de octubre, remite a lo dicho en la STS 699/2012, de 24 de septiembre y confirma la SAP Barcelona (sec. 3) 554/2022, de 17 de octubre, que, a su vez, confirmó la condena del recurrente, como autor de un delito de agresión sexual a menor de 16 años, con acceso carnal, cometido cuando el condenado tenía 17 años, y que le impuso una medida de internamiento en régimen cerrado con una duración de 1 año, complementada con otra medida de 2 años de libertad vigilada, con obligación de realizar tratamiento terapéutico y de asistir a un curso de educación sexual.

III. Análisis de las limitaciones vigentes durante el «periodo de seguridad» previsto en el art. 10.2.b) LORPM

Al determinar las limitaciones derivadas de la vigencia del «periodo de seguridad» previsto en el art. 10.2 LORPM, no puede olvidarse la amplitud actual de su ámbito de aplicación y la posibilidad de que la duración de las medidas impuestas a los menores sea la misma que la duración de la pena que se hubiere impuesto a los adultos que cometen el mismo delito. Tampoco puede ignorarse que, en relación con la inmensa mayoría de los delitos cometidos por adultos, la fijación de un «periodo de seguridad» que limite temporalmente la clasificación en el tercer grado de tratamiento penitenciario es una decisión facultativa, que puede luego dejarse sin efecto y que exige que la pena de prisión impuesta tenga una duración superior a 5 años. Son muy pocos los supuestos en los que el art. 36.2 CP condiciona la clasificación en el tercer grado y el cumplimiento de la pena en régimen abierto, al cumplimiento previo de la mitad de la pena impuesta en régimen ordinario o cerrado. Se incluyen todos los delitos previstos en los arts. 571 a 580 (delitos relacionados con las organizaciones y grupos terroristas y otros delitos de terrorismo), pero, en cambio, las únicas agresiones sexuales en relación con las cuales se limita la clasificación en tercer grado son las previstas en el art. 181 CP que se han castigado con una pena de prisión superior a 5 años. El ámbito de aplicación del art. 10.2 es más amplio y la vigencia del «periodo de seguridad» aquí previsto no depende de una decisión discrecional.

Las sucesivas reformas de los delitos de terrorismo, de los delitos contra la libertad sexual y del propio art. 10.2 LORPM han ampliado (excesivamente) su ámbito de aplicación. Y no parece oportuno realizar una interpretación restrictiva del mismo, que lo reduzca a los autores de los delitos allí mencionados que han quedado consumados[14]. Pero esta tesis, la progresiva ampliación legislativa del ámbito de aplicación del art. 10.2

---

obligado el Juez a determinar la duración de ambos períodos (art. 7.2), resultaría que *el límite mínimo de un año de internamiento al que se refiere el art. 10.2 nunca se cumpliría* porque necesariamente el Juez debería dividir dicho período de un año en un tramo correspondiente al internamiento en sentido estricto y, otro, correspondiente al período de libertad vigilada, distinta a la libertad vigilada con asistencia educativa» (cursiva añadida).

[14] Sobre esta cuestión, ver Cardenal Montraveta, S., *RGDP*, núm. 42, 2024, pp. 17-21.

y el insatisfactorio criterio elegido por el legislador para fijar la duración del «periodo de seguridad» allí previsto, aconsejan una reforma que invierta aquella evolución y/o una interpretación restrictiva del régimen jurídico de los delitos de máxima gravedad que, sin llegar a permitir la *suspensión de la ejecución* de la medida de internamiento (como sucede en relación con los delitos considerados de extrema gravedad[15]), sí permita limitar la intensidad de la intervención del derecho penal ajustando el *régimen de cumplimiento* de la medida de internamiento de acuerdo con las necesidades de prevención especial, de modo que el menor solo se vea obligado a desarrollar todas las actividades en el centro mientras no se apruebe el plan individualizado de ejecución de la medida o bien hasta que ello deje de parecer necesario para evitar que vuelva a delinquir. Pero sin que tal ajuste de las condiciones de cumplimiento de la medida sólo pueda realizarse a través del tránsito del periodo de internamiento al periodo de libertad vigilada al que se refiere el art. 7.2, algo que puede resultar satisfactorio cuando la duración de la medida de internamiento es breve, pero no en el resto de supuestos.

Las circunstancias a las que se acaba de aludir y el hecho de que, también en estos casos, la medida de internamiento en régimen cerrado constará de dos periodos, permiten entender que, *de lege lata*, el «periodo de seguridad» previsto en el art. 10.2.b) sólo limita temporalmente la sustitución de la medida de internamiento por otra que no sea también una medida de internamiento. No impide modificar el régimen de cumplimiento de la medida de internamiento, ni alterar la duración de cada uno de sus dos periodos de cumplimiento.

Es cierto que el art. 10.2.b) limita el «uso de las facultades de modificación, suspensión o sustitución de la medida impuesta a las que se refieren los artículos 13, 40 y 51.1» sin excluir expresamente la sustitución de las medidas de internamiento por otras con un régimen de cumplimiento distinto. Y ya hemos indicado que el párrafo 2.º del art. 8 no se refiere a las condiciones de cumplimiento de las medidas privativas de libertad. Pero no puede ignorarse que el propio art. 51 distingue entre el régimen general de la sustitución de las medidas (arts. 13 y 51.1 LORPM) y la sustitución entre las medidas de internamiento en régimen cerrado, semiabierto y abierto. A estos supuestos se refiere expresamente el art. 51.2 desde su introducción mediante la LO 8/2006, con la finalidad de completar la regulación de las condiciones de cumplimiento de las medidas de internamiento que realiza el art. 7.2 y aproximar su régimen jurídico al del sistema de individualización científica separado en grados, previsto para el cumplimiento de las penas de prisión impuestas a los adultos y al que sí se refiere el art. 14 LORPM. El hecho de que la medida de internamiento en régimen cerrado que el art. 10.2.b) LORPM obliga a imponer pueda tener una duración inferior a la pena prevista para los adultos que cometen el mismo delito es coherente con el principio de culpabilidad y

[15] Ver art. 10.1.b) LORPM.

con la importancia de la función de prevención especial en el derecho penal de menores. Y no basta para justificar que las condiciones previstas para modificar el régimen de cumplimiento del internamiento se interpreten de manera que sean más severas que las previstas en los art. 36.2 CP, 72.3 LOGP y 104.3 RP para los adultos que cumplen una pena de prisión y para los menores cuya medida de internamiento pasa a cumplirse en un centro penitenciario, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 14 y 47.7 LORPM. Es razonable que el derecho penal de menores exija la imposición de una medida de internamiento cuando se cometen los delitos considerados de máxima gravedad. Ya no está tan claro que, además, sea acertado exigir su cumplimiento durante un «periodo de seguridad», antes de permitir la sustitución de estas medidas por una de permanencia de fin de semana o por una medida no privativa de libertad distinta de la libertad vigilada[16], antes de que pueda reducirse su duración y antes de que puedan dejarse sin efecto. Pero no es razonable que el derecho penal de menores se muestre más restrictivo que el derecho penal de adultos en relación con la posibilidad de reducir la severidad del régimen de cumplimiento de las medidas de internamiento cuando se trata de delitos que, si los hubiera cometido un adulto, no podrían castigarse con una pena de prisión que tuviera una duración superior a 5 años o que permiten la clasificación inicial del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario, antes de haber cumplido la mitad de la condena.

Son, pues, diversas las razones que nos llevan a concluir que el «periodo de seguridad» previsto en el art. 10.2 no impide modificar la duración prevista inicialmente para cada uno de los dos periodos a los que alude el art. 7.2, ni impide modificar las condiciones de cumplimiento de la medida de internamiento, aunque esto suponga diluir aquí la distinción entre las medidas de internamiento en régimen cerrado, semiabierto y abierto: a) la importancia de la función de prevención especial en el derecho penal de menores; b) la vigencia y el contenido del art. 7.2; c) el sistema de individualización científica separado en grados previsto para la ejecución de las penas de prisión (y para las medidas de internamiento que pasan a cumplirse en un centro penitenciario), así como las excepciones al mismo recogidas en el art. 36.2 CP; d) la generosidad con la que se ha delimitado el ámbito de aplicación del art. 10.2; y e) la duración mínima del «periodo de seguridad» aquí previsto y el criterio utilizado para fijar su duración.

El art. 10.2.b) LORPM sólo limita temporalmente la posibilidad de que el menor deje de cumplir una medida de internamiento o, dicho de otro modo, la posibilidad de suspender la ejecución de dicha medida y la posibilidad de que el Juez de Menores la deje sin efecto, reduzca su duración o la sustituya por una medida de permanencia de fin de semana u otra no privativa de libertad. Si se niega que la medida de internamiento en

[16] El hecho de que todas las medidas de internamiento consten de dos periodos (art. 7.2 LORPM) hace que no tenga sentido sustituirlas por una medida de libertad vigilada.

régimen cerrado consta siempre de dos periodos y se prohíbe toda posibilidad de sustituirla durante el «periodo de seguridad» allí previsto, las condiciones de cumplimiento de la medida durante dicho periodo podrán llegar a ser, incluso, más severas que las condiciones de cumplimiento de una pena de prisión en régimen ordinario. Este rigor contrasta con la aparente generosidad con la que el art. 51.3 LORPM permite dejar sin efecto la medida impuesta cuando el menor se concilia con la víctima. Lo que sí está claro es que las últimas reformas del art. 19 LORPM dificultan la aplicación de aquel precepto[17].

El Tribunal Supremo no se ha pronunciado expresa y específicamente sobre la interpretación que aquí se propone de las limitaciones vigentes durante el «periodo de seguridad» previsto en el art. 10.2.b) LORPM. Esta interpretación es coherente con la tesis de que también en estos casos rige el art. 7.2. Pero ya hemos dicho que es compatible con rechazar tal cosa, como hace la jurisprudencia y la Fiscalía General del Estado.

La jurisprudencia también ha rechazado expresamente la posibilidad de *suspender la ejecución* de la medida antes de que haya transcurrido el «periodo de seguridad» previsto en el art. 10.2.b) LORPM, obligando así a distinguir el tratamiento de estos supuestos y el previsto para los delitos considerados de extrema gravedad, en el art. 10.1.b) LORPM. En este sentido, la STS 74/2014, de 12 de febrero, estimó el recurso interpuesto contra la SAP Barcelona (sec. 3) 35/2013, de 17 de mayo. El Juez de Menores condenó a un menor por un delito de abuso sexual cometido cuando tenía 17 años, impuso la medida de 1 año de internamiento en régimen cerrado, completado por 2 años de libertad vigilada y acordó la suspensión de la ejecución del fallo. La Audiencia Provincial consideró que los hechos probados describían cierta violencia para doblegar la voluntad de la víctima, estimó el recurso y condenó por un delito de violación, pero mantuvo el resto de pronunciamientos. El Tribunal Supremo declara que «el régimen de cumplimiento imperativo de una medida de internamiento constituye una disposición especial que siempre deberá aplicarse (art. 10.2.b inciso segundo) en los supuestos de extrema gravedad en los términos definidos en dicho art. 10 de la L.O.R.P.M.». Compartimos esta conclusión, pero consideramos que, en supuestos como este, sí es posible que la medida de internamiento pase a cumplirse en régimen semiabierto o abierto antes de que hayan transcurrido 6 meses. Y que también en estos casos la medida de internamiento consta de dos periodos, siendo posible que el menor pase a cumplirla en

[17] Además de modificar el ámbito de aplicación del art. 10.2 LORPM, la LO 10/2022, de 6 sept., de garantía integral de la libertad sexual, incorporó al art. 19.2 LORPM un segundo párrafo que limita la eficacia de la conciliación «[c]uando la medida sea consecuencia de la comisión de alguno de los delitos tipificados en los Capítulos I y II del Título VIII del Código Penal, o estén relacionados con la violencia de género». Así mismo, la LO 10/2022, añadió al art. 3.1 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito, un segundo párrafo que indica: «En todo caso estará vedada la mediación y la conciliación en supuestos de violencia sexual y de violencia de género».

régimen de libertad tan pronto como el cumplimiento en el centro parezca innecesario para evitar que vuelva a delinquir.

La STS 353/2023, de 11 de mayo, desestima el recurso de quien fue condenado por un delito de agresión sexual con violencia y acceso carnal, cometido en enero de 2018, cuando tenía 17 años y siendo la víctima su pareja sentimental, que entonces tenía 13 años. La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sec. 3) de 14 de junio de 2022 confirmó la condena a una medida de 1 año de internamiento en régimen cerrado, una medida complementaria de 3 años y 6 meses de libertad vigilada, y la prohibición de aproximarse a la víctima, acordándose también el abono de la medida cautelar de libertad vigilada, cuyo cumplimiento se había prolongado durante 2 años y 10 meses. En el recurso de casación, el condenado destaca los informes favorables emitidos durante la ejecución de la medida cautelar y el cambio de sus circunstancia personales, e interesa que se unifique doctrina sobre la aparente o real contradicción entre los arts. 13 y 10.2.b) LORPM, y sobre la posibilidad de acordar una medida de internamiento en régimen semiabierto cuando las circunstancias del menor aconsejen no imponer una medida de internamiento en régimen cerrado y, más específicamente, cuando ello concurre con la circunstancia de haberse demorado injustificadamente la sentencia, hasta el punto de estar próximo a cumplir o haber cumplido ya 22 años cuando se dicte, por causas que no le son imputables. El Tribunal Supremo rechaza que exista ninguna contradicción entre aquellos preceptos y remite a la doctrina establecida en la STS 74/2012, de 12 de febrero, indicando que el art. 10.2.b) «conforma el diseño de un sistema de sanción y de revisión de las medidas impuestas a los menores de progresivo rigor en atención a la gravedad del delito que sustenta la condena, y la edad del culpable a la fecha de los hechos, en lógica correlación con la mayor madurez que el avance etario presupone». El Tribunal niega que la redacción actual del art. 13.1 LORPM reclame una especial interpretación, «pues su encaje con el régimen previsto en el artículo 10.2.b resulta claro», destaca que los efectos distorsionadores producidos por el retraso en el enjuiciamiento han determinado la imposición de la medida en su mínima extensión, y alude a las decisiones propias de la fase de ejecución que puede adoptar el Juez de Menores; más concretamente, el Alto Tribunal alude a la posibilidad de acordar el cumplimiento de la medida en un centro penitenciario (art. 14.3 LOPRM) y a la posibilidad de «decidir, transcurrido el plazo de la mitad de internamiento a que se refiere el art. 10.2.b), lo procedente sobre la suspensión, sustitución, modificación o dejación sin efecto de la medida». Esto comporta que el Juez de Menores no podría dejar sin efecto la medida de internamiento y acordar el cumplimiento de la medida complementaria de libertad vigilada hasta que la primera se hubiera cumplido durante, como mínimo, 6 meses. Nada dice expresamente el legislador sobre la posibilidad de sustituir luego la medida de libertad vigilada, por una de internamiento, en el caso de que «el menor evolucione desfavorablemente», pero parece razonable admitir que los arts. 13 y 51 toleran tal sustitución, si bien estos preceptos impiden que la medida sustitutiva tenga una duración superior a la

sustituida. Nótese que, una vez transcurrido el «periodo de seguridad», el art. 10.2.b) también permite suspender la ejecución de la medida de internamiento, en lugar de dejarla sin efecto. De acuerdo con la interpretación que aquí se propone de la relación entre los arts. 7.2 y 10 y del significado del «periodo de seguridad» previsto en el art. 10.2.b), me parece que si, como indica el recurrente, tiene una vida normalizada y se encuentra totalmente reinsertado, la legislación vigente permitía que el Juez de Menores acordara que, el tiempo de la medida de internamiento que quede pendiente de cumplimiento tras el abono de la medida cautelar, pase a cumplirse directamente en régimen de libertad vigilada e, incluso, pueda cumplirse en régimen semiabierto o abierto, y ello con independencia de si la duración de la medida de internamiento pendiente de cumplirse es o no superior a 6 meses.

La cuestión que estamos analizando volvió a plantearse en el recurso de casación que resuelve la STS 737/2023, de 5 de octubre. La SAP Barcelona (sec. 3) 554/2022, de 17 de octubre, confirmó la condena a 1 año de internamiento en régimen cerrado, completada por otra de 2 años de libertad vigilada, por la comisión de un delito de agresión sexual a menor de 16 años con violencia y acceso carnal, cometido cuando el condenado tenía 17 años. El Tribunal Supremo recuerda lo dicho en resoluciones anteriores y vuelve a rechazar la posibilidad de suspender la ejecución de la medida antes de que haya transcurrido el plazo previsto en el art. 10.2.b). También recuerda que la medida de internamiento se impuso «en la extensión mínima legalmente imponible, un año de internamiento, frente a los seis años interesados por el Ministerio Fiscal, valorando el juez el informe del Equipo Técnico prestado en el acto de la audiencia». La interpretación que aquí se propone de la relación entre los arts. 7.2 y 10 y del significado del periodo de seguridad previsto en el art. 10.2.b), habría permitido que la medida de internamiento pasara a cumplirse en régimen de libertad vigilada tan pronto como su cumplimiento en el centro pareciera innecesario para evitar que el menor volviera a delinquir, siendo también posible acordar que pasara a cumplirse en régimen semiabierto o abierto antes de haber transcurrido el plazo previsto en el art. 10.2.b); dicho plazo sólo limitaría la posibilidad de dejar sin efecto la medida, reducir su duración, suspender su ejecución o sustituirla por otra no privativa de libertad, distinta de la medida de libertad vigilada. Ya hemos dicho que, en sí mismo, el hecho de que el menor que cumple una medida de internamiento en régimen cerrado pase a estar sometido a un régimen de libertad vigilada, sin que aquella se haya sustituido previamente por una medida de internamiento en régimen semiabierto o abierto, no es algo problemático cuando la duración de aquella es moderada.

En relación con agresiones sexuales como las examinadas en las sentencias que se acaban de mencionar, plantear que el periodo de internamiento tenga una duración inferior a 6 meses podría parecer una frivolidad. Pero no puede olvidarse que el ámbito de aplicación del art. 10.2 se ha ido ampliando progresivamente y se extiende a los menores que cometen delitos más leves, como el que se mencionaba al principio de este trabajo. Si los hechos que la STS 101/2024, de 1 de febrero, consideraba probados se

hubieran cometido hoy, estarían descritos en el art. 181.2 CP; si el menor y la víctima ya hubieran cumplido 16 años, los hechos podrían entenderse incluidos en el art. 178.2 CP y castigados con una pena de 1 a 4 años de prisión. El art. 10.2.b) obligaría a imponer una medida de, como mínimo, 1 año de internamiento, pero no exige que se imponga también una medida complementaria de libertad vigilada. Atendiendo exclusivamente a la gravedad de los hechos, me parece que, ya antes de haberse cumplido durante 6 meses, podría estar justificado que dicha medida pasara a ejecutarse en régimen de libertad vigilada, o bien en régimen semiabierto o abierto. Y también es razonable que, a partir de este momento, se suspenda su ejecución, con la condición de que el menor respete un régimen de libertad vigilada, o (si se rechaza la aplicación del art. 7.2) la medida de internamiento se sustituya por una medida de libertad vigilada cuya ejecución es competencia de los servicios de justicia juvenil de la correspondiente comunidad autónoma. No creo que esté justificado descartar ninguna de ambas alternativas al cumplimiento de la medida completaría de libertad vigilada en las condiciones previstas en el art. 10.4 LOPRM.

El examen de la jurisprudencia permite identificar otros supuestos a los que hoy también sería aplicable el art. 10.2.b), pero —atendiendo a la gravedad de los hechos y/o a la circunstancia de que, para evitar que vuelva a delinquir, no parece necesario que el menor realice todas las actividades en el centro— es razonable admitir que la medida de internamiento pase a cumplirse en régimen semiabierto o abierto o en régimen de libertad vigilada antes de haberse cumplido durante, como mínimo, 6 meses en régimen cerrado. Frecuentemente, el hecho de que no parezca necesaria una respuesta más severa para evitar que el menor vuelva a delinquir, está relacionado con el transcurso de un prologado periodo de tiempo entre la comisión del delito y la firmeza de la sentencia condenatoria, y con la circunstancia de que el menor se ha integrado satisfactoriamente en la vida social, de modo que la edad y el resto de las circunstancias concurrentes desaconsejan su ingreso en un centro de menores y, también, el cumplimiento de la medida en un centro penitenciario. Nos referimos a supuestos como los analizados en la STS 471/2022, de 15 de mayo (delito intentado de agresión sexual con penetración a persona de 16 años de edad y especialmente vulnerable por razón de su discapacidad, cometido casi 5 años antes y concurriendo la atenuante de reparación del daño como muy cualificada) o en las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona (sec. 3) 580/2017, de 5 de diciembre (beso sorpresivo y tentativa de felación con violencia) y 154/2023, de 9 de marzo (tocamientos con violencia y la participación de varias personas).

El transcurso de un prologado periodo de tiempo entre el momento de la comisión del delito y la firmeza de la sentencia condenatoria podrá deberse a una tramitación injustificadamente lenta del procedimiento, o bien al retraso en la denuncia de los hechos y a la imposibilidad de apreciar la prescripción, lo cual viene favorecido por la duración de los plazos previstos en el art. 15 LORPM y las sucesivas reformas que han retrasado

el momento a partir del cual empiezan a contarse[18]. Al respecto, conviene recordar que, «cuando se trate de los hechos delictivos tipificados en los artículos 138, 139, 179, 180 y 571 a 580 del Código Penal o cualquier otro sancionado en el Código Penal o en las leyes penales especiales con pena de prisión igual o superior a quince años»[19], el art. 15 LORPM remite a las normas de dicho texto legislativo que regulan la prescripción. Y el tercer párrafo del art. 132.1 CP dispone «En los delitos de tentativa de homicidio, de lesiones de los artículos 149 y 150, (…) en los delitos contra la libertad sexual (…), cuando la víctima fuere una persona menor de dieciocho años, los términos se computarán desde que la víctima cumpla los treinta y cinco años de edad, y si falleciere antes de alcanzar esa edad, a partir de la fecha del fallecimiento»[20].

IV. Conclusiones

El ámbito de aplicación del art. 10.2 LORPM es actualmente excesivo, no es satisfactoria la fórmula aquí utilizada para fijar la duración del «periodo de seguridad» previsto para los menores de 16 o 17 años y tampoco son satisfactorias las limitaciones que comporta, salvo que estas se interpreten de forma restrictiva, admitiendo que los arts. 7.2 y 10.2 son perfectamente compatibles y complementarios, y que el «periodo de seguridad» previsto en los arts. 10.1.b) y 10.2.b) no impide ajustar las condiciones de cumplimiento de la medida de internamiento a las necesidades de prevención especial, con independencia de si el menor ha cumplido ya la mitad de su duración y de si se ha conciliado con la víctima (art. 51.3 LORPM). El «periodo de seguridad» previsto en el art. 10.2.b) solo impediría reducir la duración de la medida de internamiento, dejarla sin efecto y sustituirla por una medida de permanencia de fin de semana o por una no privativa de libertad.

Resultaría conveniente modificar la redacción actual del art. 7.2 LORPM. Se propone la siguiente redacción: «Las medidas de internamiento en régimen cerrado constarán siempre de dos periodos, cuya duración se fijará atendiendo a las necesidades de prevención especial, sin que su modificación o el tránsito de un periodo a otro comporten la sustitución de la medida por otra distinta. El primer periodo se llevará a cabo en el centro correspondiente, conforme a la descripción efectuada en el apartado anterior de este artículo; el segundo se llevará a cabo en régimen de libertad vigilada, en la modalidad elegida por el Juez. La duración total de la medida de internamiento no excederá del tiempo que se expresa en los artículos 9, 10 y 11. El equipo técnico deberá

[18] Ver las SSAP Las Palmas de Gran Canaria (sec. 1) 265/2023, de 22 de septiembre; Barcelona (sec. 3) 175/2024, de 20 de febrero; y Zaragoza (sec. 6), 297/2019, de 11 de julio.

[19] Todo apunta a que las últimas reformas del ámbito de aplicación del art. 10.2 LORPM se olvidaron de reformar también la remisión del art. 15 a las normas del Código Penal reguladoras de la prescripción.

[20] Ver, por todos, Gómez Martín, V., *RECPC*, núm. 24, 2022.

informar respecto del contenido de ambos periodos, y el Juez expresará la duración de cada uno en la sentencia, sin perjuicio de su eventual modificación posterior. Las medidas de internamiento que el artículo 10 obliga a imponer, podrán completarse con una medida de libertad vigilada con asistencia educativa y que se llevará a cabo por las instituciones públicas encargadas del cumplimiento de las penas».

También resultaría conveniente modificar la redacción actual del segundo inciso del art. 10.2.b) LORPM. Se propone la siguiente redacción: «En este caso, sólo podrá hacerse uso de las facultades de suspender la ejecución, dejar sin efecto la medida, reducir su duración y sustituirla por otra no privativa de libertad, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 13 y 51.1 de esta Ley, cuando hayan transcurrido el primer año de cumplimiento efectivo de la medida de internamiento. El régimen de cumplimiento de la medida y la duración de ambos periodos se fijará atendiendo a las necesidades de prevención especial».

V. Bibliografía

Feijóo Sánchez, Bernardo, «Comentario al art. 10 LORPM», en J. Díaz-Maroto y Villarejo (dir.), *Comentarios a la Ley reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, 2.ª ed., Cívitas, 2019, pp. 273-314.

Cámara Arroyo, Sergio, *Sistema penitenciario e internamiento de menores*, Ministerio del Interior, Madrid, 2011.

Cardenal Montraveta, Sergi, *La responsabilidad penal de los menores*, 3.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2024.

— «Delimitación y tratamiento de los delitos de extrema y de máxima gravedad cometidos por menores (art. 10LORPM)», *Revista General de Derecho Penal*, núm. 42 (Publicación colectiva resultado del Proyecto de I+D+i «Nuevos retos y reformas pendientes de la justicia penal de menores (PID2021-125718NB-100).

Colás Turégano, María Asunción, «Punitivismo y justicia de menores: La reforma de la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores (LO 5/2000) por la Ley del "sólo sí es sí" (LO 1072022 de Garantía Integral de la Libertad Sexual)», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 25, 2023.

García Pérez, Octavio, «La contribución de la jurisprudencia al endurecimiento de la respuesta a los menores infractores», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 21, 2019.

— *Las medidas y su ejecución en el sistema de justicia penal juvenil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

Gómez Martín, Víctor, «La prescripción de los delitos con víctima menor de edad: ¿quién da más?», en *RECPC*, núm. 24, 2022.

11

DESAFÍOS DE LA PARTICIPACIÓN DE LAS VÍCTIMAS EN EL SISTEMA PENAL ESPAÑOL: UNA EVALUACIÓN DEL ESTATUTO DE LA VÍCTIMA

Anabel Cerezo
Catedrática de Derecho Penal
Universidad de Málaga

Patricia San Juan
Contratada Predoctoral FPU
Universidad de Málaga

SUMARIO: I. Introducción. II. Paradigma actual en la protección y asistencia victimales a nivel internacional y europeo. II.1. El tratamiento de las víctimas desde la ONU, CPI y Consejo de Europa. II.2. El abordaje comunitario de las víctimas de delitos. II.2.1. *El Tratado de Ámsterdam y la Decisión Marco del Consejo 2001/220/JAI, de 15 de marzo, relativa al Estatuto de la víctima en el proceso penal.* II.2.2. *El Tratado de Lisboa y consideraciones sobre la Directiva 2012/29/UE.* III. La relevancia del estatuto de la víctima en el sistema penal español. III.1. Precedentes legislativos en materia victimal. III.2. Un análisis práctico del estatuto de la víctima: propuestas de mejora. III.2.1. *Contenido y estructura del Estatuto.* III.2.2. *Metodología y muestra del estudio.* III.2.3. *Resultados y propuestas de mejora de los preceptos analizados.* III.2.3.1. *Derecho a entender y ser entendida (art. 4).* III.2.3.2. *Derecho a la información (arts. 5 y 7).* III.2.3.3. *Derecho a la participación en la ejecución (art. 13).* III.2.3.4. *Acceso a servicios de justicia restaurativa (art. 15).* III.2.3.5. *Estimación global del estatuto: un necesario refuerzo de su aplicación.* IV. Conclusiones. V. Bibliografía.

I. Introducción

La irrupción de la Victimología en el paradigma científico se traduce en un redescubrimiento de la víctima, al evidenciar desde sus primeros escritos en la década de los años 30 del s. xx[1] las dinámicas de neutralización y olvido experimentadas hasta aquel momento. En este sentido, se pone de manifiesto el triple daño que sufre la víctima, a saber, de índole personal, derivado directamente de la comisión delictiva; social, en tanto que se produce un posicionamiento y enfrentamiento entre aquellos ciudadanos

[1] Varona Martínez, G., *La mediación reparadora…*

que afirman o niegan la procedencia del castigo penal por la conducta delictiva[2]; y, por último, de cariz político, en la medida en que las víctimas son obviadas por el sistema judicial en la valoración de sus intereses y necesidades[3], actuaciones englobadas en el concepto criminológico de «victimización secundaria».

Por este motivo, la Victimología deviene en un instrumento de primer orden en el cambio de paradigma de las ciencias penales al evidenciar la necesaria participación de las víctimas en el proceso penal. Esta tesis halla su fundamento en las garantías de acceso a la justicia, reconocimiento y reparación de las víctimas, aspectos clave en la configuración de sistemas judiciales sólidos, eficaces y democráticos. Por ello, este trabajo perseguirá aportar una visión de conjunto sobre la participación de las víctimas en el sistema penal en el que, además de exponer los principales postulados de carácter legislativo, victimológico y político-criminal sobre la materia, se combinará con un análisis práctico de estas cuestiones. Por ello, se expondrán en primer término los principales avances legislativos en la atención y protección de víctimas en el ámbito internacional, para, en un momento ulterior, enfocarnos en las vicisitudes del sistema tuitivo victimal español. En este sentido, se ahondará en el Estatuto de la víctima desde una perspectiva teórica que se complementará con el estudio práctico realizado al respecto, planteándose de forma sucinta propuestas político-criminales de mejora de este cuerpo legal extraídas de la investigación realizada que cerrarán, a su vez, este manuscrito.

II. Paradigma actual en la protección y asistencia victimales a nivel internacional y europeo

La producción jurídica internacional no se ha mantenido ajena a las dinámicas de olvido y neutralización de las víctimas. Así, en la medida en que el derecho internacional se orienta a la resolución de conflictos entre Estados, la posición de las personas físicas entendidas como víctima y victimario queda reducida a una posición meramente testimonial[4].

Sin embargo, el surgimiento de del modelo de Estado Social y Democrático de Derecho junto al estudio del Holocausto como una de las principales consecuencias de la Segunda Guerra Mundial provocaron un cambio de tendencia en la estructura y fines del derecho internacional. Así las cosas, la asunción de las víctimas como acreedoras de reconocimiento y protección cristaliza en la reconfiguración de la legislación internacional, que ya no se orienta exclusivamente a la impartición de justicia, incorporando la recuperación de la víctima mediante la evitación de la victimización secundaria como una de sus finalidades principales[5].

[2] Díaz Colorado, F., «La justicia desde las víctimas»…
[3] Christie, N., «Conflict as property»…
[4] Fernández de Casadevante Romaní, C., «Las víctimas y el derecho internacional»…
[5] *Ibidem*.

Así, la década de 1980 destaca como periodo a partir del cual se intensifica la elaboración legislativa en materia de protección y asistencia a víctimas. Por ello, se abordarán por una parte las instituciones de carácter internacional *stricto sensu*, a saber, la Organización de las Naciones Unidas, la Corte Penal Internacional y el Consejo de Europa. Por otro lado, debido a la pertenencia a España a la Unión Europea desde 1986, consideramos necesario aludir de forma específica a la normativa comunitaria dirigida a la asistencia y protección de las víctimas de delitos.

II.1. **El tratamiento de las víctimas desde la ONU, CPI y Consejo de Europa**

La labor de la ONU, como garante de los derechos y prerrogativas de las víctimas, se proyecta a través de dos iniciativas que muestran una estrecha vinculación, a saber, textos legislativos y congresos. Así, fue en el año 1982 cuando el Comité de los Derechos Humanos de esta institución publicó su *Observación General n.º7*, manuscrito en el que se analiza el Pacto internacional de derechos civiles y políticos, aprobado en el año 1986. La importancia de este documento reside en la interpretación que se realiza de los artículos 2 —respeto y garantía estatales de los derechos humanos— y 7 —prohibición de la tortura y de tratos inhumanos y degradantes— al considerarlos como elemento nuclear en la garantía de los derechos de las víctimas. En consecuencia, se determinan deberes para los Estados en este ámbito, enfocados especialmente en el establecimiento de mecanismos de protección y reparación de los ciudadanos ante conductas lesivas[6].

Así, tal y como indicábamos previamente, otro de los recursos clave en los trabajos de la ONU son sus congresos establecidos de forma quinquenal, destacando el VII Congreso de Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en septiembre de 1985. La relevancia de este encuentro estribó en su enfoque específico sobre la tutela de las víctimas, entendida, por una parte, como la prevención ante posibles represalias, y, por otra, sobre la asistencia pública y privada en términos materiales, psicológicos y facultativos[7].

Así, la vinculación entre sendas áreas se representa por la Resolución 40/34 de la Asamblea general de la ONU de 29 de septiembre de 1985. Este documento constituye la materialización de las conclusiones extraídas en el Congreso previamente aludido. Asimismo, marca el inicio de la producción legislativa victimal de la ONU, incidiendo en tipologías tales como desapariciones forzadas, violaciones graves de los derechos humanos y de derecho internacional humanitario. No obstante, pese a esta proliferación normativa, se carece en la actualidad de un texto que compile las prerrogativas básicas de asistencia y protección a las víctimas que resulte aplicable de forma universal[8].

6 Vacas Fernández, F., *El estatuto jurídico internacional…*

7 Chozas Alonso, J.M., *Los sujetos protagonistas…*

8 Federación Internacional por los Derechos Humanos (FIDH), «Capítulo I. Antecedentes…».

La creación de la Corte Penal Internacional a través del Estatuto de Roma, aprobado en 1998, da cumplimiento a las necesidades detectadas por la ONU relativas al establecimiento de tribunales penales permanentes a nivel supranacional. Este texto jurídico se caracteriza por su complejidad debido a la compilación de las tradiciones jurídicas estatales, factor que explica la ausencia de un concepto estandarizado de «víctima»[9]. No obstante, el Estatuto presenta una gran calidad a nivel formal y material. Particularmente, debemos subrayar el avance que el instrumento supone en el abordaje de las víctimas de crímenes internacionales. En primer término, se reconocen y garantizan cuatro tipos de prerrogativas diferentes, esto es, acceso a la justicia, información, tutela y reparación[10]. Adicionalmente, estos derechos son blindados mediante la fijación de recursos y procedimientos en los distintos momentos procesales ante la CPI —cuestiones preliminares, primera instancia, apelaciones, revisión de la condena y ejecución—. Por su parte, el Estatuto prevé prerrogativas de protección y apoyo a víctimas y testigos, incardinadas en las fases de instrucción y enjuiciamiento[11] sin perjuicio de su correcta conjugación con las garantías de la persona acusada, en aras de la celebración de un proceso justo.

Así las cosas, uno de los hitos que plantea este cuerpo normativo es la atribución por vez primera a la víctima de un protagonismo activo durante el proceso penal mediante el reconocimiento de los derechos de participación, asumiendo así las nuevas dinámicas arrogadas por el derecho internacional de los derechos humanos[12]. Estas prerrogativas, recogidas en el art. 68.3 del Estatuto, cristalizan, por una parte, en la posibilidad de interponer demandas de reparación, y, por otra, de la intervención de la víctima bajo dicho estatus durante el proceso, sin constreñirse a figuras testificales[13].

Por último, en el marco del Consejo de Europa como organismo intergubernamental de cooperación en materia de tutela y desarrollo de los derechos humanos, la democracia y el Estado de Derecho, ha tenido lugar una prolija producción normativa en materia de víctimas. Esta labor, enfocada especialmente en delitos violentos y terrorismo[14], ha marcado a su vez las líneas de trabajo de la Unión Europea en esta materia.

[9] Gil Gandía, C., *La reparación de las víctimas de crímenes internacionales…* La incorporación de la definición de víctima se producirá con la aprobación de las Reglas de Procedimiento y Prueba en el año 2002.

[10] Vacas Fernández, F., *El estatuto jurídico internacional…*

[11] *Ibidem*. No obstante, esta tutela puede extenderse a otras fases procesales o extraprocesales en supuestos de sustanciales ataques psicológicos o presencia continua de amenazas, albergando los mecanismos de recolocación en otro Estado como herramienta principal.

[12] Olásolo, H. y Kiss, A., «El Estatuto de Roma y la jurisprudencia…

[13] Chozas Alonso, J.M., *Los sujetos protagonistas…*

[14] Fernández de Casadevante Romaní, C., «Las víctimas y el derecho internacional»… Cabe mencionar en este sentido las Líneas directrices sobre la protección de las víctimas de actos terroristas aprobada por el Consejo de Ministros del Consejo de Europa el 2 de marzo de 2005. La relevancia de este texto radica en ser el primero en tratar de forma concreta el estado y peticiones de las víctimas de estos

Adicionalmente, resulta destacable la labor de este organismo en la lucha contra la violencia de género mediante la elaboración del Protocolo de Estambul, aprobado el 7 de abril de 2011 sobre la prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica. Este cuerpo legislativo resulta clave en la medida en que constituye el primer tratado de esfera europea de carácter vinculante que califica como un atentado contra los derechos humanos[15].

Por su parte, estos mecanismos tuitivos y asistenciales para las víctimas de delitos han cristalizado en los últimos tiempos en la elaboración de Recomendaciones. En este sentido, es necesario aludir, por un lado, a la Recomendación del Comité de Ministros a los Estados Miembros del Consejo de Europa sobre derechos, servicios y apoyo a las víctimas de delitos CM/Rec (2023) 2, adoptada el 15 de marzo de 2023 como materialización del desarrollo producido en materia de víctimas, tanto en el ámbito académico como aplicado. Por otro, la Recomendación de 2023 elimina la validez de la aprobada el 14 de junio de 2006, a saber, la Rec (2006)8, relativa a la asistencia a víctimas de delitos al extender sustancialmente su ámbito de aplicación. En este sentido, una de sus principales aportaciones se orienta al establecimiento de garantías que permitan blindar una asistencia y tratamiento de víctimas adecuado a sus necesidades.

No obstante, la propia naturaleza del Consejo de Europa se presenta como un óbice relevante para la implementación de los trabajos legislativos previamente aludidos. Así, al constituir un organismo internacional de cooperación, no genera una cesión de soberanía por los Estados miembros ni otra suerte de mecanismos singulares de conexión. Por consiguiente, estos textos no resultarán vinculantes y, por tanto, su implementación se hará depender de la voluntad de cada una de las naciones. En consecuencia, dada la naturaleza y características de los textos internacionales, esta labor de adaptación a la legislación interna resulta demorada en el tiempo, cuando no, inexistente, reduciéndose de forma sustancial la eficacia de estas resoluciones, convenios[16] y recomendaciones[17].

A pesar de esto, tal y como hemos comprobado durante estas líneas, la labor del Consejo de Europa ha constituido un factor de primer orden en la atribución a las víctimas de un papel relevante dentro del proceso penal. A su vez, destaca el desarrollo en el seno de esta institución de mecanismos que permitan la satisfacción de los intereses y

---

delitos, reforzando de este modo los deberes internacionales asumidos por los estados tanto por la vía convencional como consuetudinaria.

[15] Martínez Atienza, G., *Respuesta jurídica y social…*

[16] El Convenio n.º116, sobre indemnizaciones a las víctimas de delitos violentos de 24 de noviembre de 1983, ilustra especialmente este fenómeno, dado que el cumplimiento de sus objetivos dependió de la voluntad de los Estados parte, tanto en la ratificación del tratado como en la adopción de medidas para su ejecución. Así, sendos extremos convergen en la exigencia de dilatados periodos de tiempo para su adopción, lo que merma en gran parte la eficacia de este tipo de instrumentos jurídicos (Fernández de Casadevante Romaní, 2009).

[17] Fernández de Casadevante Romaní, C., «Las víctimas y el derecho internacional»…

necesidades de las víctimas. Como colofón, uno de los principales méritos atribuidos a los diferentes trabajos del Consejo de Europa ha sido la fijación paulatina de las bases de lo que sería un Estatuto victimal a nivel europeo en los términos descritos a continuación.

II.2. **El abordaje comunitario de las víctimas de delitos**

Uno de los principales aspectos que marcará la producción legislativa de la UE en el ámbito victimal es su condición de organización internacional de integración, lo que implica la cesión de los Estados miembro de parte de su soberanía, incluyéndose, por tanto, las competencias en la esfera legislativa. Asimismo, la apuesta por la supresión de las fronteras interiores y la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia *ex* artículo 3 del Tratado de la Unión Europea se traduce en la creación de un espacio único en Europa, lo que puede dar lugar, a su vez, al surgimiento de oportunidades delictivas. En consecuencia, los retos que se plantean en la persecución de la delincuencia con este cambio de paradigma también se vinculan al tratamiento y asistencia procurado a las víctimas de delitos en el seno de la UE[18].

Así, la producción legislativa comunitaria en materia de víctimas puede dividirse en dos etapas enmarcadas en la aprobación de dos instrumentos jurídicos diferentes, a saber, de una parte, el Tratado de Ámsterdam de 1997 y de otra, el Tratado de Lisboa aprobado en 2009, que serán analizados en las líneas que siguen.

II.2.1. ***El Tratado de Ámsterdam y la Decisión Marco del Consejo 2001/220/JAI, de 15 de marzo, relativa al Estatuto de la víctima en el proceso penal***

El Tratado de Ámsterdam produce sustanciales avances en el ámbito de la protección victimal en términos legales, destacando la aprobación de la Decisión Marco del Consejo 2001/220/JAI, de 15 de marzo, —en adelante, DM 2001— relativa al Estatuto de la víctima en el proceso penal. Este texto, si bien se encuentra derogado actualmente por la Directiva 2012/29, se trata del primer instrumento jurídico comunitario que sienta las bases de la creación de un estatuto de la víctima[19].

Así las cosas, bajo la premisa de uniformizar los niveles de tutela asignados a las víctimas de delitos por las diferentes regulaciones estatales, la DM 2001 compila un amplio catálogo de derechos que las víctimas pueden ejercitar antes, durante y después del proceso, en aras de aminorar el daño producido por el delito[20]. Entre las prerrogativas recogidas cabe señalar el derecho a ser oídas y a aportar elementos de prueba —art. 3—, a recibir información en un idioma comprendido por ellas —art.4—, el reembolso a la víctima de los gastos generados por su participación en el proceso —art. 7—, la toma

[18] Sanz-Díez de Ulzurrun Lluch, M., «La Orden Europea de Protección…

[19] Pérez Rivas, N., «El modelo europeo de Estatuto…

[20] *Ibidem.*

de declaración inmediata a la víctima una vez cometido el hecho delictivo —art. 11—, entre otros.

No obstante, la DM 2001 adoleció de importantes limitaciones que determinaron su falta de aplicación. En primer término, la elección de la decisión marco como cauce legislativo, aunque constituía una de las herramientas clave para la configuración del Espacio de «Libertad, Seguridad y Justicia», no producía efectos directos en su implementación[21]. En este sentido, resulta ilustrativo que los informes elaborados por la Comisión durante los once años de vigencia de la norma manifiesten que ninguno de los Estados Miembros había adoptado en su integridad el texto, que, sin embargo, no podían ser sancionados al no preverse este tipo de mecanismos en dicha regulación[22]. Asimismo, la ambigüedad de su redacción, conteniéndose sus objetivos en el preámbulo —considerando cuarto—, e invitando a los Estados a establecer niveles similares de tutela a las víctimas evidencia la falta de voluntad política en la consecución de estos objetivos, deviniendo la DM 2001, en consecuencia, en una norma insuficiente en la praxis[23].

II.2.2. *El Tratado de Lisboa y consideraciones sobre la Directiva 2012/29/UE*

El Tratado de Lisboa, aprobado en el año 2009, marca el inicio de la segunda etapa en materia de protección victimal en la esfera europea al establecer una base común para el ejercicio de los derechos de las víctimas en términos político-criminales. Así, se desarrollaron dos textos legislativos, esto es, por un lado, la Directiva 2011/99/UE, del Parlamento y del Consejo, de 13 de diciembre, sobre la orden europea de protección y, por otro, la Directiva 2012/29/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y protección de las víctimas de delitos y por la que se sustituye a la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo —en adelante, Directiva 2012—.

No obstante, si bien sendas Directivas resultan claves en el paradigma actual de la protección y asistencia a víctimas de delitos, únicamente analizaremos la aprobada en 2012 debido a su estrecha vinculación con el Estatuto de la víctima del delito en España.

Así, la Directiva 2012 se presenta como la última normativa comunitaria de referencia en el ámbito victimal. Este texto genera sustanciales avances respecto a su antecesora, la DM 2001, persiguiendo su configuración una mejor asistencia y tratamiento de las víctimas en la Unión Europea. En primer término, cabe resaltar su naturaleza de «derecho de mínimos», por lo que se permite que los Estados miembros puedan, en sus distintas

[21] Blázquez Peinado, M. D., «La directiva 2012/29/UE…

[22] García Rodríguez, M. J., «El nuevo estatuto de las víctimas…

[23] Blázquez Peinado, M. D., «La directiva 2012/29/UE…

regulaciones, ir más allá de las prerrogativas conferidas por la Directiva[24]. Asimismo, uno de los objetivos marcados por este texto y que figura en su articulado es la eliminación de todo atisbo de victimización secundaria, premisa de la que se derivan otras finalidades, basadas en, por un lado, asegurar que las víctimas reciben la información, soporte y tutela adecuados y participan en el proceso penal con todas las garantías. Por otro, asegurar la correcta formación y sensibilización de los profesionales vinculados con el sistema penal cuya labor se encuentra estrechamente conectada a la asistencia victimal[25].

En este sentido, la Directiva 2012 presenta importantes novedades respecto a la delimitación del concepto víctima, ampliando esta consideración a aquellas de carácter «indirecto», identificadas con los familiares[26], ampliando de este modo el ámbito de aplicación de la DM 2001[27]. Adicionalmente, la norma se constriñe a las personas físicas, motivando el legislador el descarte de las jurídicas dado que uno de los objetivos principales perseguidos por la Directiva es la prevención de la victimización secundaria que estas, por su naturaleza, no pueden sufrir[28]. Asimismo, cabe destacar el establecimiento de una categoría específica, esto es, «víctimas con necesidades especiales de protección», sustentada en determinadas categorías —riesgo de victimización secundaria, etnia, edad, residencia legal, entre otros— de cuyo análisis se desprenderá la condición de vulnerabilidad del sujeto[29].

Por su parte, en lo que respecta a las prerrogativas reconocidas en la Directiva, estas se incardinan en tres categorías diferentes a lo largo del texto, esto es, la información y apoyo a víctimas, el derecho a la participación y, por último, el derecho a la tutela y protección de las víctimas[30]. Así, su aplicación se encontraría regida por el principio de individualización, graduando de este modo las prerrogativas contenidas en el articulado[31].

[24] Pérez Rivas, N., «El modelo europeo de Estatuto…

[25] Chozas Alonso, J.M., *Los sujetos protagonistas…*

[26] Pérez Rivas, N., «El modelo europeo de Estatuto…

[27] De Hoyos Sancho, M., «Reflexiones sobre la directiva 2012/29/UE… Sin embargo, este tipo de víctimas podrán hacer uso de la Directiva en aquellos supuestos de muerte de la víctima directa y que genere un perjuicio comprobable en el familiar. En consecuencia, esto constriñe de forma significativa la aplicación de la normativa, lo que ha motivado que desde distintos sectores doctrinales se haya apostado por la ampliación en las normativas estatales del concepto víctima, en aras de configurar un cuerpo normativo aplicable a un mayor número de personas afectadas por el delito.

[28] *Ibidem*. No obstante, esta premisa ha sido criticada por la doctrina aludiendo a la existencia de otro tipo de prerrogativas —derecho a la información, participación, devolución de enseres, entre otras— de las que las personas jurídicas también pueden resultar acreedoras.

[29] *Ibidem*.

[30] Blázquez Peinado, M. D., «La directiva 2012/29/UE…

[31] Pérez Rivas, N., «El modelo europeo de Estatuto…

En este sentido, cabe resaltar las particularidades que presenta el derecho a la participación, dado que no se reconoce el derecho de las víctimas a ejercitar la acción penal, incluso condicionando su intervención a la acción del Ministerio Fiscal. Esta ausencia se motiva en su condición de factor clave en las regulaciones nacionales sobre la materia, complejizando su armonización.[32].

Por otro lado, en el capítulo cuarto de la Directiva destaca la configuración de tres niveles progresivos de protección. Así las cosas, en primer término, hallaríamos el nivel de protección «estándar», aplicable a las víctimas de todos los delitos; el nivel intermedio sería el «reforzado», destinado, por tanto, a aquellas víctimas necesitadas de una especial protección. Por último, en el nivel máximo de tutela se incardinarían los menores de edad[33].

En síntesis, la Directiva, tanto en términos formales —empleo de fórmulas contundentes y seguras, mayor extensión de la norma— como materiales —preexistencia de una base jurídica victimal, colaboración interinstitucional, tramitación mediante proceso legislativo ordinario— evidencia el avance producido en materia de protección y asistencia a las víctimas de delitos en el entorno comunitario. Sin embargo, diversos trabajos de la UE han subrayado las deficiencias en su implementación que presenta la Directiva desde su entrada en vigor. Por una parte, el informe *Strengthing victim's rights: from compensation to reparation: For a new EU Victim's rights Strategy 2020–2025*, se orienta especialmente a evidenciar las carencias que experimenta el sistema de compensación de víctimas mediante la compilación de las peticiones del tejido asociativo victimal, de las propias víctimas y de la Comisión europea dedicado a este sector compensatorio[34]. Estas demandas se articularán como fundamento de las estrategias diseñadas para fortalecer este sistema, no constriñéndose únicamente al ámbito legislativo. Por otro lado, resulta reseñable el Informe del proyecto *VOCIARE: Victims of Crime Implementation Analysis of Rights in Europe. Assessing the EU's victims' directive*. Este documento recoge la investigación realizada entre junio de 2018 y octubre de 2019 dirigida a conocer el grado de implementación de la Directiva en los diferentes Estados Miembros. Esta investigación, que combinó la búsqueda bibliográfica con entrevistas semiestructuradas a profesionales en la atención victimal, arrojó como principal resultado que la Directiva no había sido adaptada por la mayor parte de los Estados[35] y que, en aquellos en los que había sido traspuesta, las prerrogativas reconocidas apenas gozaban de aplicación práctica[36].

[32] De Hoyos Sancho, M., «Reflexiones sobre la directiva 2012/29/UE… Asimismo, se omite de la Directiva el derecho a que el proceso se desarrolle sin dilaciones indebidas

[33] Pérez Rivas, N., «El modelo europeo de Estatuto…

[34] Milquet, J., *Strengthing victim's rights…*

[35] La fecha límite para la trasposición de la Directiva fue el 15 de noviembre de 2015.

[36] Ivankovic, A., Altan, L., Carpinelli, A., Carmo, M., y Valério, M., *VOCIARE Synthesis Report…*

Estos déficits han motivado la elaboración de la *Estrategia de la UE sobre los derechos de las víctimas (2020–2025)*, orientada a fortalecer el sistema de protección victimal en el ámbito comunitario. Así, este documento compila acciones orientadas a dotar de recursos a los diferentes sistemas de atención victimal con el objetivo de que devengan en opciones verdaderamente útiles para la tutela y protección de las víctimas y, por otra, iniciativas dirigidas al trabajo cooperativo en materia de defensa de los derechos victimales[37].

Así las cosas, atendiendo a los déficits detectados, el 12 de julio de 2023 se publicó una propuesta de reforma por parte de la Comisión Europea de la Directiva 2012/29/UE. Sin embargo, la relevancia del texto actualmente vigente radica en su vinculación con el acervo jurídico español haber dado lugar a al Estatuto de la Víctima del Delito, texto legislativo de referencia en la tutela de víctimas en nuestro país.

III. La relevancia del estatuto de la víctima en el sistema penal español

III.1. Precedentes legislativos en materia victimal

La ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito se articula como producto de la trasposición de la Directiva 2012/29/UE, planteando a su vez un cambio de paradigma en el sistema de tratamiento y asistencia a víctimas en España. Así, este texto se configura como una compilación de prerrogativas procesales y extraprocesales que resultan de aplicación a todas las víctimas de delitos, con independencia de que hayan decidido formar parte o no del proceso penal.

Así, cabe reseñar en este punto el estatus *privilegiado* del que goza la víctima en el proceso penal, basado en los términos del proceso francés acusatorio o mixto, donde la acusación particular goza de una relevancia de primer orden[38]. En consecuencia, bajo esta figura, la víctima puede intervenir de forma separada tanto para la sustanciación del proceso penal como para la interposición de la demanda civil de indemnización[39]. Esta posición se ve avalada desde una perspectiva constitucional por los artículos 24 y 125, relativos, respectivamente, a la tutela judicial efectiva y la atribución a la totalidad de la ciudadanía —bajo determinados requisitos— el ejercicio de acciones penales[40].

Adicionalmente, el Estatuto supone un punto de inflexión respecto a las dinámicas de sectorialización que han marcado el abordaje de la protección victimal en nuestro país durante las últimas décadas. Así, desde la aprobación de la Ley de protección de

[37] Comisión Europea, *Comunicación de la comisión al Parlamento Europeo…*
[38] Gómez Colomer, J. L., «¿Es necesaria una reforma de los derechos…
[39] Jaén Vallejo, M. y Agudo Fernández, E., «Víctimas: su reconocimiento y protección»…
[40] Chozas Alonso, J.M., *Los sujetos protagonistas…*

testigos y peritos en el año 1994[41], se han seguido una serie de normativas enfocadas a la asistencia de determinados colectivos de víctimas, atendiendo ya a la tipología delictiva, ya a su especial vulnerabilidad. En este sentido, se han elaborado normas tuitivas de víctimas de delitos violentos y sexuales[42], de violencia de género[43], de protección a la infancia o adolescencia[44], de la libertad sexual[45], amén de la prolija regulación en materia de terrorismo[46], habida cuenta de la estrecha vinculación de nuestra historia reciente con esta modalidad delincuencial.

III.2. **Un análisis práctico del Estatuto de la víctima: propuestas de mejora**

III.2.1. ***Contenido y estructura del Estatuto***

El Estatuto de la víctima, cuyo contenido se complementa con el Real Decreto de desarrollo 1109/2015[47], se configura con el objetivo de ofrecer a las personas afectadas por el delito un tratamiento integral, compuesto por iniciativas de índole tanto jurídica como social. La implementación de estas medidas se traduciría en la dotación de una tutela del máximo nivel a las víctimas de delitos, previniendo, adicionalmente, cualquier atisbo de victimización secundaria[48]. Así las cosas, el Estatuto, fundamentado sobre el reconocimiento de la dignidad de las víctimas, alberga como finalidad principal la protección de los bienes materiales y morales de las víctimas[49].

En lo que respecta al contenido del Estatuto, no dista demasiado del incorporado en la Directiva 2012. Articulado en un preámbulo, cinco títulos, dos disposiciones adicionales, una disposición transitoria y derogatoria únicas y seis disposiciones finales, se

[41] Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales.

[42] Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual.

[43] Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

[44] Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia.

[45] Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual.

[46] A finales del pasado siglo asistimos a regulación específica en materia de terrorismo, a saber, la Ley 32/1999, de 8 de octubre, de solidaridad con las víctimas del terrorismo —modificada por la Ley 2/2003, de 12 de marzo—, amén de la legislación autonómica en este ámbito. No obstante, los postulados actualmente vigentes son aquellos contenidos en Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral de las Víctimas del Terrorismo y su reglamento de desarrollo, aprobado por el Real Decreto 671/2013, de 6 de septiembre.

[47] Real Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, y se regulan las Oficinas de Asistencia a las Víctimas del Delito.

[48] García del Blanco, V., «Conflicto de intereses…».

[49] Martínez Atienza, G., *Respuesta jurídica y social…*

presenta, tal y como se señala en la exposición de motivos, como un catálogo de derechos procesales y extraprocesales, con independencia de la aplicación de los postulados en la normativa especial en materia victimal. En este sentido, el legislador sintetiza en el Preámbulo de la norma la composición de cada uno de los títulos. En primer término, el Título preliminar —arts. 1 a 3—, amén de aportar una definición de víctima[50], aglutina de forma general aquellos derechos que se desarrollarán con posterioridad a lo largo del articulado. Por otra parte, el Título I —arts. 4 a 10— se centra al establecimiento de derechos extraprocesales, independientemente de que hayan formado parte de la causa penal con anterioridad. Asimismo, el Título II —arts. 11 a 18— hace referencia a aquellas prerrogativas que pueden ser ejercitadas en el seno del proceso penal, mientras que el Título III —arts. 19 a 26— se orienta a establecer los derechos en materia de tutela y reconocimiento de víctimas, además de medidas de protección específicas. Por último, el Título IV —arts. 27 a 35— compila una serie de disposiciones comunes, relativas a la coordinación entre los servicios de asistencia y las oficinas de atención a las víctimas del delito creadas a tal efecto, o la formación y sensibilización de los operadores jurídicos, entre otros.

No obstante, uno de los preceptos imbricados en el Estatuto llama poderosamente la atención al no tener parangón respecto a nuestros homólogos comunitarios; la prerrogativa a la que nos referimos es la contenida en el artículo 13, en virtud de la cual se permite a la víctima, en determinados supuestos, participar en la ejecución penitenciaria.

Este derecho, que supera ampliamente los márgenes de la Directiva 2012 para la protección de las víctimas de delitos, se presenta como una de las motivaciones principales que han llevado a la realización del estudio práctico sobre el Estatuto que se presenta someramente en estas líneas. Adicionalmente, se estimó la conveniencia de realizar una valoración *ex post* debido a que el Estatuto lleva formando parte de nuestro sistema desde el año 2015 sin haber experimentado apenas modificaciones, estabilidad normativa que facilita su análisis.

[50] *Ibidem.* El concepto de víctima aportado en el Estatuto quiebra, por una parte, el criterio de territorialidad establecido tradicionalmente en la regulación victimal española al comprender en su ámbito de aplicación a aquellas víctimas de aquellos delitos cometidos dentro o fuera de nuestro país con independencia de su nacionalidad o residencia —legal o ilegal—. Así, esta noción extensa de víctima se sustenta adicionalmente sobre el establecimiento de las categorías «directa» e «indirecta» de las víctimas, respondiendo las primeras a aquellas personas que hubiesen experimentado un perjuicio personal o patrimonial a causa del delito, mientras que la segunda comprendería los familiares de la víctima —cónyuge o relación de análoga afectividad, hijos de la víctima requiriéndose convivencia y familiares en línea colateral hasta tercer grado bajo su tutela o curatela o resto de parientes en línea recta y hermanos—, en supuestos de muerte o desaparición, debido a la vivencia delictiva de las consecuencias del delito a niveles similares de intensidad.

III.2.2. *Metodología y muestra del estudio*

Este estudio se articula desde una perspectiva exploratoria con el objetivo de conocer la implementación real del Estatuto de la víctima a través de aquellos profesionales que albergan una mayor vinculación con la norma, cuyas intervenciones se presentarán como fundamento, a su vez, en la elaboración de propuestas político-criminales.

Por su parte, la metodología se articula desde una perspectiva cualitativa, contando como herramienta fundamental las entrevistas semiestructuradas, debido a su mayor adecuación con los objetivos planteados al permitir la incorporación de cuestiones que surgiesen en el transcurso del encuentro. Así, se realizaron tanto en formato presencial como online, autorizando todos los participantes la grabación y ulterior transcripción de lo relatado en las entrevistas.

En lo que respecta a la selección muestral, participaron en el estudio personal de la Magistratura de la jurisdicción penal —Carmen Guil— y el juez de vigilancia penitenciaria Florencio de Marcos, miembros del equipo jurídico de las oficinas del País Vasco y Cataluña —Antonio Perdices y PBR[51], respectivamente—, debido a la dilatada tradición de sendas regiones en materia de protección y asistencia a víctimas, previa a la aprobación del Estatuto. Por último, se entrevistó a personas imbricadas en el tejido asociativo, a saber, por una parte, a la presidenta de la Asociación de Víctimas «Stop Violencia Vial», Rosa Trinidad y, por otra, a Virginia Rodríguez trabajadora social de la Asociación para la Mediación y Pacificación de Conflictos, especializada en justicia restaurativa. Con este crisol de perspectivas se persiguió integrar visiones sobre el Estatuto.

Las entrevistas se enfocaron en el análisis de los preceptos contenidos en los Títulos I y II del Estatuto debido al carácter eminentemente victimológico de estas partes de la normativa. Especialmente del derecho a entender y ser entendida —art.4—, derecho a la información —arts. 5 y 7—, participación de la víctima en la ejecución —art. 13—, acceso a la justicia restaurativa —art. 15—. También se abordó la dotación presupuestaria y la actividad de las oficinas y se requirió a los participantes que realizasen una valoración del Estatuto en términos generales. Con el objetivo de facilitar la comprensión de los contenidos, se expondrán someramente el contenido del precepto analizado para, en un momento ulterior, plasmar algunas de las intervenciones más relevantes de los participantes, que fundamentan a su vez las propuestas político-criminales que de forma sucinta se abordarán en estas líneas.

[51] Testimonio anonimizado por voluntad de la persona entrevistada.

III.2.3. ***Resultados y propuestas de mejora de los preceptos analizados***

III.2.3.1. *Derecho a entender y ser entendida (art. 4)*

En primer lugar, el derecho a entender y ser entendida se estima por las personas entrevistadas como una facultad clave en la medida en que permite el ejercicio del resto de prerrogativas. Sin embargo, la necesidad implícita de interposición de denuncia, y, por tanto, de formar parte del sistema penal para poder ser acreedor de este derecho, hace que se prime a este tipo de víctimas en detrimento de otras que no pueden o no se hallan en condiciones de denunciar. Asimismo, se destaca la ausencia de un lenguaje accesible para las víctimas, tarea pendiente de la producción jurídica española a nivel general.

Resulta especialmente ilustrativo de lo expuesto la intervención de la Magistrada Carmen Guil:

> «No todas las víctimas están en condiciones de denunciar, de explicar y de someterse a un proceso de forma inmediata a la comisión del delito. Parece que estamos enviando el mensaje de que la mejor víctima es la que denuncia inmediatamente, y eso se hace sin entender el proceso victimológico que hay detrás, la situación emocional que tienen las víctimas en determinados delitos. […]. Sin embargo, seguimos con este pensamiento, estos prejuicios y estereotipos: la víctima considerada sincera es la que denuncia inmediatamente, es la que está muy afectada emocionalmente y llora, la que te explica todo y te lo dice sin fisuras, sin cambios, sin contradicciones» (Carmen Guil).

Nuestra propuesta de reforma de este artículo es, por una parte, que el ejercicio de este derecho no necesita la interposición previa de denuncia; asimismo, se apuesta por el lenguaje inclusivo en su redacción y adicionalmente, se especifica que será en la fase de declaración donde se permita este acompañamiento, conforme a los artículos 110 y 433 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal —en adelante, LECrim— con el objetivo de evitar las contradicciones señaladas. Por último, se prevé una cláusula de cierre donde se dispone que las oficinas de asistencia a víctimas, así como el resto de autoridades judiciales y policiales serán las encargadas de procurar esta información, que no podrá corresponderse con el mero suministro de documentos informativos.

III.2.3.2. *Derecho a la información (arts. 5 y 7)*

El derecho a la información se contempla a nivel «general» en el artículo 5 y el referido a la causa penal, en el 7. Estos preceptos se analizan de forma conjunta debido que las principales deficiencias detectadas resultan predicables de ambos. En primer término, se advierte la ausencia de alusión a los profesionales encargados de facilitar esta información. Aunque se presume que, debido a su naturaleza y funciones, las prestatarias de esta obligación serán las oficinas de asistencia a víctimas, los juristas entrevistados admiten que esto no se está realizando, lo que lleva a plantearse la comunicación entre las distintas autoridades en dos niveles.

En lo relativo a la información «general», se ha examinado la comunicación existente entre oficinas y juzgados, donde se ha revelado que no existe comunicación entre sendas entidades, por lo que la consideración de la oficina como un eje clave de vinculación entre las víctimas y el sistema jurisdiccional no se está produciendo, deviniendo así en un sistema más formal que real. Por otro lado, el análisis de la implementación de la información sobre la causa penal revela la escasa o nula comunicación entre los jueces sentenciadores y de vigilancia penitenciaria, lo que dificulta que se produzca el trasvase de información entre sendos organismos jurisdiccionales.

Resultan reseñables en este sentido las siguientes aportaciones de los participantes:

> «Los artículos 5 y 7, cuando se refiere a los derechos a recibir información sobre la causa me parecen mejorables. […]. Es uno de los derechos más básicos y no se está cumpliendo porque está mal redactado, mal definido y en realidad no se está indicando quién tiene que ser prestatario de esta obligación» (PBR).
>
> «El nexo debería ser la oficina a la víctima, que es lo más fácil y que la oficina de la víctima mantuviese actualizados sus datos. Así el juzgado podría comunicar todas estas cuestiones a la oficina y a su vez, esta se encargaría de las relaciones con la víctima. Pero esto no funciona así… El sistema al final es formal, no real» (Florencio de Marcos).

En este sentido, la propuesta de reforma que se presenta en este sentido se focaliza sobre todo en el art. 5 en aras de garantizar el ejercicio de este derecho. Así las cosas, se dispondrá explícitamente el hecho de que no será necesaria la interposición de denuncia para poder reivindicarlo; por otro lado, se prevé la obligatoriedad de que los juzgados y tribunales suministren de oficio la información a las oficinas, así como la elaboración de protocolos de actuación entre los órganos jurisdiccionales con el objetivo de asegurar el trasvase de información. Se aludirá finalmente a los supuestos en los que las víctimas se hubieran constituido como parte en la causa, en cuyo caso serán aplicables las disposiciones de la LECrim.

III.2.3.3. *Derecho a la participación en la ejecución (art. 13)*

Un lugar destacado de este análisis práctico del Estatuto lo ocupan las consideraciones sobre el art. 13 por las razones apuntadas *supra*.

Primeramente, el legislador justifica su introducción en el Preámbulo, aludiendo a que «esta participación no conllevará la pérdida del monopolio estatal en la ejecución». Este argumento es calificado por los participantes como falaz, ya que privar del *ius puniendi* al Estado resultaría inconstitucional y, adicionalmente, como peligroso, en tanto que se produciría una privatización de la ejecución al permitir la entrada de intereses particulares en esta fase de cumplimiento de la condena.

El juez Florencio de Marcos apunta refuerza estos postulados con su aportación en los siguientes términos:

> «Se está dando la intervención a la víctima en una cuestión de derecho público como es la ejecución, por lo que estaríamos reconociendo un interés privado en una cuestión en la cual, en principio, el interés es exclusivamente público».

En lo que respecta a la configuración del precepto, se aprecia, en términos generales, contradicciones con la LECrim dado que se permite el recurso a las resoluciones contenidas en el artículo conforme a esta ley, aun no habiéndose mostrado como parte en la causa. En consecuencia, tal y como dispone PBR:

> «Este artículo [13] viene a decirle a la víctima "tú a partir de este momento puedes constituirte en parte" pero en realidad ya tenemos un artículo en la LECrim que nos indicaba hasta qué momento procesal nos podemos constituir en parte, y no es precisamente en fase de ejecución, es antes del juicio, concretamente hasta la apertura del juicio oral, momento de calificación provisional. Por lo tanto, el Estatuto entraría en una contradicción tremenda con la LECrim cuando esta primera señala en el artículo 13 que podrán recurrir respecto a lo que dispone en la LECrim, vemos que no es tal. Por tanto, los obstáculos que te encuentras serían más de procedimiento que de contenido».

Asimismo, en lo que respecta a la vertiente formal del precepto, se caracteriza por su inteligibilidad debido a las numerosas referencias a otros preceptos del Estatuto o a otras leyes, amén de su extensión y la referencia a leyes derogadas, por ejemplo, el art. 18.3 CP, el cual fue eliminado por la reforma operada en este cuerpo legal por la LO 1/2015.

Este precepto contempla dos modalidades de participación. En lo que respecta a su vertiente indirecta, se permite recurrir los autos mediante los cuales el Juez de Vigilancia penitenciaria autoriza el levantamiento el periodo de seguridad del art. 36.2 CP. Sin embargo, se aprecian problemas en la relación de delitos incorporados al precepto, infiriendo una suerte de prelación de víctimas:

> «Para empezar, viendo los delitos que se contienen en el artículo 13 creo que desde luego no son los delitos más graves. Podríamos estar de acuerdo en un delito de homicidio o de aborto, pero, por ejemplo, el de lesiones tiene un tipo básico, agravado e incluso privilegiado y no hace distinción entre ellos. […]. Lo que yo propondría sería definir más las tipologías delictivas que entran en esta categoría» (Carmen Guil).

Adicionalmente, se permite que la víctima recurra ante aquellos autos donde el JVP establece el cómputo sobre el límite de las penas en lugar de sobre la totalidad de las impuestas, lo que genera problemas en el ámbito concursal, especialmente en el real:

> «Aunque lo que estamos tratando es un caso muy de libro, no es tan raro que en supuestos de homicidio múltiple con cuatro víctimas, por ejemplo, la que haya tenido un resultado más bueno se persone y condicione las acciones de las otras tres que puede ser que hayan muerto. Eso puede suceder y es ahí nuevamente donde te cuestionas la coherencia del sistema» (Florencio de Marcos).

Complementa esta participación directa los recursos que puede interponer la víctima ante la concesión de libertad condicional. Sin embargo, su voluntad es apenas tenida en cuenta debido al momento de ejecución en el que acontece.

Por su parte, la participación indirecta, mediante la cual se permite que la víctima imponga determinadas reglas de conducta a la persona liberada condicionalmente y de facilitar información relevante para la imposición de la condena, suscita problemas,

primeramente, en términos formales debido a las contradicciones que plantea respecto a la Ley Orgánica General Penitenciaria:

> «Este artículo 13 se introdujo, si no recuerdo mal, sin cambios en la Ley General penitenciaria donde se establecía qué se puede recurrir y quién es competente para hacerlo, y hasta ese momento era el Ministerio Fiscal o el letrado del penado. Así que o cambiamos la LOGP o tenemos dos leyes que son contradictorias, ya que le están dando a la víctima una representación de la que carecía hasta entonces. Es cierto que esto suele darse en algunas normas, pero esto es uno de los casos clamorosos» (Carmen Guil).

Adicionalmente, la atribución de esta facultad no supone sino asimilar a la víctima con un elemento probatorio, lo que imposibilita su desvinculación de dicha condición:

> «A fin de cuentas, la víctima se encontraría desempeñando funciones de investigación que estarían encomendadas al juzgado de ejecución. Al final, con esto, no hace por progresar y abandonar su condición de víctima, viviendo la experiencia una y otra vez» (Florencio de Marcos).

Tampoco resulta fácticamente relevante, siendo apenas aplicable por los colectivos entrevistados desde su introducción en el año 2015.

> «En lo que respecta a la actividad de mi oficina, no sé si en otras se hará, no me consta que se ejercite el artículo 13 con carácter habitual. Solo hubo un caso que yo recuerde en el año 2016 […]» (Antonio Perdices).

Por este motivo, si bien nuestra propuesta inicial abogaría por la supresión total de este precepto, consideramos que constituye una forma abrupta de solventar esta problemática. Sin embargo, esta circunstancia no obsta para manifestar que este artículo precisa de una reforma profunda en los términos que se proponen a continuación. Así, se propone constreñir esta prerrogativa a las víctimas que se hubieran constituido como parte en el proceso, con el objetivo de superar las contradicciones respecto a la LECrim. Por su parte, se elimina la relación de delitos y se dispone que el periodo de seguridad resulte potestativo para poder ser recurrible. Asimismo, en lo que respecta a la segunda modalidad de participación indirecta, se corrige la referencia al art. 78 CP y se exige que exista consenso entre las víctimas en caso de que existan varios delitos para poder llevarse a término. Adicionalmente, se plasma la necesidad de que resulte asistida por abogado y procurador.

III.2.3.4. *Acceso a servicios de justicia restaurativa (art. 15)*

Resulta reseñable la convergencia de todos los participantes en las entrevistas en estimar que si bien la justicia restaurativa, por su configuración, no precisa de una regulación excesiva, la normativa del Estatuto resulta escasa. En este sentido, aunque da soporte a prácticas que se hacían con anterioridad, no se han producido avances significativos, especialmente, en lo que respecta al enfoque victimocéntrico, ya que las iniciativas continúan surgiendo desde los centros penitenciarios y no desde las víctimas, debido en parte a la falta de información recibida. Esta última cuestión obedece a dos

causas, a saber, por una parte, a la falta de sensibilización de los operadores jurídicos respecto a estos mecanismos, considerándolos revictimizadores para las víctimas. Por otro lado, la falta de derivación se fundamenta en la saturación de las oficinas de asistencia a víctimas, que no pueden procurar este servicio a los interesados. Así, resulta ilustrativa la aportación de Virginia Rodríguez a este respecto:

> «Cabe la posibilidad de que tanto los profesionales o los jueces de los tribunales sentenciadores como de vigilancia penitenciaria desconozcan estos procesos y que, por tanto, tampoco se encuentren preparados para realizar ese contacto, a través del secretario judicial o con el abogado para hacerle llegar esta información a la víctima. Asimismo, si no se encuentran familiarizados con estos procesos, será difícil que puedan realizar una valoración sobre los datos que se le suministran a la víctima».

Por ello, las organizaciones del tercer sector instan a una mayor coordinación con las oficinas con el objetivo de suplir las deficiencias mostradas por el sistema en la implementación de estos mecanismos:

> «A esta manera de proceder [falta de información a las víctimas] se suma también la saturación que experimentan las oficinas y la falta de recursos. Así, esta problemática podría solventarse, en aquellas oficinas en las cuales no existen profesionales preparados para la ejecución de los servicios de justicia restaurativa, a través del contacto y coordinación con los profesionales dedicados a la justicia restaurativa. Pero la escasez de recursos humanos es un obstáculo para materializar estas iniciativas» (Virginia Rodríguez).

Por consiguiente, la propuesta de reforma de este precepto se articula sobre la incorporación de una definición de justicia restaurativa, así como los distintos procesos en los que puede materializarse. Adicionalmente, se establece la obligación de las oficinas de procurar información y derivar a los recursos correspondientes, así como la correcta preparación de las personas participantes en este proceso por los facilitadores. Adicionalmente, se ahondará en la voluntariedad y confidencialidad de los mecanismos restaurativos, con independencia de la forma que adopten.

III.2.3.5. *Estimación global del estatuto: un necesario refuerzo de su aplicación*

En cuanto a la valoración general del Estatuto, resulta posible señalar que, si bien es una norma con potencial en tanto que fija un marco normativo uniforme para las víctimas en su conjunto, inexistente antes de 2015, la falta de publicidad provoca que su contenido no sea conocido por las víctimas.

> «El Estatuto debería resultar una herramienta útil para la víctima, porque entiendo que para algo se creó. Sin embargo, también he de decir que lo que no se conoce, no existe y esto creo que es lo que le ha sucedido al Estatuto. Considero que no se le ha dado la publicidad que se debería y la sociedad en general, no tiene conocimiento de su existencia, por lo que no puedo valorar si el Estatuto resulta útil o no en este momento» (Rosa Trinidad).

Como colofón, resulta preciso incidir en este punto sobre la saturación de las oficinas de asistencia a víctimas, lo cual se debe a la «cláusula de coste cero» incluida en

la disposición adicional 2.ª del Estatuto. La incorporación de esta disposición obedeció a la situación de crisis económica coetánea a la elaboración del Estatuto. Sin embargo, actualmente abogamos por su derogación dado que carece de sentido al comprometer de forma sustancial la actividad realizada por las oficinas. Asimismo, cabe remarcar la sobrededicación a la violencia de género en detrimento del resto de víctimas, que carecen de protocolos de actuación o un desarrollo similar a los existentes en esta materia. Este déficit es acusado por todas las personas entrevistadas, enfatizando la necesidad de que continúe la sensibilización de los profesionales respecto a la violencia de género sin que suponga, en cambio, una desventaja comparativa para el resto de víctimas.

> «También hay que tener en cuenta que en muchos lugares las oficinas únicamente tienen solo a una persona o dos. No dan abasto, claro. Además, hay una sobre dedicación a la violencia de género y a las órdenes de protección, con abandono del resto de víctimas. Por ejemplo, una víctima de una tentativa de asesinato, está bastante menos protegida que una víctima de violencia de género. La violencia de género continúa siendo un problema de primer orden y exige recursos, pero también el resto de víctimas» (Carmen Guil).

IV. Conclusiones

El sistema de protección y asistencia a víctimas ha experimentado sustanciales avances desde la segunda mitad del siglo pasado, evolución en la que la Victimología ha tenido un papel clave al reconocer a las víctimas de delitos no únicamente como sujetos procesales sino como personas que precisan de una asistencia específica debido a la vivencia del delito. Así, dado el componente eminentemente social que subyace tras la delincuencia, esta labor de tutela y tratamiento ha sido asignada a los entes públicos, lo que ha fundamentado la realización de trabajos a nivel supranacional e interno orientado a estas finalidades.

Por una parte, tal y como hemos reflejado a lo largo de este manuscrito, la producción legislativa en el ámbito victimal tanto por la ONU, la Corte Penal Internacional, el Consejo de Europa desde una perspectiva más internacional, como de la Unión Europea en su vertiente comunitaria, ha contribuido a la configuración de un estatuto de la víctima supranacional en constante evolución. Así las cosas, la combinación de múltiples tradiciones legislativas no se presenta como un óbice sino como un refuerzo del sistema dado que todos los cuerpos legislativos parten de una premisa similar, esto es, la experiencia de la victimización causada por un delito. Esta tesis ha cristalizado en regulaciones, que, si bien experimentan deficiencias en algunos puntos, establecen el acceso a la justicia y la reparación de las víctimas como líneas maestras. En consecuencia, se generan sistemas con la solidez suficiente que permiten su proyección a nivel interno en los distintos países.

En lo que respecta al sistema tuitivo victimal español se caracteriza, por una parte, por la posición privilegiada de la víctima en la causa penal al poder intervenir de forma separada en la demanda civil de indemnización, amén del reconocimiento constitucional de la acusación popular. Por otra, la composición de este sistema resulta sectorial al

componerse de normas en materia de delitos violentos, sexuales, violencia de género o terrorismo, entre otros. Así las cosas, la aprobación del Estatuto de la víctima a través de la Ley 4/2015 de 27 de abril, marca el cambio de paradigma en la regulación victimal al incorporar un catálogo de prerrogativas procesales y extraprocesales aplicables a todas las víctimas, con independencia de su tipología delictiva.

Sin embargo, el análisis práctico de esta norma que ha sido plasmado *supra* evidencia que la elaboración de una política criminal efectiva, eficaz y eficiente en la asistencia victimal es una tarea inacabada actualmente. En este sentido, el Estatuto, si bien conserva el mérito de aglutinar todos los derechos aplicables a las víctimas, sus duplicidades, e, incluso, contradicciones con respecto a la LECrim merman de forma sustancial su eficacia, al considerarse una ley accesoria respecto a esta última. Este factor se encuentra reforzado por la falta de familiarización de los operadores jurídicos respecto al Estatuto y su resistencia al cambio, primando la aplicación de la ley procesal. Esto se traduce en la existencia de una suerte de jerarquía implícita entre ambas leyes y que determinadas voces aboguen por la incorporación del Estatuto como parte de la LECrim.

En consecuencia, el debate que subyace tras este planteamiento respecto a la autonomía o dependencia de sendos cuerpos legislativos debe solventarse a la mayor brevedad en aras de configurar un sistema sólido en la tutela victimal en nuestro país. Por ello, tras haber realizado este trabajo exploratorio, apostamos por el mantenimiento del Estatuto como cuerpo autónomo dentro de nuestro haber legislativo, para lo que necesita una reformulación profunda tanto a nivel positivo como de fundamentación. Entre algunas propuestas, amén de las mencionadas *supra*, se encuentra la eliminación de la sectorialización normativa, incluyendo todas las tipologías reguladas dentro del Estatuto con el objetivo de que se configure como un estatuto de las víctimas, sin realizar distinciones entre víctimas «de primera» y «de segunda».

Asimismo, se subraya la necesidad patente en todo el ordenamiento jurídico de mejorar el lenguaje empleado, de modo que resulte accesible tanto para las víctimas como para los propios profesionales implicados. Como colofón, se insta a la reflexión y racionalidad como notas preponderantes en la elaboración de políticas públicas en materia de víctimas, considerando la diversidad en la experiencia de la victimidad.

V. Bibliografía

Blázquez Peinado, María Dolores, «La directiva 2012/29/UE «¿Un paso adelante en materia de protección a las víctimas en la unión europea?», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 46, 2013, pp. 897-934.

Chozas Alonso, José Manuel, *Los sujetos protagonistas del proceso penal*, 1.ª edición, Dykinson, Madrid, 2015.

Christie, Nils, «Conflict as property», *The British Journal of Criminology*, Vol. 17, Núm. 1, 1977, pp. 1-15.

Comisión Europea, *Comunicación de la comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Estrategia de la UE sobre los derechos*

de las víctimas (2020–2025), 2020. Disponible en: https://eur–lex.europa.eu/legal–content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0258 [Última consulta: 14 de agosto de 2024]

De Hoyos Sancho, Monserrat, «Reflexiones sobre la directiva 2012/29/UE, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y su transposición al ordenamiento español», *Revista General de Derecho Procesal*, Núm. 34, 2014, pp. 1–53.

Díaz Colorado, Fernando, «La justicia desde las víctimas», *Revista Misión Jurídica*, Vol. 5, Núm. 5, 2012, pp. 267-275.

Federación Internacional por los Derechos Humanos (FIDH), «Capítulo I. Antecedentes: Evolución del acceso de las víctimas a la justicia», en FIDH (ed.), *Manual para víctimas, sus representantes legales y ONG sobre los derechos de las víctimas ante la Corte Penal Internacional*, Ford Foundation, 2007, pp. 3-45.

Fernández de Casadevante Romaní, Carlos, «Las víctimas y el derecho internacional», *Anuario de Derecho Internacional*, Vol. XXV, 2009, pp. 3–66.

García del Blanco, Victoria, «Conflicto de intereses: la víctima en el proceso y en la ejecución penal», en Alicia GIL GIL/Elena MACULAN (directoras), *La influencia de la víctima en el tratamiento jurídico de la violencia colectiva*, 1.ª edición, Dykinson, Madrid, 2015, pp. 275–304.

García Rodríguez, Manuel José, «El nuevo estatuto de las víctimas del delito en el proceso penal según la directiva europea 2012/29/UE, de 25 de octubre, y su transposición al ordenamiento jurídico español», *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Núm. 18, 2016, pp. 1–84. http://criminet.ugr.es/recpc/18/recpc18-24.pdf

Gil Gandía, Carlos, *La reparación de las víctimas de crímenes internacionales y la Corte Penal Internacional*. [Tesis doctoral, Universidad de Murcia], 2019. Disponible en: https://digitum.um.es/digitum/bitstream/10201/84922/1/Carlos%20Gil%20Gand%c3%ada%20Tesis%20Doctoral.pdf [Última consulta: 13 de agosto de 2024]

Gómez Colomer, Juan Luis, «¿Es necesaria una reforma de los derechos de la víctima en el proceso penal español?», *Cuadernos de Derecho penal*, Núm. 14, 2015, pp. 13–58.

Ivankovic, Aleksandra, Altan, Levent, Carpinelli, André, Carmo, Marta y Valério, Mafalda, *VOCIARE Synthesis Report. Assessing the EU's Victims Directive*, 2019. Disponible en: https://victim-support.eu/wp-content/uploads/2021/02/VOCIARE_Synthesis_Report.pdf [Última consulta: 14 de agosto de 2024]

Jaén Vallejo, Manuel y Agudo Fernández, Enrique, «Víctimas: su reconocimiento y protección», en Manuel Jaén Vallejo / Enrique Agudo Fernández / Ángel Luis Perrino Pérez (dirs.), *La víctima en la justicia penal (El estatuto jurídico de la víctima del delito)*, Dykinson, Madrid, 2016, pp. 23–57.

Martínez Atienza, Gorgonio, *Respuesta jurídica y social a la víctima del delito*, 1.ª edición, Ediciones Experiencia, Madrid, 2018.

Milquet, Joëlle, *Strengthing victim's rights: from compensation to reparation– For a new EU Victim's rights Strategy 2020–2025,* 2019. Disponible en: https://www.justiceatlast.eu/wp–content/uploads/2019/06/strengthening_victims_rights_–_from_compensation_to_reparation_rev.pdf [Última consulta: 14 de agosto de 2024]

Olásolo, Héctor y Kiss, Alejandro, «El Estatuto de Roma y la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional en materia de participación de víctimas», *Revista Electrónica de Derecho penal y Criminología*, Vol. 12, Núm. 3, 2010, pp. 125–164.

Pérez Rivas, Natalia, «El modelo europeo de Estatuto de la víctima», *Díkaion*, Vol. 26, Núm. 2, 2017, pp. 256–282.

Sanz-Díez De Ulzurrun Lluch, Marina, «La Orden Europea de Protección de Víctimas de Delitos. Análisis de la Directiva 2011/99/UE». *Repositorio institucional de la Universidad Rey Juan Carlos*, 2014, http://hdl.handle.net/10115/12122

Vacas Fernández, Félix, *El estatuto jurídico internacional de las víctimas de crímenes internacionales. Derechos de las víctimas, justicia de transición y Corte Penal Internacional*, 1.ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023.

Varona Martínez, Gemma, *La mediación reparadora como estrategia de control social. Una perspectiva criminológica*, Comares, Granada, 1999.

12

SUICIDIO DE MENORES Y RESPONSABILIDAD PENAL DE TERCEROS

M.ª Luisa Cuerda Arnau*
Catedrática de Derecho Penal
Universidad Jaume I (Castellón)

SUMARIO: I. El suicidio de menores en España: un problema social y un problema jurídico. II. El concepto de suicidio. II.1. La posición de la doctrina. II.2. Jurisprudencia reciente: ausencia de una doctrina general. III. Toma de postura. III.1. El nuevo tipo de favorecimiento del suicidio. III.2. El tipo de inducción/cooperación al suicidio. III.3. Autoría mediata de homicidio. IV. Conclusión. V. Bibliografía.

I. El suicidio de menores en España: un problema social y un problema jurídico

El Informe del Observatorio del Suicidio en España 2022[1] elaborado por la Fundación Española para la Prevención del Suicidio con datos procedentes del Instituto Nacional de Estadística arroja unos resultados preocupantes sobre el suicidio en general (se ha alcanzado la mayor tasa de suicidio conocida de la historia) y, especialmente, de niños y jóvenes, hasta el punto de que el Informe concluye que el suicidio es la primera causa de muerte entre los jóvenes de 15 a 29 años. Un panorama igualmente sombrío es el que refleja un reciente estudio realizado por el Observatorio español de la salud mental infanto-juvenil de la Universidad Miguel Hernández en el cual se concluye que

* El padre del derecho biomédico en España falleció en agosto, que, en general, es un mes muy malo para morirse. En nuestro caso, la Academia está cerrada y la mayoría de sus integrantes dedicamos ese tiempo a ocupaciones banales o a otras que sin serlo tanto nos mantienen alejados de la vida universitaria. Con todo, la noticia de la muerte de Carlos Romeo pudo más que los fuegos de artificio que en ese puente de agosto iluminan los cielos de España, así que todos tuvimos un pensamiento para él y para sus deudos. Su delicada salud fue compensada por la robustez de su obra, que pervivirá a través de la Escuela a cuya creación y desarrollo consagró la mayor parte de su vida. La problemática jurídica que rodea al suicidio ocupó su atención y, por ende, este trabajo es tributario de sus enseñanzas.

1 https://www.fsme.es/observatorio-del-suicidio-2022-definitivo/

el 50 % de las personas adolescentes han sentido alguna vez que no merece la pena vivir, de las cuales el 18 % admiten haber realizado algún intento de suicidio, mientras que el 29 % de los 5652 encuestados reconocen que se autolesionaron por primera vez a los 12 años[2].

No hay datos sobre la etiología de estos comportamientos autolíticos pero no resulta descabellado establecer cierta relación entre muchos de ellos y la presión que para nuestros niños, adolescentes y jóvenes suponen las redes sociales[3]. El impacto de las mismas en el acoso escolar es, tal vez, el ejemplo más paradigmático, ya que, a diferencia de cuando aquél se producía a través de las dinámicas clásicas, el menor queda sometido al mismo fuera del entorno escolar las veinticuatro horas del día. Tampoco es despreciable el impacto de los constantes mensajes de «influencers» que les llevan a confrontar su existencia con las de quienes tienen vidas exitosas y cuerpos normativos, lo que, unido al nutrido repertorio de mensajes de odio y desprecio que se dirigen a quienes no han alcanzado ni lo uno ni lo otro, puede generar frustración y una sensación de profundo fracaso vital capaz, en algunos casos, de provocar un desmoronamiento anímico que, bajo ciertas circunstancias, acabe trágicamente.

Mención aparte merecen las conductas realizadas a través de medios tecnológicos y de la comunicación, que, directa o indirectamente, promocionan la realización de actividades que suponen graves riesgos para la vida y la integridad de las personas menores edad. Tal es el caso del juego Ballena Blanca que aparece involucrado en las actuaciones de que daba cuenta la Memoria de la Fiscalía del País Vasco correspondiente a 2018. Concretamente, en el expediente de reforma n.º 337/17 y diligencias preliminares n.º 629/17 se investigaba un delito de inducción al suicidio cuya víctima era una menor de 17 años de edad tutelada por la Diputación de Gipuzkoa que se quitó la vida tras participar en el citado reto viral. Sintéticamente[4], este «juego» contiene 50 retos, el último de los cuales es el suicidio y quien se relaciona directamente con la víctima es un administrador o curador, que en este caso fue otra joven residente en Barcelona, a la que se abrió un expediente de reforma, si bien no me consta que el mismo culminara con el dictado de una sentencia. El peligro para nuestros menores

[2] Orgilés *et al., Estudio sobre salud mental…,* ob. cit.

[3] *Vid.* las interesantes aportaciones del Dr. Marc Ferrer, jefe de hospitalización del servicio de psiquiatría del hospital Vall d'Hebron de Barcelona y coautor de un estudio que evidencia la curva ascendente de autolesiones y tentativas de suicidio entre adolescentes motivadas en buena medida por la presión que las redes ejercen es este sector de la población (https://elpais.com/salud-y-bienestar/2023-09-13/marc-ferrer-psiquiatra-en-adolescentes-las-autolesiones-repetidas-aumentan-mucho-el-riesgo-de-que-acaben-siendo-suicidas.html?event_log=oklogin)

[4] Con ulteriores referencias sobre el contenido de este y otros retos virales, con cifras acerca de sus trágicas consecuencias, *Vid.* Fernández Hernández, «La tipificación…, ob. cit.; Gálvez Jiménez, A., «La inducción al suicidio…, ob. cit.; Gálvez Jiménez / Rodríguez Montserrat, «Consecuencias jurídico-penales…, ob. cit.

acecha también detrás de juegos como el «Juego de la Muerte» «Jonathan Galindo», «Momo challenge» «Blackout challenge» y otros que han terminado con la muerte de menores implicados en los mismos. En estos, a diferencia de lo que ocurre en el caso de Ballena Blanca no hay una comunicación directa entre quien difunde el juego y quienes se prestan a jugarlo; el «reto» es difundido en redes pero sin dirigirse a nadie en concreto, lo cual obliga a otorgar un tratamiento distinto a los casos en que se produzca el resultado mortal.

Por último, resta referirse a los casos en que el suicido está conectado a una situación de acoso o de coacción moral como lo ocurrido en el conocido «caso Jokin» o en el asunto enjuiciado en la sentencia núm. 11/2022, de 29 de julio, dictada por la Audiencia Provincial de Castellón. El primero de los asuntos fue conocido en primera instancia por el Juzgado de menores de San Sebastián 86/2005, de 12 de mayo y, puesto que es sobradamente conocido[5], basta con este escueto resumen de los hechos declarados probados:

El primer día de curso Jokin defecó involuntaria en clase, lo que motivó las burlas e insultos de sus compañeros. A la vuelta de los campamentos, en los que Jokin y sus amigos fueron sorprendidos fumando hachís, los monitores enviaron cartas a los padres explicando lo ocurrido, cartas que fueron interceptadas por los propios menores, salvo la dirigida a los padres de Jokin que explicaron al resto de padres lo sucedido. A partir de ese momento Jokin pasó a ser considerado un chivato, produciéndose una actitud de rechazo seguida de continuos empujones, puñetazos, insultos, patadas, cachetes, balonazos en clase de gimnasia y burlas relacionadas con el incidente inicial. Jokin no se defendía de las agresiones e insultos pero dejó de acudir a clase, lo que motivó que la jefa de estudios llamara a sus padres, consiguiendo estos averiguar por su propio hijo la razón por la que no quería asistir al centro. Se iniciaron contactos entre la jefa de estudios y los padres de los otros menores que concluyeron en una reunión de todos los padres implicados, que acabó con enfrentamientos verbales por ambas partes. Al día siguiente el cuerpo de Jokin— que contaba con apenas 15 años de edad —apareció al pie de las murallas de Hondarribia, habiendo éste dejado notas relacionadas con la conducta autolítica.

En cuanto al segundo asunto, el veredicto del Jurado declaró probados, entre otros que aquí no interesan, los siguientes hechos:

PRIMERO. E., mayor de edad, contactó a través de la aplicación WhatsApp con el menor de 17 años M.A., y le envió y recibió este último más de 119 mensajes en menos de tres horas. Entre dichos mensajes constan los siguientes:

«*Hola quieres sentarte encima de mi polla?», «estoy a 1000», «te lo dejo económico», «el que querías que te follara un día», «pero desde otro teléfono», «maricona», «hazte el tonto», «tengo toda la conversación en el otro teléfono», «y lo voy a publi-*

[5] *Vid.* BOLEA BARDON, «Posiciones de garante…, ob. cit.; CUERDA ARNAU, «Acoso escolar…, ob. cit.

car con tu número de teléfono», «no te gustaba saltar encima de mi polla», «ahora saltaras de alegría cuando todo esto salga a la luz», «te voy a enseñar a no hacer perder el tiempo a los que nos dedicamos a esto», (…) «que voy a por ti», «lo sentirás más ahora porque mañana por la mañana esto ya estará en manos de mi abogado», «menudo problema tienes», (…)haber visto bob esponja y no esto», «(…) «y te pondré la demanda en el palacio de justicia de valencia», «y tendrás que venir acompañado de tus padres», (…) «aquí cuando se hace esto es para follar», «pues ahora atente a las consecuencias», «haberlo pensado antes», «y si yo te hiciera chantaje que harías?» «quieres saltar ahora?», «tu te metiste en este problema», «y las vas a pagar», «te lo juro», «si te suicidas les dejarás el marrón a tus papás», «(…) «ya sabré si te suicidas», (…) «no es una broma es muy en serio», «te llevaré a los juzgados», «y mi abogado leerá tu conversación delante de tus papás», «no sabes hasta donde llegaré», «pobre de ti la que te va a caer encima», «por meterte en una página para mayores voy a arruinar a tus padres por tu culpa», «lo voy a hacer», «menudo escándalo te voy a liar», «ahora ya no te apetece follar?», «no quieres follar», «pues tu me follaste el otro día y ahora lo haré yo», «prepárate», (…) «mañana cuando te ponga la querella te mandaré la foto de la querella», «te vas a cagar lo juro por mi madre», «ahora para chulería la mía», «pues es lo que tendrás», «ahora apechuga con las consecuencias», «vas a llorar lágrimas de sangre delante de los jueces y de tus padres», «y que sepan el hijo que tienen (…)»

SEGUNDO.- Como consecuencia de la comunicación anterior, el menor M.A. le dijo a E. que él tenía 17 años y era menor de edad, y le pidió reiteradamente disculpas, e incluso le mandó mensajes de audio diciéndole «por favor no lo hagas», «haré lo que quieras», y «me vas a arruinar la vida», y le dijo repetidamente que si continuaba así, se iba a suicidar.

TERCERO.- E. era plenamente sabedor de la angustia y del desasosiego que estaba produciendo en el menor, hasta el extremo de querer quitarse la vida, y conociendo la alta probabilidad de que se produjera la muerte del menor suicidándose como le había anunciado, y aceptándolo, E. continuó mandándole mensajes hasta que el menor a las 18:40 horas del citado día 1 de diciembre, saltó al vacío por el patio interior del edificio de su domicilio (…) produciéndose su lamentable fallecimiento»

Todos los casos relatados tienen como nexo común el hecho de que la muerte del menor está directamente vinculada con la conducta de un tercero. Sin embargo, es obvio que difieren en cuanto al tratamiento jurídico que deba darse a cada uno de ellos, ya que, además de la posible aplicación del nuevo art. 143 bis CP, se suscita la duda acerca de si lo aplicable es el art. 143 CP o si este precepto resulta desplazado por el homicidio, lo cual depende de que se admita conceptuar como suicidio la muerte que se causan a sí mismos personas menores de edad. Al análisis de esta cuestión previa se dedica el epígrafe siguiente.

II. El concepto de suicidio

II.1. La posición de la doctrina

Como es sabido, en la doctrina, se maneja, por unos, un concepto restrictivo de suicidio, mientras que otros optan por un concepto más amplio, si bien, en ambos lados, encontramos posiciones más matizadas que, en los casos límite, difieren en aspectos sustanciales. En el primer grupo se sitúa Tomás-Valiente, para quien suicidio en sentido jurídico sería tan solo el realizado de forma plenamente libre y responsable, razón por la que excluye que sea tal, por ejemplo, el de una persona deprimida[6]. En sentido diametralmente opuesto se pronuncia Juanatey, autora que define el suicidio como «la muerte voluntaria de un sujeto capaz; de forma que solo la ausencia en el sujeto de capacidad para comprender el alcance de su decisión de morir, o la presencia de un vicio que anule totalmente la voluntariedad o la libre determinación de dicha decisión, impedirán hablar de un suicidio en el plano jurídico»[7] razones por las que la autora no excluye de plano poder hablar de suicidio en el caso de menores[8]. En este mismo sentido se pronunció Romeo Casabona, quien optó por el criterio de la capacidad natural de juicio «o comprensión en el caso concreto, es decir, que comprenda fáctica y materialmente la trascendencia que su voluntad de morir tiene para su propia vida»[9]. El debate se ha actualizado a raíz de la introducción en el Código del art. 143 bis, al hilo de cuya exégesis los autores se posicionan en un sentido o en otro. Entre los que rechazan la capacidad del menor para decidir sobre su muerte están Corcoy Bidasolo[10], García Mosquera[11] o Gálvez Jiménez, quien sostiene que en el supuesto de que se induzca al menor a suicidarse debería aplicarse directamente el delito de homicidio en autoría mediata[12]. Otros autores, sin embargo, no descartan, pese a la minoría de edad, la aplicación del art. 143. Tal es el caso de Álvarez García[13] Muñoz Conde[14] o de

[6] Tomás-Valiente Lanuza, *La disponibilidad de la propia vida…,* ob. cit., pp. 409 y ss.

[7] Juanatey Dorado, *Derecho, suicidio…,* ob. cit., p. 149.

[8] *Ibid.,* p. 188.

[9] Romeo Casabona, *El Derecho y la bioética…*, ob. cit., p. 428. Del mismo, *Manual de Biodere-cho*…, ob. cit., p. 390. En el mismo sentido, Mendes de Carvalho, *Suicidio, eutanasia…,* ob. cit., p. 233.

[10] Corcoy Bidasolo, «¿Algunas luces…, ob. cit., pp. 807 y 808.

[11] García Mosquera, «Breves reflexiones…, ob. cit., p. 1620.

[12] Gálvez Jiménez, «La inducción al suicidio…, ob. cit., p. 20.

[13] El autor, no obstante, no descarta, según el caso, la calificación como homicidio. Todo ello sin perjuicio de dejar subsistente la responsabilidad por el art. 143 bis por el peligro que representa para otros sujetos pasivos de la acción (Álvarez García, *Tratado de Derecho Penal…,* ob. cit., p. 291)

[14] El maestro sevillano entiende que exigir en todo caso la imputabilidad no es convincente porque el menor puede tener capacidad natural de juicio (Muñoz Conde, *Derecho Penal…,* ob. cit., p. 86), de modo que «no siempre el inimputable es un instrumento en manos del inductor. Y, por tanto, no toda inducción a un inimputable es autoria mediata en un homicidio o asesinato» (ob. cit., p. 72), lo cual exigiria que tuviese «anulada completamente su voluntad» (ob. cit., p. 86).

Fernández Hernández, quien, por lo demás, enfoca la cuestión desde una perspectiva práctica muy acertada, pues, ciertamente, en los casos mediáticos de retos virales aunque se acredite el contacto directo requerido para la inducción, resultará muy problemática la prueba de la causalidad, máxime cuando las fuentes de peligro son plurales, por lo que, concluye, que resultará complicado imputar el resultado al autor del delito previsto en el art. 143 bis CP[15].

II.2. **Jurisprudencia reciente: ausencia de una doctrina general**

El tema que nos ocupa ha sido objeto de muy pocos pronunciamientos jurisprudenciales, tanto por lo que respecta a los antecedentes históricos del actual art. 143 CP como por lo que se refiere a la nueva redacción recibida desde 1995. Sobre las escasísimas resoluciones dictadas más de cien años atrás, Juanatey concluye que el Tribunal Supremo se decantaba entonces por un concepto amplio de suicidio[16], una conclusión que, sin embargo, no resulta extrapolable al tiempo presente, toda vez que las resoluciones dictadas en la instancia en que se ha aplicado o desestimado la aplicación del precepto o no han llegado a casación o, cuando lo han hecho, el tema no ha sido objeto de controversia. Ello no obstante, sí existen algunas resoluciones recientes de la llamada jurisprudencia menor a las que me referiré de manera casi telegráfica.

Una de las que suscita mayor interés es la ya citada sentencia dictada por el Juzgado de menores de San Sebastián 86/2005, de 12 de mayo en la que se rechaza la pretensión de condena por el art. 143.1 CP, pero no por estimar inviable poder conceptuar como suicidio la muerte de un menor sino por faltar el resto de requisitos del tipo (inducción directa y dolo directo en el inductor)[17]. También resulta de interés la SAP de Vizcaya 28/2009, de 23 de abril de 2009[18], que se pronuncia en relación con el suicidio de una persona de apenas 11 años de edad que sufría brutales maltratos físicos y psíquicos por su progenitora y por sus propios hermanos instigados por la madre, quien la sometía a una degradación permanente, hasta el punto que un día tanto la madre como los hermanos le dijeron hasta en dos ocasiones que se tirara por la ventana, lo que así hizo resultando gravemente lesionada. En la sentencia (FJ 8) se toma partido por la tesis de

[15] Fernández Hernández, «La tipificación…», ob. cit., pp. 107 y 108.

[16] Juanatey Dorado, *Derecho, suicidio…,* ob. cit., p. 149173 y ss

[17] En la misma línea se pronunció la Instrucción 10/2005 de la Fiscalía General del Estado sobre tratamiento del acoso escolar desde el sistema de justicia juvenil, donde se sostiene que «para mantener una acusación y fundamentar una sentencia condenatoria por este tipo delictivo, no será suficiente con que pueda llegar a demostrarse la relación de causalidad entre los actos de acoso y el resultado suicidio», sino que es preciso «que el inductor haya actuado con la doble intención de provocar la decisión… y de que el crimen (el suicidio en este caso) efectivamente se ejecute».

[18] La referida sentencia fue casada en parte, si bien la cuestión que nos ocupa no fue objeto de recurso ni, por ende, de pronunciamiento alguno (STS 1387/2009, de 30 de diciembre).

quienes niegan que pueda conceptuarse como suicidio la muerte de un menor —lo que en este caso parece obvio— pero, paradójicamente, se termina por castigar con arreglo al art. 143.1 CP por no haberse formulado acusación por homicidio. Por último, se trae a colación la Sentencia dictada por el TSJ de Madrid n.º 25/2019, de 13 de febrero, si bien en este caso la víctima era una mujer adulta con alzhéimer y la cuestión se aborda a mayor abundamiento dado que no se formuló acusación por el art. 143 CP. Ello no obstante resulta de interés la lectura del FJ 4.º de la mencionada resolución, donde el tribunal pone el acento no tanto en la enfermedad cuanto en la capacidad de juicio de la persona que decide acerca de su muerte.

Al margen de algunas otras resoluciones que abordan la cuestión de manera muy incidental[19], las citadas son reflejo de la misma divergencia de opiniones que hemos constatado en sede doctrinal acerca del grado de capacidad necesaria para decidir sobre su propia muerte.

III. Toma de postura

Aquí se acoge un concepto amplio de suicidio por las razones que exponen sus partidarios y por otras en las que no puedo detenerme[20]. Por ende, en el caso de menores no se rechaza *ab initio* la aplicación del art. 143 CP a los terceros intervinientes, sin perjuicio de admitir que pueda haber casos —aunque pocos— de autoría mediata por instrumentalización de la víctima. Sentado lo anterior, me pronunciaré en relación con las tres calificaciones que vienen en consideración en los casos que nos sirven de hilo conductor.

[19] En el asunto resuelto por la SAP Sta Cruz Tenerife 369/2012, 19 octubre (confirmada por STS 718/2013, de 1 octubre) se enjuicia el suicidio de un menor con problemas psíquicos que cumplía una medida de internamiento y, tras sufrir malos tratos y vejaciones por parte de otros menores y de miembros de la seguridad del centro, terminó quitándose la vida. Sin embargo, no se formuló acusación ni por inducción al suicidio ni tampoco por el delito de homicidio. No obstante, a efectos de cuantificar la responsabilidad civil, la sentencia afirma que «es concluyente (.) la existencia de una clara relación de causalidad entre el suicidio y el estado límite a que fue sometido el menor en el Centro» (FJ 5.º).

[20] Entre tales razones, no es la menor el hecho de que el concepto restrictivo conduzca, de facto, a ampliar excesivamente la institución de la autoría mediata con el fin de evitar la impunidad de conductas que, ni serían subsumibles en el art. 143 CP por entender que no estamos ante un suicidio «enteramente libre», ni tampoco podrían subsumirse en la concepción más propia de la autoría mediata, que excluye este título de imputación en los casos en que el ejecutor es parcialmente imputable. En el caso de los menores, el argumento de quienes rechazan en todo caso la validez del consentimiento por analogía con lo establecido para las lesiones olvidan que aquí estamos ante un consentimiento que no autoriza a la realización de una conducta típica(las lesiones), sino que se proyecta sobre una conducta atípica (el suicidio), que, por otra parte, a diferencia de otras conductas atípicas (mantener relaciones sexuales, suministrar tratamiento médico, etc) realiza el menor sobre sí mismo y no un tercero sobre el menor, razones por las cuales el argumento de la analogia resulta un tanto falaz.

III.1. **El nuevo tipo de favorecimiento del suicidio**

La LO 8/2021, de 14 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia[21], introdujo el nuevo art.143 bis, a cuyo tenor:

«La distribución o difusión pública a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información o de la comunicación de contenidos específicamente destinados a promover, fomentar o incitar al suicidio de personas menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección será castigada con la pena de prisión de uno a cuatro años. Las autoridades judiciales ordenarán la adopción de las medidas necesarias para la retirada de los contenidos a los que se refiere el párrafo anterior, para la interrupción de los servicios que ofrezcan predominantemente dichos contenidos o para el bloqueo de unos y otros cuando radiquen en el extranjero.

Como se ve, estamos ante un delito de mera actividad y peligro abstracto para la vida que se consuma desde el momento en que dolosamente[22] se difunde públicamente —aunque sea en un círculo limitado[23]— un contenido objetivamente idóneo[24] para pro-

[21] El referido precepto vino acompañado de otros tipos consistentes en la distribución o difusión pública a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información o de la comunicación de contenidos específicamente destinados a promover, fomentar o incitar a la autolesión o la realización de prácticas alimentarias de riesgo por parte personas menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección (arts.156 ter y 361 bis). Ponen en duda la necesidad de esta intervención legislativa, entre otros, Gálvez Jiménez, «La inducción al suicidio…, ob. cit., p. 7; García Mosquera (2020: 1611-1612); González Uriel, «El delito de promoción…, ob. cit., p. 10), Fernández Hernández, «La tipificación…, ob. cit., p. 85.

[22] Aunque la cuestión no es pacífica, aquí se estima que el tipo exige un dolo directo en lo que concierne a la difusión por canales públicos y a la idoneidad de los contenidos para fomentar, incitar etc. a las conductas autolíticas, ya que el tipo, además de servirse de verbos difícilmente compatibles con el dolo eventual, alude a contenidos «específicamente destinados», lo cual parece descartar un mero dolo eventual. Sin embargo, el dolo eventual basta en lo referido a la posibilidad de que ese contenido llegue a los sujetos pasivos a que el tipo se refiere, pues, a fin de cuentas, quien difunde en redes esos contenidos conoce sobradamente que muchos menores/personas con discapacidad tienen acceso a las mismas (*Cfr.* Fernández Hernández, «La tipificación…, ob. cit., pp. 100-101)

[23] Vg. un grupo de whatsapp (respondo así a la pregunta formulada por el magistrado González Uriel, «El delito de promoción…, ob. cit., p. 11).Por el contrario, asiste la razón a Gálvez cuando afirma que el envío a un solo sujeto (incluso, a varios, pero individualizadamente), podría comportar un delito de inducción del art. 143 CP pero no del art. 143 bis CP (Gálvez Jiménez, «La inducción al suicidio…, ob. cit., p. 15)

[24] Valoración que, como bien dice Fernández Hernández, «La tipificación…, ob. cit., p. 95) debe realizarse «ex ante» y en abstracto y no en concreto cual acontece, vg, en el delito de estafa a la hora de valorar el carácter «bastante» del engaño. Ciertamente, al tratarse de una conducta dirigida a un sujeto pasivo indiferenciado resulta imposible hacer una valoración en concreto. Ahora bien, todo ello no empece a que la misma se realice teniendo en cuenta el menor grado de madurez y capacidad reflexiva de los *grupos* destinatarios de los contenidos, lo cual no priva a la misma de su carácter abstracto. Por tanto, contenidos que pudieran ser considerados ineficaces para fomentar conductas autolíticas en adultos

mover, fomentar o incitar al suicidio sin necesidad de que los sujetos pasivos lo reciban[25], ni, menos aún, se inicie siquiera la conducta autolítica. Pese a lo que algún autor parece sostener[26], no se precisa —aunque pueda existir— una comunicación directa entre quien difunde esos contenidos y sus receptores. Esa comunicación directa puede existir y ello será determinante a efectos de aplicar otros preceptos si la muerte se produce pero resulta irrelevante para la tipicidad que nos ocupa, ya que el legislador solo la condiciona a la distribución o difusión pública. Quien difunde, por lo demás, no tiene por qué ser el creador del «juego», cuya conducta resta —y así debe ser[27]— impune. Por el contrario, estimo que acierta Álvarez García[28] al entender que no tienen entrada en el tipo ciertos «juegos» que retan a la realización de actividades muy peligrosas pero cuya finalidad no es la muerte sino, contrariamente, la evitación de la misma, de modo que, cual en la vieja ruleta rusa, quien juega lo hace con la esperanza de eludir la muerte, razón por la cual no puede considerarse que se trate de contenidos «específicamente destinados» a incitar, promover o fomentar el suicidio. Tampoco debieran incluirse en el tipo conductas como la mera difusión del video de un suicida[29], la publicación de su carta de despedida, o de canciones que alienten el suicidio[30]. En todos los casos, forzaríamos el

---

podrán de ser tenidos por tales si sus potenciales destinatarios son menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección.

[25] Exige la recepción Gálvez Jiménez, «La inducción al suicidio…, ob. cit., p. 19. En contra, con razón, Fernández Hernández, «La tipificación…, ob. cit., p. 90)

[26] En tal sentido parece pronunciarse en relación con el homólogo delito del art. 156 ter García Pérez, J.J. (2024: 1365). No obstante, la posición de este autor no es del todo clara, pues afirma apoyar con esa toma de posición a Chaves Carou, quien, salvo error de interpretación por mi parte, no exige para la aplicación del precepto suerte alguna de comunicación directa entre las partes (*Cfr.* Chaves-Carou, M., «Participación…, ob. cit.). En efecto, como sostiene Gálvez Jiménez, «La inducción al suicidio…, ob. cit., p. 15, lo que castiga el nuevo precepto es la difusión masiva, de modo que el envío a un solo sujeto (incluso, a varios, pero individualizadamente), podría comportar un delito de inducción del art. 143 CP, pero no del art. 143 bis CP.

[27] No se comparte, pues, la crítica de González Uriel, «El delito de promoción…, ob. cit., p. 10) al hecho de que el legislador haya excluido de sanción a los creadores de estos contenidos. Como el mismo reconoce, esta clase de preceptos, como todos los que podríamos agrupar bajo la rúbrica «delitos de expresión», pueden plantear problemas desde la perspectiva del derecho a la libertad de expresión y —más aún— de la libertad de creación artística, por lo que ha hecho bien el legislador en limitarse a sancionar a quien difunde contenidos objetivamente peligrosos para la vida de personas, cuya especial vulnerabilidad, legitima la intervención penal.

[28] Álvarez García, *Tratado de Derecho Penal…,* ob. cit., p. 298.

[29] Sin contenidos que alienten a seguir sus pasos.

[30] Se trata de conductas sobre las que nos interroga el magistrado González Uriel, «El delito de promoción…, ob. cit., p. 11. Por el contrario, entraría en el tipo la última que suscita, relativa a quien distribuye los contenidos ya referidos con la finalidad de que los receptores se autoinmolen mediante la comisión de delitos terroristas. No obstante, en tales casos resultarían de preferente aplicación los tipos previstos en los arts. 577 o 579, preceptos que, a su vez, presentan complicadas relaciones concursales entre ellos (sobre tal cuestión *Vid.* entre otros, Cuerda Arnau, M.L / Fernández Hernánez, A (2019:

tenor literal de la ley si entendiéramos que estamos ante «contenidos específicamente destinados» a incitar, promover o fomentar el suicidio, a lo que, en el último caso, habría que añadir argumentos vinculados al ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión y creación artística en los que aquí no podemos detenernos. Una solución distinta merece, a mi juicio, la difusión de contenidos sobre métodos para suicidarse o que inducen directa o indirectamente a imitar la conducta autolítica[31]. En estos otros casos, ya no estamos meramente ante la instigación a realizar conductas arriesgadas sino ante el favorecimiento —que eso es promover o fomentar— de conductas suicidas y los contenidos están, sin duda específicamente dirigidos a favorecerlas.

Trasladado lo anterior al caso del «reto» «Ballena azul» que culmina en suicidio, lo aplicable sería el art. 143. 1 CP en concurso ideal con el art. 143 bis, toda vez que la muerte no absorbe el peligro generado para otros sujetos por la difusión de esos contenidos.

III.2. **El tipo de inducción/cooperación al suicidio**

Partiendo de que aquí se estima que la minoría de edad, singularmente a partir de los 14 años, no excluye por sí sola la posibilidad de conceptuar la muerte voluntaria del menor como suicidio, el art. 143 solo quedaría descartado en los casos de verdadera instrumentalización del mismo, para cuya determinación habrá de considerarse el grado de madurez del sujeto; muy especialmente, en los casos de engaños a manos de sectas.

Pese a ser conceptualmente posible, lo cierto es que muchos de los casos que nos sirven de hilo conductor no admiten ser calificados conforme al art. 143 CP por falta de los requisitos típicos. Tal es el caso de los retos que se limitan a involucrar al menor en actividades arriesgadas, casos de acoso escolar análogos al que motivó el suicidio del menor de Hondarribia o, en fin, el enjuiciado por la sentencia de la AP de Castellón a que ya me he referido.

---

238 y ss). Téngase, además, presente que el art. 577 contiene un subtipo agravado para las hipótesis en que los destinatarios del adiestramiento (vg. para fabricar la bomba adosada al cuerpo) son menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección.

[31] En contra, Álvarez García, *Tratado de Derecho Penal…,* ob. cit., p. 294). Este autor complica un poco más el ejemplo y se refiere al caso de quien ya está determinado a darse muerte y busca —y obtiene— métodos que le permitan asegurar el resultado. Tiene razón Álvarez cuando descarta la aplicación del art. 143, pero no, a mi modo de ver, cuando llega a la misma conclusión en relación con el art. 143 bis, que no acoge sólo la inducción directa, sino también la promoción y el fomento de tales conductas. Por lo demás, ese mismo autor considera aplicable el precepto homólogo en sede de lesiones (art. 156 ter) a los casos en que se difunden imágenes de quien se ha autolesionado y se ofrece como ejemplo a seguir, conducta que, en tanto alienta a la realización de esa conducta, es una conducta de favorecimiento que, sin embargo, no alcanza el grado de peligrosidad de la que Álvarez descarta incluir en el art. 143 bis (ob. cit., p. 533)

Por lo que respecta a la inducción al suicidio, en ninguno de ellos concurren las características de la inducción exigida por el art. 143.1, ya que, como mantuvo Romeo[32], el concepto que aquí debe utilizarse es el mismo del art. 28 CP, porque, como bien se ha dicho, «resultaría muy discutible establecer menores requisitos para la inducción a un hecho atípico (el suicidio) que para la inducción a un delito»[33]. Motivar no es inducir, pues, como subrayó Torío, debe huirse de la configuración de tal tipo penal como violación de normas éticas o sociales y atenerse a su condición de injusto penal, para la que no basta una conexión causal cualquiera. Por ello, consideraba que «lo determinante es que esa resolución sea «originada típicamente»[34].

Aplicado lo anterior a los casos referidos, es evidente que eso falta en los «juegos» que ni persiguen la muerte ni se dirigen a un sujeto en particular. Lo mismo ocurrirá en la mayoría de casos de acoso y en el resto de hipótesis a que me refería, caracterizadas por la ausencia de una inducción directa, abierta, clara y dolosa. La decisión de suicidarse está motivada, en todo o en parte, por la actuación del sujeto que acosa o coacciona moralmente al menor, pero ello ni equivale a la incitación directa exigida por el tipo, ni permite presumir contra reo que el individuo actuó con la intención de hacer nacer en el menor la voluntad de suicidarse. Esto es así incluso en el asunto enjuiciado en la AP de Castellón. Ciertamente, se declara probado que el acusado «era plenamente sabedor de la angustia y del desasosiego que estaba produciendo en el menor, hasta el extremo de querer quitarse la vida, y conociendo la alta probabilidad de que se produjera» Aun así, para admitir en un caso de estas características la inducción punible sería preciso, como señala Muñoz Conde[35] que el sujeto crease una situación de tensión psíquica y emocional dirigida a que el sujeto se suicide, lo cual es algo muy distinto a aceptar la eventualidad de la muerte, que es, a fin de cuentas, lo que concluyen tanto la sentencia de instancia como la de apelación al estimar existente un dolo eventual, que, si bien se acepta como suficiente a efectos de castigar la participación del inductor en un delito, parece escasamente compatible con el tipo que nos ocupa, razón por la cual me sumo a la tesis de Romeo que rechaza que el tipo que nos ocupa pueda cometerse con dolo eventual[36].

[32] Romeo Casabona, *Manual de Bioderecho*…, ob. cit., p. 392.

[33] Díaz y García Conlledo / Barber Burusco, «Participación en el suicidio…, ob. cit., p. 128.

[34] Torío López, «Instigación y auxilio…, ob. cit., p. 180.

[35] Muñoz Conde, «Provocación al suicidio…, ob. cit., p. 307.

[36] Romeo Casabona, *Manual de Bioderecho*…, ob. cit., p. 392. En efecto, debiera excluirse esta modalidad por cuanto estamos ante una figura que, en la medida en que sanciona la participación en una conducta atípica debe ser objeto de una interpretación restrictiva. Huelga decir que no cabe ver contradicción alguna entre esto y el hecho de mantener la identidad del concepto a efectos de exigir que sea directa y eficaz. En ambos casos de lo que se trata es de tomar en consideración que estamos ante la participación en una conducta atípica, lo que obliga a no restar requisitos a efectos de sancionar y, al mismo fin, autoriza a exigir otros complementarios. El propio legislador, con buen criterio, se aparta en este tipo de la tradicio-

Tampoco resultaría convincente una eventual calificación como cooperación necesaria al suicidio, porque una interpretación sistemática del precepto acorde con su tradición aplicativa y con su sentido gramatical, obliga a rechazar que estemos ante un caso de auxilio (necesario o no[37]) al suicidio. De un lado, como señala el diccionario de la Real Academia, auxiliar equivale a socorrer, ayudar, apoyar, asistir, conductas todas ellas que se avienen mal con actividades que —como el acoso o las amenazas— son contrarias a los deseos del destinatario del auxilio; de ahí que, hasta donde alcanzo, siempre se haya sostenido que la cooperación sancionada en el art. 143 presupone el consentimiento del suicida y la actuación del colaborador en previo acuerdo, coetáneo o sobrevenido a la acción del suicida[38], que no es lo que en ninguno de los casos se deriva de los hechos declarados probados.

III.3. **Autoría mediata de homicidio**

En el caso enjuiciado en la SAP de Castellón, el acusado fue condenado como autor de un delito de homicidio doloso[39], si bien la sentencia no se pronuncia acerca de si la imputación por homicidio *doloso* lo es a título de autoría mediata o si se opta por recurrir al expediente de la comisión por omisión[40]. Cualquiera de los dos expedientes es, a mi juicio, insatisfactorio, si bien aquí me limitaré a enjuiciar el primero por ser el que, aparentemente, resulta más sólido pese a que a los problemas de autoría suma otros de causalidad en los que no puedo entrar.

---

nal equiparación punitiva entre cooperación necesaria e inducción, lo que apoya la idea de un tratamiento diferenciado, más estricto, que el que se otorga a las formas de participación.

[37] Incluso admitiendo conceptualmente la cooperación, quedaría, a su vez, por resolver la cuestión de si ésta era necesaria, ya que, en otro caso, la impunidad vendría impuesta por la redacción que al precepto se le diera en 1995.

[38] En el mismo sentido, entre otros, Mendes de Carvalho, *Suicidio, eutanasia…,* ob. cit., p. 240. *Vid.* Asimismo, STS de 23 de noviembre de 1994 (FJ 5)

[39] La sentencia de instancia fue confirmada por la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de la Comunidad Valenciana por Sentencia 20/2023, de 23 de enero.

[40] En los casos en que el sujeto ha creado un riesgo y éste se materializa en lo que un sector denomina suicidio «no libre», hay quien sostiene que la no evitación de la muerte podría imputarse en comisión por omisión al garante por injerencia que no evita el resultado (Silva Sánchez, «Causación de la propia muerte…, ob. cit., p. 473; Tomás-Valiente Lanuza, *La disponibilidad de la propia vida…,* ob. cit., p. 414) Ahora bien, tradicionalment esta omisión se ha referido a la no realización de conductas salvadores, que son las únicas que guardan una equivalencia estructural con el con el hecho de matar. Si en nuestro caso se estima que la acción omitida ha sido la cesación de la situación de acoso y amenazas, la falta de equivalencia lingüística me parece incontestable. En todo caso, para las hipótesis de suicidios en sentido estricto (voluntarios y libres) es mayoritaria la opinión de quienes, como ya hiciera Romeo (1987: 201; el mismo, *Manual de Bioderecho*…, ob. cit., p. 391), excluyen la imputación de un homicidio (así, entre otros, Silva Sánchez, «Causación de la propia muerte…, ob. cit., pp. 467 y 468; STS 482/2017, de 28 de junio, FJ 5. *Cfr.* Gómez Rivero, «La intervención omisiva…, ob. cit., passim)

Por lo que a la autoría respecta, conviene recordar las sensatas palabras del maestro Muñoz Conde cuando insistía en que la calificación de autoría mediata «requiere algo más que una simple participación favorecedora del suicidio»[41]. Así es por cuanto, pese a las múltiples divergencias que existen acerca de muchos aspectos de la autoría mediata, la mayoría de la jurisprudencia y la doctrina coinciden en entender que son elementos conceptuales de la misma tanto el hecho de que el autor se sirva de otro como instrumento, cuanto que la conducta del autor mediato pueda ser vista como principal y no como accesoria, hasta el punto de que ha de constituir tentativa desde que comienza la actuación sobre el instrumento. Ninguna de ambas notas concurren, en sentido estricto, en el caso que nos ocupa. La instrumentalización puede producirse, en efecto, a través de la violencia moral pero, en primer lugar, no basta con cualquier tipo de violencia moral. En puridad, solo estamos ante un instrumento cuando la realización del sustrato material que sigue al impulso del autor está presidido por la *necesidad* de actuar o, como prefieren decir otros autores, es imprescindible que esa coacción moral excluya completamente la libertad de la voluntad, lo que explica que para este sector mayoritario la irresponsabilidad del ejecutor inmediato sea requisito estructural de la autoría mediata[42]. De ahí que en supuestos de *vis psíquica* ejercida por el autor mediato solo se admita —y ya es admitir— la autoría mediata en casos en que el ejecutor actúa amparado en un estado de necesidad o en el miedo insuperable, que sobra decir que no es cualquier tipo de miedo[43]. Por lo demás, obviamente, una autoría mediata dolosa exige que el autor mediato actúe sobre el instrumento con conciencia y voluntad referidas a su actuación sobre el mismo, así como sobre el resultado perseguido.

No basta, sin embargo, con la instrumentalización del sujeto, pues nuestro CP configura la autoría mediata como verdadera autoría. El autor mediato realiza la conducta como propia. En eso están de acuerdo tanto quienes defienden las teorías objetivo materiales de autoría como quienes se adscriben a las teorías objetivo formales, de ahí

[41] Muñoz Conde, «Provocación al suicidio…, ob. cit., p. 311.

[42] Ciertamente, un sector (vg. Hernández Plasencia, *La autoría mediata…*, ob. cit., pp. 163 y ss) se contenta con el hecho de que el instrumento actúe con un déficit de libertad (supuestos de autor inmediato con culpabilidad disminuida) pero se trata, como bien dice Martínez-Buján de una postura que desnaturaliza el concepto de autoría mediata que se deriva de lo dispuesto en el art. 28 CP (Martínez-Buján Pérez, *La autoría…,* ob. cit., p. 173). Sin afán alguno de exhaustividad, *Vid.* BOLEA BARDON, *Autoría mediata…,* ob. cit., p. 158 y ss.; y Gómez Rivero, C., *La inducción…*, ob. cit.: «para determinar si ha existido inducción (sc en lugar de autoría mediata) decisivo será indagar el grado de incidencia que en el caso concreto ha tenido en el destinatario la limitación de la formación de su voluntad o su exteriorización» (p. 250) Para el caso de entender que, pese a las amenazas, la calificación como inducción es lo que procede se inclina por la discutible solución propuesta por Baumann de apreciar un concurso ideal entre las amenazas y la inducción (p. 263)

[43] Personalmente, me inclino por estimar que, si se dan el resto de requisitos, lo que procede es calificar como inducción, solución que coincide con la aplicable a los casos en que la presión psíquica ejercida sobre el ejecutor no es suficiente para su exculpación.

que los primeros exijan que el autor mediato tenga el dominio del hecho y las segundas, que *realice* el hecho, ya se entienda éste en sentido estricto o en sentido más amplio como conducta a la que cabe atribuir el sentido de la acción que se desprende del tipo, un concepto amplio —y verdaderamente objetivo[44]— según el cual la ejecución comienza antes del inicio de los actos consumativos y, por tanto, permite dar cabida a la autoría mediata. Como dice muy gráficamente la mejor monografista del tema en lengua española, al autor mediato «el hecho le pertenece porque es el único que interviene en el proceso lesivo con conciencia del peligro»[45] y, por ende,» el riesgo originado con la conducta del primer agente no depende para su realización de la decisión autónoma del ejecutor material» [46], ya que es el autor mediato el que ha puesto en marcha «un curso lesivo que no depende para su realización de ninguna otra decisión autónoma»[47]. De ahí se infiere que, si bien la instrumentalización puede producirse colocando al sujeto en una situación de estado de necesidad o de miedo insuperable, ello no bastará por sí solo para construir una autoría mediata. Es más, solo en casos extremos podremos decir que el ejecutor actúa de manera casi mecánica y que es el autor mediato quien tiene el verdadero dominio del hecho, cual en el asunto enjuiciado en la STS de 7 de julio de 1948. Lo más frecuente, por el contrario, será que quien actúa por miedo lo haga con conciencia y voluntad, de modo que de su decisión depende el curso lesivo, si bien, en tanto que su voluntad está viciada, resultará exonerado de culpa.

La jurisprudencia en materia de autoría mediata en sentido estricto —a diferencia de la discutida modalidad de «autor tas el autor»— es escasa y así debe ser a fin de no extender ésta más allá de sus razonables límites, ni hacer uso de esta construcción cuando resulta innecesario[48]. No obstante, su doctrina general coincide sustancialmente con la línea de pensamiento acogida por la doctrina mayoritaria, subrayando las dos notas claves del concepto: la instrumentalización y el dominio del hecho. Así la STS 507/2019 de 25 octubre se sirve de este expediente para castigar como autoras mediatas de un aborto a las mujeres que, valiéndose de la intimidación y de la violencia sobre

[44] En realidad, las teorias «objetivo» materiales no emiten un juicio determinado por algo tan objetivo como es la ejecución total o parcial del hecho; en el dominio del hecho falta esa referencia objetiva y lo determinante es quién es el máximo responsable de ese hecho.

[45] Bolea Bardon, *Autoría mediata…,* ob. cit., p. 160.

[46] *Ibid.,* p. 160.

[47] *Ibid.,* p. 162.

[48] La cooperación necesaria o la inducción resultan generalmente categorías mucho más adecuadas (así v.g. STS 314/2021, de 15 abril:1379: sujeto que permitió a su hijo de ocho años de edad conducir el vehículo en zona abierta a todos los usuarios dando el menor varias vueltas mientras el acusado le grababa desde el exterior del vehículo; STS 1223/1999 de 14 octubre: falsedades en autoría mediata pese a que como con buen criterio dice la STS 974/2012 de 5 diciembre, en el caso del delito de falsedad no es necesario intervenir de modo directo en la confección del documento falso, sino que basta con hacer elaborar a otro el documento falso o aprovecharse de un documento falsificado por otro.

la víctima, la obligaron a firmar su consentimiento, engañando con ello al personal sanitario, que actuó en la convicción de contar con el libre consentimiento de aquella[49].

A la luz de las anteriores consideraciones, creo que en la causa que nos ocupa debió descartarse la condena del acusado como autor mediato de un homicidio doloso pese a lo trágico del suceso y al hecho de tratarse de un menor. Si se repasan los hechos con detenimiento es difícil alcanzar la conclusión de que el joven —de 17 años— era un mero instrumento en manos del acusado, esto es que carecía completamente de libertad de actuar y que su muerte era el acontecimiento que necesariamente debía desencadenar la actuación del autor mediato, esto es, que no dependía en modo alguno de la libre decisión de la víctima y que, además, este era el resultado querido por el auténtico autor. A mi modo de ver, lo que enturbia la reflexión es el hecho de que el fallecido sea un menor y no una persona adulta perfectamente imputable. Sin embargo, no hay que pasar por alto que, como señala la mejor doctrina, incluso en el caso de menores inimputables sería un error entender que toda instigación o contribución al hecho de un inimputable es siempre un caso de autoría mediata[50]; habrá que analizar, como dice Bolea, el caso concreto para comprobar» si el sujeto tenía un grado de libertad y conocimiento normativamente suficiente para que se le pueda atribuir el hecho como suyo en sede de autoría, que no de culpabilidad»[51]. Todo ello sin perjuicio de reconocer que a medida que nos alejamos hacia abajo de los 14 años, la regla general será, normalmente, la falta absoluta de libertad (por lo que en el caso enjuiciado por la ya citada SAP de Vizcaya 28/2009, de 23 de abril de 2009 hubiera sido más procedente formular acusación por homicidio en autoría mediata)

IV. Conclusión

Por todas las razones expuestas, entiendo que cuando la muerte de un menor está vinculada a la actuación de un tercero la calificación como inducción al suicidio solo cabrá en casos de incitación directa dolosa, al tiempo que la autoría mediata exige que se utilicen medios que instrumentalicen y anulen completamente la voluntad del sujeto. Todo ello, sin perjuicio de la posibilidad de aplicar, si procede, el art. 143 bis CP en concurso ideal por cuanto la muerte no abarca el peligro para otros menores derivado de la difusión de contenidos. Ahora bien, lo cierto es que tanto la aplicación del art. 143.1 CP como la construcción de una autoría mediata no siempre podrá prosperar. De hecho, en el caso tratado en la SAP de Castellón —que es el más interés dogmático suscita— no concurre ni lo uno ni lo otro. A mi modesto entender, hubiera sido más adecuado acoger la calificación alternativa formulada por el Ministerio Fiscal en concepto de amenazas

[49] En similar sentido, STS 214/2017, de 29 de marzo

[50] Bolea Bardon, *Autoría mediata…,* ob. cit., p. 327.

[51] *Ibid.,* p. 333, nota 66, in fine.

incondicionales de un mal constitutivo de delito (art. 169. 2 CP), pues el mal con el que se amenazaba al menor puede ser considerado constitutivo de un atentado contra la integridad moral y, en todo caso, contra el honor en cuanto afecta a circunstancias de la vida privada que pueden desmerecer en el concepto público. No creo, sin embargo, que, dados los hechos declarados probados debiera haber prosperado la continuidad delictiva instada por la acusación, ya que, a mi modo de ver, estamos ante un caso claro de unidad natural de acción. Ahora bien, hay argumentos a favor de aplicar la agravante de abuso de superioridad porque, a diferencia de lo que en la sentencia, con buen criterio, se esgrime para no aplicarla al homicidio, en el caso de las amenazas nada se opone a considerarla como agravante ordinaria por razones semejantes a las que llevaron al legislador a prever un tipo de stalking agravado para estos casos (art. 172 ter. 1, p.2). Ello ya hubiera permitido imponer la pena en su mitad superior (de 9 meses a 2 años), siendo éste uno de los casos en que sería perfectamente factible motivar la imposición del máximo dada la gravedad del resultado y su previsibilidad por parte del autor de las amenazas. Todo ello, unido a ulteriores argumentos vinculados a la peligrosidad que demuestra el autor de los hechos y a la necesaria protección de la juventud frente a conductas de esta naturaleza, hubiera permitido asimismo desestimar una eventual petición de suspensión de la ejecución de la pena.

V. **Bibliografía**

Por razones de espacio me veo obligada a hacer una selección bibliográfica limitada a los autores citados en el texto, obviando el trabajo de colegas en cuyos hombros reposan muchas de las ideas en que se fundan mis argumentos.

Álvarez García, F.J., *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial (I) Delitos contras las personas,* 4.ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024.

Bolea Bardon, C., *Autoría mediata en Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

— «Posiciones de garante frente al acoso escolar. ¿Responden penalmente los padres y docentes que no impiden el acoso?» *InDret* 4/2017.

Chaves-Carou, M., «Participación en las autolesiones. Análisis del nuevo artículo 156 ter del Código Penal», *Diario La Ley*, n.º 10016, 2022.

Corcoy Bidasolo, M., «¿Algunas luces en las últimas reformas del Código penal? Despenalización de la eutanasia activa (LO 3/2021) y penalización de la incitación al suicidio y las lesiones (LO 8/2021)», en García Mosquera / Rodríguez Vázquez / Díaz y García Conlledo / Luzón Peña (dir.), *Libro Homenaje al Profesor Javier de Vicente Remesal por su 70.º aniversario*, Agencia Estatal BOE Madrid, 2024.

Cuerda Arnau, M.L., «Acoso escolar y Derecho penal de menores», en Gonzalez Cussac, J.L. / Cuerda Arnau, M.L., *Estudios sobre la responsabilidad penal del menor*, Servicio de Publicaciones de la Universidad Jaume I de Castellón, 2006.

Díaz y García Conlledo, M. / Barber Burusco, S., «Participación en el suicidio y eutanasia. Esbozo del tratamiento penal en España», *Nuevo Foro Penal*, 2012.

Fernández Hernández, A., «La tipificación de la puesta a disposición de materiales aptos para la comisión de conductas suicidas y autolesivas», en Antonio Fernández Hernández (coord.), *Diálogos jurídicos España-México*, 2023

Gálvez Jiménez, A., «La inducción al suicidio y a las autolesiones de menores y otros sujetos vulnerables a través de las TICs», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2024

— Rodríguez Montserrat, M., «Consecuencias jurídico-penales del juego online la ballena azul», en María del Carmen García Garnica/Nuria Marchal Escalona, *Aproximación interdisciplinar a los retos actuales de protección de la infancia dentro y fuera de la familia*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2019.

García Mosquera, M., «Breves reflexiones sobre responsabilidad penal en casos de suicidio de menores de edad», en De Vicente Remesal *et al.* (dirs), *Libro Homenaje al Profesor Diego Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario*, vol. 2, Editorial Reus, Madrid, 2020.

Gómez Rivero, C., *La inducción a cometer el delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

— «La intervención omisiva en el suicidio de un tercero», *Actualidad penal*, n.º 2, 1998.

González Uriel, D., «El delito de promoción, fomento o incitación al suicidio de menores o de personas con discapacidad necesitadas de especial protección mediante las TIC», *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario,* n.º 159, 2022.

Hernández Plasencia, J.U., *La autoría mediata en derecho penal*, Comares, Granada, 1996.

Juanatey Dorado, C., *Derecho, suicidio y eutanasia*, ed. Ministerio de Justicia e Interior, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1994.

— *El Derecho y la muerte voluntaria*, Distribuciones Fontamara, Mexico, 2004.

Martínez-Buján Pérez, C., *La autoría en Derecho penal. Un estudio a la luz de la concepción significativa (y del Código penal español),* Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

Mendes de Carvalho, G., *Suicidio, eutanasia y Derecho penal*, Comares, Granada, 2009.

Muñoz Conde, F., «Provocación al suicidio mediante engaño: un caso límite entre autoría mediata en asesinato e inducción y ayuda al suicidio», *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 40, Fasc/mes 2, 1987.

— *Derecho Penal. Parte Especial*, 24.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

Observatorio sobre el Suicidio, Informe anual, 2022 https://www.fsme.es/observatorio-del-suicidio-2022-definitivo/ (última consulta 29 octubre 2024).

Orgilés, M. *et al., Estudio sobre salud mental infanto-juvenil*, 2024 https://www.consaludmental.org/publicaciones/Problemas-psicologicos-infancia-adolescencia-Observainfancia.pdf (última consulta 29 octubre 2024).

Romeo Casabona, C. M., «El marco jurídico-penal de la eutanasia en el Derecho español», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, n.º 13, 1987.

— *El Derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994.

— (dir.), *Manual de Bioderecho (adaptado a la docencia en ciencias, ciencias de la salud y ciencias sociales y jurídicas)*, Dykinson, Madrid, 2022.

Silva Sánchez, J.M., «Causación de la propia muerte y responsabilidad penal de terceros», *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 1987.

Tomás-Valiente Lanuza, C., *La disponibilidad de la propia vida en el Derecho penal*, Boletín Oficial del Estado y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999.

— *La cooperación al suicidio y la eutanasia en el nuevo Código penal (art. 143)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

TORÍO LÓPEZ, A., «La noción jurídica de suicidio», en *Estudios de derecho público y privado ofrecidos al Prof. Dr. D. Ignacio Serrano y Serrano* Tomo II, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1965.

— «Instigación y auxilio al suicidio, homicidio consentido y eutanasia como problemas legislativos», *Estudios penales y criminológicos*, n.º 4, 1979-1980.

13

CUATRO AÑOS DESPUÉS DE LA APROBACIÓN DE LA LEY DE LA EUTANASIA: CUANDO EJERCER UN DERECHO SE CONVIERTE EN UNA CARRERA DE OBSTÁCULOS

ROSARIO DE VICENTE MARTÍNEZ
Catedrática de Derecho Penal
Universidad Castilla-La Mancha

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA LEY ORGÁNICA 3/2021, DE 24 DE MARZO, DE REGULACIÓN DE LA EUTANASIA Y LAS COMISIONES DE CONTROL Y EVALUACIÓN. III. EL AMARGO CUMPLEAÑOS DE LA LEY. IV. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Jiménez de Asúa en su obra *Libertad de amar y derecho a morir. Ensayo de un criminalista sobre Eugenesia y Eutanasia* presenta el tema de la eutanasia con el siguiente caso: Hace más de veinte años, una actriz polaca dio muerte en Francia a su amante, que penaba de acerbo dolor, con el único fin de abreviar su martirio. El tribunal absolvió y el gesto pietista tuvo enorme eco en la prensa del mundo[1].

A mí me gustaría comenzar este pequeño trabajo dedicado al Prof. Romeo Casabona, con un recuerdo también a una actriz, en este caso francesa, Françoise Hardy, que murió hace unos escasos meses, el 11 de junio de 2024, después de numerosos años luchando contra un cáncer que le hacía el día a día un verdadero infierno. Su deseo de marcharse en silencio lo más rápido posible era cada vez más apremiante. En una entrevista ya se había quejado de: «dejar que los enfermos incurables sufran el martirio hasta el último minuto y que los médicos no tengan el mínimo de humanidad necesario para acortar su sufrimiento».

Su lucha por la eutanasia le empujó a principios de 2024 a escribir al presidente de la República, Emmanuel Macron, a quien le invitaba a reconsiderar la legalización de la eutanasia: «Usted sabe que una gran mayoría de las personas desea la legalización

[1] JIMENEZ DE ASÚA, *Libertad de amar y derecho a morir. Ensayo de un criminalista sobre Eugenesia y Eutanasia*, 7.ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1984, p. 335.

de la eutanasia. Todos contamos con su empatía y esperamos que permita detener su sufrimiento a los franceses que estén muy enfermos y sin esperanza de mejorar, cuando saben que ya no hay ningún alivio posible».

La disolución de la Asamblea Nacional, anunciada por Macron, frustró su deseo, al frenar la adopción de la llamada ley sobre el fin de la vida. François Hardy confiaba en poner fin a su vida lo más pronto y rápido posible, pero murió antes de ver en su país, como en otros países, legalizada la eutanasia.

En España, casos muy mediáticos con nombres propios como el de Ramón Sampedro, Inmaculada Echevarría, María José Carrasco, etc., forman parte de una lista que se inició prácticamente con Carlos Gómez quien en 1984 publicaba un artículo en *El País* titulado «Osar morir da la vida» en el que manifestaba: «no cabe duda ya de que ha comenzado a resquebrajarse un tabú social tanto más represor que el que funcionó sobre el sexo. Me refiero al tabú de la muerte, o mejor, de la forma de morir»[2].

Casos de gran impacto que no solo sirvieron para movilizar a la sociedad española, como demuestran las diversas encuestas realizadas desde hace años, sino que además abrieron el debate a nivel político sobre la eutanasia a lo largo de varias legislaturas.

El primer intento fue durante la XII Legislatura, en 2016. Se trataba de la Proposición de Ley de derechos y garantías de la dignidad de la persona ante el proceso final de su vida, presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos[3].

La segunda tentativa partió del Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea que presentaba un año después, el 18 de enero de 2017, la Proposición de Ley Orgánica sobre la eutanasia[4].

Al año siguiente, en junio de 2018, era el Grupo Parlamentario Socialista quien presentaba la Proposición de Ley Orgánica de regulación de la eutanasia[5]. En la toma en consideración de la Proposición de Ley Orgánica de regulación de la eutanasia, la votación arrojó el siguiente resultado: Sí: 208 No: 133 y Abstenciones: 1. Sin embargo, cuando todo parecía discurrir por buen camino, la tramitación de la Proposición caducó. El bloqueo parlamentario impidió que esta Proposición siguiera sus trámites. En marzo de 2019 se anunciaba la disolución del Parlamento y consiguiente finalización de la XII Legislatura y la convocatoria de elecciones para abril de ese mismo año[6].

[2] Osar morir da la vida | Sociedad | EL PAÍS (elpais.com): https://el país.com/diario/1984/30/sociedad/465343202_850215.html.

[3] Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. XII Legislatura, núm. 66-1, de 16 de diciembre de 2016.

[4] Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. XII Legislatura, núm. 77-1, de 30 de enero de 2017.

[5] Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, XII Legislatura, núm. 270-1, de 21 de mayo de 2018.

[6] Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. XII Legislatura, núm. 519, de 27 de marzo de 2019.

A lo largo de la XIII Legislatura insistía de nuevo el Grupo Parlamentario Confederal de Unidas Podemos-En Común Podem-Galicia en Común con la presentación el 22 de julio de 2019 de la Proposición de Ley Orgánica sobre la eutanasia[7]. Iniciativa que, finalmente, caducó como consecuencia de la disolución del Parlamento[8].

También lo intentó de nuevo el Grupo Parlamentario Socialista que presentaba el 19 de julio de 2019 la Proposición de Ley Orgánica de la regulación de la eutanasia.

En la XIV Legislatura, el 10 de febrero de 2020, se presentaba la Proposición de Ley de derechos y garantías de la dignidad de la persona ante el proceso final de su vida por el Grupo Parlamentario de Ciudadanos[9]. Ese mismo día, se presentaba la Proposición de Ley relativa a los derechos y garantías de la dignidad de la persona ante el proceso final de su vida por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso[10], con un contenido prácticamente idéntico a la Proposición presentada por Ciudadanos.

Unos días después, el 21 de febrero de 2020 era el turno, una vez más, del Grupo Parlamentario Socialista quien presentaba la Proposición de Ley de derechos y garantía de la dignidad de la persona ante el proceso final de su vida[11], para retirarla posteriormente[12].

Finalmente, el 24 de enero de 2020 el Grupo Parlamentario Socialista se dirigía a la Mesa del Congreso de los Diputados y presentaba una nueva Proposición de Ley Orgánica de regulación de la eutanasia[13]. Ley que, según reza la Exposición de Motivos, «introduce en nuestro ordenamiento jurídico un nuevo derecho individual como es la eutanasia».

En diciembre de 2020 el Congreso de los Diputados aprobaba por amplia mayoría absoluta la Proposición de Ley Orgánica de regulación de la eutanasia, un texto que ya contaba con el aval de casi todos los grupos de la Cámara Baja tras su aprobación en la Comisión de Justicia: Sí: 198 No: 138 Abstenciones: 2, más allá de la mayoría que

[7] Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. XIII Legislatura, núm. 62-1, de 22 de julio de 2019.

[8] Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. XIII Legislatura, núm. 70, de 23 de octubre de 2019.

[9] Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. XIV Legislatura, núm. 54-1, de 21 de febrero de 2020.

[10] Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. XIV Legislatura, núm. 55-1, de 21 de febrero de 2020.

[11] Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. XIV Legislatura, núm. 63-1, de 28 de febrero de 2020.

[12] Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. XIV Legislatura, núm. 63-2, de 7 de septiembre de 2020.

[13] Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. XIV Legislatura, núm. 46-1, de 31 de enero de 2020.

normalmente apoyaba al Gobierno, a la que se sumaron Ciudadanos, Junts per Catalunya y la CUP. Solo la derecha —PP, Vox y Unión del Pueblo Navarro— se opuso a la Ley.

Tras el informe de la Ponencia[14] y el Dictamen de la Comisión[15], en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 18 de marzo de 2021 se publicaba el texto de la Proposición de Ley Orgánica de regulación de la eutanasia con las enmiendas del Senado mediante mensaje motivado, y se aprobaba —con 202 votos a favor, 141 en contra y 2 abstenciones—, la esperada Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia que entraría en vigor a los tres meses siguientes a su publicación en el Boletín Oficial del Estado, salvo el artículo 17[16] que entraría en vigor al día siguiente de la publicación de la Ley en el Boletín Oficial del Estado.

España se situaba así entre los primeros países del mundo[17], en reconocer un nuevo derecho social y lo hacía con un amplio acuerdo político. No obstante, tanto el Grupo Parlamentario Popular como el Grupo Parlamentario VOX presentaron sendos recursos de inconstitucionalidad. Ambos recursos fueron desestimados por el Tribunal Constitucional quien proclamó la plena constitucional de la Ley Orgánica de regulación de la eutanasia, proclamó un derecho fundamental a la ayuda a morir y abrió un posible camino hacia el reconocimiento del derecho a la autodeterminación más allá del contexto eutanásico. Por un lado, en la sentencia del Pleno 19/2023, de 22 de marzo, el Tribunal Constitucional desestimaba el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por 50 diputados del Grupo Parlamentario VOX en el Congreso de los Diputados en relación con la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia. La sentencia cuenta con un voto particular concurrente de la magistrada María Luisa Balaguer Callejón, un voto particular del magistrado Enrique Arnaldo Alcubilla y un voto particular de la magistrada Concepción Espejel Jorquera. Por otro, la sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 94/2023, de 12 de septiembre, desestimaba el recurso interpuesto por más de 50 diputados del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso. La sentencia cuenta asimismo con voto particular concurrente de la magistrada María Luisa Balaguer Callejón, un voto particular del magistrado Enrique Arnaldo Alcubilla y un voto particular de la magistrada Concepción Espejel Jorquera[18].

[14] Boletín Oficial de las Cortes Generales. Senado. XIV Legislatura, núm. 150, de 4 de marzo de 2021.

[15] Boletín Oficial de las Cortes Generales. Senado. XIV Legislatura, núm. 150, de 4 de marzo de 2021.

[16] En el artículo 17 de la Ley Orgánica se regula la creación y composición de las Comisiones de Garantía y Evaluación.

[17] Tras Países Bajos (2002), Bélgica (2002), Luxemburgo (2006), Colombia (2014), Canadá (2016) y Nueza Zelanda (2020).

[18] Un análisis de ambas sentencias del Tribunal Constitucional puede verse en CARBONELL MATEU, Joan Carles, «El constitucional proclama el derecho a morir con ayuda», *Derecho a morir dignamente* (DMD), Núm. 90, 2023, pp. 10 y ss.; CHUECA RODRÍGUEZ, Ricardo, «Dos sentencias

II. La ley orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia y las comisiones de control y evaluación

La Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia (LORE) en su Exposición de Motivos define la eutanasia «como el acto deliberado de dar fin a la vida de una persona, producido por voluntad expresa de la propia persona y con el objeto de evitar un sufrimiento», y añade «en nuestras doctrinas bioética y penalista existe un amplio acuerdo en limitar el empleo del término "eutanasia" a aquella que se produce de manera activa y directa, de manera que las actuaciones por omisión que se designaban como eutanasia pasiva (no adopción de tratamientos tendentes a prolongar la vida y la interrupción de los ya instaurados conforme a la *lex artis*), o las que pudieran considerarse como eutanasia activa indirecta (utilización de fármacos o medios terapéuticos que alivian el sufrimiento físico o psíquico aunque aceleren la muerte del paciente —cuidados paliativos—) se han excluido del concepto bioético y jurídico-penal de eutanasia».

A pesar de no ser pacífico el concepto de eutanasia, se puede definir, siguiendo al homenajeado, de acuerdo con su acepción más corriente, más allá de su origen etimológico (eu-thanatos, buena muerte), como la privación de la vida de otra persona realizada por razones humanitarias, a requerimiento del interesado, que sufre una enfermedad terminal incurable o una situación de discapacidad irreversible según el estado actual de la ciencia médica acompañadas de graves dolores y sufrimientos, y desea poner fin a éstos[19].

La Ley Orgánica 3/2021 precisa que la asistencia para adelantar la muerte queda limitada a los supuestos en que concurra el «contexto eutanásico» identificado como aquella «situación de padecimiento grave, crónico e imposibilitante o de enfermedad grave e incurable, padeciendo un sufrimiento insoportable que no puede ser aliviado en condiciones que considere aceptables».

Este concepto ha sido interpretado por la sentencia del Tribunal Constitucional 19/2023, de 22 de marzo, respondiendo así a las críticas de su indeterminación y argumenta: «Carecen de fundamento las prevenciones de la demanda ante la expresión misma de «padecimiento», noción legal que en contra de lo que se aduce ni es, atendido el contexto, distinta en cualidad a la de «enfermedad» [art. 3 c) LORE] ni incluye dolencias o trastornos de orden psíquico, por más que pudiera ser de esa naturaleza, como el precepto ha previsto, el sufrimiento «constante e intolerable» que ha de ir necesariamente asociado al padecimiento; rasgos estos del sufrimiento —es de puntualizar— que no

---

sobre la Ley Orgánica de regulación de la eutanasia (SSTC 19/2023, de 22 de marzo y 94/2023, de 12 de septiembre)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, Núm. 130, 2024, pp. 251 y ss.

[19] Romeo Casabona, Carlos María, «La Ley Orgánica reguladora de la eutanasia y la adaptación del Código Penal», *Revista Penal*, Núm. 49, 2022, p. 162.

dejarían de ser identificables o reconocibles clínicamente como tales síntomas, pese a las reticencias de los recurrentes.

«Enfermedad» y «padecimiento» son vocablos sinónimos según el Diccionario de términos médicos de la Real Academia Nacional de Medicina. El primero de ellos se empleó indistintamente por la proposición de ley que estuvo en el origen de la LORE para referirse a los supuestos contemplados en los apartados b) y c) del art. 3, sin que de la enmienda en este extremo del primero de dichos apartados, que dio lugar a la sustitución de una palabra por otra, quepa derivar conclusión distinta (enmienda núm. 170 en el Congreso de los Diputados, afectante a varias de las previsiones del artículo 3 y cuya justificación fue la de obtener en general, según sus autores, una «mayor precisión del texto»: «Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados», núm. 46-4, de 4 de noviembre de 2020, p. 111). Ello sin perjuicio de las diferencias que median entre los supuestos previstos en un apartado y otro, en particular, la exigencia en el apartado 3 c) de un «pronóstico de vida limitado».

El «padecimiento» definido en el artículo 3 b) ha de presentarse siempre como una dolencia o enfermedad somática en su origen, aunque los sufrimientos constantes e intolerables que la Ley Orgánica en este punto requiere puedan ser de orden psíquico. En este extremo es concluyente su preámbulo que, al referirse al «contexto eutanásico», comienza por aclarar que «debe delimitarse con arreglo a determinadas condiciones que afectan a la situación física de la persona con el consiguiente sufrimiento físico o mental». Esta distinción entre la patología o dolencia física [«sin posibilidad de curación o mejoría apreciable» o «incurable», apartados b) y c), respectivamente, del art. 3], de un lado, y los sufrimientos físicos o psíquicos asociados a ella, del otro, excluye de raíz que la LORE, frente a lo que los recurrentes dicen, pretenda o permita incluir entre tales «padecimientos» la «enfermedad psicológica» o, incluso, la «depresión»».

La norma, altamente garantista, establece los requisitos para que las personas puedan solicitar la prestación de ayuda para morir[20] y las condiciones de su ejercicio,

[20] Conforme dispone el artículo 5 de la LORE, para poder recibir la prestación de ayuda para morir será necesario que la persona cumpla todos los siguientes requisitos: a) tener la nacionalidad española o residencia legal en España o certificado de empadronamiento que acredite un tiempo de permanencia en territorio español superior a doce meses, tener mayoría de edad y ser capaz y consciente en el momento de la solicitud; b) disponer por escrito de la información que exista sobre su proceso médico, las diferentes alternativas y posibilidades de actuación, incluida la de acceder a cuidados paliativos integrales comprendidos en la cartera común de servicios y a las prestaciones que tuviera derecho de conformidad a la normativa de atención a la dependencia; c) haber formulado dos solicitudes de manera voluntaria y por escrito, o por otro medio que permita dejar constancia, y que no sea el resultado de ninguna presión externa, dejando una separación de al menos quince días naturales entre ambas; d) sufrir una enfermedad grave e incurable o un padecimiento grave, crónico e imposibilitante en los términos establecidos en esta Ley, certificada por el médico responsable y e) prestar consentimiento informado previamente a recibir la prestación de ayuda para morir.

regula el procedimiento que se debe seguir hasta con cuatro filtros previos, establece los elementos que garantizan el acceso en condiciones de igualdad a la prestación, incluyéndola en la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud, garantiza la seguridad jurídica y el respeto a la libertad de conciencia del personal sanitario y regula las Comisiones de Garantía y Evaluación que deberán de crearse en todas las Comunidades Autónomas y en las Ciudades de Ceuta y Melilla. Como señala el propio Preámbulo de la Ley: «cabe destacar la creación de Comisiones de Garantía y Evaluación que han de verificar de forma previa y controlar a posteriori el respeto a la Ley y los procedimientos que establece».

A lo largo del procedimiento interviene en primer lugar, un médico responsable que es definido en el artículo 3 d) de la LORE como el «facultativo que tiene a su cargo coordinar toda la información y la asistencia sanitaria del paciente, con el carácter de interlocutor principal del mismo en todo lo referente a su atención e información durante el proceso asistencial, y sin perjuicio de las obligaciones de otros profesionales que participan en las actuaciones asistenciales»[21].

En segundo lugar, un médico consultor, cuya definición se encuentra en la letra e) del artículo 3: «facultativo con formación en el ámbito de las patologías que padece el paciente y que no pertenece al mismo equipo del médico responsable»[22].

En tercer lugar, el equipo asistencial. La LORE omite toda definición o concepto de este órgano, sin embargo, esta carencia la suple el Manual de Buenas Prácticas en Eutanasia en los siguientes términos: «El "equipo asistencial" es el equipo de profesionales que garantiza la continuidad asistencial en el proceso de solicitud y realización de la prestación de ayuda para morir. Se entiende incluidos los profesionales de enfermería encargados del cuidado del paciente».

Finalmente, cierra el procedimiento la Comisión de Garantía y Evaluación (CyGE) de cada Comunidad Autónoma y ciudad autónoma que es el órgano administrativo colegiado encargado de verificar el cumplimiento de lo dispuesto en la LORE en su ámbito

[21] El Manual de Buenas Prácticas en Eutanasia elaborado por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud ofrece una definición semejante, como no podía ser de otra manera: «El "médico/a responsable" es el facultativo que tiene a su cargo la coordinación de toda la información, del proceso deliberativo y de la asistencia sanitaria del paciente desde el inicio hasta el final de la prestación de ayuda para morir. El médico/a responsable será el interlocutor principal del paciente en todo lo referente a su atención e información durante el proceso asistencial, sin perjuicio de las obligaciones de otros profesionales que participan en las actuaciones asistenciales».

[22] El Manual de Buenas Prácticas en Eutanasia elaborado por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud define al médico consultor en estos términos: «El "médico/a consultor/a" es el facultativo con formación en el ámbito de las patologías que padece el paciente y que no pertenece al mismo equipo asistencial del médico/a responsable. Es decir, el médico/a consultor/a no podrá formar parte del mismo equipo asistencial al que pertenezca el médico/a responsable, a fin de garantizar una valoración cualificada y externa a las personas solicitante y ejecutora previa al acto eutanásico».

territorial. Conforme se dispone en la LORE y en el Manual de Buenas Prácticas, la composición de cada una de ellas tendrá carácter multidisciplinar y deberá contar con un número mínimo de siete miembros entre los que se incluirán personal de medicina, de enfermería y juristas, pudiendo incluirse en la misma otros profesionales.

Una de las novedades de la Ley Orgánica de Regulación de la Eutanasia, al menos respecto a otras normas europeas similares, es que añade un paso adicional al proceso. Además del beneplácito de dos médicos, la prestación de ayuda a morir necesita el aval de la Comisión de Garantía y Evaluación. Es la propia Ley Orgánica de Regulación de la Eutanasia la que prevé la constitución obligatoria de una Comisión de Garantía y Evaluación en cada una de las Comunidades Autónomas, cuyo régimen jurídico será fijado por el Gobierno de cada Comunidad Autónoma, por lo que su organización interna podrá ser distinta para cada Comisión, dejando abierta la posibilidad, como advierte Romeo Casabona, de que se establezcan criterios dispares en el ámbito de sus respectivas competencias[23], al dejar la Ley libertad a cada autonomía para formarla y regular su funcionamiento. Solo es obligatorio que tengan un número mínimo de siete miembros entre los que se incluirán personal médico, de enfermería y juristas[24].

[23] Romeo Casabona, Carlos María, «La Ley Orgánica reguladora de la eutanasia y la adaptación del Código Penal», ob. cit., p. 175.

[24] Por ejemplo, en Euskadi, la Orden de 26 de julio de 2021, de la Consejera de Salud, por la que se aprueba el reglamento de orden interno de la Comisión de Garantía y Evaluación en materia de eutanasia en Euskadi (BOVP de 24 de diciembre de 2021) en su artículo 3 destinado a la composición de dicha Comisión dispone: «La composición inicial de la CGyEE, tal como viene recogido en la Orden de 8 de junio de 2021 de la Consejera de salud, consta de 25 personas, de las cuales 9 son profesionales del ámbito de la Medicina, 7 del ámbito de la Enfermería, 3 del ámbito de la Psicología, 1 del Trabajo Social y 5 del ámbito del Derecho». Por el contrario, según del Decreto 75/2021, de 22 de junio, por el que se crea y regula la Comisión de Garantía y Evaluación de Castilla-La Mancha prevista en el artículo 17 de la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo de Regulación de la Eutanasia (DOCM 118, de 23 de junio de 2021) en su artículo 3 dispone: «Composición. 1. La Comisión estará constituida por un mínimo de 7 y un máximo de 10 personas (…) 4. Las personas integrantes de la Comisión, así como sus suplentes, se designarán cada 4 años por la persona titular de la Consejería con competencias en materia de sanidad, entre aquellas con acreditada trayectoria profesional, atendiendo a criterios de paridad de género, cumpliendo los siguientes criterios: a) una o dos personas que posean la licenciatura o el grado en medicina o en medicina y cirugía. De ellas al menos una con formación en bioética y al menos una especialista en psiquiatría; b) una o dos personas licenciadas en derecho, especializadas en derecho sanitario y con formación en bioética; c) una persona especializada en psicología clínica, que desarrolle su trabajo en el ámbito de las personas con enfermedades o padecimientos incurables; d) una persona licenciada o graduada en medicina que desarrolle su trabajo en el ámbito de las personas con enfermedades o padecimientos incurables; e) una o dos personas graduadas en enfermería. De ellas, al menos una que desarrolle su trabajo en el ámbito de las personas con enfermedades o padecimientos incurables y al menos una con formación en bioética; f) una personas licenciada o graduada en filosofía, con experiencia docente; g) una persona procedente de organizaciones de la sociedad civil implicada en la atención de personas con enfermedades o padecimientos incurables».

La Comisión de Garantía y Evaluación de eutanasia de cada Comunidad y ciudad autónoma es el órgano administrativo encargado de verificar el cumplimiento de lo dispuesto en la LORE en su ámbito territorial, así como de autorizar o rechazar la aplicación de la prestación de ayuda a morir.

El artículo 18 de la Ley enuncia sus funciones:

a) resolver en el plazo máximo de veinte días naturales las reclamaciones que formulen las personas a las que el médico responsable haya denegado su solicitud de prestación de ayuda para morir, así como dirimir los conflictos de intereses que puedan suscitarse según lo previsto en el artículo 14. También resolverá en el mismo plazo, veinte días naturales, las reclamaciones a las que se refiere el apartado 3 del artículo 10, sin que puedan participar en la resolución de las mismas los dos miembros designados inicialmente para verificar el cumplimiento de los requisitos de la solicitud. Asimismo resolverá en igual plazo sobre las solicitudes pendientes de verificación y elevadas al pleno por existir disparidad de criterios entre los miembros designados que impida la formulación de un informe favorable o desfavorable. En el caso de que la resolución sea favorable a la solicitud de prestación de ayuda para morir, la Comisión de Garantía de Evaluación competente requerirá a la dirección del centro para que en el plazo máximo de siete días naturales facilite la prestación solicitada a través de otro médico del centro o de un equipo externo de profesionales sanitarios. El transcurso del plazo de veinte días naturales sin haberse dictado resolución dará derecho a los solicitantes a entender denegada su solicitud de prestación de ayuda para morir, quedando abierta la posibilidad de recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa;

b) verificar en el plazo máximo de dos meses si la prestación de ayuda para morir se ha realizado de acuerdo con los procedimientos previstos en la Ley;

c) detectar posibles problemas en el cumplimiento de las obligaciones previstas en la Ley, proponiendo, en su caso, mejoras concretas para su incorporación a los manuales de buenas prácticas y protocolos;

d) resolver dudas o cuestiones que puedan surgir durante la aplicación de la Ley, sirviendo de órgano consultivo en su ámbito territorial concreto;

e) elaborar y hacer público un informe anual de evaluación acerca de la aplicación de la Ley en su ámbito territorial concreto, informe que debe remitirse al órgano competente en materia de salud y

f) aquellas otras que puedan atribuirles los gobiernos autonómicos, así como, en el caso de las ciudades de Ceuta y Melilla, el Ministerio de Sanidad.

Sin embargo, al reservar la Ley a las Comisiones de Garantía y Evaluación la aprobación de sus reglamentos internos existe el temor, fundado, a que las mismas tengan sesgos que haga que en unos lugares sea más fácil recibir la ayuda solicitada que en otros.

Como también observa Payán Ellacuria la convivencia de la Ley Orgánica con las diversas leyes autonómicas sobre la materia puede resultar dificultosa si no se repara debidamente en el marco competencial delimitado en el artículo 149.1.16.ª de la Constitución española, cuyas bases y coordinación general fija el Estado, correspondiendo

su desarrollo a las Comunidades Autónomas. Esta tarea debe realizarse en condiciones de equidad; sin ir más lejos, en cuanto al funcionamiento de las Comisiones de Control y Evaluación. Lo contrario podría llevar a una vulneración del artículo 14 de la Constitución, en relación con el principio de igualdad, y a un «turismo interior sanitario»[25].

Por otro lado, el apartado 5 del artículo 10 de la LORE dispone que: «Las resoluciones de la Comisión que informen desfavorablemente la solicitud de la prestación de ayuda para morir podrán ser recurridas ante la jurisdicción contencioso-administrativa».

La Ley Orgánica 3/2021 solo recoge una intervención y es la del Juzgado de lo Contencioso-administrativo, para el caso de que la Comisión de Garantía y Evaluación informe desfavorablemente sobre la solicitud de la prestación de ayuda para morir. Así lo recuerda el Auto de la Audiencia Provincial de Tarragona 641/2022, de 4 de agosto, al afirmar que un Juzgado de Instrucción carece de competencia para ordenar el cese o la interrupción del proceso de eutanasia iniciado por el investigado y preso preventivo en la causa: «la única intervención judicial que prevé el legislador es en el supuesto de que la resolución de la Comisión informe desfavorablemente la solicitud de la prestación de ayuda para morir, estableciendo que la misma podrá ser recurrida ante la jurisdicción contencioso-administrativa. El legislador, de igual forma que en el resto de legislación de países europeos, tales como Holanda, primer país que estableció un modelo que regulaba la eutanasia pasiva y activa, igual que sucede en España, Portugal o Luxemburgo, configura el proceso, hasta el alcance de la decisión, como un acto de naturaleza sanitaria administrativa, por ello reconoce la vía contenciosa administrativa como la vía para recurrir un informe desfavorable de la Comisión».

Sin embargo, algunas sentencias han suscitado dudas sobre la oportunidad de esta vía. Así, por ejemplo, en los primeros siete meses de 2023, tres sentencias del orden contencioso-administrativo denegaban peticiones de ayuda para morir[26].

La primera de ellas, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia 146/2023, de 25 de abril que desestima la petición de una paciente con Alzheimer que había solicitado la petición de ayuda para morir en su documento de voluntades anticipadas. Para el Tribunal la solicitante sufre una enfermedad neurodegenerativa grave e irreversible como es el Alzheimer en estado avanzado, pero entiende que no cumple el apartado c) del artículo 3 de la LORE al faltar signos evidentes para deducir que la enfermedad le ocasiona un sufrimiento físico o psíquico insoportable, olvidando que esos sufrimientos los valora la propia persona conforme al apartado c) del artículo 3 de la LORE.

[25] Payán Ellacuria, Ekain, «Análisis jurídico-penal de la Ley Orgánica de regulación de la eutanasia: una propuesta de *lege ferenda*», *Revista Electrónica de Ciencias Criminológicas*, Núm. 5, 2020, p. 31.

[26] Sobre estas tres sentencias, puede verse Casas, Elisa / Riu, Ramón, «Comentario crítico a tres sentencias que han denegado solicitudes de eutanasia», *Derecho a morir dignamente* (DMD), Núm. 90, 2023, pp. 6 y ss.

La segunda de las sentencias es la del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria 217/2023, de 12 de junio que desestima el recurso de una demandante de eutanasia que sufre una depresión grave por falta de los requisitos médico-legales previstos en la Ley. Según entiende la Sala, para estar ante una enfermedad grave es necesario un sufrimiento físico o psíquico constante e insoportable, sin posibilidad de alivio que la persona considere tolerable, con un pronóstico de vida limitado, y en un contexto de fragilidad progresiva. Entiende el Tribunal que la recurrente es una paciente autónoma, con pronóstico de vida no limitado, y su enfermedad, una depresión grave, tiene posibilidades terapéuticas para mejorar.

La tercera de las sentencias corresponde al Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 8 de Sevilla, sentencia 117/2023, de 10 de julio. En este caso se trata de un solicitante que sufre una esclerosis múltiple, estando paralizado de piernas, con pérdida en parte de la funcionalidad de los brazos y que lleva permanentemente sonda urinaria y durante los últimos años se ha negado a seguir los tratamientos. El médico responsable emitió informe favorable pero la médica consultora informó negativamente al considerar que se podrían aplicar tratamientos personalizados que mejorarían su situación y que al haberlos rechazado, su consentimiento para recibir la eutanasia está viciado por falta de información. La Comisión de Garantía y Evaluación rechaza finalmente la solicitud y el Juzgado de lo Contencioso-administrativo de Sevilla confirma esa resolución y desestima el recurso presentado. Que el paciente rechace tratamientos no impide su derecho a solicitar la eutanasia, ni devalúa la consistencia y validez del consentimiento otorgado. En definitiva, se ha penalizado el derecho a rechazar el tratamiento.

En la misma línea que las anteriores sentencias, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra 353/2022, de 16 de diciembre, desestima el recurso presentado. La médica responsable había informado de modo desfavorable para la prestación de ayuda para morir con fecha 23 de mayo de 2022, y en el apartado «Motivo de la denegación» hace constar: «No tiene pronóstico de vida limitado. Incapacitación legal desde 30-11-2016: tutela para el gobierno de su salud. Tutora su madre». En el apartado diagnóstico alude a anorexia nerviosa desde 2008. Paraparesia por sección medular incompleto D8-L2 de etiología traumática. Disfunción neurovegetativa por sección incompleta D8-L2. Trastorno mental por trastorno límite de personalidad. Trastorno disociativo. Varios intentos autolíticos (precipitación, intoxicación medicamentosa, cortes). Dependencia moderada. Discapacidad del 80 % física y psíquica en 2016. En el apartado naturaleza del sufrimiento dice: trastorno crónico en tratamiento activo por Salud mental sin mejora en los últimos años. La Comisión de Garantía y Evaluación para la Prestación de la ayuda para morir, tras analizar el caso y la documentación recibida y tras consultar la historia clínica de la solicitante, así como su propia declaración y contrastar los informes médicos obrantes y tras seguir el procedimiento establecido en la ley entiende que, a pesar de su complejidad y dureza, la situación de la reclamante no parece responder plenamente, al menos por el momento, a los supuestos establecidos en la norma. Y aunque no duda en que solicitante padece sufrimiento psíquico, incluso

«intolerable», tal como la propia norma menciona, este no es debido a una «imposibilidad de valerse por si misma» o de expresarse y relacionarse para sus limitaciones, tampoco se entiende afectada su capacidad de expresión y relación, y tal sufrimiento psíquico es efecto directo o síntoma de su trastorno de inestabilidad emocional de la personalidad.

Para el Tribunal Superior de Justicia de Navarra «Lo primero que hay que decir es que la cuestión no es baladí y que somos conscientes de la complejidad del asunto y del debate que se puede generar y se genera, en realidad, entre los especialistas en la materia (hay quien afirma que una enfermedad mental puede causar tanto sufrimiento e incapacidad como una enfermedad física, y quienes apuntan que hay tratamientos para curar estos trastornos y no se debe ayudad a morir a estas personas) y, esta Sala es igualmente sabedora de los enormes desafíos a los que han de enfrentarse los médicos a los que la ley otorga responsabilidad en este ámbito». Para finalmente llegar a la conclusión de que un debate en el que confluyen diferentes causas, como la creciente prolongación de la esperanza de vida, con el consiguiente retraso en la edad de morir, en condiciones no pocas veces de importante deterioro físico y psíquico, lleva a la Sala a posicionarse a favor de no restringir el concepto de padecimiento e incluir además del dolor físico el dolor psíquico siempre que el caso este sometido a escrutinio profesional y se extremen el cuidado en la valoración y ponderación de las garantías tratamientos dependencia, etc.

Más recientemente, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Islas Baleares, Sala de lo Contencioso-administrativo, 36/2024, de 12 de enero, deniega la ayuda para morir al entender que en la prestación contemplada en la LORE no entran los supuestos de intenciones de suicidio basadas en personas que sin estar gravemente enfermas ni padecer un gran sufrimiento objetivable, sin embargo, entienden que no tienen la vida que les gustaría, y que ha llegado el momento de poner punto final. En este caso, para la Sala, el deseo de la recurrente viene condicionado por circunstancias ajenas al «padecimiento grave, crónico e imposibilitante» vinculado a una enfermedad somática o la «enfermedad grave e incurable» condicionantes que quedan relativizados ante un deseo de avanzar la muerte por la falta de ayudas o apoyos sociales y familiares.

Para la Sala la determinación de si la solicitante de la prestación se encuentra o no en el «contexto eutanásico» constituye el núcleo de la cuestión litigiosa.

En este caso, tanto el médico responsable —facultativo que tiene a su cargo coordinar toda la información y la asistencia sanitaria del paciente, con el carácter de interlocutor principal del mismo en todo lo referente a su atención e información durante el proceso asistencial— como el médico consultor —facultativo con formación en el ámbito de las patologías que padece el paciente y que no pertenece al mismo equipo del médico responsable— informaron favorablemente a la prestación solicitada.

Una vez recibida la comunicación médica el presidente de la Comisión de Garantía y Evaluación designó a dos miembros de la misma, un profesional médico y un jurista, para que verificasen si, a su juicio, concurrían los requisitos y condiciones establecidos para el correcto ejercicio del derecho a solicitar y recibir la prestación de ayuda para morir.

El informe de la Comisión fue desfavorable al considerar que, a pesar de la mala situación de salud, i) la paciente no estaba impedida para valerse por sí misma, ii) no cumplía con las recomendaciones, iii) la MPCO estaba clasificada como moderada, y iv) existen posibilidades de mejora apreciable si se cumpliesen las recomendaciones y tratamientos y se llevasen a término actuaciones asistenciales sanitarias y sociales no exploradas todavía.

La Sala considera que «La persona es libre de decidir cuándo quiere acabar con su vida, pero la Ley cuya aplicación aquí se pretende no contempla facilitar esta decisión en todo caso, sino que regula en qué condiciones merece ser atendida por la sanidad pública. Y entre éstas no cabe incluir aquellos supuestos de lo que se ha denominado "cansancio vital" muchas veces provocado, como en el caso que nos ocupa, por la escasa calidad de vida provocada por la soledad y la falta de apoyo del entorno familiar». Por tanto, confirma la resolución de la Comisión por las siguientes razones:

«1.ª) El padecimiento grave, crónico e imposibilitante que incide directamente sobre la autonomía física de la persona ha de impedirle "valerse por sí misma" (art. 3.b LORE). Y en el caso de la demandante consta que vive sola en su casa y sus limitaciones ambulatorias no le impiden desplazarse a las consultas médicas. En valoración de enfermería se hace constar que, aunque tiene dificultades para sus actividades básicas (no se puede agachar para cortar las uñas) no puede equipararse "dificultad" para valerse por sí misma con "imposibilidad" para valerse por sí misma. Nos remitimos en este punto a la primera de las premisas antes enunciadas con respecto a la interpretación restrictiva de los requisitos legales.

2.ª) La enfermedad ha de ser grave e incurable y la Comisión valora que la MPOC que padece está clasificada como moderada y que los servicios de neurocirugía proponen tratamiento para mejorar su situación clínica con respecto a los episodios de cefalea que soporta.

3.ª) La Ley exige que la enfermedad cause sufrimientos insoportables sin posibilidad de alivio que la persona considere tolerable y, en el caso, los servicios de atención domiciliaria del servicio de salud indican que pueden prestar atención domiciliaria y facilitar tratamiento analgésico poco agresivo. Y se informa que es la actitud de la paciente no atendiendo a las recomendaciones (no toma medicación analgésica y no usa de forma habitual inhaladores) lo que genera tales padecimientos. En definitiva, éstos no derivan tanto de que la enfermedad sea grave e incurable —que no lo es— sino de la desfavorable respuesta de la paciente a los tratamientos que se le ofrecen.

4.ª) La enfermedad ha de originar sufrimientos físicos o psíquicos constantes e insoportables "*sin posibilidad de alivio que la persona considere tolerable*". Y aunque esta expresión sugiere que es el propio paciente el que puede decidir lo que para él es o no tolerable —o decidir hacer o no uso de elementos de alivio como los analgésicos, de modo que la decisión de no hacer uso de los mismos habilita para la concurrencia del supuesto legal— no parece que sea ésta la intención del legislador pues exige una valoración externa de si la enfermedad lo es de las que no permiten alivio tolerable.

Esto es, si como ocurre en nuestro caso, es la propia paciente la que no admite los tratamientos no invasivos que le posibilitarían alivio a sus dolencias mediante simples analgésicos, no se entra en el supuesto legal.

5.ª) La norma exige que la enfermedad conlleve un pronóstico de vida limitado, en un contexto de fragilidad progresiva. Y ninguno de los informes del médico responsable y médico consultor fijan un pronóstico temporal. Como se indica en los informes de la Comisión, algunas de las patologías están estabilizadas desde hace tiempo y no hay otra progresión desfavorable que la inherente al avance de la edad unido al rechazo a las alternativas terapéuticas ofrecidas.

6.ª) Los distintos informes que reflejan aquello que expresa la paciente, denotan que los padecimientos físicos y psíquicos vienen desde luego motivados por las enfermedades que aqueja, pero también por la falta de atención social y familiar que le sirviese de apoyo.

La distocia social puede facilitar la decisión de la persona de adelantar la muerte, pero ni es enfermedad grave e incurable ni tiene carácter imposibilitante sobre la autonomía física que le impida valerse por sí misma.

7.ª) Los distintos informes reflejan variables estados de ánimo de la paciente.

Esto es, si la paciente, con las mismas patologías, contase con un apoyo sociosanitario adecuado, los sufrimientos que aqueja muy probablemente serían distintos y con ello podría ser distinto su deseo de avanzar la muerte. Con ello se quiere indicar que el deseo de la demandante viene condicionado por circunstancias ajenas al "padecimiento grave, crónico e imposibilitante" vinculado a una enfermedad somática o la "enfermedad grave e incurable" condicionantes que quedan relativizados ante un deseo de avanzar la muerte por la falta de ayudas o apoyos sociales y familiares.

En definitiva, debemos ratificar la resolución recurrida pues en la prestación contemplada en la LORE no entran los supuestos de intenciones de suicidio basadas en personas que sin estar gravemente enfermas ni padecer un gran sufrimiento objetivable, sin embargo, entienden que no tienen la vida que les gustaría, y que ha llegado el momento de poner punto final».

III. El amargo cumpleaños de la ley

El 25 de junio de 2025 se cumplían cuatro años de la entrada en vigor de la Ley Orgánica de Regulación de la Eutanasia, pero algunas administraciones u objetores se empeñan en bloquear su aplicación. Hecho que ya advertí en un trabajo anterior[27]. Los datos confirman mi pesimismo.

[27] De Vicente Martínez, Rosario, «El nacimiento de un nuevo derecho individual: el derecho a poder solicitar ayuda para morir dignamente», en Ana I. Pérez Machio / Jose Luis De La Cuesta (Dirs), *Contra La Política Criminal De La Tolerancia Cero. Libro-Homenaje Al Profesor Dr. Ignacio Muñagorri Laguía*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021, p. 560.

A nivel nacional, en 2021, primer año de aplicación de la Ley Orgánica de Regulación de la Eutanasia y según consta en el Informe de Evaluación anual 2021 sobre la prestación de ayuda para morir realizado por el Ministerio de Sanidad, entre otros datos, destacan: se declararon 173 solicitudes de eutanasia en todo el territorio nacional, correspondiendo a las siguientes Comunidades Autónomas: Cataluña 65, País Vasco 34, Madrid 12, Comunidad Valenciana 10, Islas Baleares 9, Canarias 8, Galicia 6, Aragón 4, Asturias 4, Castilla y León 4, Navarra 4, Andalucía 3, Murcia 3, Cantabria 2, La Rioja 2, Castilla-La Mancha 1, Extremadura 1, Melilla 1, Ceuta 0

De estas solicitudes, las prestaciones realizadas fueron 75, distribuidas por orden descendente: Cataluña 29, País Vasco 15, Islas Baleares 6, Madrid 6, Comunidad Valenciana 5, Canarias 3, Galicia 2, Navarra 2, Murcia 2 y con 1 prestación Asturias, Aragón, Cantabria, Castilla y León y La Rioja.

Del resto de solicitudes, en 32 casos se produjo el fallecimiento antes de terminar el procedimiento (18,49 %), 28 no llegaron al Comité de Garantía y Evaluación (16,18 %), se denegaron 25 (14,45 %), hubo 7 revocaciones (4,04 %) y 6 aplazamientos (3,46 %).

En relación con la patología que ha dado lugar a esta prestación hay que destacar que 40 (53,33 %) han sido enfermedades neurológicas, seguidas de 22 (29,33 %) enfermedades oncológicas y otras 4 (5,33 %) por pluripatológia orgánica severa, con 3 (4 %) enfermedades respiratorias, no constando en otras tres la causa.

Respecto al sexo de los pacientes ha sido similar ya que 38 eran hombres y 37 mujeres.

La edad de los pacientes ha variado entre los 29 y 97 años siendo la media de edad de 66,37 años para las mujeres y 67,32 años para los hombres con una mediana de 65 años para las mujeres y 66 años para los hombres.

En cuanto al número de reclamaciones presentadas a la Comisión de Garantías y Evaluación fueron 15 en total, y se resolvieron favorablemente solamente tres.

En el Informe de Evaluación anual 2022 sobre la prestación de ayuda para morir realizado por el Ministerio de Sanidad, entre otros datos, destacan: se declararon 576 solicitudes de eutanasia registradas en todo el territorio nacional, que se distribuyeron del siguiente modo: Cataluña 175, País Vasco 40, Madrid 62, Comunidad Valenciana 46, Islas Baleares 22, Canarias 21, Galicia 17, Aragón 26, Asturias 19, Castilla y León 25, Navarra 19, Andalucía 46, Murcia 5, Cantabria 17, La Rioja 5, Castilla-La Mancha 20, Extremadura 11, Melilla 0 y Ceuta 0.

Las prestaciones realizadas fueron 288, distribuidas por orden descendente: Cataluña 91, Madrid 38, Andalucía 27, Comunidad Valenciana 24, País Vasco 24, Navarra 13, Canarias 10, Castilla y León 10, Aragón 8, Asturias 8, Galicia 7, Castilla-La Mancha 7, Islas Baleares 6, Cantabria 6, La Rioja 4, Extremadura 3, Murcia 2, Ceuta 0 y Melilla 0.

Un tercio de las personas solicitantes fallecieron antes de resolverse su solicitud de eutanasia, en total 152; se produjeron 22 casos de aplazamientos de la prestación; se produjo tan solo 1 caso de revocación y fue registrado como revocación durante o

después del proceso deliberativo y antes de la firma del consentimiento informado; 61 personas presentaron una reclamación ante el Comité de Garantía y Evaluación. De éstas, se resolvieron favorablemente un total de 23 de ellas. Por otro lado, se dictaron dos sentencias por la jurisdicción Contencioso–administrativa, reconociéndose en uno de ellos el derecho del recurrente y denegándose en el otro.

Del total de las 576 solicitudes presentadas, se destaca que 205 (35,59 %) fueron enfermedades neurológicas, seguidas de 192 (33,33 %) enfermedades oncológicas y otras 40 (6,94 %) a causa de pluripatología orgánica severa. Además, hay otras 16 (2,77 %) registradas como enfermedades respiratorias, 7 (1,21 %) como cardiológicas y 68 (11,80 %) como otras enfermedades no especificadas. No constan datos en 48 solicitudes (8 %).

La edad de las personas que solicitaron la prestación de ayuda para morir oscila entre los 29 y 97 años. La media de edad fue de 66,37 años para la mujeres y 67,32 años para los hombres, con una mediana de 65 años para las mujeres y 66 años para los hombres.

Respecto al sexo de las personas solicitantes, 281 solicitudes provinieron de hombres y 245 fueron de mujeres.

El perfil más frecuente fue el de una persona solicitante entre 60 y 80 años, con enfermedades graves de tipo neurológico u oncológico.

En 2023, según los datos provisionales que aporta el Ministerio de Sanidad, el número de solicitudes ha crecido, pero baja la proporción de personas a las que se concedió la prestación. Durante el último año, 727 personas pidieron ayuda para morir dignamente en España frente a las 576 del año anterior. Solo el 44 % de ellas, accedieron a la prestación, por tanto, pese al crecimiento de solicitudes en el tercer año de aplicación de la Ley, el porcentaje de personas que vieron reconocido su derecho de pedir ayuda para morir es menor que en 2022.

Estos datos ponen al descubierto las dificultades que siguen encontrando los pacientes cuatro años después de la aprobación de la LORE.

En 2023 un tercio de los solicitantes fallecieron antes de resolverse su solicitud de eutanasia, lo que evidencia que algo no funciona bien.

Además, las notables desigualdades entre territorios han sido denunciadas por la Asociación de Derecho a Morir Dignamente (DMD) quien en el primer informe sobre la evaluación de la eutanasia en España, desde junio de 2021 a junio de 2022, esto es los doce primeros meses de funcionamiento de esta nueva prestación para ofrecer propuestas informadas de mejora y, en última instancia, defender el derecho de toda persona a decidir en libertad cómo y cuándo finalizar su vida, observa que algunos territorios tienen una proporción de informes desfavorables claramente más baja que el resto debida a la calidad del proceso de selección y documentación de solicitudes que hacen los dispositivos de asistencia sanitaria.

IV. Bibliografía

Jimenez de Asúa, Luis, *Libertad de amar y derecho a morir. Ensayo de un criminalista sobre Eugenesia y Eutanasia*, 7.ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1984.

Carbonell Mateu, Joan Carles, «El constitucional proclama el derecho a morir con ayuda», *Derecho a morir dignamente* (DMD), Núm. 90, 2023.

Casas, Elisa / Riu, Ramón, «Comentario crítico a tres sentencias que han denegado solicitudes de eutanasia», *Derecho a morir dignamente* (DMD), Núm. 90, 2023.

Chueca Rodríguez, Ricardo, «Dos sentencias sobre la Ley Orgánica de regulación de la eutanasia (SSTC 19/2023, de 22 de marzo y 94/2023, de 12 de septiembre)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, Núm. 130, 2024, pp. 251-290.

De Vicente Martínez, Rosario, «El nacimiento de un nuevo derecho individual: el derecho a poder solicitar ayuda para morir dignamente», en Ana I. Pérez Machio / Jose Luis De la Cuesta (dirs), *Contra la política criminal de la tolerancia cero. Libro-Homenaje al Profesor Dr. Ignacio Muñagorri Laguía*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 547-561.

Payán Ellacuria, Ekain, «Análisis jurídico-penal de la Ley Orgánica de regulación de la eutanasia: una propuesta de *lege ferenda*», *Revista Electrónica de Ciencias Criminológicas*, Núm. 5, 2020, pp. 1-36.

Romeo Casabona, Carlos María, «La Ley Orgánica reguladora de la eutanasia y la adaptación del Código Penal», *Revista Penal*, Núm. 49, 2022, pp. 160-182.

14

EL CONSENTIMIENTO COMO EJE CENTRAL EN LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL. APROXIMACIÓN A LA EVOLUCIÓN LEGISLATIVA Y JURISPRUDENCIAL[*]

María del Río Pereda[**]
Profesora adjunta de Derecho Penal UPV/EHU

SUMARIO: I. Introducción. II. Los delitos contra la libertad sexual como manifestación de violencia contra las mujeres. II.1. Una violencia que permanece oculta. II.2. El impacto de los estereotipos de género en las decisiones judiciales. III. La evolución de los delitos contra la libertad sexual con especial atención al consentimiento. III.1. Ley Orgánica 10/2022 de garantía integral de la libertad sexual. III.1.1. *La definición del consentimiento de la LO 10/2022.* III.2. La contrareforma de 2023. IV. Supuestos de falta de consentimiento. IV.1. Violencia. IV.2. Intimidación. IV.2.1. *Intimidación ambiental.* IV.3. Abuso de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima. V. Conclusiones. VI. Bibliografía.

[*] El presente trabajo se enmarca dentro del Proyecto I+D «Delitos de odio en España: retos pendientes» (PID2020-115320GB-100) del Plan Estatal de Investigación Científica del Ministerio de Ciencia e Innovación, liderado por el profesor Jon Mirena Landa Gorostiza.

[**] Agradezco la oportunidad de participar en el libro en honor al profesor Carlos Romeo Casabona, colega de la Facultad de Derecho de la UPV/EHU. A pesar de que no tuve ocasión de trabajar de forma directa con él, sí que tuve la oportunidad de comprobar que se trataba de una persona de trato amable y con sentido del humor. Era de sobra conocida su gran dedicación académica, así como su proyección y reconocimiento internacional. Su apuesta por la interdisciplinariedad, más allá de su destacada labor en un campo tan novedoso como el de la biomedicina quedaba patente también en los actos académicos. Recuerdo que su birrete a dos colores me llamó poderosamente la atención la primera vez que lo vi poco tiempo después de incorporarme a labores docentes, lo que dio pie a una muy interesante charla. A su doctorado en Derecho y Medicina había sumado recientemente un tercer doctorado en Historia Medieval que deja patente que mantenía intacta su motivación y gran capacidad por profundizar en el conocimiento.

I. Introducción

La legislación de la violencia sexual ha ido evolucionando pasando de la protección de la «honra» de la mujer a la protección de la «libertad sexual». Este cambio ha implicado una trasformación en la concepción del consentimiento y su rol en los delitos contra la libertad sexual. El presente trabajo se aproxima al análisis de esta evolución, centrándose especialmente en el concepto de consentimiento y en su impacto en la jurisprudencia.

Se pone el foco en la importancia de la Ley Orgánica 10/2022, de Garantía Integral de la Libertad Sexual, conocida popularmente como ley del «sólo sí es sí». Ya que, además, de tratarse de una ley de protección integral de la libertad sexual, reformó de forma sustancial la regulación penal, y aclaró que la ausencia de consentimiento es el eje principal de los delitos. A pesar de que ya había propuestas doctrinales que así lo venían reclamando, la reacción de indignación posterior al caso conocido como el de «La Manada» y las sentencias judiciales posteriores, supusieron sin duda el impulso necesario para que se materializase una nueva regulación. Aunque, la posterior reforma de 2023, en cierta forma, ha reintroducido la distinción atendiendo a los medios comisivos empleados, se ha mantenido de forma íntegra la definición de consentimiento.

Durante todo el trabajo se tiene presente el marcado sesgo de género que caracteriza a los delitos contra la libertad sexual y sus implicaciones.

II. Los delitos contra la libertad sexual como manifestación de violencia contra las mujeres

Cualquier aproximación a los delitos contra la libertad sexual exige tener presente que, tal y como reconoció el Tribunal Constitucional, «los llamados delitos sexuales han sido un exponente claro de la función de las normas jurídicas en la recreación de los estereotipos y roles sociales que han definido durante siglos la distribución desigual de derechos y obligaciones, discriminando las posibilidades de las mujeres»[1]. Es indudable que la regulación sobre la violencia sexual se ha caracterizado por partir de una visión claramente patriarcal. Se trata, además, de un tipo de violencia con un claro sesgo de género, ya que afecta mayoritariamente a mujeres. De acuerdo con los último datos ofrecidos por el Ministerio de Interior las victimaciones de mujeres alcanzan el 86 % [2]. Una cifra que a pesar de su contundencia no resulta sorprendente, ni se aleja de la percepción social.

Como afirma Asua Batarrita «a pesar de descripciones "neutrales" —indiferentes al género— de la conducta típica, determinados delitos constituyen manifestaciones

[1] STS 344/2019 de 4 de julio.

[2] Véase Ministerio de Interior, Informe sobre delitos contra la libertad sexual…, p. 140 y sig.

prototípicas de violencia contra las mujeres». Es decir, aun cuando la víctima de un delito de agresión sexual puede ser tanto un hombre como una mujer, la casuística más habitual es evidente. En este sentido, el Convenio de Estambul en su artículo 3 d describe como «delitos de violencia contra la mujer por razón de género» a aquellos que afectan a la mujer de forma desproporcionada. Entre ellos merecen especial consideración, como se ha señalado, los delitos contra la libertad sexual, que no solo afectan desproporcionadamente a la mujer, sino que remiten a roles de subordinación sexual[3].

II.1. **Una violencia que permanece oculta**

Otra característica propia de la violencia sexual es que aún hoy permanece oculta. A pesar de que la situación haya ido mejorando, todavía podemos constatar que nos referimos a un delito silenciado. Por un lado, nos encontramos con una falta no justificada de encuestas de calidad para el estudio de un fenómeno tan complejo. Esto es especialmente preocupante ya que el conocimiento cierto de la realidad es un paso previo imprescindible para poder diseñar políticas adecuadas de prevención, intervención y reparación[4].

Por otro lado, es un delito con unos alarmantes bajos índices de denuncia. La última Macroencuesta de Violencia contra la Mujer elaborada por la Delegación de Gobierno contra la violencia de Género en 2019, cuyo objetivo era medir la prevalencia de la violencia contra la mujer, concluyó que el porcentaje de mujeres que han sufrido violencia sexual fuera de la pareja y que lo denunciaron a la policía, a la Guardia Civil o al Juzgado era solo del 8 %[5]. Este porcentaje se elevaba al 11,1 % si se tenían en cuenta, también, las denuncias interpuestas por otra persona o institución. Tanto estos números como el resto del estudio, refuerzan la idea de que se trata de un delito con una cifra negra muy elevada[6]. Aproximándonos más a los datos, podemos observar que el motivo declarado más citado para no denunciar es el relativo a «era menor, era una niña» en el 35,4 % de las mujeres; le siguen no conceder importancia a lo que sucedido (30,5 %), la vergüenza (25,9 %), que la agresión haya sucedido «en otros tiempos en los que no se hablaba de estas cosas» (22,1 %), y el temor a no ser creída (20,8 %).

Por lo tanto, a pesar de que el debate social actual, e incluso el debate académico, haya tendido a centrarse en el grado de severidad de las penas, es evidente que la verdadera controversia se sitúa en si se dan las condiciones para que estas lleguen realmente a aplicarse o no. Es decir, más allá del análisis de la regulación concreta de los delitos

[3] Asua Batarrita, A., *La razón de género*…, p. 375.

[4] Esmeralda Ballesteros, E. / Blanco Moreno, F., *Las estadísticas*…, p. 140 y sig.

[5] Véase Delegación de Gobierno Contra la Violencia de Género, *Macroencuesta…*

[6] La cifra negra es como se denomina en criminología la diferencia entre «la cifra real» y «delincuencia registrada».

contra la libertad sexual y de su evolución, es necesario ser sensibles a las circunstancias que alejan del sistema de justicia a las mujeres que han padecido violencia sexual. Es más, dado que parece haber acuerdo en la necesidad de fomentar la denuncia de las agresiones sexuales, no se puede ocultar que el proceso presenta cuantiosas dificultades. Así pues, resulta imprescindible indagar en aquellos elementos generadores de desconfianza y de desprotección.

Si bien es cierto que dicha labor requiere del análisis profundo de muy diversos factores sociales, culturales, etc., también lo es que conlleva profundizar en el estudio del rol y de la labor realizada por todos los operadores jurídicos. Prestando especial atención a las variables que dificultan la denuncia, como lo son la victimización secundaria derivada de una atención inadecuada, la ineficacia en la respuesta judicial, o la falta de asistencia integral especializada de las víctimas[7]. Esto es, es necesario también advertir cuáles son los efectos de la aplicación de la regulación concreta de los ataques contra la libertad sexual aproximandose a la evaluación de su eficacia material[8]. Por esa razón, más adelante se recurrirá a jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo para un somero acercamiento a la realidad actual.

II.2. **El impacto de los estereotipos de género en las decisiones judiciales**

Se tiende a pensar que las leyes son elementos cuasimágicos, que con su mera aprobación producen cambios sociales. Lo cierto es que sabemos que no es así, y que son muchos los factores que se pueden interponer en el camino de una correcta aplicación. Por ese motivo, conviene prestar atención a cómo se adoptan las decisiones judiciales, así como el posible impacto de los sesgos cognitivos en ellas.

Los sesgos cognitivos son errores sistemáticos en la toma de decisiones, que se basan en la falsa creencia de que las personas pertenecientes a un mismo grupo van a adoptar las mismas actitudes y a tener las mismas opiniones. Es decir, implica considerar a un grupo determinado como un ente homogéneo sin importar las características individuales de los miembros que lo componen. Estos sesgos se basan en estereotipos como los de raza, sexo o clase social, y pueden implicar errores en la toma de decisiones[9]. Aun cuando podemos apreciar su impacto en todas las esferas de la vida, no es extraño hallar sesgos cognitivos en las decisiones judiciales. En el caso de los delitos

[7] Pascual Merino, M., *Las denuncias…,* pp. 1063 y ss.

[8] Destaca la importancia de preocuparnos de la eficacia material de las normas aprobadas en el parlamento evaluando su resultado. La evaluación normativa tiene por objetivo la verificación del grado de cumplimiento de los fines y resultados de una ley o política pública, mediante un conjunto de técnicas que permiten su análisis sistemático e interdisfciplinar. Teniendo presente criterios de necesidad, transparencia, eficacia, eficiencia y proporcionalidad de la legislación. En este sentido ver. García-Escudero Márquez, P., *Objetivo: mejorar la calidad de las leyes*…, pp. 99 y sig.

[9] Muñoz Aranguren, A. *El peso de los estereotipos*…, p. 40.

de violencia sexual se ha detectado que perviven con más fuerza los estereotipos de género. Esto no puede sorprender ya que la propia concepción de los mismos tomaba como base prejuicios sexistas muy arraigados en la sociedad[10].

Un ejemplo de ellos es lo que la literatura denomina «mitos de la violación», que no dejan de ser inferencias sesgadas por parte de los jueces en el caso de agresiones sexuales. Se trata, en definitiva, de sucumbir a los sesgos de grupo, lo que implica realizar deducciones en contra de la mujer denunciante sobre la base de prejuicios de género. Algunos de los mitos más habituales son que quien comete la violación se trata de un extraño y no de un amigo o familiar; que las mujeres que han tenido relaciones sexuales frecuentes con anterioridad tienen una credibilidad menor; que la víctima siempre ofrecerá resistencia física y, por lo tanto, siempre presentará heridas o daños físicos; que las mujeres, cuando dicen no en realidad quieren decir sí; que las mujeres provocan su agresión mediante las conductas o vestimentas no apropiadas o provocativas; que una mujer agredida denunciará de forma inmediata los hechos a la policía; y que los hombres no pueden controlar sus impulsos sexuales[11].

Aunque todavía pervive la presencia de sesgos de género en las resoluciones judiciales, se perciben cambios en las pautas de interpretación. Es evidente que los efectos de los sesgos de grupo pueden neutralizarse con el impulso de cambios normativos, pero también con otras medidas como la mejora de la formación específica. En cualquier caso, no se puede obviar que quienes ejercen la función judicial son personas individuales insertadas en un contexto que les ha llevado a interiorizar un estereotipo normativo-opresivo[12]. Es decir, responden a un contexto social concreto en el que será necesario influir para producir cambios reales y duraderos.

Es por ello, que el artículo parte de una aproximación a la evolución legislativa, para en segundo término acercarse a la evolución jurisprudencial. Es decir, acercarse al impacto de su aplicación.

III. La evolución de los delitos contra la libertad sexual con especial atención al consentimiento

El Código Penal de 1848 agrupó delitos tan dispares como el adulterio, el amancebamiento o la violación bajo el Título «Delitos contra la honestidad». Tal y como subraya Asua Batarrita la elección de la tutela de la honestidad individual de la mujer implicaba que «se tutela fundamentalmente la infracción del orden familiar, y del orden social de distribución de roles según sexo». Ello es debido a que las leyes penales no dejan de ser un reflejo de lo que en cada momento se concibe como el orden social desedeable

[10] Muños Aranguren, A. *El peso de los estereotipos*…, p. 53.
[11] Muñoz Aranguren, A. *El peso de los estereotipos*…, p. 56.
[12] De Giuli, A., Los *sesgos*…, p. 180.

y poseen, además, influencia para «generar discursos y explicaciones que contribuyen a consolidar o a construir interpretaciones de la realidad, expectativas y modelos de conducta»[13]. Son igualmente influyentes en la construcción de la realidad, las explicaciones que se aportan desde la doctrina, así como las argumentaciones recogidas en las motivaciones jurisprudenciales. No solo a través de la decisión concreta de la condena o absolución, sino también mediante la forma en la que estas son motivadas.

Hasta el Código Penal de 1995, en el que se designó definitivamente la «libertad sexual» como bien jurídico protegido, se mantuvieron en lo sustancial las pautas establecidas. El cambio en el objeto de protección, supuso un importante avance ya que significaba, al menos sobre el papel, la superación de la adjudicación de roles y expectativas sociales diferenciados por razón de género. En palabras del Tribunal Supremo conllevaba el «consiguiente abandono del concepto de moral sexual dominante y de la protección de intereses familiares o matrimoniales, ya que se trata de delitos susceptibles de verse afectados por la evolución del pensamiento social»[14]. Sin embargo, a pesar de los cambios normativos adoptados, el arraigo de algunos conceptos y el significado que se confiere a algunas acciones no fue modificado de forma inmediata[15]. Así pues, los sesgos cognitivos siguieron jugando un papel muy relevante, si bien es justo reconocer que su presencia en la jurisprudencia ha ido perdido fuerza con el paso del tiempo; eso sí, no con la agilidad que hubiera sido deseable.

La libertad sexual como bien jurídico protegido es entendida como una manifestación de la libertad personal que hace referencia a la capacidad de autodeterminación voluntaria circunscrita, en este caso, a la esfera sexual. Es, en definitiva, el derecho a disponer del propio cuerpo para mantener relaciones sexuales, y en un sentido negativo el derecho a evitar verse involucrado en un contexto sexual sin dar el consentimiento oportuno[16]. Es decir, la manifestación libre de sus decisiones sexuales «sin más limitación que el respeto de la libertad de elección, formada y capaz, de otras personas, así como el sometimiento a un imperturbable desarrollo emocional y sexual de quienes, por su edad están en proceso de formación de su personalidad»[17]. En cualquier caso, la gravedad de las sanciones prevista para estos delitos, en comparación con las previstas en otro tipo de delitos vinculados a la libertad, se justifica por el hecho de que no se castiga solo el obligar a una persona a soportar una conducta no deseada, sino que se valora también la afectación a la dignidad de la víctima[18].

[13] Asua Batarrita, A., *Las agresiones sexuales en el nuevo*…p. 52.
[14] STS 344/2019 de 4 de julio.
[15] Para un análisis en profundidad ver Asua Batarrita, A., *Las agresiones sexuales*…
[16] Veáse Súarez-Mira Rodriguez, C., *Manual de Derecho*…
[17] TS 462/2019 de 4 de octubre.
[18] Ragueés i Valles, R., *Delitos contra la libertad sexual*…, p. 130.

Desde la aprobación del Código Penal actual, se ha producido un proceso de endurecimiento y de expansión del ámbito de protección de la libertad sexual, que ha pasado por un aumento progresivo de las penas, además, de por la creación de nuevas figuras delictivas, como, por ejemplo, algunas formas de acoso sexual o de pornografía infantil. En dichas modificaciones han sido determinantes los compromisos internacionales adoptados por España[19]. Ahora bien, resultan de especial interés, y por eso se analizarán con mayor detalle, las dos últimas reformas; especialmente la penúltima de 2022 debido a su radical modificación del esquema tradicional de la regulación.

III.1. **Ley orgánica 10/2022 de garantía integral de la libertad sexual**

La Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de Garantía Integral de la Libertad Sexual, más conocida popularmente como la ley del «solo sí es sí», estuvo desde el comienzo de su elaboración salpicada de polémicas, principalmente, debido a las modificaciones realizadas al Código Penal. Sin embargo, lo cierto es que se trata de una ley que regula la protección a la libertad sexual desde una óptica integral, y que tiene un muy limitado contenido penal, acotado a su disposición final cuarta. No se limita a aspectos sancionadores, sino que contiene medidas centradas en la prevención, la asistencia y protección de las víctimas, o medidas de reparación. Tienen, por lo tanto, repercusión en muchos ámbitos de las políticas públicas (educativo, sanitario, laboral, publicitario, etc.), y aunque, efectivamente, modifica el Código Penal, también produce cambios en normativa procesal, laboral, administrativa, civil, etc. En definitiva, busca hacer frente a un problema de gran complejidad desde distintos frentes, siendo el objetivo la garantía y protección integral del derecho a la libertad sexual, y la erradicación de todas las violencias sexuales[20].

Su origen estuvo claramente marcado por las reivindicaciones sociales surgidas como consecuencia del caso conocido como el de «La Manada» ocurrido en 2016 en las fiestas de San Fermín en Iruña. El juicio fue muy mediático y polémico, pero lo fue aún más la primera resolución judicial que dictó la Audiencia Provincial de Navarra[21],

[19] Principalmente, la Directiva 2011/93/UE relativa a la lucha contra los Abusos Sexuales y la Explotación Sexual de los Menores y la Pornografía Infantil, Convenio del Consejo de Europa para la Protección de los Niños contra la Explotación y el Abuso Sexual ratificado por España en 2010.

[20] «Adopción y puesta en práctica de políticas efectivas, globales y coordinadas entre las distintas administraciones públicas competentes, a nivel estatal y autonómico, que garanticen la sensibilización, prevención, detección y la sanción de las violencias sexuales, e incluyan todas las medidas de protección integral pertinentes que garanticen la respuesta integral especializada frente a todas las formas de violencia sexual, la atención integral inmediata y recuperación en todos los ámbitos en los que se desarrolla la vida de mujeres. Niñas, niños y adolescentes, en tanto víctimas principales de todas las formas de violencia sexual» LO 10/2022 de art. 1.2.

[21] Audiencia Provincial de Navarra (Secc. 2.ª), n.º 38/2018, de 20 de marzo.

confirmada posteriormente por el Tribunal Superior de justicia de Navarra. Ambas resoluciones consideraron que los hechos ocurridos eran un abuso sexual con prevalimiento, con una pena de prisión de nueve años, quince de alejamiento y la medida de seguridad postpenitenciaria de cinco años de libertad vigilada[22]. La posterior crítica social no partía tanto de la consideración de que las penas establecidas fueran livianas, sino de la forma ritual por la que se decía que se les absolvía del delito de agresión sexual, denotando falta de sensibilidad en el lenguaje penal. Sobre todo, teniendo en consideración, que se partía del reconocimiento de que los hechos los realizaron cinco hombres de mayor edad y complexión física en un «lugar recóndito y angosto». En ámbitos no jurídicos, no se entendía que hechos acaecidos sin que mediara la voluntad de la víctima, en vez de ser calificados de violación, lo fueran de abuso. Particularmente, teniendo en cuenta que el concepto de abuso sexual no expresaba suficientemente el reproche que merecen los hechos.

La sentencia fue recurrida y el Tribunal Supremo en la sentencia 2020/2019 de 4 de julio, corrigió la calificación, estimó probada la intimidación y recalificó los hechos como un caso de agresión sexual. Mencionando explícitamente la intimidación ambiental y subrayando que esta no tiene porqué ser irresistible, sino suficiente para doblegar la voluntad de la víctima[23].

A la polémica jurídica se sumó el hecho de que durante todo el proceso los medios de comunicación de forma mayoritaria pusieron el foco en la víctima, en lugar de centrarse en los hechos y en los agresores, dando pie a su estigmatización y revictimación. Se conocieron datos íntimos, e incluso, se supo que la víctima había sido vigilada por un detective para saber si su forma de actuar coincidía con lo esperable en el caso de una víctima que hubiera sufrido un ataque contra su libertad sexual. La forma de narrar el caso, poniendo el foco en la actitud de la mujer y culpabilizándola, incrementó la indignación social.

Esta situación dio lugar a una fuerte contestación en las calles. En las manifestaciones y concentraciones convocadas predominaron lemas como «no es abuso, es violación», o «yo sí te creo». En este sentido, resulta significativo que de forma mayoritaria la demanda social no era la del incremento de las penas, sino la expresión del hartazgo sobre cómo se estaban afrontando los delitos contra la libertad sexual de forma tanto jurídica como social.

La propia exposición de motivos de la Ley Orgánica reconoce que «gracias a las movilizaciones y acciones públicas promovidas por el movimiento feminista, las violencias sexuales han tenido una mayor visibilidad social y se ha puesto de manifiesto

[22] STSJ de Navarra n.º 8/2018, de 30 de noviembre mantuvo la condena de abuso sexual con prevalimiento. Sin embargo, hubo un voto particular de dos de los miembros del tribunal que entendieron que los hechos eran constitutivos de agresión intimidatoria.

[23] STS 2020/2019, de 4 de julio.

la envergadura de los desafíos a los que se enfrentan los poderes públicos para su prevención y erradicación».

III.1.1. *La definición del consentimiento de la LO 10/2022*

Una de las novedades de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, que acarreó gran impacto mediático, fue la introducción en el Código Penal de la definición de consentimiento en el ámbito de la libertad sexual. Dicha definición continúa vigente ya que se ha mantenido integra tras la modificación de 2023. De manera que, el artículo 178.1 del Código Penal determina lo siguiente: «solo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona». Por lo tanto, un requisito esencial para considerar que estamos ante una agresión sexual, es que el ataque a la libertad sexual se realice sin consentimiento. Esta definición, un tanto imprecisa, se concreta en el segundo párrafo en el que se determina que «a los efectos del apartado anterior, se consideran en todo caso agresión sexual los actos de contenido sexual que se realicen empleando violencia, intimidación o abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima, así como los que ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuya situación mental se abusare y los que se realicen cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad». Se plasman, por lo tanto, diferentes formas de atentar contra la libertad sexual, a las que se prestará mayor atención con posterioridad.

El TS afirma que «la fórmula que utiliza el legislador es, pues, una fórmula abierta, y que ya se toma en consideración, en términos similares, jurisprudencialmente, para entender concurrente el consentimiento»[24]. Una fórmula que deja margen para analizar las circunstancias específicas de cada caso, y que aporta flexibilidad en la interpretación, lo cual es crucial para poder adaptarse a la diversidad de situaciones que puedan surgir en la práctica. De modo que «el Tribunal sentenciador extrae "en atención a las circunstancias del caso", la existencia o no de consentimiento conforme a los elementos probatorios extrae que " expresen de manera clara la voluntad de la persona"»[25].

La definición refuerza, además, la exigencia de una manifestación clara de la voluntad. El TS recuerda que «el consentimiento no puede entenderse nunca como presunto, porque el consentimiento no se puede presumir». Este, debe ser demostrado y no basta con la creencia subjetiva del agresor de que la víctima consiente. En el mismo sentido, el TS determina que «el consentimiento de una mujer para tener una relación sexual debe ser expreso y no presunto a juicio o criterio del autor del delito de agresión sexual. El subjetivismo interpretativo no puede ser utilizado como excusa, y mucho menos que

[24] STS 196/2023 de 21 de marzo.
[25] STS 23/2023 de 20 enero.

se trate de una mujer que quiere salir por la noche con sus amigos, o que en un instante de la noche le solicite a una persona que le lleva su casa no conlleva actos presuntos a querer tener una relación sexual»[26].

Además, cada acto sexual requiere un consentimiento renovado y específico «no existe una especie de perpetuación en el consentimiento de una mujer para realizar actos sexuales, como si fuera una especie de "cheque en blanco"»[27]. Es más, ante un reciente caso de *stealthing* —práctica consistente en la acción de retirar subrepticiamente el preservativo durante una relación sexual, a pesar de haber acordado su uso— se recordó que el consentimiento debe abarcar el acto sexual específico que se lleva a cabo, de lo contrario no estaríamos antes un consentimiento inválido por error, sino ante la ausencia de consentimiento[28].

La exposición de motivos de la LO 10/2022 hace referencia a compromisos concretos asumidos por España que la norma viene a cumplir, entre ellos destaca el Convenio sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica del Consejo de Europa, el conocido como el Convenio de Estambul. Instrumento clave en el ámbito regional europeo que define la violencia contra la mujer; por un lado, como una violación de los derechos humanos, y al mismo tiempo, como una forma de discriminación[29]. Igualmente sitúa el foco principal en la ausencia de consentimiento, considerando este un elemento clave para determinar la relevancia jurídico-penal de un comportamiento, y dejando claro que «el consentimiento debe prestarse voluntariamente como manifestación del libre arbitrio de la persona en el contexto de las condiciones circundantes»[30]. Esto es, atendiendo a las particularidades del caso.

A pesar de lo novedoso de contar con una definición concreta del consentimiento, como ACALE reconoce «la redacción propuesta no plantea ningún cambio sustancial con respecto a la interpretación que están haciendo nuestros tribunales: son las circunstancias del caso las que determinan la interpretación que se merezca el comportamiento de la víctima». Sin embargo, no se puede obviar que la definición tiene la capacidad de aportar mayor seguridad jurídica[31]. Como consecuencia de ello, no ha habido, al menos por el momento, una modificación sustancial de la interpretación de las formas de atentar contra la libertad sexual.

En el mismo sentido, el TS recalca que a pesar de que hasta la LO 10/2022 no había una definición legal de consentimiento «siempre era necesaria la concurrencia de esa

[26] STS 802/2022 de 6 de octubre.

[27] STS 10/2023 de 12 de enero.

[28] STS 603/2024 de 14 de junio.

[29] Landa Gorostiza, J.M., *Derecho Penal sustantivo*…, p.220.

[30] Artículo 36.2 del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011.

[31] Acale Sanchez, M., *Delitos sexuales*…, p. 477.

ausencia de consentimiento que impregna el título que abraza estos delitos, pues lo son contra la libertad sexual, que se basan naturalmente en la inexistencia de consentimiento en la prestación del mismo para llevar a cabo acciones de contenido sexual»[32].

III.2. **La contrareforma de 2023**

Otro de los momentos de gran eco mediático de la Ley Orgánica 10/2022 se dio tras su entrada en vigor el 7 de octubre, cuando comenzaron las primeras revisiones de sentencias por su aplicación retroactiva[33] en los casos en que resultaba más favorable su aplicación. Ello conllevó reducciones de pena, así como excarcelaciones[34]. Esta situación generó alarma social, así como la paradoja de que las posturas más críticas con la ley bascularan de defender que se trataba de una ley orgánica muy restrictiva, a considerar que desprotegía a las víctimas. Partiendo, además, de la falsa premisa de que la protección de las víctimas pasa necesariamente por la elevación de las penas, obviando otras políticas con mayor impacto y más centradas en la prevención.

Más allá de consideraciones sobre la necesidad de haber establecido, o no, una disposición transitoria que paliara los efectos de la retroactividad positiva de la ley. Conviene aclarar que no se trata de que la reforma hubiera establecido una rebaja generalizada de las penas, sino que suponía marcos penológicos más amplios. La figura de agresiones sexuales pasó a abarcar lo que anteriormente eran dos conductas delictivas distintas: los abusos sexuales y las agresiones sexuales. Por lo tanto, las «nuevas» agresiones sexuales pasaron a tener un grado mínimo de la horquilla menor. Esta situación comportaba, en definitiva, otorgar mayor capacidad de decisión a los jueces[35].

Más allá de este caso en particular, las propuestas de atribución de mayores poderes a los jueces a la hora de seleccionar y de determinar la pena, suelen acarrear la oposición de ciertos sectores académicos o profesionales. Debido a que, entre otros motivos, supone alejarse del marco general de determinación de la pena. Dado que el Código Penal español se caracteriza, en comparación con otros ordenamientos europeos, por disponer de un sistema rígido de penas. Cuenta con marcos penales muy tasados; no dispone de un cuadro general amplio de penas alternativas imponibles; el catálogo de circunstancias agravantes y atenuantes son de apreciación obligatoria, y tienen efectos legalmente tasados[36]. El camino a una mayor discrecionalidad de forma generalizada

[32] STS 196/2023 de 21 de marzo.

[33] Principio recogido en el artículo 9.3 de la Constitución Española, también referido en el Código Penal artículo 1 y 2.2. a este respecto la STS de 29 de junio, determina los criterios de revisión de sentencias firmes tras la promulgación de la LO 10/2022.

[34] Resulta significativo que muchos medios de comunicación realizaban balance diario de las condenas revisadas a la baja.

[35] Véase, García Sanchez, B., *La nueva concepción*…

[36] Tamarit Sumalla, J.M., *Sistema de sanciones*…, p. 28.

debería de comportar necesariamente cambios como la exigencia de una escrupulosa motivación de la pena sobre los criterios legalmente establecidos, la posibilidad de revisión de acuerdo con los recursos ordinarios, o la adopción de medidas rigurosas respecto a la selección y a la responsabilidad de los jueces[37].

Si bien es justo reconocer que la limitación de la discrecionalidad tiene efectos positivos en términos de igualdad y previsibilidad, también es cierto que no permite atender de forma adecuada las características del caso concreto. A este respecto, el interesante estudio realizado por Tamarit Sumalla, Aizpiarte Gorrotxategi, Arantegui Arraez y Romero Seseña —que analiza los factores que influyen en la respuesta judicial a la agresión y al abuso sexual— determinaba que la actitud de los tribunales estaba «caracterizada por un legalismo de carácter inercial, en que las decisiones están condicionadas no meramente por la letra de la ley sino por el modo en que esta se ha venido aplicando, con escasa recepción de los cambios legales»[38]. Lo que supone que no se tienen suficientemente en cuenta las particularidades de cada caso, ni si quiera las modificaciones legislativas, cayendo, por lo tanto, en automatismos. Además, deja claro que no es suficiente con los cambios legislativos ya que aun cuando estos han dejado un margen limitado para la interpretación judicial, no han tenido, al menos de forma inmediata, el resultado buscado. Esto hace pensar que otros factores tal vez sean otros los factores que tengan más peso, como por ejemplo, la importancia de la formación de continuada de todos los operadores jurídicos, y en particular de jueces y juezas, sobre todo en temas tan sensibles como el que se aborda.

A los pocos meses de la aprobación de la reforma el Código Penal y como consecuencia de la polémica mencionada, la Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril, trajo consigo una nueva modificación[39], a pesar de que como se advierte en la misma exposición de motivos «la reforma solo puede ser de futuro, al haber quedado consolidada la nueva realidad normativa, de manera irreversible»[40] como consecuencia de la aplicación del principio de retroactividad de la ley penal más favorable en referencia a los artículos 9.3 y 25 de la Constitución Española.

Dicha modificación mantuvo, como ya se ha dicho, de forma íntegra la definición del consentimiento incluida en la Ley Orgánica 10/2022. Sin embargo, a pesar de que no altera la definición, sí que trastoca el modelo de consentimiento instaurado. Ya que

[37] Tamarit Sumalla, J.M., Sistema de sanciones… pp. 39.

[38] Tamari Sumalla / Aizpitarte Gorrotxategi / Arantegui Arraéz / Romero Seseña, Respuesta judicial a la agresión y al abuso sexual…, p. 218.

[39] Supuso también modificaciones a la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad de los menores.

[40] Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril, para la modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en los delitos contra la libertad sexual, la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

pasa a establecer penas más graves para las agresiones que son cometidas empleando violencia, intimidación, o cuando la víctima tenga anulada su voluntad por cualquier causa. Es decir, incorpora tipos agravados, atendiendo a los medios comisivos empleados, sean estos de violencia, intimidación, o de voluntad anulada. Lo que supone, sin lugar a dudas, acercarse al modelo anterior, basado en medios comisivos, pese a renunciar a la diferencia en la nomenclatura de abuso. Es por ello, que ha sido calificada por gran parte de la doctrina de contra reforma[41].

IV. Supuestos de falta de consentimiento

El título VIII del Libro II del Código Penal «Delitos contra la libertad sexual» recoge un largo elenco de conductas delictivas que atentan contra la libertad sexual desde los clásicos como agresiones sexuales, con una regulación diferenciada cuando la víctima tiene menos de 16 años[42], a otros de más reciente regulación como el *child grooming* —ciber acoso sexual de menores—.

A partir del Código Penal de 1995, y a pesar de las múltiples modificaciones, hasta 2022 se estableció una separación entre los delitos de agresión sexual y de abuso sexual. Creando la distinción entre ellos, no por los actos concretos contra la libertad sexual, sino por los medios empleados. Esta clasificación difería en buena medida de la que presentaba las leyes penales de los países de nuestro entorno[43].

El legislador decidió definir las agresiones sexuales sobre el ataque a la libertad sexual. Convirtiendo esta forma de ataque en el elemento central definitorio, mientras que se relega la calificación de abuso a la conducta que ataca también a la libertad sexual sin que medie violencia o intimidación. Es decir, el abuso sexual se definía de forma genérica por la ausencia de violencia o intimidación. Por lo tanto, en el análisis de un atentado contra la libertad de una persona era determinante establecer si concurrían violencia o intimidación para subsumir la conducta en uno u otro tipo penal. Analizando la jurisprudencia y sobre todo la realidad sociológica, vemos que no siempre era fácil establecer claramente la frontera entre una u otra figura, y, sin embargo, calificar como agresión o como abuso sexual una acción tenía consecuencias punitivas muy importantes.

En cualquier caso, la estructura de los delitos sexuales no atendía a un único criterio. Por un lado, estaba el principal que se fijaba como hemos visto, en el grado de intensidad de la imposición. Por otro lado, estaba también, el grado de contacto sexual que implicaba agravar tanto las agresiones sexuales como los abusos[44]. Así, la pena se

[41] Marin de Espinosa Ceballos, E.B., *La reforma…,* p. 33.

[42] Se fijan penas diferenciadas según la edad de la víctima. En la actualidad en la actualidad —tras la reforma de 2015—, se sitúa en los 16 años la edad de plena validez del consentimiento y, por lo tanto, en los casos en los que la víctima no alcanza esa edad se le otorgar mayor relevancia penológica.

[43] Acale Sanchez, M., Violencia sexual…, pp. 186-195.

[44] Asua Batarrita, A, *El significado de*…, p. 136, y sig.

agravaba si el acto de contenido sexual consistía en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o la introducción de medios corporales y objetos por vía vaginal o anal. Era, y es, considerado que el ataque a la libertad es más intenso según su aproximación a la esfera de la intimidad personal y su dignidad.

Aunque en teoría la diferenciación entre las figuras de agresión sexual y abuso sexual era clara, en la práctica resultaba tremendamente complejo. La principal dificultad era diferenciar los abusos sexuales con prevalimiento de las agresiones sexuales intimidatorias, al tratarse de figuras muy próximas. Se debe tener presente, además, que la interpretación jurisprudencial fue evolucionando, incluso sin la necesidad de que hubiera modificaciones normativas. Convirtiéndose, en cada vez más frecuente encontrar sentencias en las que se ampliaba la concepción de la figura de la intimidación y, por lo tanto, suponía ampliar el marco de protección del delito de agresión sexual en detrimento del abuso sexual.

La LO 10/2022, de 6 de septiembre, eliminó el delito de abuso sexual y la agresión paso a ser el atentado contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento. Sin embargo, con la entrada en vigor de la LO 4/2023, el uso de la violencia o intimidación da lugar a la aplicación de un tipo agravado, lo mismo ocurre cuando la víctima tenga anulada la voluntad lo que implica, en parte, recuperar la distinción tradicional. Esto obliga a una interpretación detallada de cada una de las conductas establecidas en el artículo 178.2. Es decir, los «actos de contenido sexual que se realice empleando violencia, intimidación o abuso de una situación de superioridad o vulnerabilidad de la víctima así como los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o cuya situación mental se abusare y los que se realicen cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad»[45].

Además de los supuestos detallados, también hay otros que no se recogen de forma expresa, pero que suponen un ataque a la libertad sexual. En este punto, se analizarán con mayor detalle los casos de violencia, intimidación, y abuso de superioridad o vulnerabilidad de la víctima. Fundamentalmente por las dificultades de interpretación que puede haber, principalmente entre los casos de intimidación y abuso de superioridad o vulnerabilidad de la víctima.

IV.1. **Violencia**

La violencia es una de las modalidades comisivas más graves de las mencionadas en el apartado 2 del artículo 178, y anteriormente suponía que el ataque fuera considerado delito de agresión sexual. Debe entenderse como fuerza física «equivalente a acontecimiento, coacción o imposición material», lo que implica una agresión real más o menos violenta por medio de golpes, empujones o desgarros que sea «suficiente para vencer

[45] Muñoz Conde, F., *Derecho penal parte especial*, p. 239.

la voluntad de la víctima»[46]. Se trata, por lo tanto, de un ataque contra la libertad de la mujer ante la oposición de esta a someterse a la acción sexual del atacante. El aspecto más conflictivo en este caso, se circunscribía a la exigencia de resistencia de la víctima.

La doctrina jurisprudencial ha ido abandonado la exigencia de que la violencia ha de ser irresistible[47]. En ese sentido, el TS aclara que la violencia o intimidación utilizadas no han de ser de tal grado que «presenten caracteres irresistibles, invencibles o de gravedad inusitada, sino que basta que sean suficientes y eficaces en la ocasión concreta»[48]. Por ello, no es exigible una oposición hasta tal punto que ponga en riesgo su vida «al ser legítimo el temor y el miedo a que acaben con su vida, si llevan a cabo una negativa irresistible»[49].

Por lo tanto, el delito de agresión sexual no exige que se ocasionen lesiones a la víctima[50]. Es decir, «el ataque a la salud e integridad corporal protegidos por el tipo de lesiones no es indispensable del delito contra la libertad sexual. Por ello, cuando se infieren lesiones deliberadas y adicionales […] y con entidad sustancial autónoma, se está en concurso real que debe ser sancionado al existir diversas acciones»[51]. Cuando el uso de la violencia deja secuelas, estas pueden quedar absorbidas en el propio tipo de agresión sexual siempre y cuando se considere que son el resultado de la utilización de la fuerza imprescindible para doblegar la libertad de la víctima.

IV.2. **Intimidación**

La intimidación[52] como medio comisivo alternativo en el delito de agresión sexual, implica una afectación a la libertad de la esfera psicológica. En este caso, el sujeto para cesar su resistencia al contacto sexual, o para evitar que este dé comienzo, no actúa materialmente, sino que lo que busca es motivar a la víctima mediante el anuncio de un mal. En este contexto, la intimidación equivale a una amenaza de un daño ilícito; y en ocasiones lícitos, sometida a una condición ilícita[53]. Para constatar la presencia de la intimidación la acción debe ser idónea para vencer la resistencia de quienes la soportan[54].

[46] STS 462/2019 de 14 de octubre.

[47] Escobar Jiménez, R., p. 985.

[48] STS 282/2019 de 30 de mayo.

[49] STS 348/2019 de 4 julio.

[50] STS 330/2021 de 22 abril.

[51] STS 351/ 28 abril.

[52] El término intimidación tiene una importante presencia en el Código Penal apareciendo hasta 43 veces en su articulado. Particularmente, destaca en los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico, afectado a delitos de extorsión, robo y hurto uso de vehículos y usurpación. También tiene una significativa presencia en los delitos contra la Administración de Justicia y los delitos contra la Constitución. Sin embargo, destaca principalmente su trascendencia en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual en donde su interpretación ha ido evolucionando.

[53] Díez Ripolles, J.L., *Título VIII*…, p. 2015.

[54] Santo García, E.M, Los delitos de hurto y robo…, p.185.

Por amenaza se entiende la acción por la que el autor comunica a la víctima el propósito de causarle un daño si impide la conducta sexual pretendida. Este anuncio debe de ser de cualquier modo que sea comprensible para la víctima, ya sea de forma expresa —por escrito, gestos o signos— o por actos concluyentes, tal y como veremos a continuación en el caso de la intimidación ambiental. En la jurisprudencia del TS se afirma, de forma reiterada, que consiste en «el empleo de cualquier forma de coacción, amenaza o amedrentamiento con un mal racional y fundado» y este deberá ser serio, previo, inmediato, grave y determinante[55].

Diez Ripolles advierte que, a pesar de que la mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia exige que el mal sea inmediato, podrá tener la misma eficacia el anuncio de males no tan próximos, sino más alejados en el tiempo[56]. El hecho de que se produzca una amenaza de futuro, y que la víctima tenga en teoría la posibilidad de huir o de pedir ayuda, puede resultar irrelevante si de facto no puede evitar la realización del futuro del mal anunciado. Se trata de un aspecto particularmente relevante, ya que es necesario tener en cuenta que no todas las víctimas tendrán las mismas posibilidades de denunciar y de lograr ayuda. Por ejemplo, hay que tener mucho valor para denunciar a un jefe que amenaza con restringir un contrato que se necesita para sobrevivir en una situación de extrema vulnerabilidad, a pesar de contar con tiempo para hacerlo.

El concepto de intimidación se sustenta sobre la concurrencia de elementos subjetivos, por lo tanto, se debe tener en cuenta el caso concreto, y las condiciones y situación concreta de la persona intimidada. Ha de ser idóneo para impedir que la víctima ejercite su derecho de autodeterminación. Dicha idoneidad, dependerá del caso concreto «no basta con examinar las características de la conducta del acusado sino que es necesario relacionarlas con las circunstancias de todo tipo que rodean la acción» [57].

Siendo esto así, la calificación del mal anunciado como intimidatorio no puede depender exclusivamente del valor que le otorga el destinatario, ya que una excesiva subjetivación del concepto de intimidación llevaría a admitir cualquier medio en el que el sujeto haya sufrido sensación de temor[58]. Si bien no se puede prescindir de los factores subjetivos, se debe atender también a un «potencial intimidatorio», es decir, hay que adoptar la perspectiva de un observador externo en circunstancias similares[59]. Teniendo en cuenta que «el miedo es una condición subjetiva que no puede trasformar en intimidatoria una acción que en sí misma no tiene alcance subjetivamente»[60].

[55] STS 462/2019 de 14 de octubre.
[56] Diéz Ripolles, J.L., *Título VIII…,* p 298-299.
[57] STS 282/2019 de 30 de mayo.
[58] Brandariz García, J.A. *El delito de robo…*, p. 87.
[59] STS 447/2021 de 25 de mayo.
[60] STS 551/2019 de 28 de octubre/STS 446/2020 de 6 de febrero.

Un ejemplo claro de la importancia de tener presente la situación concreta de la víctima, así como adecuado para poder apreciar del proceso de flexibilización jurisprudencial, es la STS 447/2021. Esta consideró que se trataba de un caso de ciberintimidación la acción de amenazar a una persona con la divulgación de contenido sexual suyo sin su consentimiento, con el objetivo de coaccionarla para que realice actos de naturaleza sexual. Esta forma de coacción fue considerada como intimidación. Lo que supone reconocer la gravedad de la violencia sexual incluso sin contacto físico, centrándose en el carácter de dominio y cosificación que ejerce el agresor sobre la víctima.

Asimismo, la sentencia desmitifica la idea de que las violencias digitales son «de segunda», ya que «la dimensión social de las TIC puede convertirse en un potentísimo instrumento de intimidación con un mayor impacto nocivo y duradero de lesión del bien jurídico». Para una mujer joven mostrar actos de contenido sexual ataca no solo su derecho a la intimidad, sino que, además, puede suponer una «profunda alteración de sus relaciones personales y de su propia autopercepción individual y social». Esto indica que las violencias que ocurren en el ámbito digital deben ser consideradas tan graves como las que ocurren en el mundo físico. Es más, subraya que «el ciberespacio de interacción social fragiliza los marcos de protección de la intimidad convirtiendo en más vulnerables a las personas … Cuando tales datos se relacionan con la sexualidad, junto a su divulgación indiscriminada, y en especial si la víctima es mujer, y en consecuencia de constructos sociales marcados muchas veces por hondas raíces ideológicas patriarcales y machistas, se activan mecanismos en red de criminalización, humillación y desprecio».

IV.2.1. *Intimidación ambiental*

En numerosas ocasiones la intimidación no se verbaliza de un modo directo ni se exterioriza físicamente. Sin embargo, «puede proyectarse de modo consciente y de manera plenamente comprensible para el destinatario». Esto es así ya que de forma frecuente «el contexto aporta un significante con un contenido comunicacional esencial y determinante». Es por ello, que como se decía, la conducta no puede analizarse de forma aislada al contexto en el que se produce. Se trata de situaciones en las que todas las personas involucradas en la acción, o incluso cualquier observador, interpretaría lo sucedido de modo semejante[61].

La falta de anuncio de un daño no significa que no estemos ante una intimidación. «siempre que el sujeto activo perciba que hay razones objetivas para infundir temor y que esa sospecha es materialmente adecuada para modificar la que sería la libre opción de destinatario, la instrumentalización de esa situación para la consecución de los fines que pretenden favorecer se integra el concepto legal de intimidación».

[61] STS 462/2019 de 14 de octubre.

La asimilación de las circunstancias descritas como «intimidación ambiental» a la intimidación que caracteriza el delito de agresión sexual, está muy asentada tanto por la jurisprudencia como por la doctrina, y sus fundamentos los podemos encontrar también en la regulación internacional. El Tribunal Supremo en el conocido, ya mencionado, caso de «la manada» lo explicaba de la siguiente forma: «la específica referencia que se hace en el Convenio de Estambul al consentimiento, como manifestación del libre arbitrio de la persona en función del contexto, deja clara la imposibilidad de interpretar una ausencia de resistencia física como tal voluntad, la misma debe prestarse de forma expresa o deducirse claramente de las circunstancias que rodean al hecho»[62].

Un tipo específico de intimidación ambiental es la que el TS denomina «intimidación ambiental en el hogar», en la que el agresor aprovecha su posición de autoridad y la intimidad del hogar para crear un clima de miedo y coacción que permita someter la voluntad de la víctima. Este tipo de intimidación es conocida también por el término anglosajón *emotional violence* o violencia emocional, o incluso como *psychological intimidation*. Se trata de «la coerción sexual como actividad sexual no deseada que ocurre cuando se los presiona, engaña, amenaza o fuerza de una forma no física». En estos casos, el vencimiento psicológico de los menores resulta más sencillo ya que los hechos se producen en la intimidad del hogar donde es mucho más difícil la huida. Además, por su vulnerabilidad y dependencia es más sencillo que lleguen a ser manipulados y silenciados. La diferencia de edad entre el agresor y la víctima, aunque no constituye por sí sola intimidación, puede agravar la situación de forma clara. Es indudable que no requiere de una negativa expresa de la víctima, ya que será suficiente con que «la violencia emocional» sea «evidente» para el sujeto pasivo, así como para cualquier persona que observe la situación[63].

Se trata de casos en los que el agresor se convierte en un amenazador permanente que con su conducta y su ascendencia consigue vencer la oposición de los menores. En los ejemplos analizados, el acusado mantenía una relación sentimental análoga a una relación matrimonial con la madre de las víctimas de 9 y 7 años. En el segundo de los casos, el agresor desempeñaba funciones similares a las de un padre y tenía acceso a la vivienda de sus sobrinas al estar las casas comunicadas. La intimidación se manifestó a través de amenazas de hacer daño a la madre o a la propia víctima si revelaba los abusos. El Tribunal consideró estas amenazas como creíbles y suficientes para doblegar la voluntad de los menores, quienes, por su edad y la relación de dependencia con el agresor se vieron incapaces de oponer resistencia.

La intimidación ambiental es uno de los supuestos más claros en los que se puede ejemplificar que no siempre es clara la diferencia entre intimidación y el abuso de supe-

[62] TS 344/2019 de 4 de julio.

[63] STS 332/2019 de 27 de junio y STS 282/2019 de 30 de mayo.

rioridad, la que implica cuestionar la anterior división entre agresión sexual y abuso sexual, o las diferencias actuales establecidas por la reforma de 2023[64].

IV.3. **Abuso de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima**

Antes de la reforma de 2022 el supuesto de abuso de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima implicaba que la acción fuera a ser considerada de abuso sexual, y no como agresión sexual. Sin embargo, en la actualidad, al desaparecer, al menos formalmente, esta división nos encontramos también ante un caso de agresión sexual, a pesar de que aparentemente la víctima haya dado su consentimiento. Se trata de un supuesto en ocasiones muy cercano a la intimidación, lo que puede implicar dificultades en su diferenciación. Así, el TS de forma reiterada expresó que «la línea divisoria entre la intimidación y el prevalimiento puede ser difícilmente perceptible en los casos límite como es la diferencia entre un consentimiento cercenado por la amenaza de un mal y el viciado que responde al tipo del abuso donde la víctima en alguna medida se siente intimidada»[65].

Para poder apreciar una situación de abuso de superioridad, deben concurrir tres elementos. En primer lugar, una situación de superioridad manifiesta; en segundo lugar, que dicha situación coarte la capacidad de decidir de la víctima; y en tercer lugar, que el agresor sea consciente de las circunstancias y las ponga a su servicio[66]. En cualquier caso, la superioridad ha de ser «notoria y eficaz» lo que significa que debe ser apreciable de forma objetiva y no solo percibida de forma subjetiva por una de las partes. Además, debe ser suficiente para restringir de forma relevante la capacidad de la víctima[67].

Es decir, implica un «desnivel notorio» entre las partes. Una de ellas se aprovecha deliberadamente de su posición de superioridad para restringir de un modo relevante la capacidad para decidir sobre una actividad sexual súbitamente impuesta. La situación de superioridad puede tener un origen muy variado, no se limita a personas mayores de edad, la superioridad puede ser laboral, docente, familiar, económica o de otra índole[68].

Un ejemplo en el que se consideró que el atentado contra la libertad sexual era un abuso fue el caso del responsable de un banco de alimentos que hace valer su posición para para tener relaciones sexuales con una mujer que está en unas situación de extrema pobreza[69].

A pesar de que las consecuencias penológicas en este supuesto, son menos severas se le que en la violencia o intimidación, es necesario tener presente que en situaciones

64 STS 332/2019 de 27 de junio y STS 282/2019 de 30 de mayo.
65 STS 332/2019 de 27 de junio.
66 STS 298/2019 de 7 de junio.
67 STS 205/2019 de 12 de abril.
68 STS 298/2019 de 7 junio y STS 166/2019 de 18 marzo.
69 STS 667/2022 de 30 de junio.

de relación de gran desigualdad entre las partes, o en contextos de gran dependencia o vulnerabilidad, es probable que no sea necesario ni siquiera recurrir a la fuerza o a la amenaza para conseguir doblegar la voluntad de la víctima, que baste simplemente con aprovechar las circunstancias del caso. Es por ello, que resulta cuestionable que se trate de casos de menor gravedad o al menos de casos que tengan una significación menor. Por ejemplo, si pensamos en el caso de una mujer migrante es situación irregular y muy precarizada que se someta a las demandas sexuales de su jefe sabiendo que si no lo hace pone en peligro su puesto de trabajo y, que, por lo tanto, estarán en juego los aspectos esenciales de una vida digna, es posible que no sea necesario utilizar violencia o intimidación. Sin embargo, no podríamos decir que nos encontremos ante un caso de menor gravedad.

V. **Conclusiones**

El análisis de la evolución de la legislación sobre violencia sexual revela una transformación significativa en la conceptualización del consentimiento y su rol en los delitos contra la libertad sexual.

La introducción de una definición legal de consentimiento en la LO 10/2022, aunque no ha generado un cambio radical en la interpretación jurisprudencial, sí aporta mayor seguridad jurídica. La definición, plasmada en el artículo 178 del Código Penal, establece que el consentimiento debe ser libre, claro y expresado mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, revelen la voluntad de la persona. Esta definición, flexible y con posibilidad de adaptarse a la diversidad de situaciones, refuerza la importancia de una manifestación inequívoca de la voluntad, descartando la presunción del consentimiento y la perpetuación del mismo para actos sexuales posteriores.

A pesar de los avances, la posterior reforma de 2023, al introducir tipos agravados en función de los medios comisivos empleados, supuso un retroceso hacia el modelo tradicional centrado en la violencia e intimidación, aunque se siga manteniendo la definición de consentimiento. Esta distinción, que recupera en parte la anterior separación entre agresión y abuso sexual, obliga a una interpretación detallada de las conductas tipificadas en el artículo 178.2 del Código Penal, especialmente en lo que respecta a la diferenciación entre intimidación ambiental y abuso de superioridad o vulnerabilidad. Puede tratarse de una tarea compleja ya que la línea divisoria entre ambas formas comisivas no es siempre clara. Por ello, es fundamental que la aplicación de la ley sea sensible a las circunstancias particulares de cada caso, evitando la rigidez interpretativa, los sesgos de género y las posiciones que puedan repercutir negativamente en el desarrollo de la libertad sexual.

Igualmente, es importante prestar atención a otros elementos como la formación continua de los operadores jurídicos, en particular de jueces y juezas. Es crucial para garantizar una correcta interpretación y aplicación de la ley, especialmente, en un tema tan sensible como la violencia sexual. Finalmente, es importante recordar que la

protección de las víctimas no viene necesariamente condicionada por la imposición de penas más severas. La prevención, la asistencia integral especializada y la reparación del daño son elementos esenciales para una respuesta efectiva a la violencia sexual.

VI. Bibliografía

Acale Sánchez, María, *Violencia sexual de género contra las mujeres adultas. Especial referencia a los delitos de agresión y abusos sexuales.* Reus Editorial, Madrid, 2019.

— «Delitos sexuales: razones y sin razones para esta reforma», *IgualdadES*, Núm 5, 2021, pp. 467-485.

Altuzarra Alonso, Itziar, «El delito de violación en el Código Penal español: análisis de la difícil delimitación entre la intimidación de la agresión sexual y el prevalimiento del abuso sexual. Revisión a la luz de la normativa internacional», *Estudios Deusto*, vol. 68, Núm 1, 2020, pp. 511-558.

Asua Batarrita, Adela, «Las agresiones sexuales en el nuevo Código Penal: imágenes cultuales y discurso jurídico», en VV.AA *Análisis del Código Penal desde la prespectiva de género,* Emakunde-Instituto Vasco de la Mujer, Vitoria-Gasteiz, 1998.

— «El significado de la violencia sexual contra las mujeres y la reformulación de la tutela penal en este ámbito. Inercias jurisprudenciales», en Patricia Laurenzo Copello / María Luisa Maqueda Abreu / Ana María Rubio Castro (coords.) *Género, Violencia y Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p.131-170.

— «La razón de género en el marco de la agravante "de odio" del art. 22.4 CP. Por una interpretación restrictiva frente al deslizamiento punitivo», en María Martín Lorenzo (coord.) / Ana Cristina Andrés Domínguez (coord.) / Miguel Angel Iglesias Río (coord.) / Mercedes Pérez Manzano (coord.) / Margarita Valle Mariscal de Gante (coord.), *Estudios en homenaje a la profesora Susana Huerta Tocildo,* Universidad Complutense 2020, pp. 365-376.

Ballesteros Doncel, Esmeralda / Blanco Moreno, Francisca, «Las estadísticas de criminalidad sexual en España: una propuesta de caracterización. Statistics about Sexual Violence. A first approache», *EMPIRIA. Revista de Metodología de Ciencias Sociales,* Núm 50 marzo, 2021, pp. 137-174.

Brandariz García, Jose Angel, *El delito de robo con violencia o intimidación en las personas,* Editorial Comares, Granada, 2003.

De Giuli, Anna, «Los sesgos en el conocimiento judicial. Para un control del sentido común y de la pseudo-ciencia», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez,* Núm 58, 2024, pp. 173-197.

Delegación del Gobierno Contra la Violencia de Género, *Macroencuesta de violencia contra la mujer 2019*, Ministerio de Igualdad, Madrid, 2020.

Díez Ripolles, José Luis, «Título VIII Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en José Luis Díez Ripolles / Carlos M. Romeo Casabona (coord.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial I. Títulos VII-XII y faltas correspondientes,* Tirant lo blanch, Valencia, 2004, pp. 209-269-

García Sánchez, Beatriz, «La nueva concepción de la libertad sexual en la ley del "solo sí es sí" y su problemática aplicación retroactiva», *Revista de Derecho Penal y Criminología,* 3.ª Época, Núm 30 (julio 2023), pp. 113-163.

García-Escudero Márquez, Piedad, «Objetivo: mejorar la calidad de las leyes. Cinco propuestas de técnica legislativa», *Revista De Las Cortes Generales*, 80, 2010 pp. 59-105.

Landa Gorostiza, Jon Mirena, «Derecho Penal sustantivo: la violencia sexual», en José Francisco Etxeberria Guridi (dir.) / Goizeder Otazua Zabala (coord.) / Katixa Etxeberria Estankona (coord.), *La mujer víctima de violencia: análisis multidisciplinar del ordenamiento jurídico español y europeo a la luz del Convenio de Estambul*, 2022, pp.211-264.

Marín de Espinosa Ceballos, Elena B., «La reforma y contrarreforma del delito de agresión sexual», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 25, 2023.

Muñoz Aranguren, Arturo, «El peso de los estereotipos de género en las decisiones judiciales. Una aproximación desde la psicología jurídica», en VV.AA., *Revisión de las políticas y prácticas ante la violencia de género*, *Cuadernos penales José María Lidón* Núm 16, Universidad de Deusto, 2020, p. 37-79.

Muñoz Conde, Francisco, *Derecho penal parte especial*, ed. 25.º, Tirant lo Blanch, 2023.

Pascual Merino, Marta, «Las denuncias por la violencia sexual: problemática entorno a los obstáculos y oportunidades para una persecución adecuada», en Helena Soleto Muñoz (dir.) / Aurea Grané Chavez (dir.) / Alejandro García Peña (coord.), *El sistema de justicia ante la victimación sexual,* Dykinson, 2023, pp. 1037-1072.

Ragueés i Vallès, Ramón, «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en Jesús-María Silva Sánchez (dir.) / Ramón Ragués I Vallés (coord.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial,* Atelier, Barcelona, 2019.

Santo García, Eva María, *Los delitos de hurto y robo. Análisis de su regulación tras la reforma operada por la LO 1/2015,* de 30 de marzo, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

Súarez-Mira Rodríguez, Carlos, *Manual de Derecho Penal Tomo II Parte Especial (8.ª Ed),* Aranzadi, Cizur Menor, 2020.

Tamarit Sumalla, Josep M., «Sistema de sanciones y política criminal. Un estudio de Derecho comparado europeo», *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 9, 2007, pp.1-40.

— Aizpitarte Gorrotxategi, Alazne / Arantegui ArráeZ, Laura / Romero Seseña, Pablo, «Respuesta judicial a la agresión y el abuso sexual: relevancia de los factores legales y extralegales en las sentencias», *Universitat Oberta de Catalunya,* 3.ª Época, Núm 27, 2022, pp. 197-238.

15

LA CONDUCTA TÍPICA EN EL TIPO BÁSICO DE AGRESIONES SEXUALES[*]

Miguel Díaz y García Conlledo / María A. Trapero Barreales[**]
Catedráticos de Derecho Penal
Universidad de León

SUMARIO: I. Introducción. II. La conducta típica de los arts. 178.1 y 181.1 Cp: una descripción literal ¿diferenciada? II.1. La redacción literal antes de la reforma de 2022 (y la contrarreforma de 2023). II.2. La redacción literal tras la reforma de 2022 (y la contrarreforma de 2023): ¿implicaciones en la forma de interpretar el requisito del contacto corporal? II.2.1. *El contacto corporal.* II.2.2. *Acto de carácter sexual: criterio objetivo, subjetivo y mixto.* II.2.2.1. *Acto de carácter sexual: su concreción.* III. Bibliografía.

I. Introducción

Como es de sobra conocido, la reforma operada por la LO 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, eliminó la diferenciación entre agresión y abuso sexual (de mayor y menor de 16 años), optando por la unificación de todo acto sexual no consentido bajo el *nomen iuris* de agresión sexual[1].

[*] El presente trabajo se enmarca dentro del Proyecto de investigación PID2023-148510NB-I00, financiado por MICINNU/AEI/10.13039/501100011033, así como en las tareas de investigación de la UIC 166 de Castilla y León; en ambos casos el investigador principal y director es Miguel Díaz y García Conlledo y en el Proyecto es segunda IP María A. Trapero Barreales.

[**] Carlos Romeo iba a ser objeto de un merecido *Liber Amicorum* tras su jubilación y con la alegría de quienes participamos en él por rendirle homenaje y por tener ocasión de desearle lo mejor en un futuro que imaginábamos, conociéndolo, productivo y feliz. Su inesperado fallecimiento nos ha causado un fuerte impacto y quienes suscribimos este trabajo lamentamos que el libro sea a la vez ahora, forzosamente, un libro en memoria del reconocido colega y querido amigo. En todo caso, el libro seguirá siendo una muestra de respeto académico y afecto personal. Y una forma más de honrar, aunque sea demasiado pronto, su memoria. Los recuerdos, especialmente de uno de nosotros (Miguel Díaz), de toda una vida con Carlos son tantos que es imposible resumirlos aquí. Su obra perdurará y su recuerdo no se apagará en nosotros.

[1] El término agresión sexual es utilizado de forma constante en los delitos tipificados en el Capítulo I, arts. 178 a 180 CP. Sin embargo, en el Capítulo II, aparte de su mención en la rúbrica, el término agresión sexual apenas aparece en la descripción de las distintas modalidades delictivas del art. 181 CP. En concreto,

Este cambio no ha repercutido en la descripción de la conducta típica del tipo básico de agresión sexual del art. 178.1 CP[2], ya que se ha mantenido la misma técnica descriptiva del antiguo delito de agresión sexual, pero sí ha afectado, aunque en menor medida (atendida la decisión legislativa de eliminar la antigua distinción entre agresión sexual y abuso sexual), a la descripción de la conducta típica del tipo básico de agresión sexual a menor de 16 años del art. 181.1 CP.

En este trabajo se entrará a valorar principalmente si la nueva redacción literal de los tipos básicos de agresiones sexuales (arts. 178.1 y 181.1 CP) ha supuesto un cambio en la descripción de la conducta típica de estas figuras delictivas. Para ello será preciso tener en cuenta la interpretación de la conducta típica de los antiguos delitos de agresiones sexuales y abusos sexuales, en víctimas mayores y menores de 16 años. Además, también se atenderá a la posible decisión legislativa de incriminar cualquier acto sexual no consentido, poniendo fin o, al menos, poniendo en cuestión la aplicación de los principios de intervención mínima, carácter fragmentario y *ultima ratio*, o, dicho de otra manera, impidiendo o haciendo muy difícil la aplicación de causas de atipicidad penal[3] como el principio de insignificancia y/o el de tolerancia social[4].

---

solo se menciona en el art. 181.5 b) (cuando la agresión sexual vaya precedida o acompañada de una violencia de extrema gravedad o de actos que revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio). También debe destacarse que el término violación, utilizado para la denominación de las agresiones sexuales cualificadas atendiendo a las conductas realizadas, solo se emplea en el art. 179 CP, pero no aparece en su paralelo art. 181 CP. La diferente terminología utilizada merece ser subrayada, pues no debe olvidarse que uno de los argumentos alegados para justificar la reforma de 2022 era el efecto comunicativo del lenguaje, reclamando de manera específica la eliminación del término abuso sexual para que, en su lugar, se nombraran con propiedad estos hechos, esto es, todo acto sexual no consentido como agresión sexual (u otros términos como atentado sexual), para conseguir también la coincidencia entre el lenguaje jurídico-penal y el social o coloquial. V., más ampliamente sobre este argumento, Díaz y García Conlledo, M. / Trapero Barreales, M.A., *¿Razones…,* ob. cit., pp. 555 ss. Cabría pensar (como mera hipótesis no contrastada) que esta justificación solo es válida para las agresiones sexuales en adultos, y que, en el caso de las víctimas menores, se pretende evitar este término, de manera intencionada, precisamente porque la palabra tiene una carga comunicativa, pero no solo referida al autor —agresor—, sino también desde el punto de vista de la víctima, en este caso más desvalida, al tratarse de un menor, respecto del cual la denominación podría resultar más estigmatizante.

[2] La conducta típica descrita en el art. 178.1 CP sirve para aplicar este tipo básico de agresión sexual (y para la aplicación de la definición legal de agresión sexual del art. 178.2) y también el primer nivel agravatorio basado en los medios comisivos o circunstancias concurrentes (violencia, intimidación, víctima con la voluntad anulada por cualquier causa) descrito en el art. 178.3 CP. En el caso de víctimas menores de 16 años, la conducta descrita en el art. 181.1 párrafos primero y segundo CP sirve para la aplicación de este tipo básico y también para el primer nivel agravatorio basado en los medios comisivos y circunstancias concurrentes (los descritos en el art. 178.2 y 3) del art. 181.2 CP. Y servirá también para la aplicación de los tipos atenuados de los arts. 178.4 y 181.3 CP.

[3] Se está utilizando el concepto de causas de atipicidad penal en el sentido planteado por Luzón Peña, *Lecciones*…, ob. cit., 20/1-3 (p. 324), 20/31-56 (pp. 331 ss.).

[4] A desterrar o, al menos, a poner en duda la vigencia plena de estos principios limitadores del *ius puniendi,* y de las causas de atipicidad penal mencionadas en el texto, también puede contribuir la

Para alcanzar estos objetivos se tendrá que analizar, primero, el tenor literal de los arts. 178.1 y 181.1 CP; segundo, el concepto de acto sexual, pues a través de él se podrá dar contenido a la conducta típica, literalmente descrita de manera diferente en los dos preceptos citados. Y tercero, si la previsión de un tipo atenuado (en los arts. 178.4 y 181.3 CP) supone o no un límite legal a la aplicación de los principios limitadores del *ius puniendi*, y/o a las causas de atipicidad penal anteriormente mencionadas, si bien, por razones de espacio, esta tercera tarea queda para otro trabajo.

II. La conducta típica de los arts. 178.1 y 181.1 CP: una descripción literal ¿diferenciada?

II.1. La redacción literal antes de la reforma de 2022 (y la contrarreforma de 2023)

Como ya se ha indicado, antes de la reforma de la LO 10/2022 se diferenciaba entre los delitos de agresiones y abusos sexuales, con víctimas mayores y menores de 16 años.

En concreto, se regulaban de manera separada las agresiones y abusos sexuales a mayores y a menores de 16 años, a partir de la reforma operada por la LO 1/2015, con diferencias en el tenor literal de todas estas figuras delictivas: en el antiguo delito de agresión sexual del art. 178 se castigaba a el que atentare contra la libertad sexual de otra persona; en el antiguo delito de abuso sexual del art. 181.1 al que realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona; en el antiguo delito de abuso sexual de menor de 16 años del art. 183.1 al que realice actos de carácter sexual con un menor de 16 años; y el antiguo delito de agresión sexual a menor de 16 años del art. 183.2 era de aplicación cuando los hechos (los del apartado anterior) se cometan empleando violencia o intimidación, estableciéndose que las mismas penas se imponían cuando, mediante violencia o intimidación, se compeliere a un menor de 16 años a participar en actos de naturaleza sexual con un tercero o a realizarlos sobre sí mismo[5]. La regulación de las agresiones y abusos sexuales a menores de 16 años, en lo que aquí interesa, se completaba con la figura delictiva que ha sido suprimida en la reforma de 2022 consistente en determinar a menor de 16 años a participar en un comportamiento de naturaleza sexual (antiguo art. 183 bis), pues esta figura delictiva también ha sido tenida en consideración, sobre todo, a la hora de interpretar el antiguo delito de abuso sexual a menor de 16 años[6].

---

introducción del delito de acoso con connotación sexual, también llamado acoso callejero, del art. 173.4 párrafo segundo CP.

[5] En este trabajo se omitirá la referencia al delito de abuso sexual fraudulento y al cometido abusando de una posición reconocida de confianza, autoridad o influencia sobre la víctima mayor de 16 años y menor de 18 años (antiguo art. 182), eliminado en la reforma de 2022.

[6] Sobre la interpretación del delito consistente en determinar a menor de 16 años a participar en un comportamiento de naturaleza sexual, y si permitía diferenciar o no entre las conductas de los anterior-

La redacción de los antiguos delitos de agresiones y abusos sexuales a menores de determinada edad fue la forma en que el legislador de 2015 llevó a cabo la transposición de la Directiva 2011/93/UE, de 13 de diciembre, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, y, a su vez, el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007[7].

El diferente tenor literal utilizado en la descripción de las conductas típicas de estos delitos, unido a la opción legislativa de introducir el delito de determinar a menor de 16 años a participar en un comportamiento sexual, generó una viva discusión doctrinal sobre el alcance de estos delitos. De manera resumida, se debatía si los delitos de abusos sexuales, a menores y mayores de 16 años, solo castigaban hechos que implicaran contacto físico entre autor y víctima (concepto estricto de contacto corporal), o al menos hechos en los que se veían involucrados autor y víctima, o si cabía utilizar el concepto amplio de contacto corporal (entre sujeto activo-sujeto pasivo, sujeto pasivo-tercero, sujeto pasivo consigo mismo), mientras que en las agresiones sexuales del art. 178 CP se defendía, bien un concepto estricto de contacto corporal, bien un concepto amplio de contacto corporal, facilitado por la descripción genérica del delito (en realidad no había auténtica referencia a la conducta típica, sino a la afectación o menoscabo del bien jurídico), mientras que en las agresiones sexuales a menores de 16 años, por decisión legal, se utilizaba un concepto amplio de contacto corporal[8].

---

mente indicados tipos básicos de los delitos de agresiones y abusos sexuales, a mayores y menores de 16 años, v. Díaz y García Conlledo, M. / Trapero Barreales, M.A., *Determinar…,* ob. cit., pp. 141 ss.

[7] En el Preámbulo de la LO 1/2015 solo se cita a la Directiva 2011/93/UE para justificar la reforma de los delitos sexuales. Cabe suponer que se omite la mención al Convenio de Lanzarote porque este instrumento internacional ya había sido tenido en cuenta en la reforma de los delitos sexuales operada por la LO 5/2010, aunque en esta reforma no se mencionara expresamente el citado Convenio para justificar los cambios introducidos con ella.

[8] Sobre la discusión planteada resumidamente en el texto v., por ejemplo, Octavio de Toledo y Ubieto, E., *Razones…,* ob. cit., pp. 1144 s., quien partía del concepto amplio de contacto corporal en el antiguo delito de agresión sexual (antiguo art. 178), mientras que en el antiguo delito de abuso sexual del art. 181.1, atendido su tenor literal, defendía el concepto estricto de contacto corporal. O Muñoz Conde, *Derecho penal…,* ob. cit., pp. 218, 230 s., exigiendo contacto físico autor-víctima en los antiguos delitos de agresiones y abusos sexuales. Aceptaban un concepto amplio de contacto corporal, en agresiones y abusos sexuales, de menores y mayores de 16 años, entre otros muchos, Cancio Meliá, M., *Los delitos…,* ob. cit., p. 1627; *Delitos…,* ob. cit., nm. 9269 (p. 1106); González Rus, J.J., *Los delitos…,* ob. cit., pp. 332 s., 340; Orts Berenguer, E. / Suárez-Mira Rodríguez, C., *Los delitos…,* ob. cit., pp. 58, 123, 173; Carmona Salgado, C., *Delitos…,* ob. cit., pp. 247 s., 279; Díez Ripollés, J.L., *Artículos 178…,* ob. cit., pp. 275 ss.; Caruso Fontán, M. V., *Nuevas perspectivas…,* ob. cit., pp. 202; Orts Berenguer, E., *Delitos… (I y II),* ob. cit., pp. 212, 227, 234; Acale Sánchez, M., *Violencia sexual…,* ob. cit., pp. 234 s., 235 s.; *Delitos…,* ob. cit., p. 217; Monge Fernández, A., *«Las*

II.2. La redacción literal tras la reforma de 2022 (y la contrarreforma de 2023): ¿implicaciones en la forma de interpretar el requisito del contacto corporal?

La reforma de 2022 ha optado por unificar los antiguos delitos de agresiones y abusos sexuales bajo el mismo *nomen iuris* de agresión sexual. Esto también ha repercutido en la descripción de la conducta de los tipos básicos de agresiones sexuales. Ahora el art. 178.1 CP castiga al que realice cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona. Y el art. 181.1 CP castiga al que realice actos de carácter sexual con un menor de 16 años, y, a estos efectos, se consideran incluidos los que realice el menor con un tercero o sobre sí mismo a instancias del autor[9].

La nueva redacción sigue pecando de falta de taxatividad y precisión, más acentuada en el tipo básico de agresión sexual del art. 178.1 CP[10], pues ni siquiera se concreta aludiendo al tipo de acto que ha de realizarse que suponga un atentado contra la libertad sexual. Algo más precisa y concreta es la descripción de la conducta típica en el delito de agresión a menores de 16 años del art. 181.1 CP: *acto de carácter sexual*, y, por otro lado, porque sí ofrece una definición auténtica (de mínimos) del acto de carácter sexual: el que involucra a sujeto activo-sujeto pasivo, tercero-sujeto pasivo, sujeto pasivo sobre sí mismo.

Esta diferente redacción literal de los arts. 178.1 y 181.1 CP permitiría defender un distinto ámbito de aplicación de los tipos básicos de agresiones sexuales, a mayores y menores de 16 años, más amplio en el primero, más restrictivo en el segundo, que, sin embargo, debe ser descartada. Pues debe recordarse que el bien jurídico de la libertad

---

Manadas…, ob. cit., pp. 72 ss., 219; *De las agresiones…,* ob. cit., pp. 266 ss., 269 ss., 272 ss., 282. Y, en particular tras la reforma 2015, sí se plantearon diferencias en las conductas típicas en las agresiones y abusos sexuales, de mayores y menores de 16 años, en particular, en el caso de menores, porque en abusos sexuales se exige realizar un acto sexual *con* un menor, en las agresiones sexuales hay previsión expresa de equiparación a efectos de pena entre realizar el acto sexual con un menor y compeler a que el menor participe en el acto sexual con un tercero o a realizarlo consigo mismo y, adicionalmente, en el caso de menores de 16 años, se preveía el antiguo delito de determinar al menor a participar en un comportamiento sexual. V., para más detalles, entre otros, Ramos Tapia, M. I., *La tipificación…,* ob. cit., pp. 129 s.; Tamarit Sumalla, J. M., *¿Caza de brujas…,* ob. cit., pp. 94; Ramos Vázquez, J. A., *Política criminal,* ob. cit., pp. 123, 134; Caruso Fontán, M.V., *La reforma…,* ob. cit., pp. 4 ss.; Pérez Alonso, E., *Concepto…,* ob. cit., pp. 8, 15 ss.; Cabrera Martín, M., *La victimización…,* ob. cit., pp. 121 ss., 174 ss.

[9] Sobre el significado de a instancias del autor en el delito de agresión sexual a menor de 16 años, Tamarit Sumalla, J.M., *Artículo…,* ob. cit., p. 1278, incluye solo las conductas de inducción, descartando las de cooperación en la conducta sexual del menor.

[10] González Rus, J.J., *Propuesta…,* ob. cit., p. 695, sí ve una mejora en la redacción del art. 178.1 CP.

sexual[11] tiene una doble dimensión, positiva y negativa[12]; la genérica referencia a realizar actos que atenten contra la libertad sexual del art. 178.1 CP permitiría, en principio, abarcar conductas o actos que afecten a ambas dimensiones de la libertad sexual[13]: desde la perspectiva negativa, involucrar a una persona en un acto sexual sin su consentimiento; desde la perspectiva positiva, realizar actos que impidan la autodeterminación sexual de otra persona. Sin embargo, en las agresiones sexuales a menores de 16 años queda más claro que se está aludiendo a la perspectiva negativa de la libertad sexual, desde el momento en que el tenor literal del art. 181.1 CP alude a realizar actos de carácter sexual *con* el menor de edad, incluidos los que realiza el menor a instancias del sujeto activo, así que no parece que se pueda incluir en esta expresión realizar actos que impidan al menor su autodeterminación sexual. Y, por otro lado, con la referencia genérica a realizar un acto que atente contra la libertad sexual, en el art. 178.1 CP tampoco se está exigiendo un acto que implique contacto corporal, sea en sentido estricto, sea en sentido amplio[14], algo que sí ocurre, sin embargo, en el delito de agresión sexual a menor de

[11] Se parte de la hipótesis de que en estos delitos se protege la libertad sexual. Así se decide por el legislador de 2022 cuando modifica la rúbrica del Título VIII del Libro II CP para que vuelva a ser delitos contra la libertad sexual, una modificación que trae causa de la LO 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la *libertad sexual* (refiriéndose expresamente a mujeres, niñas y niños. A quien no cita expresamente es a los hombres). Plantea otra forma de interpretar el bien jurídico en las agresiones sexuales, entre otros, Asua Batarrita, A., *Las agresiones…,* ob. cit., pp. 82, 83, 99, aludiendo a la autodeterminación y dignidad de la víctima, no solo determinadas partes de su cuerpo. Y más recientemente, proponen una redefinición del bien jurídico como libertad sexual segura Acale Sánchez, M., *Violencia sexual…,* ob. cit., pp. 169 s.; *El consentimiento…,* ob. cit., pp. 40, 41 s.; *Los delitos…,* ob. cit., p. 57. También sobre esta redefinición del bien jurídico López Lorca, B., *El Anteproyecto…,* ob. cit., pp. 133 s.

[12] V., más ampliamente, sobre esta doble dimensión, entre otros muchos, Díez Ripollés, J.L., *Delitos…,* ob. cit., pp. 224; *Alegato…,* ob. cit., p. 5; *Las propuestas…,* ob. cit., p. 1555. V., también STS 227/2021, 11 de marzo (ECLI:ES:TS:2021:1914).

[13] Esta interpretación ya se podía defender en la antigua regulación del delito de agresión sexual, cuando su tenor literal era aún más abierto (el que atentare contra la libertad sexual). V., por todos, Quintero Olivares, G., *Problemas aplicativos…,* ob. cit., p. 72. Han limitado la aplicación del delito de agresión sexual (antes y ahora) frente a conductas que ataquen la libertad sexual en sentido negativo, entre otros muchos, Gómez Tomillo, M., *Derecho penal sexual…,* ob. cit., p. 4; *Artículos 178…,* ob. cit., p. 481; Morales Prats, F. / García Albero, R., *Artículos 178…,* ob. cit., p. 1279; Cancio Meliá, M., *Delitos…,* ob. cit., nm. 9216 (p. 1099). Y tras las reformas de 2022 y 2023, Cancio Meliá, M., *Delitos…,* ob. cit., nm. 9216 (p. 1099); González Tascón, M.M., *El delito de agresión…,* ob. cit., p. 30; Morales Prats, F. / García Albero, R. / De las Heras Vives, L., *Artículos 178…,* ob. cit., p. 1246.

[14] Advertía ya hace tiempo González Rus, J.J., *Los delitos…,* ob. cit., pp. 330 s., 332, sobre la falta de descripción de la conducta típica en el antiguo delito de agresión sexual (su redacción era atentar contra la libertad de otra persona), lo que tenía como consecuencia que no quedaba claro si el delito exigía o no contacto corporal entre los sujetos implicados. Y Quintero Olivares, G., *Problemas aplicativos…,* ob. cit., p. 73, recurría al término agresión utilizado en otros lugares del CP (en la legítima defensa, en las cualificaciones de las lesiones) para concluir que sí era necesario que existiera un contacto corporal en el antiguo art. 178 CP, si bien para este autor este contacto corporal no abarcaba el que realizara la víctima

16 años del art. 181.1 CP, donde se define la agresión sexual desde el concepto amplio de contacto corporal (pues en este precepto el concepto de agresión sexual se refiere, como mínimo, a conductas que implican un contacto corporal).

Desde la hipótesis de que los delitos de agresiones sexuales de los arts. 178-180 y 181 CP deben castigar las mismas conductas, solo habría una diferencia entre ellos por las especiales circunstancias de la víctima, si es mayor o menor de determinada edad, debe aplicarse al tipo básico de agresión sexual los parámetros que aparecen más o menos reflejados en el tipo básico de agresión sexual a menor de 16 años. Por tanto, su ámbito de aplicación debe circunscribirse en todos los casos al ataque a la libertad sexual desde su dimensión o faceta negativa. Y entre los actos que atentan contra la libertad sexual han de incluirse aquellos que impliquen contacto corporal, en sentido amplio, tal como se explicará a continuación.

No debe darse mayor trascendencia a la mención a la libertad sexual en el art. 178.1 CP, referencia omitida en el art. 181.1 CP. Esta diferencia puede tener repercusión en la forma de interpretar el bien jurídico en uno y otro precepto, inclusive partiendo de la tesis de que en ambos se protege la libertad sexual (pues no debe olvidarse que la LO 10/2022 es una ley integral de garantía de la libertad sexual, en ella se menciona de manera expresa la necesidad de garantizar la libertad sexual de niñas y niños)[15].

II.2.1. *El contacto corporal*

Desoída la tesis que ha reclamado la redacción idéntica de los delitos de agresiones sexuales (también cuando se diferenciaba entre agresiones y abusos sexuales), en mayores y menores de determinada edad[16], la opción legislativa de mantener el diferente tenor literal puede servir para reavivar la discusión doctrinal sobre la forma de entender la conducta típica de estos delitos, en particular, respecto de la interpretación restrictiva

---

sobre sí misma. De otra opinión, Caruso Fontán, *Nuevas perspectivas…,* ob. cit., pp. 202, 204, 286, considerando que la exigencia del contacto corporal, aun entendido en sentido amplio, era una restricción que no se podía realizar desde la protección del bien jurídico libertad sexual.

[15] Y se ha de interpretar este bien jurídico desde su concepción individual, no identitaria, y predicable de toda persona. Es decir, no se tiene en cuenta la forma como se pretende presentar la libertad sexual en la propia LO 10/2022, desde una perspectiva identitaria, y centrada en la protección de mujeres y menores (niños y niñas). Sobre estas cuestiones, y las posibles implicaciones, incluso sobre la constitucionalidad de esta LO, v., entre otros, Díez Ripollés, J.L., *Alegato…,* ob. cit., pp. 5 s.; *Las propuestas…,* ob. cit., pp. 1555 s.; Álvarez García, F.J., *Algunos comentarios…,* ob. cit., pp. 2 ss., 16 ss.; Serrano Gómez, A., *Inconstitucionalidad…,* ob. cit., pp. 3 ss.; Moya Fuentes, M.M., *Las agresiones sexuales…,* ob. cit., pp. 73 s., 77 s.

[16] V., entre otros, Cabrera Martín, M., *La victimización…,* ob. cit., p. 174 n. 352; Ramos Tapia, M.I., *La tipificación…,* ob. cit., pp. 129 s., 130 n. 24; Cancio Meliá, M., *Delitos…,* ob. cit., nm. 9287 (p. 1107), crítica que mantiene tras la reforma de 2022 en *Delitos…,* ob. cit., nm. 9269 (p. 1106); Moya Fuentes, M.M., *Las agresiones sexuales…,* ob. cit., p. 112.

o amplia del contacto corporal, elemento que va a ser exigido indiscutiblemente a la hora de dar contenido al acto sexual, no tanto por los cambios en la descripción del tipo básico de agresión sexual del art. 178.1 CP como por la decisión de mantener la diferente redacción entre agresiones sexuales a mayores y menores de determinada edad, 178.1-181.1 CP, con el añadido de que en este segundo caso se ofrece una definición, parcial (limitada al requisito del contacto corporal), de lo que ha de entenderse por acto de carácter sexual, en el art. 181.1 segundo párrafo CP.

La tesis que aquí se va a mantener es que la conducta típica en ambos tipos penales de agresiones sexuales en su modalidad básica ha de ser interpretada desde el concepto amplio de contacto corporal: entre sujeto activo-sujeto pasivo, sujeto pasivo-tercero y sujeto pasivo consigo mismo[17].

La razón para ello es que en ambos casos se ha de afectar al mismo bien jurídico, la libertad sexual[18], pues así lo ha decidido el legislador de 2022 cuando ha modificado

[17] V., en este sentido, ya con la regulación tras la reforma 2022, González Rus, J.J., *Propuesta…,* ob. cit., p. 695; Esquinas Valverde, P., *Delitos…,* ob. cit., pp. 197, 198; López Peregrín, C., *Agresiones sexuales…,* ob. cit., p. 244 n. 49; Ragués i Vallès, R., *Delitos…,* ob. cit., p. 138; Cancio Meliá, M., *Delitos…,* ob. cit., nm. 9269 (p. 1106); Monge Fernández, A., *Delitos…,* ob. cit., p. 216; Morales Prats, F. / García Albero, R. / De las Heras Vives, L., *Artículos…,* ob. cit., p. 1247; Moya Fuentes, M.M., *Las agresiones sexuales…,* ob. cit., pp. 111 s., 113; Sainz-Cantero Caparrós, J.E. / Morillas Fernández, D.L., *Delitos…,* ob. cit., pp. 276 s. Parece aceptar un concepto relativamente amplio de contacto corporal Cuerda Arnau, M.L., *Delitos…,* ob. cit., p. 234, ya que cita el que involucra al sujeto activo y sujeto pasivo y al que afecta al sujeto pasivo sobre su propio cuerpo. De hecho, para Díez Ripollés, J.L., *Alegato…,* ob. cit., p. 15, con la nueva redacción literal se está ampliando lo que ha de ser un acto de carácter sexual. Hace esta valoración tomando en consideración el art. 178.1 «acto que atente contra la libertad sexual» y el art. 178.2 «se consideran… actos de contenido sexual», afirmando que esto facilita que se incluyan conductas sexuales que no impliquen contacto corporal, sea entre autor y víctima, sea de víctima o autor sobre sí mismos, cerrando su explicación con la objeción referida a la desmesurada ampliación del tipo. Defienden un concepto restrictivo de contacto corporal en el art. 178.1, entre sujeto activo-sujeto pasivo, Muñoz Conde, F., *Derecho penal*…, ob. cit., pp. 232 s., con el argumento de que aquí no se ha hecho una previsión similar a la del delito de agresión sexual a menor de 16 años (aunque a continuación reconoce que la jurisprudencia sí ha defendido un concepto amplio de contacto corporal en el art. 178.1 CP); Balbuena Pérez, D.E., *El nuevo delito…,* ob. cit., p. 138, reconociendo, no obstante, que no es este un tema zanjado.

[18] La rúbrica del Título VIII del Libro II CP ha sido objeto de varios cambios: en la versión originaria se refería a los delitos contra la libertad sexual. La primera reforma del vigente CP, producida en 1999, cambia esta rúbrica para pasar a denominarse delitos contra la libertad e indemnidad sexual. Y la reforma 2022 vuelve a la rúbrica originaria delitos contra la libertad sexual. Detrás de este «vaivén» en la rúbrica se esconde la discusión sobre el objeto de protección en caso de víctimas menores de edad y personas con discapacidad necesitadas de especial protección. Valoran positivamente este cambio, Díez Ripollés, J.L., *Alegato…,* ob. cit., p. 5; *Las propuestas…,* ob. cit., p. 1555, pues en víctimas menores (y personas con discapacidad) también se protegía y se protege la libertad sexual (y así lo ha afirmado este autor con anterioridad, por ejemplo, en *Delitos…,* ob. cit., pp. 221 ss.); Aguado López, S., *Las reformas…,* ob. cit., pp. 64 s.; Marín de Espinosa Ceballos, E.B., *La reforma…,* ob. cit., p. 13; Cámara Arroyo, S., *Los nuevos tipos…,* ob. cit., pp. 62 s.; *Delitos…,* ob. cit., p. 224. Críticos con este cambio en la rúbrica, entre otros,

nuevamente la rúbrica del Título VIII, eliminando la referencia a la indemnidad sexual, un cambio, como ya se ha señalado anteriormente, que trae causa de la LO 10/2022, de garantía integral de la libertad sexual[19]. El menoscabo al objeto de protección se produce de la misma manera en los tres supuestos mencionados, pues en todos ellos se está realizando un acto de carácter sexual sin consentimiento libre y voluntario del sujeto pasivo. No se percibe diferente gravedad en la conducta por el hecho de que en el acto sexual no consentido se involucre el sujeto activo-sujeto pasivo o el sujeto pasivo-tercero, y, sobre todo, cuando el sujeto pasivo realiza el acto sobre sí mismo, pues también aquí está llevando a cabo un comportamiento sin su consentimiento. Precisamente la LO 10/2022 ha querido poner el acento en el consentimiento en la tipificación de la agresión sexual[20], y esto ha de llevar, por un lado, a poner en segundo plano los medios comisivos (aunque la contrarreforma de 2023 ha recuperado el diferente tratamiento penológico de algunos medios comisivos y/o algunas circunstancias concurrentes; el tratamiento diferente atendiendo a los medios comisivos y otras circunstancias ha estado presente

---

González Rus, J.J., *Propuesta…,* ob. cit., p. 693; *Sobre la libertad…,* ob. cit., pp. 1429 ss.; Morillas Fernández, D.L., *La nueva configuración…,* ob. cit., pp. 19 ss., 24 s.; Jaen Vallejo, M., *La reforma…,* ob. cit., pp. 80 s.; Sainz-Cantero Caparrós, J.E. / Morillas Fernández, D.L., *Delitos…,* ob. cit., pp. 271 ss. Para la Circular FGE 1/2023, de 29 de marzo, sobre criterios de actuación del Ministerio Fiscal tras la reforma de los delitos contra la libertad sexual operada por la LO 10/2022, de 6 de septiembre, este cambio en la rúbrica del Título VIII carece de trascendencia en la práctica, pues no afecta a la descripción de los delitos, tampoco repercute en su interpretación y aplicación. Por limitaciones de espacio, aquí no se va a entrar en la discusión en torno al bien jurídico, antes y ahora, cuando el delito sexual afecta a menores y a personas con discapacidad necesitadas de especial protección. Tampoco a la discusión de si en todas las figuras delictivas englobadas en este Título VIII se protege solo la libertad sexual o si hay otros bienes jurídicos protegidos.

[19] Es cierto que se ha eliminado la mención a la indemnidad sexual en el Título VIII, pero no se ha completado con la eliminación de la referencia a este término en el CP. Porque se sigue utilizando en varios preceptos (por ejemplo, en los arts. 57, 74.3, 89.4 a, 90.3 último párrafo, 129 bis, 166.2 b, 570 bis.3, 573), incluso en el propio Título VIII, en el art. 188.5 CP. La falta de rigor técnico se percibe también el art. 187.3 CP, cuando en la mención a la regla concursal se sigue mencionando la aplicación del delito de prostitución de mayor de 18 años y el delito de agresión sexual o de abuso sexual cometido sobre la persona prostituida. Y es cierto que el Título VIII ha modificado su rúbrica, pero también lo es que solo en el art. 178.1 CP se hace referencia expresa a la libertad sexual; la redacción del delito de agresión sexual a menor de 16 años omite cualquier referencia al bien jurídico protegido, sea este la libertad sexual, sea el de la indemnidad sexual. Utiliza este argumento sobre el diferente tenor literal de los arts. 178 y 181 CP como prueba de que, en agresiones sexuales a menores de 16 años, no se protege la libertad sexual en realidad Morillas Fernández, D.L., *La nueva configuración…,* ob. cit., pp. 22 s.

[20] Así lo han afirmado constantemente los impulsores de la reforma, y lo han repetido sus defensores: «se ha de poner en el centro el consentimiento», no los medios o circunstancias concurrentes que afectan a la validez del consentimiento. V., por todos, Acale Sánchez, M., *Violencia sexual…,* ob. cit., pp. 196 ss., 230 ss., 237, 248, 403 s., 409 ss.; *Delitos…,* ob. cit., p. 215, 218; Faraldo Cabana, P., *Razones…,* ob. cit., pp. 178, 183, 195 ss., 197 s., 198 s.

desde la reforma de 2022 en las agresiones sexuales a menores de 16 años), y, por otro lado, también a reafirmar el concepto amplio de contacto corporal.

A mayor abundamiento, como ya se ha señalado, puede deducirse que los hechos subsumibles en los arts. 178 a 180 CP son los mismos que se castigarán a través del art. 181 CP cuando de una víctima menor de 16 años se trate (con las adaptaciones que, en su caso, se han de introducir atendiendo a las características de la víctima, más allá de los marcos penales con los que se sancionan estos hechos), así que el mismo concepto de acto de carácter sexual será aplicable en todos estos delitos. Porque, adicionalmente, otros actos sexuales cometidos con el menor de 16 años, que no son punibles en el caso de adultos (y menores con capacidad sexual reconocida legalmente, a la vista de la regulación penal vigente —art. 183 bis CP—), son objeto de sanción penal a través de otros tipos, algunos también calificados como delitos de agresiones sexuales, en concreto los arts. 182 y 183 CP.

A estas consideraciones se añade el argumento histórico: desde la aprobación del vigente CP, se optó por la distinción entre agresiones y abusos sexuales atendiendo a la forma de afectación o anulación del consentimiento del sujeto pasivo, no había distinción en las conductas típicas[21], tampoco en relación a la víctima, con carácter general. Solo cuando la víctima era menor de determinada edad (inicialmente 12 años, a partir de 1999 13 años) se había previsto la aplicación de una circunstancia cualificante basada en la especial vulnerabilidad de la víctima. La doble regulación de agresiones y abusos sexuales, de mayores y menores de determinada edad, se inicia en la reforma de 2010, sin que esto haya supuesto un cambio en la redacción de las conductas típicas en unos y otros delitos (más allá de la diferencia literal, catalogable de meramente estilística, de las agresiones-abusos sexuales: en el primero atentar contra la libertad sexual —en el antiguo art. 178—, en los segundos realizar actos que atenten contra la libertad e indemnidad sexuales —en los antiguos arts. 181.1 y 183.1—) y se mantiene, ampliándola, en la reforma de 2015[22].

[21] Es cierto que la descripción literal de los delitos de agresiones sexuales y abusos sexuales ha sido diferente desde la primera versión del vigente CP: en esta versión originaria el tipo básico de agresión sexual (art. 178.1) ya se describía genéricamente como el que atentare contra la libertad sexual de otra persona, mientras que el tenor literal del tipo básico de abuso sexual (art. 181.1) era el que realizare actos que atenten contra la libertad sexual de otra persona y, a partir de 1999, el que realizare actos que atenten contra la libertad o la indemnidad sexual.

[22] Es sobre todo a partir de la reforma de 2015 cuando se reabre la discusión doctrinal sobre si se castigaban o no las mismas conductas en los antiguos delitos de agresiones y abusos sexuales, y, particularmente, agresiones y abusos sexuales a menores de 16 años, porque, como ya se ha mencionado en una nota anterior, el delito de abuso sexual a menor de 16 años consistía en realizar actos de carácter sexual con un menor de 16 años (art. 183.1); el delito de agresión sexual hacía referencia a cuando los hechos se cometieran empleando violencia o intimidación, y, a efectos de pena, también cuando mediante violencia o intimidación el sujeto compeliera al menor de 16 años a participar en actos de carácter sexual con un

Y, por otro lado, debe tenerse en cuenta que la actual redacción de las agresiones sexuales a menores de edad debe cumplir lo dispuesto en la Directiva 2011/93/UE y el Convenio de Lanzarote[23]: en ambos textos legales se exige que se incluya en la regulación penal el concepto (relativamente) amplio de contacto corporal, diferenciando eso sí (penológicamente) atendiendo a si la agresión sexual se comete con un menor que ha alcanzado o no la edad de autodeterminación sexual[24]. Dado que en el vigente art. 181 CP se castigan las agresiones sexuales a menores de 16 años, y en su definición se ha ofrecido el concepto amplio de contacto corporal, para las agresiones sexuales a mayores de 16 años habrá que recurrir al art. 178.1 CP, y también aquí deberá operar el concepto amplio de contacto corporal, en cumplimiento de lo dispuesto en la normativa europea antes citada.

Dado que el legislador de 2015 tuvo que cumplir las obligaciones asumidas en el Convenio de Lanzarote, reforzadas por la necesidad de transponer al Derecho interno la Directiva 2011/93/UE, y, como en tantas ocasiones, la técnica utilizada para ello fue el corta(o copia)-pega (el antiguo art. 183.2 es, en gran medida, una copia literal de lo dispuesto en los citados textos europeos), entendió el legislador que resultaba «imperativa» la introducción de la aclaración de que era constitutivo de agresión sexual el acto

---

tercero o a realizarlos sobre sí mismo (art. 183.2 primer y segundo inciso). Y esta redacción se completaba con el delito de determinar a menor de 16 años a participar en un comportamiento de naturaleza sexual (el antiguo art. 183 bis primer inciso, derogado en la reforma de 2022).

[23] La reforma de 2015 se justificó porque sería el resultado de la transposición de la Directiva 2011/93/UE. En las explicaciones dadas en el Preámbulo LO 1/2015, después de reconocer que se está llevando a cabo la transposición al CP de las disposiciones contenidas en la citada Directiva, a continuación se explica en qué se ha traducido este cumplimiento: la realización de actos de carácter sexual con menores de 16 años será considerada como hecho delictivo, en todo caso (a salvo lo dispuesto en el antiguo art. 183 quater), y se establecen agravaciones si, además, concurre violencia o intimidación, o si los abusos consisten en realizar determinadas conductas (las descritas en el antiguo art. 183.3). Y se completa la explicación, en la parte que aquí interesa, con la referencia a que se tipifica de manera expresa la conducta de hacer presenciar a un menor de 16 años actos o abusos sexuales sobre otras personas. En esta explicación no hay ninguna alusión o referencia a la conducta incluida en el antiguo art. 183.2 segundo inciso y, mucho menos, que tal decisión pueda tener repercusión o consecuencias en la interpretación del antiguo art. 178.

[24] En la redacción del antiguo art. 183.2 se percibía claramente la influencia de la Directiva 2011/92/UE, pues reproducía literalmente la definición de agresión sexual a menor de edad: en el art. 3.5 iii) Directiva se dispone que ha de tipificarse la conducta consistente en realizar actos de carácter sexual empleando coacción, fuerza o amenazas, estableciendo una diferencia penológica dependiendo de si el menor no ha alcanzado la edad de consentimiento sexual o si el menor ha superado este límite de edad; en el art. 3.6 se dispone la tipificación de la conducta consistente en emplear coacción, fuerza o amenazas con un menor para que participe en actos de carácter sexual con un tercero, diferenciando de nuevo penológicamente atendiendo a si es un menor que no ha alcanzado la edad de consentimiento sexual o ha superado este límite de edad. La Directiva no incluía en la definición de agresión sexual el supuesto en que el menor realice actos de carácter sexual sobre sí mismo a instancias del autor.

sexual consistente en contacto corporal sujeto pasivo-tercero y sujeto pasivo consigo mismo, y esta aclaración o definición de agresión sexual ha entendido que era «imperativo» que se mantuviera en la reforma de 2022 en el actual art. 181 CP. Solo así, por un lado, antes y ahora, se da cumplimiento a la definición de acto sexual de la normativa citada, y, por otro lado, antes y ahora se evita una eventual laguna de punibilidad, pues en la redacción de la otra conducta constitutiva de agresión sexual (y, antes de la reforma de 2022, era la única conducta tipificada en el delito de abuso sexual a menor de determinada edad), realizar actos de carácter sexual *con* un menor de 16 años, se podría entender que se ha utilizado la técnica del delito de propia mano[25], técnica que se ha mantenido en el actual art. 181.1 primer párrafo CP[26]. Pero en la redacción del vigente delito de agresión sexual del art. 178 CP (y lo mismo se había hecho en su redacción antigua) se ha prescindido de esta técnica, acertadamente, pues la descripción del delito se ha centrado en el ataque al bien jurídico protegido, sin hacer referencia realmente a la forma en que se ha de producir su afectación o menoscabo; ni siquiera se ha hecho una limitación de la conducta desde la perspectiva del acto que ha de ser realizado, pues alude genéricamente a realizar cualquier acto, sin calificarlo de sexual (este calificativo sí se hace en el caso de la agresión sexual a menor de 16 años, mientras que en el art. 178.1 CP se describe genéricamente como realizar cualquier acto que atente contra la libertad sexual). Así que en el delito de agresión sexual del art. 178.1 CP, aplicable en la protección de los menores de edad que ya han alcanzado la «mayoría» de edad sexual, se puede mantener el concepto amplio de contacto corporal sin ningún problema derivado de su tenor literal.

Por fin, como última razón, para la interpretación del art. 178.1 CP se ha de tener en cuenta el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011, porque la LO 10/2022 utiliza como argumento justificativo de la reforma penal

[25] Refiriéndose a la regulación anterior a la reforma de 2022, se ha interpretado que realizar actos de carácter sexual *con* un menor, en el antiguo art. 183.2 primer inciso (y, por tanto, también en el antiguo art. 183.1 primer inciso), solo abarcaba conductas que el sujeto activo realizaba sobre el sujeto pasivo. V., entre otros, Ramos Tapia, M.I., *La tipificación…,* ob. cit., pp. 129 s.; Tamarit Sumalla, J.M., *¿Caza de brujas…,* ob. cit., p. 94; Ramos Vázquez, J.A., *Política criminal…,* ob. cit., pp. 123, 134; Caruso Fontán, M.V., *La reforma…,* ob. cit., pp. 4 ss.; Pérez Alonso, E., *Concepto…,* ob. cit., pp. 15 s.

[26] La interpretación del actual art. 181.1 CP como delito de propia mano puede basarse en el tenor literal, realizar actos de carácter sexual con un menor de 16 años. Esta descripción de la conducta típica en el art. 181.1 CP difiere de la redacción dada en el art. 178.1 CP. Probablemente el legislador de 2022 ha querido obviar la referencia al bien jurídico en la redacción del delito de agresión sexual a menor de 16 años, de ahí que haya optado por otra redacción que genera la duda de si sigue o no el planteamiento del delito de propia mano, así que, para evitar posibles lagunas de punibilidad si así se concluye, se ve forzado a introducir la definición de agresión sexual del art. 181.1 segundo párrafo CP.

el cumplimiento de las obligaciones asumidas con la ratificación del citado Convenio[27]; en el art. 36 de este Convenio se propone la tipificación del delito de violencia sexual, incluida la violación: para el delito de violencia sexual no constitutiva de violación se dispone que se tipifique la conducta consistente en los demás actos de carácter sexual no consentidos con otra persona y obligar a otra persona a prestarse a actos de carácter sexual no consentidos con un tercero (art. 36.1 b y c Convenio Estambul).

En la defensa de esta tesis no es obstáculo el diferente tenor literal de los arts. 178.1 y 181.1 CP.

En el actual delito de agresión sexual se ha recurrido a una descripción que recuerda al antiguo delito de abuso sexual, cuya conducta consistía en realizar actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexuales[28]. No se percibe auténtica diferencia entre la antigua referencia a atentar contra la libertad sexual y la actual de realizar un acto que atente contra la libertad sexual[29]. Así lo había mantenido un amplio sector doctrinal, defensor del concepto amplio de contacto corporal idéntico en los antiguos tipos básicos de agresiones y abusos sexuales[30], también adoptado por la jurisprudencia[31], a pesar

[27] El argumento mencionado en el texto se utiliza para justificar la eliminación de la distinción entre agresiones y abusos sexuales. Sobre esta justificación, y si se corresponde o no con la realidad, v. Díaz y García Conlledo, M. / Trapero Barreales, M.A., *Reforma…,* ob. cit., pp. 223 ss.; *¿Razones*…, ob. cit., pp. 559 ss.

[28] Posiblemente en la reforma de 2022 se ha optado por esta segunda descripción porque el verbo atentar podría tener una carga interpretativa más restrictiva, más apegada a los actos sexuales cometidos con violencia o intimidación, lo que podría suponer un obstáculo para alcanzar el principal objetivo de la reforma de 2022, la equiparación de todo acto sexual no consentido bajo el nombre de agresión sexual, sin tomar en consideración los medios comisivos y/o circunstancias invalidantes del consentimiento.

[29] Así lo reconocían desde la regulación anterior de los antiguos delitos de agresión sexual y abuso sexual, arts. 178 y 181.1, García Rivas, N. / Tarancón Gómez, P., *Agresión…,* ob. cit., pp. 1158. De otra opinión, teniendo en cuenta precisamente el diferente tenor literal (entre otros argumentos) utilizado en la descripción de los antiguos delios de agresión y abuso sexual: atentar contra la libertad sexual sí admite el concepto amplio de contacto corporal, pero con realizar actos que atenten contra la libertad sexual se ha de defender un concepto estricto de contacto corporal, entre sujeto activo y sujeto pasivo. V., en este sentido, para más detalles, Octavio de Toledo y Ubieto, E., *Razones…,* ob. cit., pp. 1144 s.

[30] V., entre otros muchos, los autores citados en la nota 10 partidarios del concepto amplio de contacto corporal aplicable en los antiguos delitos de agresión y abuso sexual, desde su versión originaria, también a partir de la reforma de 2015 (significando, por tanto, que a partir de la reforma de 2015 no se cambia de interpretación, pese a la diferente redacción de los antiguos arts. 178 y 183.2/ 181.1 y 183.1).

[31] El TS también ha admitido el concepto amplio de contacto corporal, y, en todo caso, ha descartado que los antiguos delitos de agresión y abuso sexual (de mayores y menores de 16 años) se limiten al contacto entre sujeto activo-sujeto pasivo, pues también abarca los supuestos de contacto corporal del sujeto pasivo sobre sí mismo. V., entre otras muchas, SSTS 1397/2009, 29 de diciembre (ECLI:ES:TS:2009:8493); 786/2015, 4 de diciembre (ECLI:ES:TS:2015:5362); 864/2015, 10 diciembre (ECLI:ES:TS:2015:5809); 301/2016, 12 abril (ECLI:ES:TS:2016:1487); 377/2018, 23 de julio (ECLI:ES:TS:2018:3040); 396/2018, 26 de julio (ECLI:ES:TS:2018:3104); 402/2018, 12 de septiembre (ECLI:ES:TS:2018:3156); 450/2018, 10 de octubre (ECLI:ES:TS:2018:3525); 158/2019, 26 de marzo (ECLI:ES:TS:2019:1373); 311/2020,

del diferente tenor literal en la descripción de la conducta típica (en el primero atentar contra la libertad sexual, en el segundo realizar actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual)[32]. Los verbos utilizados antes en la descripción de las agresiones y abusos sexuales (atentar, realizar actos que atenten), ahora en las agresiones sexuales, (realice cualquier acto que atente), no llevan a una interpretación diferenciada, pues, siguiendo las definiciones de la RAE, atentar significa emprender o ejecutar algo ilícito, realizar significa efectuar, llevar a cabo algo o ejecutar una acción.

Desde una interpretación amplia de la conducta sexual, abarcando también los supuestos en los que el contacto involucra a la víctima consigo misma, no hay obstáculo para admitir y castigar a través del delito de agresión sexual los supuestos de agresiones virtuales o la ciberagresión sexual, utilización de las TIC para que los sujetos pasivos, sobre todo menores, realicen actos de índole sexual sobre su propio cuerpo a instancias del sujeto activo[33].

La defensa de este concepto amplio de contacto corporal no solo tiene efectos en el tipo básico de agresiones sexuales. Sirve como argumento, adicional[34], para concluir

---

15 de junio (ECLI:ES:TS:2020:2020); 99/2021, 4 de febrero (ECLI:ES:TS:2021:1019); 447/2021, 26 de mayo (ECLI:ES:TS:2021:2165); 165/2022, 24 de febrero (ECLI:ES:TS:2022:906); 396/222, 21 de abril (ECLI:ES:TS:2022:1544).

[32] Se descarta la tesis doctrinal que ha defendido un concepto restrictivo de contacto corporal, el que involucra sujeto activo-sujeto pasivo, en los antiguos delitos de agresión y abuso sexual, bien porque así se ha defendido desde un principio, bien porque es la tesis que se ha mantenido tras la reforma de 2015, a la vista de la diferente redacción de agresiones sexuales (y abusos sexuales) en mayores y menores de 16 años. V., sobre esta tesis, limitando el antiguo art. 178, y también el antiguo delito de abuso sexual del art. 181.1 a conductas que involucran a sujeto activo-sujeto pasivo, Quintero Olivares, G., *Problemas aplicativos…,* ob. cit., p. 73; Muñoz Conde, F., *Derecho penal…,* ob. cit., pp. 218, 230 s. Este autor mantiene esta interpretación en *Derecho penal…,* ob. cit., pp. 232 s, si bien reconoce que no es la interpretación defendida jurisprudencialmente. A esta conclusión habrá de llegar Queralt Jiménez, J.J., *Derecho penal…,* ob. cit., p. 228, ya que calificaba el antiguo art. 178 como delito de propia mano. Tras la reforma 2015 esta parece ser la tesis propuesta por García Álvarez, P., *La reforma…,* ob. cit., pp. 154 s.; Morillas Fernández, D.L., *Los delitos…,* ob. cit., pp. 448 s., en los antiguos delitos de abusos y agresiones sexuales (refiriéndose a la primera de las conductas del antiguo art. 183.2) a menores de 16 años. Plantea esta posible lectura de los antiguos arts. 178 y 181 como efecto de la reforma de 2015 en materia de agresiones y abusos sexuales a menores de 16 años Caruso Fontán, M.V., *La reforma…,* ob. cit., p. 6.

[33] El TS no ha visto ningún impedimento para el castigo a través de los antiguos delitos de agresiones y abusos sexuales las ciberagresiones sexuales y los ciberabusos sexuales. V., entre otras muchas, SSTS 301/2016, 12 de abril (ECLI:ES:TS:2016:1487); 377/2018, 23 de julio (ECLI:ES:TS:2018:3040); 158/2019, 26 de marzo (ECLI:ES:TS:2019:1373); 311/2020, 15 de junio (ECLI:ES:TS:2020:2160); 447/2021, 26 de mayo (ECLI:ES:TS:2021:2165). Rechaza la aplicación de los delitos de abusos sexuales cuando la víctima realiza actos de carácter sexual consigo misma a través de las TIC con diferentes argumentos, Tamarit Sumalla, J.M., *¿Son abuso sexual…,* ob. cit., pp. 34 ss., 336 s., 38.

[34] Aunque no se aceptara el concepto amplio de contacto corporal, aplicable a agresiones sexuales y violación, el tipo penal del art. 179 (y lo mismo se podrá plantear respecto del tipo penal del art. 181.4 CP) ya no está construido como de propia mano. De su tenor literal se deduce tal conclusión: en el delito de

que el tipo agravado basado en la conducta sexual (que recibe un nombre específico en el caso de agresiones a mayores de 16 años, violación, sin que se utilice este término cuando la víctima es menor de 16 año), no puede caracterizarse como delito de propia mano. O, dicho más claramente, el acceso carnal (y conductas asimiladas) ya no tiene(n) que ser realizado(s) necesariamente por el sujeto activo, pudiendo ser realizado por un tercero o, si ello fuera posible anatómicamente hablando, el sujeto pasivo sobre sí mismo (sí se da tal posibilidad anatómica en la introducción de objetos o miembros corporales). Y, además, el acceso carnal puede consistir en que el sujeto pasivo acceda carnalmente al sujeto activo o a un tercero[35]. Consecuentemente, en caso de intervención de varias personas, una comete el acceso carnal, la otra violenta o intimida a la víctima, esto no será un impedimento para apreciar la coautoría, su calificación como autoría y participación o coautoría dependerá de la teoría general que se defienda en materia de codelincuencia, no de la circunstancia, superada, de la construcción de esta modalidad delictiva como delito de propia mano[36].

A esta conclusión se ha de llegar claramente en el caso de agresiones sexuales a menores de 16 años, pues la definición auténtica de acto de carácter sexual del art. 181.1

---

agresión sexual se castiga a el que atentare contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento, se hace una referencia al bien jurídico, no a la conducta que ha de realizar el sujeto para lesionar este bien jurídico, así que tampoco se especifica si la conducta ha de ser realizada necesariamente de propia mano. En el segundo delito tampoco se describe la conducta típica, el que acceda, el que introduzca, sino que se describe la zona corporal que ha de verse afectada o involucrada para la aplicación del delito vinculada a un sustantivo, no a un verbo (que es lo habitual en la definición de las conductas típicas), cuando la agresión consista en acceso, en introducción, nuevamente no se recurre a la técnica del delito de propia mano. Esta conclusión se refuerza si se recurre al argumento histórico. El antiguo delito de violación, vigente hasta la aprobación del CP 1995, se tipificaba siguiendo claramente esta técnica, ya que literalmente establecía «comete violación el que tuviere acceso carnal…». V., sobre estos argumentos, Díaz y García Conlledo, M., *Autoría mediata…,* ob. cit., p. 172.

[35] V., de esta opinión, Acale Sánchez, M., *Violencia sexual…,* ob. cit., pp. 234, 235. En la anterior regulación de las agresiones sexuales a menores de edad, tomando en consideración la redacción del antiguo art. 183.2, Urrutia Libarona, L. / Murua Astorquiza, O., *La tutela…,* ob. cit., p. 129, han considerado que encajaba en aquel precepto las conductas consistentes en obligar al menor mediante violencia o intimidación a penetrar vaginal, anal o bucalmente a un tercero; estas conductas no se castigaban a través del tipo agravado referido al acceso carnal, pues al fin y al cabo, en opinión de estas autoras, son dos supuestos distintos que no revisten la misma gravedad. De la misma opinión, con anterioridad, García Álvarez, P., *La reforma…,* ob. cit., p. 155.

[36] Sobre el tratamiento jurídico-penal de estos supuestos, si es de autoría y participación o, por el contrario, de coautoría, cuando uno de los sujetos realiza el acto sexual, el otro violenta o intimida, con repercusiones también en la interpretación de la circunstancia cualificante de actuación conjunta de dos o más personas [arts. 180.1.1.ª y 181.5 a) CP] v., más ampliamente, Díaz y García Conlledo, M. / Trapero Barreales, M.A., *La cualificación…,* ob. cit., pp. 443-477, y, en particular, pp. 460 ss., 467 ss., 472 s.

párrafos 1 y 2 CP[37] repercute en el concepto de acto sexual atendiendo a determinadas conductas sexuales del art. 181.4 CP: en el número 1 se tipifica la conducta consistente en realizar actos de carácter sexual, completada esta descripción con el párrafo segundo. Y, literalmente, el número 4 dispone cuando el acto sexual consista, es decir, el acto sexual descrito, en cuanto referido al contacto corporal, en el número 1. Pero la misma conclusión ha de ser extraída en el caso del delito de violación en el art. 179 CP, con este mismo argumento, esto es, la definición de acto sexual desde el concepto amplio de contacto corporal también rige para el art. 178.1 CP, y, consecuentemente, se traslada al delito de agresión agravado por la conducta sexual, el art. 179 CP, añadiendo el otro argumento de que el tenor literal del art. 179 CP prescinde de la técnica del delito de propia mano, pues se refiere a cuando la agresión sexual *consista* en[38].

La definición de contacto corporal que implica al sujeto activo-sujeto pasivo, sujeto pasivo-tercero, sujeto pasivo sobre sí mismo, puede ser positiva, permite mantener este concepto amplio, pues en todos estos supuestos sí hay menoscabo de la libertad sexual desde el momento en que falta el consentimiento para realizar cualquiera de estas conductas, pero también plantea dudas o problemas, pues tal vez puede dejar fuera algunas

[37] Antes de la reforma de 2022 era en el delito de agresión sexual donde se equiparaba, a efectos de pena, el realizar actos de carácter sexual con un menor, el compeler al menor a participar en actos de naturaleza sexual con un tercero o a realizarlos sobre sí mismo. Tras la reforma de 2022 literalmente no se hace una equiparación a efectos de pena entre los tres supuestos que se describen de agresión sexual, sino que sirven para definir el acto de carácter sexual punible como agresión sexual de menor de 16 años. V., sobre este cambio en el tenor literal del actual delito de agresión sexual, López Peregrín, C., *Agresiones sexuales…,* ob. cit., p. 243.

[38] Se puede defender que, desde la versión originaria del delito de violación en el año 1995 (en este momento, por cierto, se eliminó el término violación en la redacción del antiguo art. 179, si bien se recupera en la reforma de 1999), se ha superado la técnica del delito de propia mano en su configuración. V., en este sentido, entre otros, González Rus, J.J., *Los delitos…,* ob. cit., p. 334; Orts Berenguer, E. / Suárez-Mira Rodríguez, C., *Los delitos…,* ob. cit., pp. 77, 103, 124; Díez Ripollés, J.L., *Artículos 178…,* ob. cit., pp. 277, 339 s.; *Alegato…,* ob. cit., p. 17 n. 53; Carmona Salgado, C., *Delitos…,* ob. cit., pp. 265, 285; Caruso Fontán, M.V., *Nuevas perspectivas…,* ob. cit., pp. 227, 352, pero para esta autora, una vez que se reformó el art. 183 en el año 2015, los delitos de agresiones y abusos sexuales a menores de 16 años sí son delitos de propia mano (y en los primeros a la conducta que hay que realizar de propia mano se ha añadido otras formas de agredir sexualmente al menor, art. 183.2 segundo inciso), en *La reforma…,* ob. cit., pp. 4 ss.; Acale Sánchez, M., *Violencia sexual…,* ob. cit., pp. 249 ss., 253 ss.; Orts Berenguer, E., *Delitos… (I y II),* ob. cit., pp. 214, 227; Monge Fernández, A., «*Las Manadas…,* ob. cit., pp. 130, 173 s.; Pozuelo Pérez, L., *La agresión sexual…,* ob. cit., pp. 210, 213; y, refiriéndose a la regulación vigente tras la reforma 2022, Parrilla Vergara, J., *El delito…,* ob. cit., pp. 170 s. De otra opinión, al menos defendida hasta la reforma 2022, v., entre otros, Begué Lezaún, J.J., *Delitos…,* ob. cit., pp. 35, 58, 87, 103; Gómez Tomillo, M., *Derecho penal sexual…,* ob. cit., p. 16; más claramente Queralt Jiménez, J.J., *Derecho penal…,* ob. cit., pp. 228, 240, para las agresiones y violación, excluyendo expresamente en el art. 179, en la modalidad de acceso carnal, la posibilidad de aplicar la autoría mediata; Álvarez García, F.J. / Del Molino Romera, M., *Agresión…,* ob. cit., pp. 2036, 2037, consideraban que el antiguo art. 178 no era delito de propia mano, pero el art. 179 sí lo era.

conductas que sí habrían de ser calificadas como agresión sexual. Esto es lo que sucede cuando el sujeto pasivo se ve involucrado sin su consentimiento en actos sexuales con un cadáver, pues este ya no es un tercero. También deja fuera los supuestos en los que el sujeto pasivo se ve involucrado sin su consentimiento en actos sexuales con un animal, pues tampoco el animal es un tercero[39].

Por otro lado, debe aclararse el significado de tercero utilizado en la definición del acto sexual constitutivo de agresión sexual a menor de 16 años, y que también sirve para el tipo básico del art. 178.1 CP: ha de entenderse que se abarcan desde supuestos en los que efectivamente, se está ante un tercero ajeno al delito de agresión sexual, esto es, que desconoce que está realizando un acto sexual involucrando a una persona sin su consentimiento[40], como los supuestos en los que el tercero, a su vez, está siendo obligado a realizar la práctica sexual con el sujeto pasivo, supuesto en que, realmente, hay dos sujetos pasivos del delito de agresión sexual, y, finalmente, quedan incluidos los supuestos en los que el tercero en realidad es uno de los sujetos activos del delito de agresión sexual, al estar en connivencia con el otro agresor sexual, en casos en que se produce un reparto de papeles: por ejemplo, uno utiliza el medio comisivo invalidante del consentimiento, el otro realiza el acto sexual sobre la persona sin su consentimiento. En este último supuesto en realidad no se está en presencia de un tercero, sino que es un auténtico sujeto activo. Pero no tendría sentido que este hecho quedara fuera de la definición de acto sexual, concretamente, del concepto amplio de contacto corporal, pues, de llegar a esta conclusión, entonces tampoco podría resultar aplicable la circuns-

[39] Por razones de espacio no será objeto de análisis en este trabajo el tratamiento jurídico-penal de la necrofilia, tampoco el bestialismo o zoofilia, cuando la persona resulta involucrada en alguno de estos actos sin su consentimiento, bien porque es forzada a ello, bien porque concurre alguna de las otras circunstancias que afectan a la validez del consentimiento.

[40] Mención aparte tiene el caso en el que el tercero desconoce que la conducta sexual va a ser realizada sobre un menor de dieciséis años, pero sí sabe que la víctima está siendo obligada a realizar la conducta sexual, y él interviene libre y voluntariamente en su realización. El tratamiento del error de tipo ha de llevar a la conclusión de que, desde la perspectiva de este tercero, el hecho no puede ser calificado como agresión sexual de menor de dieciséis años, pero, porque sabe que el acto sexual que va a realizar está siendo impuesto a la víctima, habrá que valorar este hecho desde el genérico delito de agresión sexual del art. 178 CP. Si se entiende que, entre los delitos de agresiones sexuales, a menores y mayores de 16 años, rige el principio de especialidad, provocando el efecto oclusivo del primero respecto del segundo, entonces, porque en el art. 178.1 CP no se incluyen a los menores de dieciséis años, la calificación jurídico-penal tendría que ser la de la tentativa inidónea. A no ser que se entienda que no existe tal relación de especialidad y, por tanto, quedan abarcados en el art. 178 CP este tipo de supuestos, desde el momento en que la referencia legal es atentar contra la libertad sexual de otra persona, sin hacer una descripción del sujeto pasivo por exclusión (salvo los supuestos mencionados en el art. 181, por ejemplo). Nuevamente, por razones de espacio no se puede entrar a analizar el tratamiento del error de tipo en las agresiones sexuales, a menores y mayores de 16 años, en particular (pues se pueden plantear otros supuestos de error respecto de otros elementos típicos) porque el error verse sobre el consentimiento, o porque recaiga sobre la edad del sujeto pasivo.

tancia cualificante de los arts. 180.1.1.ª y 181.5 a) CP, ya que, para poder apreciar el delito cualificado, es *conditio sine qua non* que los elementos del tipo básico también se cumplan. Así se refleja literalmente en estos mismos preceptos penales («Las anteriores conductas serán castigadas», en el art. 180.1 CP; «las conductas previstas en los apartados anteriores», en el art. 181.5 CP).

El primero de los casos planteados sobre la interpretación de tercero, cuando se trata de un sujeto que incurre en un error porque desconoce que está realizando un acto sexual no consentido con el sujeto pasivo, error provocado o aprovechado por el sujeto activo, habrá que valorar a su vez si este tercero es o no otro sujeto pasivo del delito de agresión sexual. Para ello habrá que atender a la teoría general sobre los vicios del consentimiento para decidir si el error, el engaño, puede o no invalidar el consentimiento y, en caso afirmativo, en qué supuestos serán auténticos vicios del consentimiento. La definición auténtica de agresión sexual en el art. 178.2 CP, no exhaustiva, que se traslada a las agresiones sexuales a menores de 16 años en el art. 181.2 CP, no sirve para resolver esta cuestión, ya que no hace referencia a si el error y el engaño son vicios invalidantes del consentimiento.

Hasta ahora se ha mantenido que la conducta típica en ambos tipos penales básicos de agresiones sexuales (arts. 178.1 y 181.1 CP) abarca el concepto amplio de contacto corporal. Pero sí existe una diferencia relevante entre estas dos modalidades delictivas, no atinente a la conducta típica, sino al otro elemento central del delito, la ausencia de consentimiento: se estará ante el delito de agresión sexual del art. 178.1 CP cuando el acto sexual se realice sin consentimiento, ni siquiera fáctico, tampoco obviamente jurídicamente válido, es decir, el sorpresivo, el realizado sin dar oportunidad al sujeto pasivo a expresar su voluntad, además de otros supuestos de falta de consentimiento que no aparecen abarcados por la definición auténtica de agresión sexual (es decir, los supuestos definidos en el art. 178.2, algunos de ellos seleccionados para la aplicación de la agravación del art. 178.3 CP), por ejemplo, el acto sexual no consentido porque el sujeto pasivo permanece en silencio, y el silencio no es susceptible de ser entendido como manifestación de la voluntad, o, en general, el acto sexual no consentido porque el consentimiento no se ha manifestado o no se ha manifestado en los términos del art. 178.1 segundo inciso CP o, más correctamente, porque falta la auténtica voluntad del sujeto pasivo[41], o el acto sexual cometido mediante engaño, cuando el engaño sea rele-

[41] En el art. 178.1 segundo inciso CP se ha introducido una definición de consentimiento, descrita de manera taxativa «En todo caso…». Esta cláusula definitoria de consentimiento, tomada en su literalidad, puede llevar a considerar que existe una agresión sexual pese a que concurra el consentimiento del sujeto pasivo, si este no se ha manifestado en la forma y manera descrita en el art. 178.1 segundo inciso CP. La prueba de que esto puede suceder requiere un estudio detenido de la definición de consentimiento, que, sin embargo, no puede llevarse a cabo en este lugar por razones de espacio. Solo procede aclarar aquí, de entrada, que la definición de consentimiento ha de interpretarse en sus justos términos, esto es, se ha

vante penalmente, o el acto sexual se comete provocando o aprovechando el error del sujeto pasivo, cuando este error también sea relevante[42]. En las agresiones sexuales a menores de 16 años, dado que se ha previsto un tipo agravado que atiende a los medios comisivos empleados y/o a las circunstancias concurrentes, los que aparecen mencionados en el art. 178.2 y 3 CP, de esto se ha de deducir que, en el tipo básico de agresión sexual a menor de 16 años (art. 181.1 CP) se subsumirán actos de carácter sexual no consentidos, concretamente todos aquellos que, en víctimas mayores de 16 años, son subsumibles en el art. 178.1 CP y, adicionalmente, los actos sexuales realizados concurriendo el consentimiento fáctico del menor, pero sin que este resulte válido porque no se cumplen los requisitos establecidos en el art. 183 bis CP[43].

A continuación, habrá que entrar a decidir qué actos de los inicialmente seleccionados efectivamente se castigan a través de los tipos básicos de agresiones sexuales y qué actos podrían dar lugar a la aplicación de los tipos atenuados de los arts. 178.4 y 181.3 CP.

II.2.2. *Acto de carácter sexual: criterio objetivo, subjetivo, mixto*

El tenor literal de los tipos básicos de agresiones sexuales, a mayores y menores de 16 años, ha de entenderse referido a el que involucre a otra persona en un acto de carácter sexual sin su consentimiento válido desde la perspectiva jurídico-penal.

Este acto de carácter sexual, indiscutiblemente, va a consistir en contacto corporal, que, como se ha explicado en el apartado anterior, ha de ser interpretado en un sentido amplio.

Si falta claridad en la descripción de la conducta típica (acentuado en el art. 178.1 CP), tampoco el término acto de carácter sexual resulta ser taxativo. Expresión esta también utilizada en los textos internacionales que han sido tenidos en cuenta en la

---

de estar a la auténtica voluntad de la persona, no a la manifestación o exteriorización cuando esta no se corresponde con la auténtica voluntad.

[42] Sobre los supuestos que quedan abarcados por el art. 178.1 CP, v., entre otros muchos, Acale Sánchez, M., *Delitos…,* ob. cit., pp. 218 ss.; González Tascón, M.M., *El delito de agresión…,* ob. cit., pp. 34 s.; Ragués i Vallès, R., *Delitos…,* ob. cit., pp. 140 ss.; Moya Fuentes, M.M., *Las agresiones sexuales…,* ob. cit., pp. 85. 109 s. Analizan de manera particular los supuestos de engaño, además de los autores citados anteriormente, Morales Prats, F. / García Albero, R. / De las Heras Vives, L., *Artículos 178…,* ob. cit., pp. 1251 ss.

[43] V., entre otros, Boldova Pasamar, M.Á., *Delitos…,* ob. cit., pp. 237 s.; Cuerda Arnau, M.L., *Delitos…,* ob. cit., p. 255; Ramón Ribas, E., *Aciertos…,* ob. cit., pp. 393 s.; Ragués i Vallès, R., *Delitos…,* ob. cit., pp. 152 s.; Parrilla Vergara, J., *El delito…,* ob. cit., p. 237; De la Rosa Cortina, J.M., «*Protección penal…,* ob. cit., pp. 58 ss., 60 s. Esquinas Valverde, P., *Delitos…,* ob. cit., p. 213, plantea la aplicación del tipo básico de agresión sexual del art. 181.1 a los actos en los que se recurre a medios comisivos como la seducción, el embaucamiento, el juego.

regulación de las agresiones sexuales[44], y tampoco en ellos se ha aclarado su sentido o significado.

Un primer criterio para dar contenido a esta expresión será negativo: se excluirán del acto de carácter sexual de los arts. 178.1 y 181.1 CP los actos sexuales que son castigados a través del delito de violación del art. 179 y del delito de agresión sexual agravado por las conductas sexuales del art. 181.4 CP (se utiliza esta denominación desde el momento en que el legislador ha omitido el término violación en este precepto): esto es, el acceso carnal por vía vaginal, anal, bucal, la introducción de objetos o miembros corporales por vía vaginal o anal.

Este criterio tampoco está exento de problemas interpretativos, porque se sigue discutiendo doctrinalmente, no así jurisprudencialmente[45], en la calificación jurídico-penal de la conducta consistente en hacerse acceder por vía vaginal, anal o bucal[46]. Aquí se va a defender que esta conducta sí debe ser subsumida en los arts. 179 y 181.4 CP, y un argumento adicional para llegar a esta conclusión es que la nueva definición

[44] En el caso de las agresiones a menores de edad, tanto en el Convenio de Lanzarote como en la Directiva 2011/93/UE se propone la tipificación como delito de la conducta consistente en realizar actividades sexuales o actos de carácter sexual con un menor. También en el Convenio de Estambul (que justificó la reforma de 2022 como se afirma expresamente en el Preámbulo de la LO 10/2022) se reclama la tipificación de la violencia sexual consistente en actos de carácter sexual no consentidos, u obligar a una persona a prestarse a actos de carácter sexual no consentidos con un tercero.

[45] El TS sí subsume en el delito de violación la conducta consistente en hacerse acceder. V. Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda del TS de 25 de mayo de 2005 (JUR 2005/167140).

[46] Sobre la discusión doctrinal en torno a la calificación como violación de la conducta consistente en hacerse acceder, antes de la reforma de 2022, v., por todos, Gómez Tomillo, M., *Artículos 178…*, ob. cit., pp. 482, 487 s., 504, 508 s.; Cancio Meliá, M., *Delitos…,* ob. cit., nm. 9308 (p. 1111), tesis que sigue manteniendo en *Delitos…,* ob. cit., nm. 9308 (p. 1115); Muñoz Conde, F., *Derecho penal,* ob. cit., pp. 223 s., pero haciendo esta interpretación solo en el delito de agresión sexual (en el delito de abuso sexual sí admite que la mujer sea sujeto activo, se haga penetrar, y pp. 235 s.); se adhiere a la tesis de este autor García Álvarez, P., *La reforma…,* ob. cit., p. 155; Monge Fernández, A., *De las agresiones…,* ob. cit., pp. 293 s. A favor de su calificación como violación, V., entre otros muchos, González Rus, J.J., *Los delitos…,* ob. cit., p. 335; Begué Lezaún, *Delitos…,* ob. cit., pp. 49 s., 112 s.; Orts Berenguer, E. / Suárez-Mira Rodríguez, C., *Los delitos…,* ob. cit., p. 26; Díez Ripollés, J.L., *Artículos 178…,* ob. cit., pp. 282 ss. y n. 44 (p. 283); Carmona Salgado, C., *Delitos…,* ob. cit., pp. 260, 264 s.; Caruso Fontán, M.V., *Nuevas perspectivas…,* ob. cit., pp. 223 s.; Morales Prats, F. / García Albero, R., *Artículos 178…,* ob. cit., pp. 1285, 1286 s.; Asencio Gallego, J.M. / González Vega, I., *Delitos…,* ob. cit., pp. 43, 96 s.; Cabrera Martín, M., *La victimización…,* ob. cit., pp. 95 ss.; Orts Berenguer, E., *Delitos…,* ob. cit., p. 212; García Rivas, N. / Tarancón Gómez, P., *Agresión…,* ob. cit., p. 1135. Tras la reforma 2022, sí admite que también se subsume en el art. 179 CP la conducta de hacerse acceder Muñoz Conde, F., *Derecho penal…,* ob. cit., p. 247, pues ahora en el art. 179 se abarcan todas las circunstancias y medios descritos en el art. 178.1, esto es, ya no se limita a la utilización de violencia o intimidación. Pero este autor, desde el momento en que limita el delito de agresión sexual al contacto corporal autor-víctima, excluye del delito de violación el caso en que la víctima es obligada a realizar sobre sí misma la conducta de introducción de objetos o miembros corporales (p. 248).

del tipo básico de agresión sexual en el art. 181.1 CP, que también sirve para el tipo básico del art. 178.1 CP, refiriéndose al concepto amplio de contacto corporal, ha de ser trasladada a los arts. 179 y 181.4 CP, pues ambos tipos penales están construidos como delitos cualificados o agravados[47].

También será controvertido el significado que ha de darse al término objeto o, incluso, miembro corporal, para decidir la calificación de determinadas conductas, determinando previamente si tienen o no significado sexual. En particular resulta controvertida la calificación de conductas que se engloban bajo el término de bestialismo, consistentes en acceso carnal (no consentido y por vía vaginal, anal o bucal) con un animal, y, en sentido amplio, este término también servirá para aludir a conductas consistentes en introducir miembros corporales (de animales) por vía vaginal o anal. Baste aquí señalar que si este tipo de conductas no se subsumen en los arts. 179/181.4 CP, entonces habrán de ser castigadas a través del tipo básico de agresiones sexuales, claro está, si se acaba aceptando que el acto de carácter sexual no necesariamente tiene que implicar contacto corporal sujeto activo-sujeto pasivo, tercero-sujeto pasivo, sujeto pasivo sobre sí mismo (así es definido el acto de carácter sexual en el caso de agresiones a menores de 16 años, falta tal concreción en las agresiones sexuales del art. 178.1), porque, de concluirse que sí es necesario el contacto corporal, entonces tampoco podrá aplicarse el tipo básico de agresión sexual[48]. Y si se niega el carácter de sexual de estos actos, o queda fuera del delito de agresión sexual por otra razón[49], entonces habrá que

[47] En el art. 179 CP se ha de incluir el acceso carnal del sujeto activo a la víctima, el de un tercero a la víctima, el obligar a la víctima a acceder carnalmente al sujeto activo o a un tercero, la introducción de objetos o miembros corporales del sujeto activo o de un tercero a la víctima, la introducción de objetos o miembros corporales de la víctima sobre sí misma [v., por ejemplo, STS 786/2015, 4 de diciembre (ECLI:ES:TS:2015:5362); 311/2020, 15 de junio (ECLI:ES:TS:2020:2160)]; y la introducción de miembros corporales de la víctima al sujeto activo o a un tercero [v., por ejemplo, STS 786/2015, 4 de diciembre (ECLI:ES:TS:2015:5362)]. Quedaría por resolver si también debe ser aplicado el art. 179 o su paralelo art. 181.4 cuando el sujeto pasivo es obligado a introducir objetos al sujeto activo o a un tercero. Para ofrecer una respuesta razonada debería ser analizada con detalle la conducta típica de estos delitos de agresiones sexuales, tarea que, por razones de espacio, no puede emprenderse en este lugar.

[48] Por razones de extensión, este trabajo se limita al análisis de la conducta típica de los delitos de agresiones sexuales de los arts. 178.1 (y 4) y 181.1-3 CP. No cabe analizar, detalladamente, la calificación jurídico-penal que corresponde a los actos de carácter sexual realizados con animales.

[49] La posibilidad de apreciar el tipo agravado de agresión sexual por la conducta sexual (arts. 179 y 181.4 CP) se encuentra con varios obstáculos: primero, en el acceso carnal, ¿se incluyen órganos sexuales de animales? Si no es así, queda introducción de miembros corporales u objetos. La posibilidad de recurrir a objetos queda descartada, ya que el CC ha dejado de considerar cosa mueble a los animales. Se puede recurrir a introducción de miembros corporales, si se entiende que no se limita solo a miembros de personas. Pero en este caso solo se subsume en el tipo agravado por la conducta sexual la introducción por vía anal y vaginal, queda fuera la vía bucal. La posibilidad de recurrir a los tipos básicos de agresión sexual tampoco está exenta de dificultades. No así en el tipo básico del art. 178.1 CP, dada su amplitud literal (realizar un acto que atente contra la libertad sexual), pero sí es problemática en caso de agresiones

recurrir al delito de trato degradante. También resulta problemática la necrofilia; aunque no trataremos aquí la cuestión, baste apuntar que, si los actos realizados son los que aparecen descritos en el delito de violación, en la medida en que ello resulte posible fisiológicamente, entonces podrá recurrirse a este delito si se considera que el cadáver es un objeto (pues ya no puede ser considerado otro, o persona).

Y, como en introducción de objetos o miembros corporales se limitan las vías de acceso a la vaginal o anal, entrará en discusión si la introducción de objetos o miembros corporales por vía bucal podrá dar lugar o no al tipo básico de agresiones sexuales. Como regla general habrá que concluir que no se estará ante una agresión sexual, pues faltará el carácter inequívocamente sexual en la conducta, haciendo una valoración desde una perspectiva objetivo-general, pues no puede entenderse que tenga tal naturaleza las conductas consistentes en, por ejemplo, introducir una cucharilla en la boca, o el dedo en la boca[50]. Ciertamente, faltando este significado, el hecho tendrá que ser castigado a través de los genéricos delitos contra la libertad, si se ha recurrido a medios violentos o intimidatorios, o, en su caso, en delitos contra la integridad moral. Pero no puede descartarse que en algunos casos sí se pueda percibir este significado sexual en la conducta de introducir objetos en la boca, baste citar el ejemplo de introducir un consolador en la boca del sujeto pasivo[51]. Que la introducción de objetos o miembros corporales vía bucal puede ser constitutiva de una conducta de naturaleza sexual se constata a la vista de la previsión contenida en el art. 36 Convenio Estambul, donde se estipula que ha de tipificarse penalmente la conducta consistente en la penetración vaginal, anal u *oral*, *con carácter sexual*, del cuerpo de otra persona con cualquier parte del *cuerpo* o con un *objeto*[52].

---

a menores de 16 años, pues aquí se identifican las personas involucradas en el acto sexual, bien el sujeto activo, bien un tercero, bien el menor consigo mismo, así que queda fuera, atendiendo al tenor literal, el acto sexual con animales. Y si se defiende una interpretación sistemática de las agresiones sexuales de los arts. 178-181 CP, desde la hipótesis de que en ellos se han de castigar las mismas conductas, entonces habrá que excluir del art. 178.1 CP el acto sexual no consentido realizado con el animal. Además, no se comprendería que esta conducta fuera punible en víctimas adultas sexualmente y, sin embargo, fuera impune en menores de 16 años. A no ser que se entienda que el art. 178.1 CP vendría en aplicación en este caso, evitando así la laguna de punibilidad, porque este tipo penal también abarcaría agresiones a menores de 16 años cuando el art. 181 CP, por diferentes razones (por ejemplo, el supuesto ahora mencionado, o el del error sobre la edad de la víctima de la agresión sexual), queda descartado.

[50] V., entre otros, Carmona Salgado, C., *Delitos…,* ob. cit., pp. 258 s., 260; Muñoz Conde, F., *Derecho penal…,* ob. cit., p. 222, si bien este autor en *Derecho penal…,* ob. cit., p. 247, se limita a señalar que este hecho no puede ser subsumido en el art. 179 CP.

[51] V., más ampliamente, Begué Lezaún, J.J., *Delitos…,* ob. cit., p. 48; Orts Berenguer, E. / Suárez-Mira Rodríguez, C., *Los delitos…,* ob. cit., p. 101; Caruso Fontán, M.V., *Nuevas perspectivas…,* ob. cit., p. 225; Acale Sánchez, M., *Violencia sexual…,* ob. cit., p. 233; *Delitos…,* ob. cit., p. 217; Cabrera Martín, M., *La victimización…,* ob. cit., p. 96 n. 155; García Rivas, N. / Tarancón Gómez, P., *Agresión…,* ob. cit., p. 1136; Moya Fuentes, M.M., *Las agresiones sexuales…,* ob. cit., p. 154.

[52] Afortunadamente, en la reforma de 2022 no se ha optado por incorporar la introducción de miembros corporales u objetos por vía bucal en los tipos penales de los arts. 179 y 181.4 CP. Valoran positiva-

También se podría recurrir a un segundo elemento definitorio, desde la perspectiva negativa: que el acto tenga o no significado sexual no dependería de la concurrencia de un especial elemento subjetivo del injusto en el sujeto activo, el ánimo lascivo, lúbrico o libidinoso[53].

---

mente esta decisión, Díez Ripollés, J.L., *Alegato…,* ob. cit., p. 16; *Las propuestas…,* ob. cit., pp. 1556 s.; Díaz y García Conlledo, M. / Trapero Barreales, M.A., *Reforma…,* ob. cit., p. 233; Parrilla Vergara, J., *El delito…*, ob. cit., p. 255.

[53] Tesis defendida antes de la reforma de 2022 por un amplio sector doctrinal. V., entre otros muchos, Cancio Meliá, M., *Los delitos…,* ob. cit., p. 1628; *Delitos…,* ob. cit., nm. 9288, 9290 (p. 1108); Asua Batarrita, A., *Las agresiones…,* ob. cit., pp. 84 s., 99; Carmona Salgado, *Delitos…,* ob. cit., p. 250; Gómez Tomillo, M., *Derecho penal sexual…,* ob. cit., p. 5; *Artículos 181…,* ob. cit., pp. 482 s., 510, 520 s.; Caruso Fontán, M.V., *Nuevas perspectivas…,* ob. cit., pp. 197 ss.; Ramos Vázquez, J.A., *Política criminal…,* ob. cit., pp. 125, 127 s.; Ragués i Vallès, R., *Los elementos…,* ob. cit., pp. 820 s., 827; *Delitos…,* ob. cit., pp. 133 s.; Asencio Gallego, J.M. / González Vega, I., *Delitos…,* ob. cit., pp. 37 s., 79 s., 93 s.; Jericó Ojer, L., *Nuevos contornos…,* ob. cit., pp. 1663 ss.; Monge Fernández, A., «*Las Manadas…,* ob. cit., pp. 140 s., 232 s., 234-235; *De las agresiones…,* ob. cit., pp. 263 s., 285 ss.; García Rivas, N. / Tarancón Gómez, P., *Agresión…,* ob. cit., pp. 1131 s., 1175; Muñoz Conde, F., *Derecho penal…,* ob. cit., p. 222; Ramón Ribas, E., *El ánimo…,* ob. cit., pp. 687 s.; Esquinas Valverde, P., *El delito…,* ob. cit., pp. 194, 195; Pozuelo Pérez, L., *La agresión sexual…,* ob. cit., pp. 212, 213. La jurisprudencia también ha cambiado la interpretación de los antiguos delitos de agresiones y abusos sexuales, reconociendo que no requieren de la presencia de un ánimo lascivo o lúbrico para su aplicación, pues no lo exige el tipo penal. V., entre otras muchas, SSTS 982/2000, 7 de junio (ECLI:ES:TS:2000:4668); 132/2013, 19 de febrero (ECLI:ES:TS:2013:1431); 411/2014, 26 de mayo (ECLI:ES:TS:2014:2092); 737/2014, 18 de noviembre (ECLI:ES:TS:2014:4732); 807/2014, 2 de diciembre (ECLI:ES:TS:2014:4930); 897/2014, 15 de diciembre (ECLI:ES:TS:2014:5631); 853/2014, 17 de diciembre (ECLI:ES:TS:2014:5488); 60/2016, 4 de febrero (ECLI:ES:TS:2016:295); 517/2016, 14 de junio (ECLI:ES:TS:2016:2895); 547/2016, 22 de junio (ECLI:ES:TS:2016:2938); 957/2016, 19 de diciembre (ECLI:ES:TS:2016:5492); 147/2017, 8 de marzo (ECLI:ES:TS:2017:861); 364/2017, 19 de mayo (ECLI:ES:TS:2017:1982); 415/2017, 8 de junio (ECLI:ES:TS:2017:2245); 424/2017, 13 de junio (ECLI:ES:TS:2017:2359); 433/2018, 28 de septiembre (ECLI:ES:TS:2018:3522); 107/2019, 4 de marzo (ECLI:ES:TS:2019:719); 130/2019, 11 de marzo (ECLI:ES:TS:2019:870); 432/2020, 9 de septiembre (ECLI:ES:TS:2020:2831); 524/2020, 16 de octubre (ECLI:ES:TS:2020:3808); 659/2020, 3 de diciembre (ECLI:ES:TS:2020:4449); 99/2021, 4 de febrero (ECLI:ES:TS:2021:1019); 111/2021, 10 de febrero (ECLI:ES:TS:2021:442); 201/2021, 4 de marzo (ECLI:ES:TS:2021:908); 79/2022, 27 de enero (ECLI:ES:TS:2022:246); 165/2022, 24 de febrero (ECLI:ES:TS:2022:906); 175/2022, 24 de febrero (ECLI:ES.TS:2022:820); 396/2022, 21 de abril (ECLI:ES:TS:2022:1544); 967/2022, 15 de diciembre (ECLI:ES:TS:2022:4686); 428/2023, 1 de junio (ECLI:ES:TS:2023:2490); 482/2023, 21 de junio (ECLI:ES:TS:2023:2874); 489/2024, 29 de mayo (ECLI:ES:TS:2024:2749). Por otro lado, desde el momento en que los delitos de agresiones sexuales (entre otros) son manifestación de la violencia sexual contra las mujeres (y menores), esto no ha de llevar a entender que ha de concurrir el ánimo de dominio y discriminación para calificar el acto como sexual (aluden a que la agresión sexual manifiesta el ánimo de dominio y discriminación a través del cual se pone en peligro la propia vida de la persona, con la consecuencia de que hay que redefinir el bien jurídico, es la libertad sexual segura, Acale Sánchez, M., *Violencia sexual…,* ob. cit., pp. 169 s.; *El consentimiento…,* ob. cit., pp. 40, 41 s.; *Los delitos…,* ob. cit., p. 57. También sobre esta redefinición del bien jurídico López Lorca, B., *El Anteproyecto…,* ob. cit., pp. 133 s.); si este ánimo concurre (en realidad el contexto del que se deduce el factor discriminatorio por razón de género), y el hecho se califica como acto de carácter

Afortunadamente, ya de manera más clara a partir de la reforma de 2022[54], se ha superado la tesis tradicional que ha exigido la concurrencia de este elemento subjetivo para resolver la calificación de conductas que están en la penumbra o zona gris y cuyo significado sexual resulta por tanto equívoco, siendo la presencia de tal elemento subjetivo innecesaria e irrelevante en todo caso cuando se realizan conductas de carácter sexual indiscutible, haciendo una valoración objetivo-general. A modo de ejemplo, a este especial elemento subjetivo se ha recurrido para decidir si se cometen o no estas figuras delictivas cuando los actos se realizan en el transcurso de exploraciones gineco-

---

sexual, entonces habrá que aplicar la agravante de discriminación por razón de género. Sobre esta cuestión v. Díaz y García Conlledo, M. / Trapero Barreales, M.A., *La agravante…,* ob. cit., pp. 407 ss.

[54] V., por todos, Cancio Meliá, M., *Delitos…,* ob. cit., nm. 9272 (p. 1109); Muñoz Conde, *Derecho penal…,* ob. cit., p. 245; Ragués i Vallès, R., *Delitos…,* ob. cit., p. 139; Cámara Arroyo, S., *Los nuevos tipos…,* ob. cit., pp. 95 s., si bien critica su eliminación; *Delitos…,* ob. cit., p. 239; Sainz-Cantero Caparrós, J.E. / Morillas Fernández, D.L., *Delitos…,* ob. cit., p. 275; Tamarit Sumalla, J.M., *Artículo 181…,* ob. cit., p. 1279; y haciendo referencia expresa a la nueva regulación penal, López Lorca, B., *El Anteproyecto…,* ob. cit., 119, quien entiende que, con la incorporación del consentimiento como elemento típico, se refuerza la interpretación de que el delito de agresión sexual no requiere de un especial elemento subjetivo del injusto. Realiza esta aclaración porque uno de los argumentos desde planteamientos de género a favor de la reforma de los antiguos delitos de agresiones y abusos sexuales era la eliminación del especial elemento subjetivo del injusto, no exigido legalmente, pero sí se ha planteado por vía interpretativa y jurisprudencial. También en la Circular FGE 1/2023 se indica que los delitos de agresiones sexuales no requieren de especiales elementos subjetivos del injusto. Para el caso de que esto fuera cierto [pues a veces en la jurisprudencia reciente se alude al ánimo libidinoso, pero como refuerzo argumentativo, o como elemento probatorio en actos de significado equívoco, no porque efectivamente se esté exigiendo este ánimo en la interpretación-aplicación del delito sexual, desde luego no en su significado de ser elemento constitutivo del delito. V., por ejemplo, SSTS 957/2016, 19 de diciembre (ECLI:ES:TS:2016:5492); 433/2018, 28 de septiembre (ECLI:ES:TS:2018:3522); 107/2019, 4 de marzo (ECLI:ES:TS:2019:719); 659/2020, 3 de diciembre (ECLI:ES:TS:2020:4449); 79/2022, 27 de enero (ECLI:ES:TS:2022:246); 165/2022, 24 de febrero (ECLI:ES:TS:2022:906); 967/2022, 15 de diciembre (ECLI:ES:TS:2022:4686); 482/2023, 21 de junio (ECLI:ES:TS:2023:2874)], a partir de la reforma 2022 se ha de entender superada esta interpretación sobre el especial elemento subjetivo del injusto en las agresiones sexuales. Tras la reforma de 2022 (y 2023), Morales Prats, F. / García Albero, R. / De las Heras Vives, L., *Artículos 178…,* ob. cit., p. 1246, si bien siguen haciendo referencia al ánimo libidinoso o lúbrico, «elemento subjetivo de lo injusto que hay que reputar implícitamente subsistente en estos tipos, como delitos que son de tendencia interna intensificada», en realidad no están planteando este ánimo como auténtico elemento subjetivo especial, ya que a continuación citan la interpretación del TS en contra de la exigencia de tal requisito subjetivo. En el mismo sentido, Suárez-Mira Rodríguez, C. / Judel Prieto, Á., *Manual…,* ob. cit., p. 217, al afirmar que, cuando la acción es sexualmente equívoca, la exigencia del elemento subjetivo tiene plena razón de ser, si bien aclaran a continuación que no se trata de un elemento subjetivo añadido al dolo, pero el ánimo sirve para constatar la naturaleza sexual del acto ante la insuficiencia de las circunstancias objetivas. V., en el mismo sentido, De la Rosa Cortina, J.M., *Protección penal…,* ob. cit., p. 65. Parece seguir exigiendo este elemento subjetivo Balbuena Pérez, D.E., *El nuevo delito…,* ob. cit., pp. 139 s. Con mayor claridad, Boldova Pasamar, M.Á., *Delitos…,* ob. cit., pp. 223, 238, para los actos cuyo significado es equívoco.

lógicas o urológicas, o durante la realización de actividades deportivas, o en el contexto de actividades de juego y de broma[55].

La caracterización de una conducta como sexual no puede depender del ánimo o intención que mueve al sujeto activo a realizarla, sino que su significado ha de ser deducido desde una perspectiva objetiva, atendiendo al contexto y a las circunstancias concurrentes. En el ejemplo que se suele citar para ilustrar si es o no necesario tal elemento subjetivo, la exploración ginecológica o urológica, la decisión de si se comete o no una conducta sexual no está condicionada por la intención que guíe a este profesional sanitario, sino que ha de valorarse si la conducta se realiza cumpliendo o no los estándares objetivos de la actuación médica en este tipo de exploraciones, partiendo, claro está, del consentimiento del sujeto pasivo en la realización de la actuación médica[56].

[55] Sobre la tesis tradicional en la interpretación de los antiguos delitos de agresiones y abusos sexuales v. Ragués i Vallès, R., *Los elementos…,* ob. cit., pp. 817 s. Han seguido aludiendo a este elemento subjetivo tras la reforma de 2015, en agresiones sexuales y abusos sexuales, entre otros, Morales Prats, F. / García Albero, R., *Artículos 178…,* ob. cit., p. 1279, por tratarse de tipos penales construidos como delitos de tendencia interna intensificada; Urrutia Libarona, L. / Murua Astorquiza, O., *La tutela…,* ob. cit., pp. 192 s., 197, en agresiones y abusos sexuales. Han exigido el elemento subjetivo en abusos sexuales, entre otros, Suárez-Mira Rodríguez, C., *Agresiones…,* ob. cit., pp. 74, 80. Parece exigir este elemento subjetivo Boldova Pasamar, M.Á., *Delitos…,* ob. cit., pp. 202 s., 209, 212; *La relatividad…,* ob. cit., p. 31, refiriéndose a los actos de carácter sexual del antiguo art. 183. El especial elemento subjetivo del injusto se ha explicado de manera más pormenorizada y diferenciada de la tesis tradicional por Díez Ripollés, J.L., *Artículos 178…,* ob. cit., pp. 280 s., 288, 334 s.: ha de concurrir una determinada tendencia en el autor, la de involucrar a otra persona en un contexto sexual. A continuación afirma que hay acciones cuyo objetivo inequívocamente sexual permite ahorrarnos ulteriores exigencias subjetivas, por ejemplo en las de penetración sexual, pero también en otras conductas objetivamente con única significación, la sexual; en estos casos basta con la realización de la conducta objetiva acompañada de la tendencia a involucrar al sujeto pasivo en un contexto sexual. El componente objetivo sexual servirá para calificar tales conductas de típicas, sea que se realicen con finalidad lasciva, sea que el sujeto esté motivado por otra finalidad, vejatoria, jocosa, vengativa, etc. Para los comportamientos cuya significación sexual sea poco explícita objetivamente, habrá que reforzar el elemento subjetivo, exigiendo el ánimo lascivo. Desde esta perspectiva excluye del tipo penal las conductas objetivamente equívocas, aun cuando esté presente la tendencia a involucrar al sujeto pasivo en el contexto sexual, cuando se realizan con ánimo jocoso, curioso, vengativo, humillante. En sentido parecido, y complementario, Pérez Alonso, E., *Delimitación…,* ob. cit., p. 1003; *Concepto…,* ob. cit., pp. 12, 20 ss.

[56] V., en este sentido, más ampliamente, Orts Berenguer, E. / Suárez-Mira Rodríguez, C., *Los delitos…,* ob. cit., p. 62; Ramos Vázquez, J.A., *Política criminal…,* ob. cit., p. 125; Ragués i Vallès, R., *Los elementos…,* ob. cit., pp. 820 s.; Cancio Meliá, M., *Delitos…,* ob. cit., nm. 9270, 9272 (p. 1107); Monge Fernández, A. *«Las Manadas…,* ob. cit., p. 233. A la misma conclusión llega Molina Fernández, F., *Antijuridicidad…,* ob. cit., p. 738, desde su planteamiento definitorio de acto de significado sexual que se mencionará más adelante en el texto. Tampoco es preciso este elemento subjetivo para otro tipo de actividades profesionales que pueden implicar o implican contactos corporales. V., por ejemplo, en un caso de prácticas realizadas por el fisioterapeuta, la STS 64/2023, 27 de julio (ECLI:ES:TS:2023:3488), se toma como criterios de referencia la *lex artis*, si son o no tocamientos adecuados al tratamiento terapéu-

En la concreción de si un acto tiene o no carácter sexual se ha de descartar, por tanto, la tesis exclusivamente subjetiva, atendiendo a la intención del autor.

Es objeto de discusión si ha de adoptarse un criterio objetivo, atendiendo a que el acto realizado afecta a zonas corporales de significado sexual, tomando en consideración los estándares sociales en un determinado momento histórico[57], un criterio subjetivo, planteado desde la perspectiva de la víctima, esto es, se trata de un hecho o acto físico de una persona que adquiere su significado sexual para la víctima porque esta reconoce, o cree reconocer en ellos, el significado sexual para el autor[58], o un criterio mixto,

---

tico (se niega tal adecuación en los tocamientos realizados en los pechos), y, adicionalmente si ha habido consentimiento o no para el masaje intracavitario (realizado, además, sin utilizar guantes).

[57] V., más ampliamente, por todos, Asencio Gallego, J.M. / González Vega, I., *Delitos…,* ob. cit., pp. 26, 29; Cancio Meliá, M., *Delitos…,* ob. cit., nm. 9269, 9270 (pp. 1107); Moya Fuentes, M.M., *Las agresiones sexuales…*, ob. cit., pp. 107 s.; Sainz-Cantero Caparrós, J.E. / Morillas Fernández, D.L., *Delitos…,* ob. cit., p. 277. Para Muñoz Conde, F., *Derecho penal…,* ob. cit., pp. 231, 233 s., para aquellos actos que no son inequívocos, reconoce que el criterio objetivo resulta insuficiente, por tanto, hay que estar al contexto y a las circunstancias concurrentes, exigiendo en todo caso cierta trascendencia y gravedad del acto y su potencialidad implícita para afectar de modo relevante la sexualidad. Más ampliamente, sobre el recurso a parámetros sociales y culturales a la hora de determinar si es o no un acto de carácter sexual, Pérez Alonso, E., *Concepto…,* ob. cit., pp. 13 ss. También en las SSTS 79/2022, 27 de enero (ECLI:ES:TS:2022:246); y 175/2022, 24 de febrero (ECLI:ES:TS:2022:820), se reconoce que el significado sexual de un acto «se nutre, sobre todo, de valoraciones socio-culturales». Por su parte, Tamarit Sumalla, J.M., *Artículo 181…,* ob. cit., p. 1279, recurre al contexto objetivo, determinado por la parte del cuerpo afectada y la interacción entre las personas que participan en el acto.

[58] V., más ampliamente, Molina Fernández, F., *Antijuridicidad…,* ob. cit., pp. 734, 737 s., planteando este criterio para actos sexuales de menor entidad, no para los actos sexuales consistentes, por ejemplo, en acceso carnal. Explica de esta manera el acto sexual partiendo de la tesis de que el bien jurídico libertad sexual no es un bien que se materialice en un objeto de la acción externo, sino que tiene «su acomodo en la psique de la víctima y que aluden directa o indirectamente a sus relaciones con el agresor en cuanto persona consciente y responsable»; «son bienes implícitos en las *relaciones de sujetos que se reconocen mutuamente como responsables de sus actos*» (cursiva original) (p. 734). Sobre el planteamiento de este autor, v. Ragués i Vallès, R. *Los elementos…,* ob. cit., pp. 824 s. También Pérez Alonso, E., *Delimitación…,* ob. cit., pp. 1001 s.; *Concepto…,* ob. cit., pp. 11 ss., para determinar el carácter sexual de un acto toma en consideración los criterios objetivos referidos al contexto (zona cuerpo afectada, la intensidad y duración del contacto, medios comisivos empleados, circunstancias de lugar y tiempo, relaciones entre los sujetos), el elemento subjetivo entendido como satisfacción sexual del acto, exigido para decidir el significado de los actos equívocos, y la perspectiva de la víctima, cómo vive y qué sentido le da al hecho esta, si lo vive y siente como una interferencia en la libertad sexual. V., de esta opinión, Esquinas Valverde, P., *El delito…,* ob. cit., pp. 156 s. En la STS 804/2024, 26 de septiembre (ECLI:ES:TS:2024:4617), como argumento para deducir que la conducta realizada por el sujeto es de carácter sexual, se introduce el pie de la víctima en la boca y comienza a chuparlo, el TS tiene en cuenta, a mayor abundamiento (pues también se ha tenido en cuenta el contexto, y el ánimo libidinoso, deducido del dato de que se trata de un acto fetichista), que la víctima inmediatamente le ha atribuido este significado sexual.

objetivo-subjetivo[59], o, al menos, se ha de descartar el criterio exclusivamente objetivo, ya que hay conductas que tienen un significado equívoco, ambivalente, y tampoco se puede obviar el factor multicultural en las sociedades occidentales como la nuestra; para el criterio mixto, se ha de tener en cuenta un enfoque objetivo, explicado desde el contexto cultural, y el enfoque subjetivo, esto es, que el autor entienda su conducta como de naturaleza sexual en las circunstancias particulares de su actuación. Pero, explicado de esta manera el enfoque subjetivo, no se está realmente planteando algo diferente al elemento subjetivo genérico que ha de concurrir para castigar al sujeto por el delito de agresión sexual: el dolo. Solo se estará realmente ante un criterio mixto, objetivo-subjetivo cuando, desde el segundo criterio, se aluda al ánimo lascivo o libidinoso, manteniendo por tanto la interpretación de los delitos sexuales como delitos de tendencia interna intensificada, resultando el elemento subjetivo como un elemento constitutivo o esencial, al menos en los supuestos en los que han de calificarse los actos de carácter equívoco[60].

Los partidarios del criterio mixto, para ilustrar su planteamiento, recurren en el debate a ejemplos de prácticas o rituales que, desde el criterio objetivo, tienen claramente significado sexual, pero carecen del mismo valorados desde otras culturas, otros estándares sociales: una felación como ritual de entrada en la vida adulta[61], un beso en el pene del hijo, muestra de cariño o amor por el hijo según algunas culturas o costumbres[62]. Y como ejemplos de conductas ambivalentes o equívocas, los exámenes físicos, acciones violentas que afectan a zonas claramente identificadas como sexua-

[59] Este planteamiento mixto objetivo-subjetivo es el que defienden los autores que admiten la existencia de un especial elemento subjetivo del injusto en estos delitos, al menos para la calificación de actos de carácter equívoco. V., además de los autores citados en notas 56 y 57, entre otros muchos, Díez Ripollés, J.L., *Delitos…,* ob. cit., pp. 266 ss.; Pérez Alonso, E., *Concepto…,* pp. 11 ss., 20; Ragués I Vallès, R., *Los elementos…,* ob. cit., pp. 820 s., 823 s.; Corrêa Camargo, B. / Renzikowski, J., *El concepto…,* ob. cit., pp. 147, 149. Parrilla Vergara, J., *El delito…,* ob. cit., pp. 167 s., pero entendido el elemento subjetivo como la voluntad del sujeto activo de interactuar, involucrar, al sujeto pasivo —aquí menor de edad— en el ejercicio de su propia sexualidad (realmente esta explicación se corresponde con el elemento volitivo del dolo).

[60] Sí parecen recurrir al elemento subjetivo, ánimo lúbrico, en su sentido tradicional (como especial elemento constitutivo del hecho), para los actos sexuales equívocos, cuando las circunstancias objetivas no resuelven la cuestión de si son o no actos sexuales, o al menos esta es la impresión, Suárez-Mira Rodríguez, C. (dir.) / Judel Prieto, Á., *Manual…,* ob. cit., p. 217. V., también, Boldova Pasamar, M.Á., *Delitos…,* ob. cit., p. 223, considerando que el elemento subjetivo de tendencia es particularmente relevante en actos de significado equívoco; Morales Prats, F. / García Albero, R. / De las Heras Vives, L., *Artículos 178…,* ob. cit., p. 1246.

[61] El ejemplo es de Ramos Vázquez, J.A., *Política criminal…,* ob. cit., p. 125.

[62] El ejemplo es de Corrêa Camargo, B. / Renzikowski, J., *El concepto…,* ob. cit., pp. 147, 149. También en nuestra cultura o costumbre podemos encontrar algunos ejemplos que, desde el criterio exclusivamente objetivo, llevarían a su calificación como acto sexual. Por ejemplo, el beso en los labios de padres a hijos como muestra de cariño y afecto.

les, concretamente los genitales[63], el ejercicio en actividades deportivas, contactos en contextos de bromas o burlas[64].

Realmente, la constatación del significado sexual de un determinado acto ha de hacerse a través de criterios objetivos, valorando el contexto y las circunstancias concurrentes[65]. Sobre todo en aquellos supuestos en los que el significado del acto es equívoco, y/o ambivalente, con la aclaración de que este calificativo se utiliza sobre todo para decidir si son o no actos de carácter sexual los subsumibles en el tipo básico de agresión sexual, no es ambivalente el acto sexual consistente en acceso carnal[66], y tampoco es

[63] Ejemplo de Corrêa Camargo, B. / Renzikowski, J., *El concepto…,* ob. cit., pp. 147, 149. Ragués i Vallès, R., *Los elementos…,* ob. cit., p. 825, pone el ejemplo del rodillazo en los genitales como acto que inequívocamente carece de significado sexual, aunque el sujeto le atribuya este significado. Y es un acto equívoco, ambivalente, quemar a la víctima el pene con un cigarrillo, propinar un manotazo en las nalgas.

[64] Ejemplos de Pérez Alonso, E., *Delimitación…,* ob. cit., pp. 1001 ss.; *El concepto…,* ob. cit., pp. 12, 21. Este autor también cita como ejemplo de actos de significado equívoco determinados reconocimientos médicos.

[65] Esta es, finalmente, la tesis defendida por Ragués i Vallès, R., *Los elementos…,* ob. cit., pp. 825 ss. También Ramos Vázquez, J.A., *Política criminal…,* ob. cit., p.125, reconoce que es posible objetivar, con las cautelas y matices que se quieran, cuando una conducta tiene carácter sexual, a la vista del contexto en que se producen los hechos. V., también, entre otros, Pérez Alonso, E., *Concepto…,* ob. cit., pp. 21 s.; Muñoz Conde, F., *Derecho penal…,* ob. cit., p. 233; Cámara Arroyo, S., *Los nuevos tipos…,* ob. cit., p. 74; *Delitos…,* ob. cit., p. 227. Desde el punto de vista jurisprudencial también se atiende al contexto y a las circunstancias concurrentes, particularmente cuando se está ante actos de significado equívoco. V., entre otras, SSTS 79/2022, 27 de enero (ECLI:ES:TS:2022:246); 482/2023, 21 de junio (ECLI:ES:TS:2023:2874), para la calificación de la conducta que ha realizado el sujeto activo (levantar la camiseta y tocar la espalda por debajo de la camiseta) respecto de una de las menores. V., también, STS 396/2018, 26 de julio (ECLI:ES:TS:2018:3104), en la que se recurre al ánimo lascivo o libidinoso para deducir o descartar el carácter sexual del acto realizado, objetivamente de carácter equívoco (la mujer se dirige al baño de señoras; el acusado la sigue, insiste en abrirle la puerta del baño y entrar con ella en su interior. Al intentar coger la llave del baño de señoras el sujeto roza momentáneamente en zona del pecho y en la cintura a la mujer); o la STS 804/2024, 26 de septiembre (ECLI:ES:TS:2024:4617), en la decisión de si es o no un acto de significado sexual chupar o lamer los pies a dos chicas menores de edad, una de ellas menor de 16 años. En este caso el TS atiende a todas las circunstancias concurrentes, incluido el ánimo libidinoso, para decidir que este acto fetichista sí tiene naturaleza sexual, si bien en la explicación del ánimo libidinoso concurrente en el sujeto activo, que se deduce del contexto y de las palabras dirigidas por este a las dos menores, de lo que se está hablando no es de un especial elemento subjetivo del injusto, sino ni más ni menos que del dolo. Porque literalmente se afirma «(E)ese ánimo tendencial viene constituido por el conocimiento del peligro creado con la acción, de manera que será suficiente con que el autor conozca que su conducta, por su propia naturaleza, puede afectar negativamente a la libertad o indemnidad sexual de la víctima».

[66] Así lo afirma expresamente Ragués i Vallès, R., *Los elementos…,* ob. cit., p. 825, y también lo reconocen así, entre otros muchos, Díez Ripollés, J.L., *Artículos 178…,* ob. cit., pp. 279 s.; Pérez Alonso, E., *Delimitación…,* ob. cit., p. 1003; *Concepto…,* ob. cit., pp. 11, 20 s. A su vez, Ragués i Vallès, R., *Delitos…,* ob. cit., p. 138, afirma que el atentado a la libertad sexual subsumible en el art. 178 es claro cuando el contacto físico afecta a los genitales de la víctima. El TS también reconoce que hay actos

equívoco, generalmente, el significado sexual de las otras conductas constitutivas de violación, desde el momento en que ha sido el legislador el que ha recurrido a un criterio objetivo para su calificación como acto sexual (la zona corporal afectada)[67].

La atención al contexto y a las circunstancias concurrentes nos lleva a tener en consideración, por ejemplo, la relación entre autor y víctima, el lugar y/o el momento en el que se lleva a cabo la conducta, ciertas manifestaciones o gestos que se llevan a cabo al realizar el hecho, etc. En la contextualización del acto también se atenderá a la voluntad del sujeto activo si de alguna manera esta trasciende al exterior, permitiendo así ser valorada de alguna manera en la atribución del significado sexual del acto realizado[68]. De esta manera el motivo interno, exteriorizado, será un factor contextual más a tener en consideración, junto con el resto de los factores y circunstancias antes mencionadas. Esto es, el ánimo lúbrico o lascivo ya no es elemento subjetivo especial del delito de agresión sexual, en el entendido de que su concurrencia es un requisito esencial que, si falta, elimina la calificación del acto (no consentido) como agresión sexual. Pero

---

de inequívoco carácter sexual. V. SSTS 60/2016, 4 de febrero (ECLI:ES:TS:2016:295) y 957/2016, 19 de diciembre (ECLI:ES:TS.2016:5492), calificando así al acceso carnal, o tocamientos en zona vaginal; o STS 126/2015, 12 de mayo (ECLI:ES:TS:2015:2068), calificando de acto inequívoco la introducción de miembros corporales (un dedo) por vía vaginal (además de tocamientos en zona genital); sobre tocamientos en zonas genitales, v., también SSTS 490/2015, 25 de mayo (ECLI:ES:TS:2015:3510); y 130/2019, 11 de marzo (ECLI:ES:TS:2019:870), (en este caso se valora estos tocamientos de un adulto durante desarrollo de juegos con los amigos menores de su hijo; del relato de hechos se percibe claramente que estos tocamientos nada tienen que ver con el juego); STS 804/2024, 26 de septiembre (ECLI:ES:TS:2024:4617), en la que también se considera como inequívocamente sexual el tocamiento en zona pectoral. También tiene un claro significado sexual colocarse detrás del sujeto pasivo y rozar con su zona genital a la víctima para, a continuación, realizar movimientos pélvicos, en STS 331/2019, 27 de junio (ECLI:ES:TS:2019:2163).

[67] También será acto inequívocamente sexual el consistente en la felación planteado antes. Ahora bien, el análisis de la responsabilidad penal del sujeto que realiza este acto siguiendo su costumbre y tradición nos puede llevar al tratamiento del error culturalmente motivado. Los actos sexuales subsumibles en el delito de violación generalmente tendrán carácter sexual inequívoco, pero en estos casos también será necesario atender al contexto y las circunstancias concurrentes. Piénsese, por ejemplo, en las exploraciones médicas y la conducta consistente en la introducción de objetos o miembros corporales por vía anal o vaginal.

[68] Desde la defensa del criterio mixto, objetivo-subjetivo, Ragués i Vallès, R., *Los elementos…,* ob. cit., p. 825, llega a la conclusión de que no ha de tener la misma valoración el caso del sujeto que quema a otro el pene mientras lo masturba que cuando trata de vengarse por haberlo delatado a la policía. Aceptando que este autor tiene razón, cabe plantear de otra manera el mismo ejemplo, poniendo así en entredicho la explicación: porque, si el acto no lo realiza personalmente quien se quiere vengar por ser delatado, sino que se encarga un tercero ordenado por él, o a petición suya, y este tercero no lo hace por venganza ¿en este caso será un acto de carácter sexual o será un acto constitutivo de lesiones? Más relevancia tiene el elemento subjetivo en la tesis defendida por Pérez Alonso, E., *Concepto…,* ob. cit., pp. 21 s., para la calificación o no como acto sexual en los actos equívocos: será criterio ulterior de determinación de la naturaleza sexual, criterio complementario a los objetivos y circunstanciales, averiguar si el sujeto activo actuó con la intención de satisfacer e imponer su instinto sexual.

sí se toma en cuenta, en caso de que concurra, como factor adicional para deducir el significado sexual del acto en situaciones equívocas, formará parte del contexto y circunstancias concurrentes, y así es tomado en consideración jurisprudencialmente[69]. En realidad, este elemento subjetivo referido al ánimo lúbrico, y a veces realmente su explicación se corresponde con el dolo, se deduce su concurrencia del contexto y de las circunstancias concurrentes. Como muestra de que ello es así cabe citar la reciente STS 804/2024, 26 de septiembre, en la que se califica como abuso y agresión sexual cometidos sobre víctima menor de edad y víctima menor de 16 años respectivamente la conducta fetichista realizada por el sujeto activo consistente en chupar el pie[70].

Y en la contextualización se valorará el significado que la víctima atribuya al acto sexual, si es una circunstancia conocida por el sujeto activo, igual que se aplica el criterio de adecuación en el análisis de la imputación objetiva, cuando se incluye en aquel los conocimientos especiales que tiene el autor referidos a circunstancias y características del sujeto pasivo.

[69] Se recurre al ánimo subjetivo como dato probatorio en actos equívocos, o para acreditar el carácter sexual de la conducta. V., entre otras, SSTS 957/2016, 19 de diciembre (ECLI:ES:TS:2016:5492); 433/2018, 28 de septiembre (ECLI:ES:TS:2018:3522); 107/2019, 4 de marzo (ECLI:ES:TS:2019:719); 659/2020, 3 de diciembre (ECLI:ES:TS:2020:4449); 79/2022, 27 de enero (ECLI:ES:TS:2022:246); 165/2022, 24 de febrero (ECLI:ES:TS:2022:906); 175/2022, 24 de febrero (ECLI:ES:TS:2022:820); 967/2022, 15 de diciembre (ECLI:ES:TS:2022:4686); 482/2023, 21 de junio (ECLI:ES:TS:2023:2874). La falta del ánimo lascivo o libidinoso es el factor determinante en la negación del carácter sexual de la conducta en la STS 396/2018, 26 de julio (ECLI:ES:TS:2018:3104): la mujer se dirige al baño de señoras; el acusado la sigue, insiste en abrirle la puerta del baño y entrar con ella en su interior. Al intentar coger la llave del baño de señoras el sujeto roza momentáneamente en zona del pecho y en la cintura a la mujer.

[70] STS 804/2024, 26 de septiembre (ECLI:ES:TS:2024:4617). Los hechos resumidamente fueron los siguientes: el sujeto activo se acerca a la menor de 17 años que se encuentra en las escaleras del portal, le pregunta nombre y edad y, a continuación, le dice: «me gustan tus pies, quítate el zapato para verlos mejor». Ante la negativa de la menor, el sujeto, repentinamente «y con ánimo libidinoso» le sujeta fuertemente el pie, le quita el zapato y acto seguido se introduce el pie en la boca y comienza a chuparlo. En otra ocasión el sujeto aborda a otra víctima, menor de 16 años, mientras le sigue le va diciendo «qué guapa eres, ¿cómo te llamas? ¿tienes novio?, que pies más bonitos tienes, ¿me dejas que te los toque? La menor se niega, así que el sujeto «con ánimo libidinoso» la coge por los brazos y la empuja contra la persiana metálica de un almacén para, a continuación, empezar a tocarle la pierna. Al gritar la menor que la soltase, el sujeto le ha dicho «déjame que te chupe o te hago algo peor», «como no te estés quieta te violo, déjame que me haga una paja y me voy», le quita la sandalia y le chupa el pie, pudiendo ver la menor que se masturbaba por debajo del pantalón deportivo. En este caso se recurre al contexto y a todas las circunstancias concurrentes para deducir que el acto realizado sí tiene significado sexual. También se menciona el ánimo libidinoso o lúbrico, pero este viene constituido por el conocimiento del peligro creado con la conducta, siendo suficiente con que el sujeto sepa que su conducta, por su propia naturaleza, puede afectar al bien jurídico protegido. En este caso se afirma tajantemente que, atendiendo a las circunstancias en que se desarrollaron los hechos, los actos tienen una significación indudablemente sexual. Es una parafilia fetichista que no tiene otra explicación que la inequívocamente lasciva de obtener una satisfacción sexual. Es más, la primera víctima ha atribuido inequívocamente este significado sexual al acto realizado por el sujeto activo.

II.2.2.1. *Acto de carácter sexual: su concreción*

Avanzando en el concepto de acto de significado o carácter sexual, el contacto corporal, valorado desde una perspectiva objetiva, atendido el contexto, ha de implicar una parte del cuerpo que tenga un carácter indudablemente sexual[71]. Este calificativo está presente cuando la conducta recae en las zonas genitales[72].

Y también tendrá carácter sexual el contacto en partes del cuerpo que recaen o involucran a zonas erógenas, en particular, citándose expresamente zonas del cuerpo como pechos, nalgas o glúteos[73], que permiten plantear una vinculación más estrecha o íntima con lo sexual.

Para concretar qué zonas erógenas (aparte de las genitales) pueden ser susceptibles de ser incluidas en el concepto de acto de carácter sexual se podría adoptar como criterio, restrictivo, la referencia a las partes del cuerpo que, de una u otra manera, se identifican

[71] V., entre otros muchos, Caruso Fontán, M.V., *Nuevas perspectivas…,* ob. cit., p. 201. Algunos autores han planteado una definición de acto sexual, como por ejemplo, Orts Berenguer, E. / Suárez-Mira Rodríguez, C., *Los delitos…,* ob. cit., pp. 57 s., 71, o un concepto de acto sexual aplicable a todos los delitos sexuales del Título VIII, como Díez Ripollés, J.L., *Delitos…,* ob. cit., p. 268: es la acción en la que el autor, por medio de contenidos objetivos extremadamente variables, aspira a involucrar a otra persona en un contexto sexual. Y por contexto sexual se ha de entender toda situación social para cuya valoración el sujeto activo, cuando menos, echa mano de los juicios de valor referentes al instinto humano que suscita atracción entre los sexos. Recurre a la definición propuesta por este autor Monge Fernández, A., «*Las Manadas…,* ob. cit., pp. 70 s.; *De las agresiones…,* ob. cit., pp. 262, 264. Critica esta definición Ramos Vázquez, J.A., *Política criminal…,* ob. cit., p. 117, añadiendo, además, que es imposible ofrecer una definición general de acto sexual. En los últimos años el TS sí trata de dar una definición de acto sexual: v. SSTS 79/2022, 27 de enero (ECLI:ES:TS:2022:246); 175/2022, 24 de febrero (ECLI:ES:TS:2022:820), aludiendo a zonas del cuerpo que corresponden con las que las personas viven su sexualidad y se interrelacionan con otros sexualmente; STS 31/2019, 29 de enero (ECLI:ES:TS:2019:233): es todo contacto corporal o tocamiento impúdico o cualquier otra exteriorización o materialización con significación sexual, definición que se repite en SSTS 165/2022, 24 de febrero (ECLI:ES:TS:2022:906); 396/2022, 21 de abril (ECLI:ES:TS:2022:1544).

[72] V., en este sentido, entre otros muchos, Carmona Salgado, C., *Delitos…,* ob. cit., p. 249; Pérez Alonso, E., *Concepto…,* ob. cit., pp. 11, 19; Monge Fernández, A., *De las agresiones…,* ob. cit., p. 263; Boldova Pasamar, M.Á., *Delitos…,* ob. cit., p. 222; Ragués i Vallès, R., *Delitos…,* ob. cit., p. 138; Muñoz Conde, F., *Derecho penal…,* ob. cit., p. 233. V., también, entre otras, SSTS 126/2015, 12 de mayo (ECLI:ES:TS:2015:2068); 652/2015, 3 de noviembre (ECLI:ES:TS:2015:4601); 864/2015, 10 de diciembre (ECLI:ES:TS:2015:5809); 301/2016, 12 de abril (ECLI:ES:TS:2016:1487); 957/2016, 19 de diciembre (ECLI:ES:TS:2016:5492); 402/2018, 12 de septiembre (ECLI:ES:TS:2018:3156); 99/2019, 4 de febrero (ECLI:ES:TS:2019:1019); 130/2019, 11 de marzo (ECLI:ES:TS:2019:870); 438/2022, 4 de mayo (ECLI:ES:TS:2022:1740); 804/2024, 26 de septiembre (ECLI:ES:TS:2024:4617).

[73] Incluyen en las agresiones sexuales las conductas que recaen sobre zonas erógenas, entre otros, Orts Berenguer, E. / Suárez-Mira Rodríguez, C., *Los delitos…,* ob. cit., pp. 59, 72; Carmona Salgado, C., *Delitos…,* ob. cit., p. 249; Boldova Pasamar, M.Á., *Delitos…,* ob. cit., p. 222; Pérez Alonso, E., *Concepto…,* ob. cit., pp. 11, 19; Monge Fernández, A. «*Las Manadas…,* ob. cit., p. 219; Esquinas Valverde, P., *El delito…,* ob. cit., p. 150; *Delitos…,* ob. cit., p. 198.

en el delito de violación; de esta manera sería acto de carácter sexual el contacto corporal que involucra glúteos y boca. Y adicionalmente, por el significado que se asigna socialmente como sexual, el contacto en el pecho, más específicamente, en los senos[74].

Esta interpretación, que permitiría restringir el concepto de acto sexual a zonas corporales erógenas (sea un concepto amplio o uno restrictivo), no es compartida de manera unánime por la doctrina[75], tampoco jurisprudencialmente, pues también se ha hecho esta calificación, atendido el contexto en el que se realiza, el contacto corporal en

[74] Cuerda Arnau, M.L., *Delitos…,* ob. cit., p. 234, hace la siguiente enumeración ejemplificativa (sin aclarar si es o no exhaustiva): tocamientos en zona genital, el pecho, los glúteos, beso en los labios (o en otras zonas corporales). V., sobre los tocamientos en zonas erógenas como pechos, glúteos, besos en los labios, SSTS 126/2015, 12 de mayo (ECLI:ES:TS:2015:2068); 864/2015, 10 de diciembre (ECLI:ES:TS:2015:5809); 490/2015, 25 de mayo (ECLI:ES:TS:2015:3510); 301/2016, 12 de abril (ECLI:ES:TS:2016:1487); 957/2016, 19 de diciembre (ECLI:ES:TS:2016:5492); 31/2019, 29 de enero (ECLI:ES:TS:2019:233); 107/2019, 4 de marzo (ECLI:ES:TS:2019:719); 432/2020, 9 de septiembre (ECLI:ES:TS:2020:2831); 99/2021, 4 de febrero (ECLI:ES:TS:2021:1019); 165/2022, 24 de febrero (ECLI:ES:TS:2022:906); 438/2022, 4 de mayo (ECLI:ES:TS:2022:1740); 702/2022, 11 de julio (ECLI:ES:TS:2022:3036); 967/2022, 15 de diciembre (ECLI:ES:TS:2022:4686); 668/2023, 21 de septiembre (ECLI:ES:TS:2023:3803). O tocamientos en piernas, ingles, pecho, tripa, espalda, STS 79/2022, 27 de enero (ECLI:ES:TS:2022:246), reconociendo que se trata de actos equívocos, pero por el contexto y todas las circunstancias concurrentes se deduce su significado sexual; o tocamientos en ingles STS 396/2022, 21 de abril (ECLI:ES:TS:2022:1544). O tocamientos en las nalgas, SSTS 621/2023, 17 de julio (ECLI:ES:TS:2023:3489); 489/2024, 29 de mayo (ECLI:ES:TS:2024:2749). De manera particular sobre el beso en la boca, o el beso dirigido a la boca que acaba dándose en la mejilla, v., entre otras, SSTS 126/2015, 12 de mayo (ECLI:ES:TS:2015:2068); 864/2015, 10 de diciembre (ECLI:ES:TS:2015:5809); 490/2015, 25 de mayo (ECLI:ES:TS:2015:3510), en la que se reconoce que el beso en la boca es un acto equívoco si se lleva a cabo en determinados ámbitos familiares, o sociales, pero en este caso, atendido el contexto, y también porque el abuelo realiza otras conductas de índole sexual, sí tiene carácter sexual (si bien, en este momento, se califica como vejaciones injustas, no como abuso-agresión sexual); 303/2016, 12 de abril (ECLI:ES:TS:2016:1501); 165/2022, 24 de febrero (ECLI:ES:TS:2022:906); 702/2022, 11 de julio (ECLI:ES:TS:2022:3036); 967/2022, 15 de diciembre (ECLI:ES:TS:2022:4686). O el intento de besar (y otros actos previos) STS 364/2017, 19 de mayo (ECLI:ES:TS:2017:1982). O besos en el cuello (y otros actos) STS 668/2023, 21 de septiembre (ECLI:ES:TS:2023:3803).

[75] V., entre otros, Díez Ripollés, J.L., *Artículos 178…,* ob. cit., p. 276, incluso la acción sexual en su configuración objetiva no es preciso que tenga un inequívoco carácter sexual. Recuérdese que este autor va a exigir para la relevancia penal del hecho que el sujeto activo actúe con la finalidad de involucrar al sujeto pasivo en un contexto de naturaleza sexual, cuando se trata de actos inequívocamente sexuales, y el ánimo lúbrico o lascivo para las conductas equívocas; por esta razón se puede explicar que, como contrapartida, no requiera que la conducta tenga el significado inequívoco de sexual, o que recaiga sobre zonas especialmente erógenas; Acale Sánchez, M., *Violencia sexual…,* ob. cit., pp. 234 ss., quien considera que en las agresiones sexuales ya no se exige que exista contacto corporal, también se guarda silencio sobre qué partes del cuerpo han de realizarse los tocamientos, por lo que puede incluirse en el tipo penal contactos sobre zonas del cuerpo que no tengan un significado sexuado, citando como ejemplo la espalda, los pies, la nuca; *Delitos…,* ob. cit., p. 217; Boldova Pasamar, M.Á., *Delitos…,* ob. cit., p. 223, planteando como ejemplos acariciar el pelo, coger de la cintura, tocar las piernas, intentar besar en los labios, pero se acaba besando en la mejilla.

otras partes del cuerpo (piernas, zona pectoral, ingles, por debajo del ombligo[76], el pelo, la cintura[77]). O, incluso, recientemente se ha llegado a considerar que el acto de carácter sexual no afecta solamente a órganos estrictamente sexuales, sino que puede afectar a cualquier parte del cuerpo de la víctima, haciéndose esta exégesis en la valoración del beso no consentido[78]. O, atendiendo al contexto y las circunstancias concurrentes, la conducta fetichista consistente en chupar el pie[79].

Es cierto que las zonas erógenas se extienden a otras partes o zonas corporales. Debe recordarse que erógeno y sexual son conceptos que no tienen el mismo significado: según la RAE, erógeno significa que produce excitación sexual o es sensible a ella, mientras que genital alude a los órganos sexuales externos. El primer concepto abarca las zonas genitales, pero se extiende a otras partes del cuerpo, como pueden ser el cuello, la nuca, el pelo, la mejilla, la oreja, la cintura, la espalda, además de las zonas erógenas con mayor carga sexual por su mayor vinculación o conexión con las zonas genitales (glúteos y pechos). Desde el momento en que el concepto de acto de carácter sexual se define desde un criterio objetivo, contextualizado, no puede negarse la posibilidad de que también el contacto corporal en estas otras zonas erógenas sea calificado de acto sexual constitutivo de agresión sexual. Pero, para estos contactos corporales en zonas corporales no tan evidentemente sexuales, que lo son por el contexto y las circunstancias concurrentes, habrá que valorar la posibilidad de recurrir al tipo atenuado de agresión sexual, a través del criterio de la menor entidad del hecho, que va referido, en primer lugar, a la mayor o menor afectación del bien jurídico libertad sexual[80].

[76] V. STS 79/2022, 27 de enero (ECLI:ES:TS:2022:246), condenando por abuso sexual a menores al sujeto que se ha hecho pasar por fisioterapeuta y ha sometido a «pruebas físicas» a los menores del equipo de fútbol, algunos por encima de la ropa, otros después de hacerles quitar la camiseta, y/o el pantalón. El TS llega a la conclusión de que sí se está ante actos de carácter sexual atendiendo el contexto en el que se lleva a cabo estos tocamientos en varios menores: «los tocamientos, por el modo en que se produjeron, estando los niños tumbados, parcialmente desprovistos de ropa, y por las zonas a las que se dirigieron, adquirieron (…) un incuestionable significado sexual».

[77] V. STS 364/2017, 19 de mayo (ECLI:ES:TS:2017:1982), también ha intentado besar a la víctima y el sujeto tiene su cuerpo volcado sobre la mujer, a escasos centímetros de ella. El TS afirma que, a la hora de plantear la aplicación del delito de abuso sexual, no es necesario que el tocamiento o contacto se proyecte sobre determinadas partes del cuerpo con mayor significación sexual.

[78] V. STS 625/2024, 19 de junio (ECLI:ES:TS:2024:3348), en la que se afirma que si una persona de forma inconsentida le da un beso a otra afecta a su libertad sexual, y se insiste con el argumento de que «una mujer no puede tener una especie de servidumbre sexual, de tener que soportar el deseo de un hombre de querer darle un beso en cualquier parte de su cuerpo ya que ello integraría una agresión sexual por afectar a su intimidad y libertad sexual». Insistiendo en esta idea se alega que no cabe el contacto corporal inconsentido bajo ningún pretexto.

[79] STS 804/2024, 26 de septiembre (ECLI:ES:TS:2024:4617).

[80] Incluso, para hechos de entidad liviana se podría plantear la posibilidad de que se aplicara el delito de acoso con connotación sexual (también llamado acoso callejero) del art. 173.4 párrafo segundo CP, si se entiende que en la conducta consistente en dirigir expresiones, comportamientos o proposiciones

Hasta ahora se ha definido el acto sexual a través de un criterio objetivo, contextualizado, que implica contacto corporal, este entendido en sentido amplio.

Ha de plantearse si también se calificarán como agresión sexual actos de carácter sexual no consentidos que no implican contacto corporal.

En ocasiones, porque se trata de conductas de claro significado sexual, se han incluido en el tipo básico del delito de agresión sexual (antes de su reforma en 2022) las conductas consistentes en obligar a presenciar actos lúbricos realizados por otros[81], obligar al sujeto pasivo a sufrir un acto de exhibicionismo bajo intimidación o violencia[82], compeler a la víctima a que se exhiba ante terceros[83], o, más genéricamente, obligar a la víctima a que se desnude[84], descartándose por algún autor si se trata de obligar a la

---

de carácter sexual (que crean en la víctima la situación objetivamente humillante, hostil o intimidatoria) se incluyen también ciertos comportamientos que implican contacto con la víctima, interpretación esta difícil de mantener, ciertamente.

[81] Álvarez Álvarez, G., *El llamado…,* ob. cit., p. 54. Con carácter general niegan que este hecho sea constitutivo de agresión sexual Asencio Gallego, J.M. / González Vega, I., *Delitos…,* ob. cit., p. 27, pero en ocasiones sí admiten que se cometerá este delito, por ejemplo, si la víctima es una persona que ha renunciado a su sexualidad por cualquier motivo ideológico o religioso y el sujeto activo le obliga a presenciar una relación sexual en directo (p. 28). Genéricamente se refiere a obligar a presenciar actos de carácter sexual realizados por el autor sobre sí mismo o sobre un tercero, López Lorca, B., *El Anteproyecto…,* ob. cit., pp. 118 s. De otra opinión, v., por todos, Díez Ripollés, J.L., *Artículos 178…,* ob. cit., p. 277.

[82] V. Gómez Tomillo, M., *Derecho penal sexual…,* ob. cit., pp. 4 s.; *Artículos 178…,* ob. cit., 482. También incluye en el delito de agresión sexual obligar a observar como alguien se desnuda en la intimidad Álvarez Álvarez, G., *El llamado…,* ob. cit., p. 54. De otra opinión, Caruso Fontán, M.V., *Nuevas perspectivas…,* ob. cit., pp. 202, 204, 286, aceptando previamente que sí es un acto de carácter sexual, pero excluyéndolo del delito de agresión sexual por aplicación del principio de insignificancia.

[83] V., en este sentido, entre otros, González Rus, J.J., *Los delitos…,* ob. cit., p. 333; Álvarez Álvarez, G., *El llamado…,* ob. cit., 54; Orts Berenguer, E. / Suárez-Mira Rodríguez, C., *Los delitos…,* ob. cit., p. 59; Asencio Gallego, J.M. / González Vega, I., *Delitos…,* ob. cit., pp. 27, 95. Para Cabrera Martín, M., *La victimización…,* ob. cit., pp. 80 s., queda excluido del delito de agresión sexual obligar a un menor (cumplidos los 16 años) a exhibirse, sin mediar actividades de autocontacto sexual o contacto con terceros, quedando a salvo la posibilidad de sancionar el hecho a través del art. 189.1 (utilización de menores con fines exhibicionistas).

[84] V., de esta opinión, entre otros, Orts Berenguer, E. / Suárez-Mira Rodríguez, C., *Los delitos…,* ob. cit., p. 73; Carmona Salgado, C., *Delitos…,* ob. cit., p. 247; Gómez Tomillo, M., *Derecho penal sexual…,* ob. cit., pp. 4, 12; *Artículos 178…,* ob. cit., p. 481; Caruso Fontán, M.V., *Nuevas perspectivas…,* ob. cit., pp. 202, 204, 286; Suárez-Mira Rodríguez, C., *Agresiones…,* ob. cit., p. 73; Suárez-Mira Rodríguez, C. (dir.) / Judel Prieto, Á., *Manual…,* ob. cit., p. 218; García Rivas, N. / Tarancón Gómez, P., *Agresión…,* ob. cit., p. 1126; López Lorca, B., *El Anteproyecto…,* ob. cit., pp. 118 s.; Cuerda Arnau, M.L., *Delitos…,* ob. cit., p. 234; Esquinas Valverde, P., *Delitos…,* ob. cit., p. 198. De otra opinión, Monge Fernández, A. «*Las Manadas…,* ob. cit., pp. 73 s.; *De las agresiones…,* ob. cit., p. 268. Desde la tesis de que los antiguos delitos de agresiones y abusos sexuales exigían contacto corporal (incluyendo también el autocontacto), criticaba la no inclusión del acto sexual consistente en obligar a una persona (adulta) a exhibirse ante otro (adulto) Cuerda Arnau, M.L., *Los delitos…,* ob. cit.,

víctima a que simplemente exhiba su cuerpo desnudo, total o parcialmente, si no hay contacto corporal sobre ella[85], obligar a adoptar actitudes procaces, simular movimientos característicos del coito[86], o realizar bailes o movimientos con connotaciones sexuales[87], conminar a la víctima a hacer un relato oral de contenido sexual[88], o, prescindiendo también del contacto corporal, el acercamiento y conductas de hostigamiento, como acercar los genitales y arrinconar a la víctima[89]. También se ha planteado la duda de si es o no conducta sexual subsumible en el delito de agresión sexual la conducta del sujeto que desnuda a otra persona (inconsciente o no), respondiendo afirmativamente si tal hecho se realiza con el ánimo concreto de excitarse sexualmente, pues si falta esta intención el hecho queda fuera del tipo penal[90].

Para decidir si estos actos de naturaleza sexual han de ser calificados o no de agresión sexual ha de tenerse en cuenta la regulación penal de todos los delitos sexuales del Título VIII del Libro II CP, y, de manera particular, los delitos sexuales cometidos con víctimas menores de edad. Así, debe quedar fuera de la aplicación del tipo básico de agresión sexual la conducta consistente en hacer presenciar actos sexuales, o genéricamente, realizar actos sexuales o exhibicionistas ante una persona sin su consentimiento, ya que tales hechos solo son calificados como delitos sexuales si son realizados ante menores de 16 años o ante menores de edad (arts. 182 y 185 CP)[91]. Esto no significa que se excluya

---

pp. 223 s. El TS también califica como acto de carácter sexual conductas que no implican contacto físico, si bien hay que tener en cuenta qué entiende exactamente con esta explicación, pues parece que se refiere a un concepto limitado de contacto físico, el que involucra a sujeto activo y sujeto pasivo. Por ejemplo, la STS 1397/2009, 29 de diciembre (ECLI:ES:TS:2009:8483), en la que se afirma que no es necesario el contacto físico autor-víctima, y califica de agresión sexual concretamente el acto consistente en obligar a la víctima a desnudarse y mostrar sus partes íntimas. También se ha calificado como acto sexual el que la víctima se desnude en SSTS 377/2018, 23 de julio (ECLI:ES:TS:2018:3040); 450/2018, 10 de octubre (ECLI:ES:TS:2018:3525); 158/2019, 26 de marzo (ECLI:ES:TS:2019:1373); 311/2020, 15 de junio (ECLI:ES:TS:2020:2160); 432/2020, 9 de septiembre (ECLI:ES:TS:2020:2831); 447/2021, 26 de mayo (ECLI:ES:TS:2021:2165).

85 V. Díez Ripollés, J.L., *Artículos 178…,* ob. cit., p. 278.

86 Orts Berenguer, E. / Suárez-Mira Rodríguez, C., *Los delitos…,* ob. cit., p. 73; Suárez-Mira Rodríguez, C., *Agresiones…,* ob. cit., p. 73; Suárez-Mira Rodríguez, C. (dir.) / Judel Prieto, Á., *Manual…,* ob. cit., p. 218. Caruso Fontán, M.V., *Nuevas perspectivas…,* ob. cit., p. 202, excluye las palabras obscenas.

87 López Lorca, B., *El Anteproyecto…,* ob. cit., pp. 118 s.

88 López Lorca, B., *El Anteproyecto…,* ob. cit., pp. 118 s.

89 Cámara Arroyo, S., *Los nuevos tipos…,* ob. cit., p. 74; *Delitos…,* ob. cit., p. 227.

90 Esquinas Valverde, P., *El delito…,* ob. cit., p. 151, rechazando su calificación como agresión sexual si la conducta se realiza, por ejemplo, para que la persona reciba atención médica, o para acostarla. V. STS 31/2019, 29 de enero (ECLI:ES:TS:2019:1233), si bien en este caso el sujeto realiza además otros actos de carácter sexual.

91 Sobre la interpretación del art. 182.1 CP, v., ampliamente, Díaz y García Conlledo, M. / Trapero Barreales, M.A., *Breves apuntes…,* ob. cit., pp. 815 ss. Con la regulación anterior a la reforma

toda relevancia penal de estos hechos: si se recurre a la violencia o intimidación para su imposición, cabe la aplicación de los genéricos delitos de coacciones y amenazas[92]. Y desde la reforma de 2022 cabe el recurso al delito de acoso con connotación sexual, también denominado acoso callejero (el art. 173.4 segundo párrafo CP), que castiga a quien se dirija a otra persona con expresiones, comportamientos o proposiciones de carácter sexual que creen una situación objetivamente humillante, hostil o intimidatoria.

No resulta sencilla la calificación del caso de obligar a exhibirse, o, simplemente, obligar a desnudarse, pues sí tiene o puede tener significado sexual, pero también afecta genéricamente a la libertad (si se recurre a la violencia o intimidación), a la intimidad, e, incluso, atendiendo al contexto, a la integridad moral.

Las otras conductas anteriormente mencionadas deben quedar fuera del delito de agresión sexual, ya que se puede percibir en ellas más una afectación a la integridad moral y a la libertad que propiamente a la libertad sexual. Debe advertirse que el delito de agresión sexual no ha de consistir en involucrar a una persona en un contexto sexual no deseado o, mejor dicho, no consentido[93]; sino que se trata de realizar un acto sexual no consentido: acto sexual no puede ser sinónimo de contexto sexual, este es un concepto más amplio que abarca el primero, pero no sucede lo mismo a la inversa.

Por último, la conducta consistente en el acercamiento y hostigamiento a la víctima, como el ejemplo planteado de acercar los genitales y arrinconar a la víctima, debe ser analizada desde el nuevo delito de acoso con connotación sexual del art. 173.2 segundo párrafo CP. La introducción de esta nueva figura delictiva puede servir para concluir que el delito de agresión sexual debe reservarse para actos de carácter sexual que implican contacto corporal, aunque sea mínimo, entendido aquel en sentido amplio. Con mayor motivo si en las conductas del acoso con connotación sexual, descritas como dirigirse

---

2022 excluían del delito de agresión sexual las conductas consistentes en obligar a la víctima a la contemplación de actividades lúbricas (también los actos relativos a la difusión de material pornográfico), entre otros, Díez Ripollés, J.L., *Artículos 178…,* ob. cit., p. 277; Carmona Salgado, C., *Delitos…,* ob. cit., p. 248; Morales Prats, F. / García Albero, R., *Artículos 178…,* ob. cit., p. 1280; Monge Fernández, A., «*Las Manadas…,* ob. cit., p. 73; *De las agresiones…,* ob. cit., p. 268 (también para las agresiones a menores). Esta interpretación se mantiene desde el vigente art. 178.1 CP. V., en este sentido, Muñoz Conde, F., *Derecho penal…,* ob. cit., p. 233, refiriéndose específicamente que no entran en el art. 178 CP, entendido como contacto corporal, las acciones exhibicionistas; Moya Fuentes, M.M. *Las agresiones sexuales…,* ob. cit., p. 113.

[92] A la vista de las diferencias punitivas que se producirían aplicando los delitos de amenazas y coacciones para los casos en los que se obliga a una persona a contemplar el acto exhibicionista, y las penas previstas en el art. 185 para los casos en que el acto exhibicionista se practica ante menores o personas con discapacidad, Díez Ripollés, J.L, *Artículos 178…,* ob. cit., pp. 277 s., proponía que, en el primer supuesto, se recurriera a las faltas contra la libertad, hoy delitos leves de coacciones o amenazas.

[93] Desde la regulación anterior, esta era la forma de interpretar el antiguo delito de agresión sexual por Caruso Fontán, M.V., *Nuevas perspectivas…,* ob. cit., pp. 202 ss., 286; solo ponía el límite a través del principio de insignificancia, para excluir del ámbito típico los hechos de escasa entidad.

a una persona con expresiones, comportamientos, proposiciones, se excluyen todas aquellas que supongan contacto, aunque sea mínimo, con la víctima. Más explicaciones y valoraciones al respecto no son posibles aquí.

III. Bibliografía

Acale Sánchez, María, *Violencia sexual de género contra las mujeres adultas. Especial referencia a los delitos de agresión y abuso sexuales,* Reus, Madrid, 2019.

— «El consentimiento de la víctima: piedra angular en los delitos sexuales», en José Luis González Cussac (dir.)/José León Alapont (coord.), *Estudios jurídicos en memoria de la profesora doctora Elena Górriz Royo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 35-58.

— «Los delitos de agresión sexual: cuestiones de técnica legislativa», en Elena B. Marín de Espinosa Ceballos/Patricia Esquinas Valverde (directoras)/Miguel Ángel Morales Hernández (coord.), *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma,* Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022, pp. 39-88.

— «Delitos contra la libertad sexual (I)», en María Acale Sánchez (coordinadora), *Derecho penal. Parte especial. Volumen I,* 3.ª, Iustel, Madrid, 2023, pp. 211-239.

Aguado López, Sara, «Las reformas proyectadas de los delitos contra la 'indemnidad sexual' en las leyes integrales de libertad sexual y de protección de la infancia. Especial referencia a los delitos de 'child grooming' y 'sexting' (artículo 183 ter)», en José Luis González Cussac (dir.)/José León Alapont (coord.), *Estudios jurídicos en memoria de la profesora doctora Elena Górriz Royo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 59-84.

Álvarez Álvarez, Gregorio, «El llamado delito de violación en el nuevo Código Penal. La jurisprudencia sobre el delito de violación del periodo 1989-1996», *Cuadernos de Derecho Judicial,* Núm. VII, 1997, pp. 13-173.

Álvarez García, Francisco Javier, «Algunos comentarios generales a la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología,* Núm. 25-r3, 2023, pp. 1-28.

Álvarez García, Francisco Javier / Del Molino Romera, Mercedes, «Agresión y abusos sexuales: evolución histórica, algunas cuestiones controvertidas y propuestas de reforma», en Javier de Vicente Remesal/Miguel Díaz y García Conlledo/José Manuel Paredes Castañón/Inés Olaizola Nogales/María A. Trapero Barreales/Raquel Roso Cañadillas/Jaime A. Lombana Villalba (dirs.), *Libro homenaje al profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario,* volumen II, Reus, Madrid, 2020, pp. 2019-2039.

Asencio Gallego, José María / González Vega, Ignacio, *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual,* Jurúa, Porto, 2019.

Asua Batarrita, Adela, «Las agresiones sexuales en el nuevo Código Penal: imágenes culturales y discurso jurídico», en AAVV, *Análisis del Código Penal desde la perspectiva de género,* Instituto Vasco de la Mujer, Vitoria, 1998, pp. 45-101.

Balbuena Pérez, David Eleuterio, «El nuevo delito de agresión sexual», en Gemma Martínez Galindo (directora), *La reforma de los delitos sexuales,* JM Bosch, Barcelona, 2024, pp. 131-150.

Begué Lezaún, J.J., *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. Ley Orgánica 11/99, de 30 de abril,* Bosch, Barcelona, 1999.

Boldova Pasamar, Miguel Ángel, «La relatividad legal de la edad de consentimiento sexual de los menores de dieciséis años: regla y excepción», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología,* Núm. 23-16, 2021, pp. 1-41.

— «Delitos contra la libertad sexual I. Las agresiones sexuales. Las agresiones sexuales a menores de dieciséis años», en Carlos María Romeo Casabona / Esteban Sola Reche / Miguel Ángel Boldova Pasamar (coords.), *Derecho penal. Parte especial,* 3.ª edición, 2023, pp. 217-249. También ha sido utilizada la 2.ª edición, 2022, pp. 199-220.

Cabrera Martín, Myriam, *La victimización sexual de menores en el Código penal español y en la política criminal internacional,* Dykinson, Madrid, 2019.

Cámara Arroyo, Sergio, «Los nuevos tipos penales de agresión sexual (arts. 178 y 180 CP)», en Agustina María Vinagre González / Marta María Aguilar Cáceres / Juan Enrique Soto Castro (dirs.), *Víctimas y agresores en delitos contra la libertad sexual: un análisis integral,* JM Bosch, Barcelona, 2024, pp. 43-141.

— «Delitos contra la libertad sexual», en María Dolores Serrano Tárraga (coordinadora), *Derecho penal. Parte especial,* 2.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, pp. 221-304.

Cancio Meliá, Manuel, «Los delitos de agresiones sexuales, abusos y acoso sexual», *La Ley,* Vol. 6, 1996, pp. 1626-1633.

— «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en Fernando Molina Fernández (coord.), *Memento práctico penal,* Francis Lefebvre, Madrid, 2021, nm. 9210-9577 (pp. 1097-1146). También ha sido consultada la versión de 2024, nm. 9210-9577 (pp. 1079-1126).

Carmona Salgado, Concepción, «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (I). Consideraciones generales sobre el Título VIII del Libro II del Código Penal. Agresiones y abusos», en Manuel Cobo del Rosal (coord.), *Derecho penal español. Parte especial,* 2.ª edición, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 239-286.

Caruso Fontán, M. Viviana, *Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

— «La reforma de los delitos contra la libertad sexual: ¿Regreso de los delitos de propia mano?», *La Ley Penal*, Núm. 128, 2017, pp. 1-28.

Corrêa Camargo, Beatriz / Renzikowski, Joachim, «El concepto de 'acto de naturaleza sexual' en el Derecho penal», *Indret,* Núm. 1, 2021, pp. 145-165.

Cuerda Arnau, María Luisa, «Los delitos de exhibicionismo, provocación sexual y prostitución de menores», *Cuadernos de Derecho Judicial,* Núm. VII, 1997, pp. 197-273.

— «Delitos contra la libertad sexual (I)», y «Delitos contra la libertad sexual (II): agresiones sexuales a menores de dieciséis años. Acoso sexual», en José Luis González Cussac (coord.), *Derecho penal. Parte especial,* 8.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 229-252 y 253-266 respectivamente.

Díaz y García Conlledo, Miguel, «Autoría mediata, coautoría y autoría accesoria», en Diego-Manuel Luzón Peña (dir.), *Enciclopedia Penal Básica,* Comares, Granada, 2002, pp. 160-177.

— Trapero Barreales, María A., «Reforma delitos sexuales y Convenio de Estambul», en M. Pérez Manzano / M.A Iglesias Río / A.C. de Andrés Domínguez / M. Martín Lorenzo / M. Valle Mariscal de Gante (coords.), *Estudios en homenaje a la profesora Susana Huerta Tocildo,* Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 2020, pp. 223-233.

— «¿Razones válidas para la reforma de los delitos sexuales?», en Dulce María Santana Vega / Silvia Fernández Bautista / Sergi Cardenal Montraveta / David I. Carpio Briz / Carlos Castellví Monserrat (dirs.), *Una perspectiva global del Derecho penal. Libro homenaje al profesor Dr. Joan J. Queralt Jiménez*, Atelier, Barcelona, 2021, pp. 545-570.

— «La cualificación por actuación conjunta de dos o más personas en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual», en Miguel Abel Souto / Santiago B. Brage Cendán / Gumersindo Guinarte Cabada / Carlos Martínez-Buján Pérez / Fernando Vázquez-Portomeñe Seijas (coords.), *Estudios penales en homenaje al profesor José Manuel Lorenzo Salgado,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 443-477.

— «Determinar a un menor de dieciséis años a participar en un comportamiento sexual, ¿es atípico o constituye una agresión sexual?», en Juan Antonio Lascuraín Sánchez / Enrique Peñaranda Ramos (coords.), *Liber Amicorum Julio Díaz-Maroto Villarejo,* UNAM, Madrid, 2023, pp. 141-159.
— «Breves apuntes sobre aspectos objetivos del tipo básico del delito de hacer presenciar al menor de 16 años un acto sexual (art. 182.1 CP)», en Manuel Gómez Tomillo / Antonio María Javato Martín / Alejandro de Pablo Serrano / José Mateos Bustamante (coords.), *Liber Amicorum en homenaje a la profesora Mercedes Alonso Álamo,* Universidad de Valladolid, 2024, pp. 815-826.
— «La agravante de discriminación por razón de género: ¿aplicabilidad en delitos contra la libertad sexual?», en Antoni Llabrés Fuster / Antoni Gili Pascual / Carmen Tomas-Valiente Lanuza / Eduardo Ramón Ribas / Lucía Martínez Garay / Javier Guardiola García / Clara Viana Ballester / Jorge Correcher Mira (coords.), *Libro homenaje al profesor Juan Carlos Carbonell Mateu,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2025, pp. 1-20.

Díez Ripollés, José Luis, «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», y «Artículos 178 a 183», en José Luis Díez Ripollés / Carlos María Romeo Casabona (coords.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial II. Títulos VII-XII y faltas correspondientes,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 209-269 y pp. 271-389.
— «Alegato contra un derecho penal sexual identitario», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología,* Núm. 21-10, 2019, pp. 1-29.
— «Las propuestas de reforma del derecho penal sexual de 2018: su fundamento», en Javier de Vicente Remesal / Miguel Díaz y García Conlledo / José Manuel Paredes Castañón / Inés Olaizola Nogales / María A. Trapero Barreales / Raquel Roso Cañadillas / Jaime A. Lombana Villalba (dirs.), *Libro homenaje al profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario,* volumen II, Reus, Madrid, 2020, pp. 1551-1563.

Esquinas Valverde, Patricia, «El delito de abusos sexuales sobre mayores de 16 años (art. 181 CP)», en Elena Marín de Espinosa Ceballos / Patricia Esquinas Valverde (directoras) / Miguel Ángel Morales Hernández (coord.), *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma,* Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022, pp. 141-225.
— «Delitos contra la libertad sexual (I)», en Elena B. Marín de Espinosa Ceballos (directora) / Patricia Esquinas Valverde (coordinadora), *Lecciones de Derecho penal. Parte especial,* 4.ª edición, 2023, pp. 195-223.

Faraldo Cabana, Patricia, «Razones para la reforma del delito de violación», en Silvia Barona Vilar (editora), *Claves para la justicia penal. Feminización, inteligencia artificial, supranacionalidad y seguridad,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 177-204.

García Álvarez, Pastora, «La reforma de los Capítulos II bis, IV y V del Título VIII del Código penal, en el proyecto de Ley Orgánica de 20 de septiembre de 2013», en Francisco Muñoz Conde (dir.) / Juana del Carpio Delgado / Alfonso Galán Muñoz (coords.), *Análisis de las reformas penales. Presente y futuro,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 141-189.

García Rivas, Nicolás / Tarancón Gómez, Pilar, «Agresión y abusos sexuales», en Francisco Javier Álvarez García (dir.) / Arturo Ventura Püschel (coord.), *Tratado de Derecho penal. Parte especial (I). Delitos contra las personas,* 3.ª, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 1117-1204.

Gómez Tomillo, Manuel, «Derecho penal sexual y reforma legal: análisis desde una perspectiva político criminal», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Núm. 07-04, 2005, pp. 1-35.
— «Artículos 178 y 179», y «Artículos 181 a 183», en Manuel Gómez Tomillo (dir.), *Comentarios prácticos al Código Penal, tomo II. Los delitos contra las personas. Artículos 138-233,* Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 479-491 y 503-523 respectivamente.

González Rus, Juan José, «Los delitos contra la libertad sexual en el Código Penal de 1995», *Cuadernos de Política Criminal,* Núm. 59, 1996, pp. 321-371.

— «Propuesta de un nuevo enfoque sobre la regulación de las agresiones sexuales», en Miguel Abel Souto / Santiago B. Brage Cendán / Gumersindo Guinarte Cabada / Carlos Martínez-Buján Pérez / Fernando Vázquez-Portomeñe Seijas (coords.), *Estudios penales en homenaje al profesor José Manuel Lorenzo Salgado,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 687-700.

— «Sobre la libertad e indemnidad sexual, la reforma de las agresiones sexuales y la superación de los inconvenientes del 'modelo del consentimiento'», en Juan Muñoz Sánchez / Octavio García Pérez / Ana Isabel Cerezo Domínguez / Elisa García España (dirs.) / Noelia Corral Maraver / Deborah Isabel García Magna / María Fátima Pérez Jiménez / Bertha Prado Manrique / Pablo Rando Casermeiro (coords.), *Estudios político-criminales, jurídico-penales y criminológicos. Libro homenaje al Profesor José Luis Díez Ripollés,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 1427-1441.

González Tascón, María Marta, «El delito de agresión sexual en su configuración por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual: comentario al artículo 178 del Código Penal», *Estudios Penales y Criminológicos*, Núm. 43, 2023, pp. 1-47.

Jaen Vallejo, Manuel, «La reforma de los delitos sexuales en el Código Penal español, con especial referencia a los que afectan a menores», en Mirja Feldmann / Manuel Jaén Vallejo / Cristina Rotaru / George Visu-Petra / Costina Poetar / Narcisa Prodan, *Delitos sexuales en especial contra menores. Estudio de Derecho comparado y desde la perspectiva de la psicología del desarrollo,* Cuniep, 2024, pp. 79-139.

Jericó Ojer, Leticia, «Nuevos contornos típicos del delito de abuso sexual: el adiós definitivo al delito de coacciones leves como límite mínimo (STS 26 de julio de 2018), en Javier de Vicente Remesal / Miguel Díaz y García Conlledo / José Manuel Paredes Castañón / Inés Olaizola Nogales / María A. Trapero Barreales / Raquel Roso Cañadillas / Jaime A. Lombana Villalba (dirs.), *Libro homenaje al profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario,* volumen II, Reus, Madrid, 2020, pp. 1659-1668.

López Lorca, Beatriz, «El Anteproyecto de ley orgánica de garantía de la libertad sexual. Hacia la reconfiguración del derecho penal sexual», en Jesús de la Torre Laso (coord.), *Violencia sexual en grupo. Un estudio multidisciplinar,* Wolters Kluwer, Madrid, 2022, pp. 99-140.

López Peregrín, Carmen, «Agresiones sexuales a menores de 16 años tras la reforma de 2022», en Pastora García Álvarez / M. Viviana Caruso Fontán (directoras) / Marta Rodríguez Ramos (coordinadora), *La perspectiva de género en la ley del «solo sí es sí». Claves de la polémica,* Colex, Madrid, 2023, pp. 231-273.

Luzón Peña, Diego-Manuel, *Lecciones de Derecho penal. Parte general,* 4.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2025.

Marín de Espinosa Ceballos, Elena Blanca, «La reforma y contrarreforma del delito de agresión sexual», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología,* Núm. 25-24, 2023, pp. 1-36.

Molina Fernández, Fernando, *Antijuridicidad penal y sistema del delito,* JM Bosch, Barcelona, 2001.

Monge Fernández, Antonia, *«Las Manadas»·y su incidencia en la futura reforma de los delitos de agresiones y abusos sexuales,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

— «De las agresiones y abusos sexuales a menores de dieciséis años (análisis del artículo 183 CP)», en Elena B. Marín de Espinosa Ceballos / Patricia Esquinas Valverde (directoras) / Miguel Ángel Morales Hernández (coord.), *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma,* Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022, pp. 253-335.

— «Delitos contra la libertad sexual (I)», en Antonia Monge Fernández (directora), *Compendio de derecho penal. Parte especial (I),* Tecnos, Madrid, 2024, pp. 209-242.

MORALES PRATS, Fermín / GARCÍA ALBERO, Ramón, «Artículos 178 y 179», en Gonzalo Quintero Olivares (dir.) / Fermín Morales Prats (coord.), *Comentarios al Código Penal español. Tomo I (artículos 1 a 233),* 7.ª, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 1277-1289.

MORALES PRATS, Fermín / GARCÍA ALBERO, Ramón / DE LAS HERAS VIVES, Luis, «Artículos 178 y 179», en Gonzalo Quintero Olivares (dir.) / Fermín Morales Prats (coord.)/Marc Salat Paisal (compilador de textos), *Comentarios al Código Penal español. Tomo I (artículos 1 a 233),* 8.ª, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2024, pp. 1244-1261.

MORILLAS FERNÁNDEZ, David Lorenzo, «Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en Lorenzo Morillas Cueva (dir.), *Estudios sobre el Código Penal reformado. Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015,* Dykinson, Madrid, 2015, pp. 433-485.

— «La nueva configuración de las agresiones sexuales tras la Ley Orgánica 10/2022 y criterios aplicativos actuales», *Cuadernos de Política Criminal*, Núm. 138, 2022, pp. 5-66.

MOYA FUENTES, María del Mar. *Las agresiones sexuales a mayores de 16 años: una revisión crítica tras las reformas de 2022 y 2023. Especial contemplación de los problemas de retroactividad y del consentimiento de la víctima,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2024.

MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte especial,* 23.ª edición, revisada y puesta al día con la colaboración de Carmen López Peregrín, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021. También han sido utilizadas la 24.ª edición, 2022, y la 25.ª edición, 2023.

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio, «Razones y sinrazones para una reforma anunciada», *La Ley,* Vol. 4, 1997, pp. 1143-1155.

ORTS BERENGUER, Enrique, «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (I): agresiones sexuales», y «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (II): abusos sexuales. Abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años. Acoso sexual», en José Luis González Cussac (coord.), *Derecho penal. Parte especial,* 6.ª edición, 2019, pp. 209-226 y 227-245 respectivamente.

ORTS BERENGUER, Enrique / SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos, *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

PARRILLA VERGARA, Javier, *El delito de agresiones sexuales a menores de dieciséis años (Art. 181 CP),* JM Bosch, Barcelona, 2024.

PÉREZ ALONSO, Esteban, «Delimitación entre los abusos sexuales graves y leves o de equívoco carácter sexual», en Fermín Morales Prats / Josep María Tamarit Sumalla / Ramón García Albero (coords.), *Represión penal y Estado de Derecho. Homenaje al profesor Gonzalo Quintero Olivares,* Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, pp. 991-1010.

— «Concepto de abuso sexual: contenido y límite mínimo del delito de abusos sexuales», *Indret,* Núm. 3, 2019, pp. 1-43.

POZUELO PÉREZ, Laura, «La agresión sexual en autoría mediata. Proxenetas, clientes y violación de personas prostituidas», *Indret,* Núm. 1, 2022, pp. 206-229.

QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., *Derecho penal español. Parte especial,* 7.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, «Problemas aplicativos de los delitos de agresión y abuso sexual», en Raquel Castillejo Manzanares / Cristina Alonso Salgado (directoras) / Almudena Valiño Ces / Ana Rodríguez Álvarez (coordinadoras), *El género y el sistema de (in)justicia,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 65-83.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramón, «Los elementos subjetivos no escritos: ¿hacia su definitiva desaparición?», en Jesús María Silva Sánchez / Joan Josep Queralt Jiménez / Mirentxu Corcoy Bidasolo / M.ª Teresa Castiñeira Palou (coords.), *Estudios de Derecho penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig,* BdF, Buenos Aires, Montevideo, 2017, pp. 815-827.

— «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en Jesús María Silva Sánchez (dir.) / Ramón Ragués i Vallès (coord.), *Lecciones de Derecho penal. Parte especial,* 7.ª edición, Atelier, Barcelona, 2021, pp. 131-156. También ha sido utilizado «Delitos contra la libertad sexual», en Jesús María Silva Sánchez (dir.) / Ramón Ragués i Vallès (coord.), *Lecciones de Derecho penal. Parte especial,* 9.ª edición, Atelier, Barcelona, 2023, pp. 135-164.

Ramón Ribas, Eduardo, «El ánimo libidinoso en los abusos sexuales leves», en Ana I. Pérez Machío / José Luis de la Cuesta Arzamendi (dirs.) / Leire Berasaluze Gerrikagoitia / Helene Colomo Iraola (editoras), *Contra la política criminal de la tolerancia cero. Libro-homenaje al profesor Dr. Ignacio Muñagorri Laguía,* Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, pp. 677-689.

— «Aciertos y desaciertos de la reforma de los delitos sexuales», en Pastora García Álvarez / Viviana Caruso Fontán (directoras) / Marta Rodríguez Ramos (coordinadora), *La perspectiva de género en la ley del «solo sí es sí». Claves de la polémica,* Colex, Madrid, 2023, pp. 359-409.

Ramos Tapia, María Inmaculada, «La tipificación de los abusos sexuales a menores: el Proyecto de reforma de 2013 y su adecuación a la Directiva 2011/92/UE», en Carolina Villacampa Estiarte (coordinadora), *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores. Adecuación del Derecho español a las demandas normativas supranacionales de protección,* Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 107-138.

Ramos Vázquez, José Antonio, *Política criminal, cultura y abuso sexual de menores. Un estudio sobre los artículos 183 y siguientes del Código Penal,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

Rosa Cortina, José Miguel de la, *Protección penal de la libertad e indemnidad sexual de los menores,* Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2024.

Sainz-Cantero Caparrós, José A. / Morillas Fernández, David Lorenzo, «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (I), en Lorenzo Morillas Cueva (dir.), *Sistema de Derecho penal. Parte especial,* 5.ª edición, Dykinson, Madrid, 2024, pp. 265-317.

Serrano Gómez, Alfonso, «Inconstitucionalidad de la ley del 'solo sí es sí': LO 10/2022 de garantía integral de la libertad sexual (1)», *La Ley,* Núm. 10337, 2023, pp. 1-11.

Suárez-Mira Rodríguez, Carlos, «Agresiones y abusos sexuales a menores», en María Lameiras Fernández/Enrique Orts Berenguer (coords.), *Delitos sexuales contra menores,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 71-86.

Suárez-Mira Rodríguez, Carlos (dir.)/JUDEL PRIETO, Ángel, *Manual de Derecho penal. Parte especial,* 9.ª edición, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2023.

Tamarit Sumalla, Josep María, «¿Caza de brujas o protección de los menores? La respuesta penal a la victimización sexual de menores a partir de la Directiva europea de 2011», en Carolina Villacampa Estiarte (coordinadora), *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores. Adecuación del Derecho español a las demandas normativas supranacionales de protección,* Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 87-105.

— «¿Son abuso sexual las interacciones sexuales en línea? Peculiaridades de la victimización sexual de menores a través de las TIC», *Revista de Internet, Derecho y Política,* Núm. 26, 2018, pp. 30-42.

— «Artículo 181», en Gonzalo Quintero Olivares (dir.) / Fermín Morales Prats (coord.) / Marc Salat Paisal (compilador), *Comentarios al Código Penal español. Tomo I (Artículos 1 a 233),* 8.ª, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2024, pp. 1273-1281.

Urrutia Libarona, Leixuri / Murua Astorquiza, Oihane. «La tutela penal del menor en materia de delitos sexuales», en Ana Isabel Pérez Machío/Norberto Javier de la Mata Barranco (coords.), *La integración social del/la menor víctima a partir de la tutela penal reforzada,* Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2020, pp. 123-306.

16

SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA E INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO: ÚLTIMAS REFORMAS PENALES Y CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD*

Estrella Escuchuri Aisa
Profesora de Derecho penal
Universidad de Zaragoza

SUMARIO: I. El contexto anterior y posterior a la LO 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la LO 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. II. La modificación del art. 145 bis CP. III. Consentimiento informado y minoría de edad. IV. Bibliografía.

I. El contexto anterior y posterior a la LO 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la LO 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo

La protección de los derechos de salud sexual y reproductiva[1] ha ido encontrando reflejo progresivamente en distintos textos de carácter internacional y regional, así

* El presente trabajo se ha elaborado en el marco del Proyecto de Investigación «El Derecho Penal ante los retos actuales de la Biomedicina (DERPEBIO)». Referencia: PID2022-136743OB-I00. Proyectos de Generación de Conocimiento 2022. Entidades financiadoras: MCIN / AEI / y FEDER Una manera de hacer Europa. Asimismo se vincula con una de las líneas de investigación del *Grupo de Estudios Penales*, grupo de investigación de referencia subvencionado por el Gobierno de Aragón.

[1] Aquí hacemos referencia únicamente al derecho a la salud sexual y reproductiva, pero téngase en cuenta que los derechos sexuales y reproductivos, basados en un conjunto de derechos y libertades civiles (vida privada, libertad individual, información) y sociales (salud y bienestar), tienen un contenido más amplio. Estos derechos no están listados de forma taxativa en las convenciones y, como destaca González Agudelo, la dificultad que plantea su concreción se explica por la existencia de distintas posturas culturales, ideológicas y religiosas. V. González Agudelo, Gloria, «Los derechos de salud sexual y reproductiva de los menores de edad en el marco de los derechos fundamentales», *Ius et scientia*, 2016, vol. 2, n.º 2, p. 217, y las reflexiones de Laurenzo Copello, Patricia, «Política criminal y perspectiva de género. El ejemplo de los derechos reproductivos», en Muñoz Sánchez / García Pérez / Cerezo Domínguez / García España (dirs.), *Estudios político-criminales, jurídico-penales y criminológicos. Libro Homenaje al Profesor José Luis Díez Ripollés*, 2.ª ed., Valencia, 2023, pp. 271 y ss., en torno a la insuficiencia del enfoque terapéutico de los derechos sexuales y reproductivos.

como en la jurisprudencia de los tribunales garantes de los derechos humanos (Corte Interamericana de Derechos Humanos y Tribunal Europeo de Derechos Humanos)[2]. Pese a este reconocimiento, desde distintas instancias se ha puesto de relieve que el acceso a los establecimientos, servicios, bienes e información en materia de salud sexual y reproductiva se ve seriamente restringido por la existencia de obstáculos jurídicos, procedimentales, prácticos y sociales. Los llamados «determinantes sociales» de la salud (pobreza, disparidad de ingresos, discriminación sistémica y marginación) se proyectan también sobre el derecho a la salud sexual y reproductiva[3].

En los últimos años se ha prestado especial atención a esta cuestión por parte del Parlamento Europeo. En una resolución de 24 de junio de 2021 manifestaba que «aunque la Unión cuenta con algunas de las normas en materia de salud y derechos sexuales y reproductivos más elevadas del mundo y algunos Estados miembros han aplicado políticas y programas que defienden dichos derechos, persisten las dificultades, la falta de acceso y de asequibilidad, las lagunas, las disparidades y las desigualdades en el disfrute de la salud y los derechos sexuales y reproductivos, tanto entre Estados miembros como dentro de los mismos, por razón de edad, sexo, género, raza, origen étnico, clase, religión o creencias, estado civil, estatus socioeconómico, discapacidad, situación en cuanto al VIH (o a infecciones de transmisión sexual, ITS), origen nacional o social, situación jurídica o migratoria, lengua, orientación sexual o identidad de género».

En referencia a la salud y los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, esa misma institución ha advertido del retroceso producido en los últimos años, con mención particular a las restricciones en el acceso al aborto incluidas en las legislaciones de algunos Estados miembros. De ahí que, en la resolución anteriormente citada, ya pedía a los Estados miembros que revisasen las disposiciones jurídicas nacionales relativas al aborto y las adaptasen a las normas internacionales en materia de derechos humanos. La decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *Dobbs v.*

[2] Los dos referentes que marcan un punto de inflexión en relación con la salud y los derechos sexuales y reproductivos son la Quinta Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo en El Cairo (1994) y la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, en Beijing (1995). Sobre el reconocimiento y configuración normativa de los derechos reproductivos, GONZÁLEZ TASCÓN, M.ª Marta, «Derechos reproductivos de las mujeres e implicaciones penales», en Núñez Paz / Jiménez Blanco (eds.), *Mujer sujeto u objeto de derechos reproductivos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 419 y ss. También sobre la jurisprudencia del TEDH, DÍAZ CREGO, María, «Los derechos sexuales y reproductivos. Sistema europeo», en Carmona Cuenca (ed.), *La perspectiva de género en los sistemas europeo e Interamericano de Derechos humanos*, Madrid, 2015, pp. 149 y ss., y en esa misma obra la contribución de TRAMONTANA, Enzamaría, «Los derechos sexuales y reproductivos. Sistema interamericano», sobre el enfoque en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos humanos, pp. 185 y ss.

[3] Observación general n.º 22 (2016), relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva (art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

Jackson Women´s Health Organization (en la que por cinco votos a favor y cuatro en contra pone fin al derecho al aborto a nivel federal y deja en manos de los diferentes estados la posibilidad de decidir la regulación)[4] ha dado pie a la aprobación de otras dos resoluciones[5]. En las mismas ha condenado el retroceso en los derechos de las mujeres y en la salud y los derechos sexuales y reproductivos que están teniendo lugar en todo el mundo y recuerda que se trata de derechos humanos fundamentales que deben protegerse y en modo alguno debilitarse o eliminarse. Asimismo (si bien no tiene carácter vinculante) ha propuesto incluir el derecho al aborto en la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE[6].

Ciertamente se han podido observar cambios normativos de distinto signo en relación con la interrupción voluntaria del embarazo en el entorno europeo. Así, por ejemplo, en el marco de un sistema de indicaciones muy restrictivo, el TC polaco, el 22 de octubre de 2020 declaró inconstitucional el art. 4 de la ley de 1993 sobre la planificación familiar, la protección del feto humano y las condiciones para la terminación del embarazo, que permitía el aborto en los casos en que una prueba prenatal u otras consideraciones médicas hubieran indicado una alta probabilidad de anomalía fetal grave e irreversible o de enfermedad incurable del feto[7]. En Alemania en julio de 2022 se derogó el § 219a StGB, que castigaba con pena de prisión de hasta dos años o multa conductas relacionadas con la publicidad o promoción de servicios de interrupción voluntaria del

[4] Laurenzo Copello, Patricia, «Política criminal…», pp. 275 y ss. También sobre la jurisprudencia norteamericana, Cuerda Arnau, María Luisa, «El debate constitucional: sobre la constitucionalidad de la Ley Orgánica 2/2010», en Vives Antón / Cuerda Arnau, *El debate acerca de la legalización del aborto*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 139 y ss.

[5] Resolución del Parlamento Europeo, de 9 de junio de 2022, sobre las amenazas al derecho al aborto en el mundo: la posible anulación del derecho al aborto en los Estados Unidos por parte de su Tribunal Supremo (2022/2665(RSP)) y la Resolución del Parlamento Europeo, de 7 de julio de 2022, sobre la decisión del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de revocar el derecho al aborto en los Estados Unidos y la necesidad de garantizar el derecho al aborto y la salud de las mujeres en la Unión (2022/2742 (RSP)).

[6] Recientemente la Resolución de 11 de abril de 2024 sobre la inclusión del derecho al aborto en la Carta de Derechos de la Unión Europea (2024/2655(RSP)) insta al Consejo Europeo a añadir a la Carta la asistencia sanitaria sexual y reproductiva y el derecho al aborto seguro y legal, en los siguientes términos:

Artículo 3

Derecho a la integridad de la persona *y a la autonomía física*

2bis. Toda persona tiene derecho a la autonomía física y a un acceso libre, informado, pleno y universal a la salud y los derechos sexuales y reproductivos, así como a todos los servicios sanitarios conexos, incluido el acceso a un aborto seguro y legal, sin discriminación [la cursiva es añadida].

[7] En abril de 2024 se abre de nuevo el debate para ampliar los límites de la ley de aborto. También cabe citar Hungría que aprobó un decreto en septiembre de 2022, que establece la obligación de escuchar los latidos del corazón del feto antes de proceder a la interrupción del embarazo, con el fin de disuadir a las mujeres.

embarazo[8]. El paso más significativo es el que se ha dado en el ordenamiento francés, al dar respaldo constitucional a la libertad de la mujer de recurrir a la interrupción voluntaria del embarazo (Ley Constitucional núm. 2024-200, de 8 de marzo de 2024)[9].

La legislación española, con la aprobación de la LO 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo (en adelante LOSSRIVE) asumió las directrices de los textos internacionales en la protección y garantía de los derechos a la salud sexual y reproductiva, y conectó esos derechos con una nueva regulación de la interrupción voluntaria del embarazo estableciendo un sistema de plazo (durante las primeras 14 semanas de gestación la mujer puede tomar un decisión libre e informada sobre la interrupción voluntaria del embarazo) combinado con un sistema de indicaciones[10]. Esto supuso asimismo el abandono de una regulación del aborto construida en torno al Código penal, cuyas carencias ya se habían puesto de relieve[11].

Más de una década después de su entrada en vigor[12], el día 1 de marzo de 2023, se publicó en el BOE la LO 1/2023, de 28 de febrero, para modificar algunas de las previsiones de la LO 2/2010. La revisión y adaptación de la ley, como se deduce de la exposición de motivos, tiene como objetivo garantizar la vigencia efectiva de los

[8] § 219a. Werbung für den Abbruch der Schwangerschaft.

«(1) Wer öffentlich, in einer Versammlung oder durch Verbreiten eines Inhalts (§ 11 Absatz 3) seines Vermögensvorteils wegen oder in grob anstößiger Weise

1. eigene oder fremde Dienste zur Vornahme oder Förderung eines Schwangerschaftsabbruchs oder

2. Mittel, Gegenstände oder Verfahren, die zum Abbruch der Schwangerschaft geeignet sind, unter Hinweis auf diese Eignung anbietet, ankündigt, anpreist oder Erklärungen solchen Inhalts bekanntgibt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. […]».

[9] Se añade al art. 34 de la Constitución: «La loi détermine les conditions dans lesquelles s'exerce la liberté garantie à la femme d'avoir recours à une interruption volontaire de grossesse».

[10] Según el Preámbulo de la LO 2/2010: «una educación afectivo sexual y reproductiva adecuada, el acceso universal a prácticas clínicas efectivas de planificación de la reproducción… y la disponibilidad de programas y servicios de salud sexual y reproductiva es el modo más efectivo de prevenir, especialmente en personas jóvenes, las infecciones de transmisión sexual, los embarazos no deseados y los abortos». Como indica Laurenzo Copello, Patricia, «Desandando el camino: La contrarreforma del aborto», *RECPC*, 16-09 (2014), p. 15, con esta ley se une al movimiento internacional que impulsa el reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos como parte de los derechos humanos. También Salinero Alonso, Carmen, «El aborto no punible en el ordenamiento jurídico español: la —casi eterna— respuesta a una incertidumbre», *RECPC*, 20-31 (2018), p. 22, destaca la dificultad de encajar el sistema de indicaciones en los nuevos parámetros establecidos por los instrumentos internacionales.

[11] Al respecto, por ejemplo, Cuerda Arnau, María Luisa, *El debate*…, pp. 112 y ss. Como señala Urruela Mora, Asier, «El aborto», en Romeo Casabona / Sola Reche / Boldova Pasamar (coords.), *Derecho penal. Parte especial*, 2023, p. 71, durante el plazo de 14 semanas el aborto consentido es atípico y las indicaciones que se contemplan por causas médicas constituyen causas de justificación específicas.

[12] El intento, en el año 2013, de sustituir la ley finalmente fracasó. Sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica para la protección de la vida del concebido y de los derechos de la mujer embarazada, Laurenzo Copello, Patricia, «Desandando…», pp. 14 y ss.

derechos sexuales y reproductivos de las mujeres. Esta disposición redefine el artículo 1 de la LOSSRIVE incorporando una referencia expresa a la garantía de los derechos fundamentales en el ámbito de la salud sexual y reproductiva, a la responsabilidad de los poderes públicos en la protección de la salud y educación en relación con la sexualidad y la reproducción, así como a la prevención y respuesta frente a la violencia contra las mujeres en el ámbito reproductivo. Para ello se establecen previsiones que alcanzan diferentes ámbitos: medidas en el ámbito de la salud sexual, formación de los profesionales de la salud y medidas educativas y de sensibilización, etc.[13] En particular, en la regulación de la interrupción del embarazo son varios los cambios normativos que cabe destacar:

(1) Se modifican algunos de los requisitos para acceder a la prestación, concretamente se elimina el plazo de reflexión de tres días, y deja de configurarse como requisito obligatorio que la mujer reciba información acerca de los recursos y las ayudas disponibles en caso de continuar con el embarazo.

(2) Se incorpora un precepto relativo a la edad, que especifica que a partir de los 16 años las mujeres pueden interrumpir voluntariamente el embarazo, eliminando la necesidad de recabar el consentimiento expreso de sus representantes legales.

(3) La ley pone el foco en que el acceso a la prestación de la interrupción voluntaria del embarazo se realice en condiciones de equidad en todo el territorio, estableciendo así la obligación de las administraciones sanitarias de establecer dispositivos y recursos suficientes para garantizar la prestación de acuerdo con los criterios de gratuidad, accesibilidad y proximidad. En relación con esto, se aborda la regulación de la objeción de conciencia exigiendo que se manifieste con antelación y por escrito y se prevé la creación de un registro de objetores de conciencia del personal sanitario[14].

(4) Se incluyen medidas tendentes a la protección del derecho a la intimidad, confidencialidad y protección de datos[15].

En esta contribución nos centraremos en las dos primeras cuestiones y en el reflejo que dichas modificaciones tienen en la legislación penal. Antes de ello, como no podía ser de otro modo, hay que mencionar —siquiera brevemente— las resoluciones del Tribunal Constitucional dictadas con posterioridad a la aprobación y entrada en vigor de esta reforma.

[13] Véase una aproximación general a las mismas en Torres Díaz, Concepción., «Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo», *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 11, 2023, pp. 157 y ss.

[14] Se añaden los artículos 19 bis. Objeción de conciencia y 19 ter. Registros de personas objetoras de conciencia.

[15] Se modifican los artículos 20 y 23.

La STC 44/2023, de 9 de mayo, resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto, hace más de una década, contra diversos preceptos de la ley 2/2010[16]. Dado que en este lapso de tiempo tan prolongado la ley se ha modificado en dos ocasiones, antes que nada el tribunal acota el objeto del recurso. Y así, declara la pérdida sobrevenida del objeto del recurso en relación con el art. 13.4 (relativo al consentimiento para la interrupción voluntaria del embarazo en el caso de menores de edad), pues este precepto había sido derogado por la LO 11/2015, de 21 de septiembre. Manifiesta, en cambio, que la aprobación y entrada en vigor de la LO 1/2023 no afecta al recurso, pues la cuestión principal planteada por los recurrentes no tiene que ver tanto con la concreta regulación contenida en la ley de 2010, sino con la viabilidad constitucional del propio sistema de plazos[17].

La sentencia se hace eco de la evolución que se ha producido en el tratamiento jurídico de la interrupción voluntaria del embarazo —y, en suma, del distinto contexto en el que se dictó la STC 53/1985[18] y el actual—. Entiende el TC que la perspectiva desde la que se debe realizar el enjuiciamiento constitucional no puede llevarse a cabo desde la consideración única y aislada de la vida prenatal como bien jurídico constitucionalmente protegido, sino que «ha de partir de la afectación existencial que el embarazo supone para la mujer y su incidencia en sus derechos constitucionales, que el Estado debe respetar en todo caso al articular la protección de la vida prenatal»[19].

[16] De modo resumido, consideran los recurrentes que determinados preceptos de la ley vulneran el art. 15 CE al dejar desprotegida la vida del *nasciturus* (apartándose de la interpretación que hizo de este precepto la STC 53/1985, de 11 de abril). Se cuestiona la regulación del consentimiento de las mujeres mayores de dieciséis y menores de dieciocho años por infracción de los arts. 27.3 y 39.1 y 4 CE, y la regulación de la objeción de conciencia de los profesionales sanitarios por vulneración de los arts. 16.1 y 2, y 18.1 CE. Asimismo se impugnan en el recurso los preceptos que incorporan la referencia a la perspectiva de género en la enseñanza e investigación en materia de salud sexual y reproductiva por entender que quebrantarían principios, valores y derechos constitucionales que protegen la libertad ideológica, de conciencia y de enseñanza.

[17] No nos podemos hacer eco aquí de los análisis doctrinales al respecto. Entre otros, además de la obra de Cuerda Arnau ya citada, Huerta Tocildo / Pérez Manzano, *Cuestiones actuales de la protección de la vida y la integridad física y moral*, 2012.

[18] La STC 53/1985, de 11 de abril, resolvió el recurso previo de inconstitucionalidad contra el texto del Proyecto de Ley Orgánica de reforma del art. 417 bis CP que introducía el llamado sistema de indicaciones.

[19] FJ 2C. Respecto al modo en que se ha interpretado la relación entre la vida prenatal y los derechos fundamentales de la gestante en la STC 53/1985, v., por ejemplo, Peñaranda Ramos, Enrique, «Algunas cuestiones fundamentales de la interrupción voluntaria del embarazo tras la LO 2/2010, de 3 de marzo», en Pérez Manzano / Iglesias Río / Andrés Domínguez / Martín Lorenzo / Mariscal de Gante (coords.), *Estudios en homenaje a la profesora Susana Huerta Tocildo*, Madrid, 2020, pp. 133 y ss. Como destaca este autor, no cabe sin más derivar de la misma argumentos contrarios a un sistema del plazo, sino que los términos en los que se pronunció dejaban un amplio margen de apreciación al legislador ordinario.

Desde esa consideración, el TC vincula la autodeterminación de la mujer respecto de la interrupción del embarazo con el derecho fundamental a la integridad física y moral, y los principios de dignidad y libre desarrollo de su personalidad[20]. Según el TC, el respeto de estos derechos exige por parte del legislador «el reconocimiento de un ámbito de libertad en el que la mujer pueda adoptar razonablemente, de forma autónoma y sin coerción de ningún tipo, la decisión que considere más adecuada en cuanto a la continuación o no de la gestación»[21]. Reconocido ese ámbito en el que quede garantizado que la mujer puede ejercer sus derechos, «corresponde al legislador determinar el modo en que han de limitarse los derechos constitucionales de la mujer con el fin de tutelar la vida prenatal, como bien constitucionalmente protegido, siempre teniendo en cuenta que todo acto o resolución que limite derechos fundamentales ha de asegurar que las medidas limitadoras sean necesarias para conseguir el fin perseguido (…), ha de atender a la proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en la que se halla aquel a quien se le impone (…), y, en todo caso, ha de respetar su contenido esencial (…)» (FJ 3D).

En estas coordenadas, concluye que el modelo de plazos previsto en la ley de 2010 es acorde con la Constitución, pues se garantiza a la mujer la posibilidad de tomar una decisión libre e informada sobre la interrupción del embarazo sin interferencia de terceros, y asimismo, garantiza el deber estatal de protección de la vida prenatal a través de medidas preventivas y sancionadoras. La restricción o limitación gradual de los derechos constitucionales de la mujer (esto es, la exigencia de que concurran circunstancias adicionales transcurrida la semana catorce de gestación) es constitucional porque «(i) obedece al legítimo fin de proteger la vida prenatal; (ii) es adecuada y necesaria para la consecución de tal fin; (iii) su configuración gradual a la luz, por un lado, del avance de la gestación y el desarrollo fisiológico-vital del concebido, y, por

[20] FJ 3B: «[…] consideramos que la interrupción voluntaria del embarazo, como manifestación del derecho de la mujer a adoptar decisiones y hacer elecciones libres y responsables, sin violencia, coacción ni discriminación, con respeto a su propio cuerpo y proyecto de vida, forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la integridad física y moral (art. 15 CE) en conexión con la dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad como principios rectores del orden político y la paz social (art. 10.1 CE)». En sentido crítico por considerar que se ha llevado demasiado lejos la interpretación del principio del libre desarrollo de la personalidad como norma de clausura del sistema de libertades, que opera como una suerte de derecho fundamental general de libertad, Sieira Mucientes, Sara, «El libre desarrollo de la personalidad como derecho fundamental general de libertad (autodeterminación): la eutanasia y el aborto en las sentencias del Tribunal Constitucional 19/2023 y 44/2023», *Revista de las Cortes Generales*, n.º 116, 2023, pp. 282 y ss.

[21] FJ 5: «El reconocimiento de un ámbito de libertad a la mujer para decidir en la fase inicial de su embarazo resulta necesario para la efectividad de sus derechos constitucionales, en concreto de su derecho fundamental a la integridad física y moral (art. 15 CE) en conexión con su dignidad y el libre desarrollo de su personalidad (art. 10.1 CE), derechos constitucionales que limitan la libertad de configuración del legislador en los términos anteriormente expuestos».

otro, de la afectación adicional o extraordinaria de los derechos constitucionales de la mujer, se ajusta al canon de proporcionalidad exigido por este tribunal para la constitucionalidad de cualquier limitación de derechos fundamentales, así como al modelo gradual de protección de la vida prenatal acogido por la propia STC 53/1985; y (iv) se lleva a cabo respetando, en todo caso, la posibilidad de un ejercicio "razonable" de los derechos de la mujer, a través del reconocimiento a esta de un ámbito temporal en que poder decidir, de manera libre e informada, si continúa adelante con la gestación u opta por interrumpirla, asumiendo de modo consciente y voluntario todas las consecuencias derivadas de una u otra decisión» (FJ 4)[22].

Posteriormente, la STC 78/2023, de 3 de julio, estima el recurso de amparo planteado por una mujer a la que se le había negado el ejercicio del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo en su región de residencia y tuvo que recurrir para la práctica del aborto al sistema sanitario privado de otra comunidad autónoma. Manifiesta el TC en esta resolución que «al ser el derecho a la interrupción del embarazo un derecho de configuración legal que forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la integridad física y moral de la mujer, la infracción de las previsiones legales que tienen como objeto garantizar que este derecho se ejerce conforme a las exigencias constitucionales conlleva también la del derecho fundamental»[23].

Y finalmente hay que citar la STC 92/2024, de 18 de junio, que aborda precisamente la constitucionalidad de algunos de los preceptos de la LO 1/2023, de 28 de febrero, y cuyos argumentos en relación con las dos cuestiones anteriormente planteadas analizaremos en las líneas siguientes[24].

II. La modificación del artículo 145 bis CP

La aprobación de la ley 2/2010 supuso una reconfiguración de los tipos destinados a la protección de la vida prenatal. El tipo más grave es el recogido en el art. 144 CP, pues no concurre consentimiento de la mujer o es inválido por haber sido obtenido mediante

[22] Se formulan varios votos particulares: voto particular conjunto de los magistrados Ricardo Enríquez Sancho, Enrique Arnaldo Alcubilla y César Tolosa Tribiño; voto particular concurrente de la magistrada María Luisa Balaguer Callejón y voto particular de la magistrada Concepción Espejel Jorquera.

[23] V. el comentario a esta sentencia de Boldova Marzo, Daniel Miguel, «Vulneración de derechos fundamentales por práctica de la interrupción voluntaria del embarazo en una comunidad autónoma distinta a la de residencia: comentario a la Sentencia 78/2023, de 3 de julio de 2023, del Tribunal Constitucional», *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n.º 59/2023, pp. 247-257.

[24] La resolución se pronuncia también sobre otros aspectos como la inclusión de la perspectiva de género en las políticas públicas, la exclusión de determinadas entidades y organizaciones de las medidas de apoyo legalmente previstas, la formación en salud sexual y reproductiva, la composición del comité clínico o el registro de profesionales objetores de conciencia.

violencia, amenaza o engaño[25]. El art. 145.1 se proyecta sobre supuestos en los que se produce el aborto con el consentimiento de la mujer «fuera de los casos permitidos por la ley». Y finalmente el art. 145 bis castiga la práctica del aborto «dentro de los casos contemplados en la ley», pero con incumplimiento de determinados deberes o exigencias procedimentales. Aunque la referencia a los supuestos recogidos en la ley 2/2010 ha dado pie a una interpretación conjunta de los preceptos[26], creo que el art. 145 bis se configura como un tipo autónomo. Se castiga por esta vía el incumplimiento de exigencias de naturaleza procedimental (vinculadas, por tanto, al personal facultativo) que están orientadas a reforzar el sistema global de tutela de la vida prenatal, y la calidad asistencial de la prestación[27]. Otra cuestión distinta es la valoración que merezca la intervención penal: si es necesaria (o, al menos, en esa medida) desde los principios que inspiran el Derecho penal o si hubiese bastado con una respuesta desde el Derecho administrativo sancionador[28].

Con todo, para delimitar el alcance del art. 145 bis es necesario analizar el marco legal establecido en la LO 2/2010. La misma aborda de forma separada los supuestos de interrupción del embarazo a petición de la mujer (art. 14) y los casos de interrupción por causas médicas (art. 15), pero establece unos requisitos que se califican como «necesarios»:

1.º Que se practique por un médico especialista o bajo su dirección. Aunque ya se venía entendiendo así, se ha añadido que preferiblemente se trate de un especialista en Obstetricia y Ginecología. La intervención de un facultativo se considera necesaria para salvaguardar la salud de la mujer, y adicionalmente se ha considerado como un elemento

[25] González Tascón, M.ª Marta, «Derechos reproductivos…», p. 439: es un delito complejo que protege también la libertad reproductiva de mujer en su dimensión positiva.

[26] Según Hormazábal Malarée, Hernán, «La responsabilidad penal por el aborto consentido después de la LO 2/2010 de 3 de marzo, de salud sexual y de la interrupción voluntaria del embarazo y el principio de aplicación retroactiva de la ley penal más favorable», en Muñoz Conde / Lorenzo Salgado / Ferré Olivé / Cortés Bechiarelli / Núñez Paz, *Un Derecho penal comprometido. Libro Homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz*, Valencia, 2011, pp. 598-599, el art. 145 bis delimita el contenido del art. 145 CP en el sentido de que este último incluye como elementos negativos los requisitos no mencionados en el art. 145 bis. De ahí concluye que solo puede considerarse aborto provocado «fuera de los casos permitidos por la ley» el que se practique por una persona que no sea médico especialista o que no intervenga bajo su dirección con consentimiento de la mujer después de la decimocuarta semana de gestación, si no concurre alguna de las circunstancias referidas en el art. 15 LO 2/2010.

[27] Laurenzo Copello, Patricia, *Dogmática y política criminal del aborto*, Valencia, 2012, pp. 52 y s.

[28] Así, en sentido crítico con la equiparación en el plano penológico de la no comprobación de que se ha facilitado la información previa necesaria y el no transcurso del plazo con la falta de los dictámenes preceptivos, Urruela Mora, Asier, «El aborto», en Romeo Casabona / Sola Reche / Boldova Pasamar (coords.), *Derecho penal. Parte especial*, 2016, p. 67. Para Hormazábal Malarée, Hernán, «La responsabilidad…», p. 601, sería más adecuado tratar todos los supuestos como ilícitos administrativos. El art. 145 bis no está orientado a la protección de un bien jurídico, sino al castigo de la mera desobediencia de un mandato, lo que según el autor resulta cuestionable en un estado constitucional y democrático.

de garantía y de control de que el proceso se desarrolla conforme a lo previsto en la ley[29]. De esta exigencia se deriva que el art. 145 bis deba entenderse como un delito especial, pues si no fuese así no se trataría de un «caso de los contemplados en la ley»[30].

2.º Que se lleve a cabo en centro sanitario público o en un centro privado acreditado. El RD 831/2010, de 25 de junio, de garantía de la calidad asistencial de la prestación a la interrupción voluntaria del embarazo establece que los centros públicos que reúnan determinados requisitos (recogidos en el anexo al RD) quedan automáticamente acreditados y las autoridades sanitarias de las comunidades autónomas serán las responsables de acreditar a aquellos establecimientos sanitarios privados que, cumpliendo los requisitos establecidos, lo hayan solicitado.

La exigencia de que la interrupción voluntaria del embarazo se lleve a cabo en un centro acreditado se vincula a la necesidad de disminuir los riesgos para la salud de la mujer, pero también se articula como medio de control administrativo de los abortos que se practiquen (evitando abortos clandestinos)[31]. El incumplimiento de este requisito procedimental se contempla expresamente en el art. 145 bis, dejando al juez la posibilidad de agravar la pena.

3.º Que se realice con el consentimiento expreso informado y por escrito de la mujer embarazada o, en su caso, del representante legal, de conformidad con lo establecido en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. En el supuesto de mujeres con medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica se remite a lo dispuesto en el art. 9.7 de la LAP.

Resulta claro que la práctica del aborto en contra de la voluntad de la mujer genera responsabilidad penal conforme al art. 144 CP. Otra cuestión distinta es que la información preasistencial y la prestación del consentimiento informado no se realice conforme a lo previsto en la ley, que se lleve a cabo de forma defectuosa (por ejemplo, cuando la información previa a la prestación del consentimiento no haya sido completa o el consentimiento no conste por escrito). Si esos defectos no han impedido a la mujer adoptar una decisión libre (si no invalidan el consentimiento), tales actuaciones quedan al margen del Derecho penal, sin perjuicio de que sí puedan dar lugar a responsabilidad administrativa o civil. Como ya señaló Romeo Casabona, para que el consentimiento sea válido en Derecho penal no es preciso que esté rodeado de las formalidades o contenidos con que es revestido en otras ramas del ordenamiento jurídico. Será suficiente la

[29] Así ya, en relación con el sistema anterior, Romeo Casabona, Carlos M.ª, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, Madrid, 1994, p. 330.

[30] Laurenzo Copello, Patricia, *Dogmática…*, p. 54.

[31] Romeo Casabona, Carlos M.ª, *El Derecho y la Bioética…*, p. 334.

información suministrada que permita a la mujer adquirir una representación real sobre lo que va a consentir y las consecuencias que se van a derivar del acto consentido[32].

Además de lo anterior, la licitud de la interrupción del embarazo dentro de las primeras catorce semanas de gestación a petición de la mujer se condicionaba a la concurrencia de otros dos requisitos: a) que se hubiese informado a la mujer embarazada sobre los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad[33]; b) que hubiese transcurrido un plazo de al menos tres días desde que se facilitó esa información y la realización de la intervención.

En el recurso de inconstitucionalidad planteado a la LO 2/2010 se había cuestionado el contenido, alcance y la forma en la que se facilita a la mujer la información sobre las medidas de apoyo a la maternidad por entender que la misma era genérica y estandarizada; que, al entregarse en un sobre cerrado, no quedaba constancia de que sirviese para ilustrar la decisión de la mujer; y que no se orientaba a la protección de la maternidad y a la continuidad del embarazo, sino que se limitaba a la mera descripción de las ayudas estatales y a una indicación de centros sanitarios de anticoncepción. Frente a estas objeciones, declara el TC que los arts. 14 y 17 de la ley no tienen como objetivo presionar o disuadir a la mujer para que decida en un sentido determinado, sino que se orientan a «garantizar que la mujer tenga a su alcance la información más completa que pueda necesitar a la hora de adoptar una decisión que se considera de extraordinaria trascendencia, libre de toda presión externa, con pleno conocimiento de causa y contando con todos los elementos adecuados para formar juicio, incluidos aquellos que pudieran contribuir a subvenir las dificultades de todo orden que el nacimiento de un hijo o hija pudiera plantearle. El modo en que se ha regulado la puesta de esta información a disposición de la mujer cumple dicho objetivo sin generar intromisiones ilegítimas, en cuanto excesivas, en los derechos fundamentales» (STC 44/2023, FJ 5). Este modelo de información no disuasiva o de resultado abierto también ha sido respaldado por otros tribunales constitucionales de nuestro entorno[34].

Tras la LO 1/2023 los dos requisitos mencionados desaparecen del art. 14 LOSSRIVE que declara que podrá interrumpirse el embarazo dentro de las primeras catorce semanas de gestación a petición de la embarazada. Paralelamente se modifica el contenido del art.

[32] Romeo Casabona, Carlos M.ª, *El Derecho y la Bioética…*, p. 336.

[33] Según el desarrollo reglamentario el proceso de información previo, claro y objetivo se entiende como circunstancia determinante de la decisión de la mujer, y se estructura en tres fases sucesivas: (1) información general sobre los métodos de interrupción del embarazo, centros y trámites; (2) información orientada a la protección de la maternidad concretada en las ayudas públicas y derechos vinculados al embarazo y a la maternidad y datos sobre los centros en los que se puede recibir asesoramiento; y (3) información médica inmediatamente anterior a la prestación del consentimiento por escrito en los términos que exige la LAP. Véase Real Decreto 825/2010, de 25 de junio, de desarrollo parcial de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

[34] V., con más detalle, Peñaranda Ramos, Enrique, «Algunas cuestiones…», p. 140.

17 relativo a la información que debe recibir la mujer. Este último precepto establece ahora que las mujeres que manifiesten su intención de someterse a una interrupción del embarazo recibirán información por parte del personal sanitario sobre los distintos métodos de interrupción del embarazo, quirúrgico y farmacológico, las condiciones para la interrupción previstas en la ley, los centros públicos y acreditados a los que pueden dirigirse y los trámites para acceder a la prestación y las condiciones para su cobertura por el servicio público de salud correspondiente. Adicionalmente si lo requieren, pero nunca como requisito para acceder a la prestación del servicio, podrán recibir información sobre las siguientes cuestiones: a) datos sobre los centros disponibles para recibir información adecuada sobre anticoncepción y sexo seguro; b) datos sobre los centros que ofrecen asesoramiento antes y después de la interrupción del embarazo; c) ayudas públicas disponibles para las mujeres embarazadas y la cobertura sanitaria durante el embarazo y el parto; y, d) los derechos laborales vinculados al embarazo y a la maternidad; las prestaciones y ayudas públicas para el cuidado y atención de los hijos; los beneficios fiscales y demás información relevante sobre incentivos y ayudas al nacimiento. Es la información contemplada en este segundo bloque la que deja de configurarse como requisito obligatorio para el acceso a la prestación, pero sigue estando disponible para la mujer que quiera solicitarla. Consecuentemente desaparece también su mención en el art. 145 bis.

Como hemos dicho anteriormente, este requisito y el establecimiento de un plazo de reflexión se vinculaban a la protección de la vida prenatal y su incumplimiento traía consigo responsabilidad penal. Esto no significa que la nueva configuración del sistema de plazo implique la renuncia a la protección de aquella, pues la tutela puede articularse de distintos modos. Este ha sido, sin embargo, uno de los motivos planteados en el recurso de inconstitucionalidad interpuesto en relación con la ley 1/2023. Enlazando con lo que ya manifestó en su anterior sentencia 44/2023, el TC recuerda que esa protección se articula a través del modelo social, asistencial y sanitario de carácter preventivo previsto en la ley (mediante políticas de promoción de una sexualidad responsable y segura dirigidas a reducir el número de embarazos no deseados, y a través de políticas de apoyo a la maternidad)[35]. La norma no implica la desprotección de la vida prenatal y, por ello, descarta su inconstitucionalidad.

Conviene asimismo descartar la idea de que la nueva regulación compromete o afecta a la prestación de un consentimiento informado válido. La información vinculada a este último tiene que ver exclusivamente con la finalidad y naturaleza de la interven-

[35] STC 92/2024, FJ 7C. V. también STC 44/2023, de 9 de mayo (FJ 4: «esta opción regulatoria es conforme con nuestro texto constitucional y con la doctrina de este tribunal, ya que satisface el deber estatal de protección de la vida prenatal —con medidas preventivas y sancionadoras, cuyo peso varía conforme avanza el proceso de gestación— y lo hace sin vulnerar los derechos de la mujer»).

ción, sus riesgos y sus consecuencias[36]. Señala el TC que la regulación prevista en los arts. 14 y 17 LO 2/2010 no solo exige los requisitos de información contemplados con carácter general para prestar el consentimiento conforme a la ley de autonomía del paciente, sino que incluye otros requisitos de información más exhaustivos y con ello «asegura que la mujer embarazada pueda adoptar su decisión con pleno conocimiento de causa y contando con toda la información relevante para comprender las implicaciones médicas que conlleva la intervención corporal que supone la interrupción voluntaria del embarazo». Esta información médica es la que resulta imprescindible como garantía del derecho fundamental recogido en el art. 15 CE. El establecimiento de requisitos adicionales de información quedaría dentro del margen de decisión del legislador, aunque este se vería obligado a moverse dentro del respeto a los derechos constitucionalmente reconocidos «sin que el mismo admita la introducción de requisitos adicionales de información previa que no resulten acordes a las exigencias del principio de proporcionalidad o que constituyan injerencias dirigidas a modificar el sentido de la libre decisión sobre la interrupción o la continuación de la gestación que pertenece a la mujer embarazada» (STC 92/2024, FJ 7).

Aun cuando se reconozca que el legislador tiene margen para optar o no por un modelo de asesoramiento (no disuasivo), lo que no cabe admitir es que solo un modelo de asesoramiento garantice una decisión de la mujer libre y autónoma. Y, sin embargo, esta es una idea que ha estado presente en cierta medida. El propio TC se hace eco de ello cuando señala que la nueva regulación se orienta a eliminar las trabas que puedan afectar a la toma de decisiones de las mujeres, y la supresión se justifica «por la necesidad de abandonar el enfoque según el cual la mujer que manifiesta su voluntad de interrumpir el embarazo no ha reflexionado lo suficiente o no es consciente de la decisión que ha tomado».

También desde esa perspectiva se ha cuestionado la necesidad de un período de espera o reflexión antes de la realización de la prestación. Este es un requisito que se contempla en otros ordenamientos (como Alemania, Italia o Portugal), pero se ha puesto de relieve que trae consigo retrasos en el acceso al aborto, a veces hasta el punto de restringirlo o condicionar la elección del método en ese entorno[37]. El establecimiento o no de estos plazos de espera queda, según el TC, dentro del margen de decisión del legislador democrático. Si bien reconoce que ello implica «una carga, una limitación o

[36] En otro sentido, Sieira Mucientes, Sara, «El libre desarrollo…», p. 307.

[37] OMS, *Directrices sobre la atención para el aborto*, 2022. En el Informe del Comité de personas expertas sobre la situación de la interrupción voluntaria del embarazo en España y Propuestas para una nueva regulación, si bien reconoce que el periodo de espera está destinado a facilitar una decisión plenamente informada de la mujer, no debe suponer un obstáculo para el ejercicio de la IVE en condiciones de legalidad. Por ello, sugerían que la ley contemplase la posibilidad de prescindir de este trámite en los supuestos de agotamiento del plazo.

una injerencia para el ejercicio de la libertad de la persona para consentir la práctica de intervenciones corporales (art. 15 CE), por lo que solo resultan admisibles en cuanto que operen como garantía del derecho a la integridad física de la persona concernida y siempre que el plazo establecido se traduzca en una espera previa, razonable, proporcionada y no excesiva» (STC 92/2024, FJ 7).

Tras la eliminación de ambos requisitos, el art. 145 bis queda circunscrito ahora a los casos en que el médico practique el aborto fuera de un centro o establecimiento público o privado acreditado o sin contar con los dictámenes previos preceptivos en la interrupción del embarazo por causas médicas (dando cabida tanto la omisión del propio informe como los casos en que el mismo no reúna las condiciones de validez exigidas[38]).

III. Consentimiento informado y minoría de edad

Otro de los cambios que incorpora la ley 1/2023 tiene que ver con la eliminación del consentimiento expreso de los representantes legales requerido en relación con la práctica de la interrupción del embarazo en las menores mayores de 16 años. Antes de analizarlo conviene hacer una referencia a la regulación general prevista en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (LAP).

La autodeterminación del menor de edad en materia sanitaria a través del ejercicio del consentimiento informado ha sido objeto de especial atención doctrinal por la compleja redacción del art. 9 de la citada norma. El precepto ha dado pie a diferencias interpretativas puesto que no resultaba claro si el criterio adoptado para determinar la capacidad de obrar de los menores en el ámbito sanitario es un criterio objetivo (basado en la edad), subjetivo (basado en la madurez) o mixto. En lugar de formularlo en un sentido positivo, la ley indica que deberá prestarse el consentimiento por representación cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. De otro lado señala que en el caso de menores emancipados o con dieciséis años cumplidos no cabe el consentimiento por representación, si bien en caso de actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor, según el criterio del facultativo, el consentimiento lo prestará el representante legal del menor, una vez oída y tenida en cuenta la opinión del mismo[39].

[38] Laurenzo Copello, Patricia, *Dogmática…*, p. 57.

[39] En la redacción originaria se indicaba que en esos casos los padres tenían que ser informados y su opinión sería tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente. La redacción actual procede de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. En sentido crítico con esta reforma por la limitación que implica para el principio de autonomía, Mendoza Buergo, Blanca, «Autonomía, consentimiento y menores. La pretendida contrarreforma del 2015», en *Libro Homenaje al Prof. Dr. Agustín Jorge Barreiro*, vol. 1, 2019, pp. 644 y ss., y Nevado Catalán,

Según la interpretación mayoritaria, el legislador ha establecido una presunción de capacidad en el menor emancipado o mayor de 16 años para tomar decisiones en el ámbito sanitario; esto es, no es necesario acreditar *ad hoc* su capacidad natural y legal para prestar el consentimiento sino que esta se presume *iuris tantum* (se habla así de una «mayoría de edad sanitaria»)[40]. Por otra parte, el art. 9.3.c) no autorizaría el recurso automático al consentimiento por representación, sino que para ello sería preciso que la persona menor de edad carezca de la capacidad intelectual o emocional necesarias para comprender el alcance de la intervención[41]. En esos casos de falta de capacidad natural será el representante legal el que lo preste (en el ejercicio de los deberes de guarda y protección que tiene atribuido como titular de la patria potestad o tutor del menor)[42] tras haber escuchado la opinión del menor conforme a lo que prevé la LO 1/1996, de 15 de enero de Protección jurídica del menor[43]. Para la adopción de la decisión por parte del representante se establecen tres directrices: la decisión tiene que atender siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente; ha de ser adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, velando por el interés del paciente y el respeto a su dignidad personal y, por último, el paciente ha de participar en la medida de lo posible en la adopción de las decisiones relativas a su salud. Como excepción a las reglas generales se incluyen la participación en ensayos clínicos y las técnicas de reproducción asistida, cuestiones que dejamos al margen aquí.

Verónica, «El interés superior del menor maduro en situación de grave riesgo: entre la autonomía del paciente y el derecho a la vida», *ADC*, 2017, pp. 1564 y ss.

[40] V. Cadenas Osuna, Davinia, *El consentimiento informado y la responsabilidad médica*, Madrid, 2018, pp. 234 y s., y Dopico Gómez-Aller, Jacobo, «Problemas del consentimiento informado "por representación"», *Cuadernos de la Fundación Víctor Grífols i Lucas*, n.º 22, 2010, p. 48.

[41] V. STC 148/2023, de 6 de noviembre. Ahora bien, según el tribunal la validez y eficacia de las decisiones de los menores en el ejercicio de su derecho a la integridad física habrá de determinarse teniendo en cuenta la prevalencia de su interés superior, tutelado por los padres y, en su caso, la autoridad judicial. Ese interés superior debe ponerse en relación con los efectos previsibles de las decisiones y su eventual permanencia o irreparabilidad. La Circular FGE 1/2012 distinguía entre menores que tienen capacidad intelectual y emocional para comprender el alcance de la intervención (menores maduros) y los que no la tienen (menores no maduros). En el primer grupo incluía los menores de 16 y 17 años que no estén incapacitados, los menores emancipados y los menores de 16 años cuando, a criterio del facultativo, tengan suficiente madurez para consentir. V. también Cadenas Osuna, Davinia, *El consentimiento informado…*, pp. 233 y s. Del art. 9.3.c) LAP se deduce a *sensu contrario* que el paciente menor de dieciséis años puede prestar personalmente su consentimiento cuando sea capaz intelectual y emocionalmente de comprender el alcance de la intervención (exceptuando las actuaciones de grave riesgo para la vida o la salud del menor); lo que resulta coherente con la previsión del art. 162.1.º CC.

[42] Sería más adecuado, según algunos autores, hablar de «consentimiento por sustitución», ya que se trata del ejercicio de derechos de la personalidad y la representación queda excluida en esos supuestos. Así Cadenas Osuna, Davinia, *El consentimiento informado…*, p. 215.

[43] Véase también el art. 6.2 del Convenio de Oviedo.

Como ha destacado Mendoza Buergo, frente a criterios estrictamente cronológicos se acepta un concepto gradualista y funcional en relación con la capacidad de los menores para prestar el consentimiento de forma válida, que da entrada a la consideración de factores individuales y a la importancia del acto médico de que se trate (que tenga capacidad para evaluar la naturaleza, el significado y las implicaciones de sus decisiones). Lo que se sitúa en el foco de discusión no sería ese criterio de la competencia natural, sino si el mismo es suficiente en todos los casos o si hay supuestos en los que no lo sería[44].

Precisamente uno de esos ámbitos discutidos ha sido el relativo a la prestación del consentimiento para la IVE por las menores. En su redacción originaria, el apartado 4 del art. 9 LAP establecía que «la interrupción voluntaria del embarazo, la práctica de ensayos clínicos y la práctica de técnicas de reproducción humana asistida se rigen por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación». La previsión resultó poco clara en dos direcciones. A diferencia de los otros dos supuestos contemplados, en el caso de la IVE no existían disposiciones especiales de aplicación (el art. 417 bis del CP 73, que regulaba el sistema de indicaciones vigente en ese momento, no establecía ningún requisito específico en relación con el consentimiento). Por otra parte, la doctrina estaba dividida entre quienes consideraban que la remisión hecha por el legislador lo era a la mayoría de edad civil y quienes sostenían que el legislador aludía a la normativa general sobre la capacidad de obrar que reconoce disponibilidad al menor en el ejercicio de derechos personalísimos. Aunque no pocos autores propusieron interpretaciones encaminadas a dar relevancia a la voluntad de la menor[45], se impuso en la práctica el entendimiento de que la ley exigía la intervención de los representantes legales hasta que se alcanzasen los dieciocho años[46]. Ahora bien, la opinión dominante no fue ajena a los problemas que planteaba esta restricción y abogó por una modificación legal que permitiese aplicar en estos casos el régimen general[47].

[44] Mendoza Buergo, Blanca, «Autonomía…», pp. 642-643.

[45] Entre otros, Dopico Gómez-Aller, Jacobo, «Problemas…», pp. 82 y ss.: «debe deducirse que bajo el derecho vigente, la interrupción del embarazo de una menor se rige por las disposiciones generales del consentimiento a las intervenciones médicas o quirúrgicas sobre menores, sin que esté prevista particularidad alguna al respecto». Aunque la redacción del art. 9.4 parece acoger una excepción al régimen general previsto en el art. 9.3.c) LAP, el art. 2 de la LPJM permitiría superar esa aparente antinomia adoptando la regla que reconozca más capacidad de decisión a la menor. Otra interpretación conduciría a resultados que considera incompatibles con los derechos fundamentales de la menor.

[46] Romeo Malanda, Sergio, «La relevancia justificante del consentimiento de las menores de edad en el nuevo sistema de aborto no punible (Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo», *Revista penal*, n.º 27, 2011, pp. 197-198.

[47] V. Romeo Casabona, Carlos M.ª, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, Comares, Granada, 2004, p. 191, que criticaba esta solución en casos de madurez de la menor pues contradice un principio fundamental de la representación, conforme al cual esta queda excluida de los bienes personalísimos, y Romeo Malanda, Sergio, «*La relevancia…*», p.

La modificación llegó con la aprobación de la LO 2/2010, cuya D.F. 2.ª elimina del apartado 4 del art. 9 LAP la referencia a la interrupción voluntaria del embarazo. Al regular el consentimiento, la LOSSRIVE se remite a lo establecido con carácter general en la ley de autonomía del paciente, y específicamente en relación con las menores de 16 y 17 años declara, en el art. 13.4, que «el consentimiento para la interrupción voluntaria del embarazo les corresponde exclusivamente a ellas de acuerdo con el régimen general aplicable a las mujeres mayores de edad»[48]. A pesar de que la propuesta originaria no lo contemplaba, finalmente se añadió la previsión de que, al menos uno de los representantes legales, personas con patria potestad o tutores fuese informado de la decisión. Cabía una excepción a la notificación parental «cuando la menor alegue fundadamente que esto le provocará un conflicto grave, manifestado en el peligro cierto de violencia intrafamiliar, amenazas, coacciones, malos tratos, o se produzca una situación de desarraigo o desamparo»[49].

Posteriormente la LO 11/2015, de 21 de septiembre, para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción del embarazo, deroga el apartado 4 del art. 13 de la LO 2/2010 e introduce en el apartado 5 del art. 9 LAP la previsión de que para la interrupción voluntaria del embarazo de menores de edad o personas con capacidad modificada judicialmente era preciso, además de su manifestación de voluntad, el consentimiento expreso de sus representantes legales. En este caso, los conflictos que surjan en cuanto a la prestación del consentimiento por parte de los representantes legales, se resolverán de conformidad con lo dispuesto en el Código Civil. Según su exposición de motivos, el régimen previsto en la ley de 2010 «impide a los progenitores y tutores cumplir con la obligación recogida en el Código Civil, privando a las menores de la protección que el mismo texto legislativo reconoce, de poder contar, en un momento crucial y complicado de su vida, con la asistencia de quienes ejercen su patria potestad». Sin embargo, este entendimiento supone una quiebra del sistema basado en la capacidad natural que posibilita la autonomía y el ejercicio de otros derechos personales de las menores (entre ellos, el respeto a la intimidad) que no encuentra fundamento en el principio de beneficencia ni en otros derechos[50]. Cabe

---

199. También en esa línea el informe del Comité de personas expertas sobre la situación de la interrupción voluntaria del embarazo en España y el Comité de Bioética (al respecto, Romeo Malanda, Sergio, «Minoría de edad y aborto en España: pasado, presente y futuro», *Cadernos Ibero-Americanos de Direito sanitario*, 12 (1), 2023, pp. 58-59).

[48] Indica Romeo Malanda, Sergio, «La relevancia…», p. 202, que se establece una presunción *iuris et de iure* equivalente a la recogida en el art. 9.3.c) LAP, pero no puede deducirse que no puedan consentir también por sí mismas las menores de 16 años de acuerdo con las reglas generales de capacidad (si bien en estos casos hay que valorar caso por caso su capacidad real de obrar).

[49] Con detalle sobre cómo ha de entenderse esta previsión Romeo Malanda, Sergio, «La relevancia…», pp. 206 y ss.

[50] Mendoza Buergo, Blanca, «Autonomía, consentimiento y menores…», pp. 651 y ss.

recordar asimismo que la LOPJM establece que las limitaciones a la capacidad de obrar con respecto a los menores se tienen que interpretar de forma restrictiva.

La reforma mereció una valoración negativa de un amplio sector doctrinal pues no pueden identificarse las razones que expliquen la limitación al ejercicio de derechos personalísimos en este ámbito particular[51] y por los efectos negativos que podía generar para las mujeres jóvenes a las que la norma pretende atender[52]. Así se puso de relieve en un informe del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 2018, en el que se llamaba la atención sobre el obstáculo que supuso la reforma de 2015 para el acceso al aborto de mujeres de entre 16 y 18 años al exigir el consentimiento expreso de sus representantes legales (además, recomendó a nuestro país garantizar en la práctica la accesibilidad y disponibilidad de los servicios de salud sexual y reproductiva para todas las mujeres y adolescentes, prestando la debida atención a las disparidades existentes entre las diferentes comunidades autónomas).

La LO 1/2023 aborda de nuevo esta cuestión incorporando a la LOSSRIVE un nuevo artículo (13 bis) relativo a la edad[53], que distingue cómo se ha de prestar el consentimiento en función de si han alcanzado o no la edad de dieciséis años. En su primer apartado declara que las mujeres podrán interrumpir voluntariamente su embarazo a partir de los 16 años, sin necesidad del consentimiento de sus representantes legales. El reconocimiento de la autonomía para decidir explica que no se incorpore tampoco la exigencia de comunicar la decisión a los padres[54]. El apartado segundo referido a

[51] Salinero Alonso, Carmen, *El aborto no punible…*, p. 33, destaca que no se trata de una modificación que busque el interés de la menor o una mayor seguridad jurídica para los profesionales, sino que «la única finalidad es conseguir el *pleno* ejercicio de la patria potestad o tutela por parte de progenitores y representantes legales, lo que se traduce en la plasmación y materialización de un "derecho a saber", a conocer y, en su caso, a intentar imponer una maternidad no deseada a una mujer de 16 o 17 años». Según Mendoza Buergo, Blanca, «Autonomía, consentimiento y menores…», pp. 651 y ss., las limitaciones a la autonomía de las menores, al ejercicio de derechos personales (como el respeto a la intimidad y la confidencialidad) no tienen su fundamento en el principio del mejor interés de la menor, ni encuentra apoyo en otros principios o derechos prevalentes.

[52] Para González Agudelo, Gloria, «Consecuencias jurídicas y político-criminales…», p. 20, disminuye la efectividad de los derechos plasmados en la ley 2/2010 y es discriminatoria por afectar a los derechos de las mujeres jóvenes, sin que existan razones objetivas basadas en el interés de las menores para limitar su derecho a la autonomía personal a decidir. Véase asimismo las interesantes reflexiones en relación con el derecho a la salud sexual y reproductiva del/la menor de la misma autora, «Los derechos de salud sexual y reproductiva…», pp. 215 ss.

[53] En coherencia con esto, la D.F. 12 modifica el apartado 5 del art. 9 de la LAP, quedando como sigue: «5. La práctica de ensayos clínicos y la práctica de técnicas de reproducción humana asistida se rigen por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación».

[54] Mendoza Buergo, Blanca, «La modificación de la regla del consentimiento de las menores capaces para abortar: ¿un tortuoso viaje a ninguna parte?», en *Estudios en homenaje a la profesora Susana Huerta Tocildo*, 2020, p. 734.

las menores de 16 años se remite a la regulación prevista en el art. 9.3.c) de la ley de autonomía del paciente. Esto es, deberá prestarse el consentimiento por representación cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En caso de discrepancia entre la menor y los llamados a prestar el consentimiento por representación, los conflictos se resolverán por la autoridad judicial. En este supuesto se nombrará un defensor judicial y con intervención del Ministerio Fiscal.

Si bien esta cuestión no se abordó en la primera de las sentencias del TC, uno de los motivos del recurso de inconstitucionalidad planteado a la ley 1/2023 se dirigía precisamente a la redacción del art. 13 bis. en su apartado primero. El TC ha entendido que resulta admisible la opción legislativa de asegurar que las mujeres desde los dieciséis años dispongan de la libertad de decidir, sin obstáculos ni injerencias externas a la vista del carácter trascendental que la gestación y la maternidad tienen para la vida de las mujeres, en tanto que condicionan el libre desarrollo de su personalidad y afectan a su integridad física y a su derecho a la intimidad (STC 92/2024, FJ 6). Dando un paso más considera que el art. 13 bis —al situar la IVE dentro del régimen general de capacidad de obrar aplicable a los mayores de 16 años en relación con las actuaciones en el ámbito sanitario conforme al art. 9.4 de la ley 41/2002— «parte de una adecuada ponderación del respeto a la libre decisión de la mujer y la necesidad de proteger el interés superior del menor, asegurando en la medida de lo razonable la autonomía de la decisión de la mujer embarazada, y reservando la intervención de los representantes legales para supuestos excepcionales en los que resulta preciso mantener el complemento de capacidad por requerirlo así la mejor protección de la vida, la integridad física y la salud de la menor embarazada»[55].

Sin duda, todo ello merece un análisis sosegado que no podemos llevar a cabo aquí. Pero sí cabe decir que las nuevas previsiones son acordes con las pautas internacionales y con el propio contexto legislativo español en el que efectivamente se reconoce al menor como titular de derechos que puede ejercer por sí mismo de forma progresiva conforme

---

Por otro lado en el informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de LO por la que se modifica la LO 2/2010, se había sugerido que para reforzar la capacidad de decisión de la menor de 16 o 17 años se mantuviesen los requisitos previstos inicialmente en la ley: la obligatoriedad de la información previa al consentimiento de la IVE y la fijación de un plazo de al menos tres días entre la información a la menor y la realización de la intervención. Frente a la opinión del Pleno, algunos vocales en un voto particular manifiestan no considerar adecuado exigir a las adolescentes de 16 y 17 años más requisitos que a las mujeres mayores de edad, imponiéndoles condiciones más gravosas de acceso y prácticas desaconsejadas por organismos como la OMS.

[55] No obstante, a diferencia de lo previsto para menores de dieciséis años donde sí hay una remisión expresa a la LAP, en relación con las mayores de dieciséis años no ha optado por remitirse al art. 9.4 LAP, con lo que se suscita la duda de si resulta aplicable o no la previsión de la intervención de los representantes legales en los casos de riesgo para la vida o la salud de la menor o se ha concedido un ámbito de autonomía pleno.

se aproxima a la mayoría de edad. Asimismo el reconocimiento de la autonomía de las menores resulta coherente con la finalidad de la ley de garantizar el ejercicio del derecho a interrumpir el embarazo, pues se ha puesto de relieve la relación existente entre la intervención de terceros y las barreras para acceder al aborto (retrasos, violencia interpersonal, coacción reproductiva, conflictos familiares o recurso a abortos inseguros)[56]. Y no debe perderse de vista tampoco que, al igual que en el caso de las mujeres adultas, se ven involucrados derechos fundamentales de las menores.

Concluyo dando las gracias a los discípulos de Carlos Romeo Casabona por permitirme participar en esta obra de reconocimiento a un penalista que, desde el Derecho y otras ciencias, ha sido capaz de abordar con un rotundo bagaje dogmático los retos y las incertidumbres del futuro. Siempre desde una mirada atenta al ser humano.

IV. Bibliografía

Boldova Marzo, Daniel Miguel, «Vulneración de derechos fundamentales por práctica de la interrupción voluntaria del embarazo en una comunidad autónoma distinta a la de residencia: comentario a la Sentencia 78/2023, de 3 de julio de 2023, del Tribunal Constitucional», *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n.º 59/2023, pp. 247-257.

Cadenas Osuna, Davinia, *El consentimiento informado y la responsabilidad médica*, BOE, Madrid, 2018.

Cuerda Arnau, María Luisa, «El debate constitucional: sobre la constitucionalidad de la Ley Orgánica 2/2010», en Vives Antón / Cuerda Arnau, *El debate acerca de la legalización del aborto*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 107 y ss.

Díaz Crego, María, «Los derechos sexuales y reproductivos. Sistema europeo», en Carmona Cuenca (ed.), *La perspectiva de género en los sistemas europeo e Interamericano de Derechos humanos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015, pp. 149-184.

Dopico Gómez-Aller, Jacobo, «Problemas del consentimiento informado "por representación"», *Cuadernos de la Fundación Víctor Grífols i Lucas*, n.º 22, 2010, pp. 36-101.

González Agudelo, Gloria, «Los derechos de salud sexual y reproductiva de los menores de edad en el marco de los derechos fundamentales», *Ius et scientia*, 2016, vol. 2, n.º 2, pp. 215-225.

González Tascón, M.ª Marta, «Derechos reproductivos de las mujeres e implicaciones penales», en Núñez Paz / Jiménez Blanco (eds.), *Mujer sujeto u objeto de derechos reproductivos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 417-444.

Hormazábal Malarée, Hernán, «La responsabilidad penal por el aborto consentido después de la LO 2/2010 de 3 de marzo, de salud sexual y de la interrupción voluntaria del embarazo y el principio de aplicación retroactiva de la ley penal más favorable», en Muñoz Conde / Lorenzo Salgado / Ferré Olivé / Cortés Bechiarelli / Núñez Paz, *Un Derecho penal comprometido. Libro Homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 591 y ss.

Huerta Tocildo / Pérez Manzano, *Cuestiones actuales de la protección de la vida y la integridad física y moral*, Aranzadi, 2012.

Laurenzo Copello, Patricia, *Dogmática y política criminal del aborto*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

— «Desandando el camino: La contrarreforma del aborto», *RECPC*, 16-09 (2014), pp. 1-39.

[56] V. en relación con ambos extremos, Romeo Malanda, Sergio, «Minoría de edad…», p. 65 y p. 63.

— «Política criminal y perspectiva de género. El ejemplo de los derechos reproductivos», en Muñoz Sánchez / García Pérez / Cerezo Domínguez / García España (dirs.), *Estudios político-criminales, jurídico-penales y criminológicos. Libro Homenaje al Profesor José Luis Díez Ripollés*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 267-279.

Mendoza Buergo, Blanca, «Autonomía, consentimiento y menores. La pretendida contrarreforma del 2015», en Cancio / Maraver / Fakhouri / Guérez / Rodríguez / Basso (eds.), *Libro Homenaje al Prof. Dr. Agustín Jorge Barreiro*, vol. 1, UAM ediciones, 2019, pp. 639-653.

— «La modificación de la regla del consentimiento de las menores capaces para abortar: ¿un tortuoso viaje a ninguna parte?», en Pérez Manzano / Iglesias Río / Andrés Domínguez / Martín Lorenzo / Mariscal de Gante (coords.), *Estudios en homenaje a la profesora Susana Huerta Tocildo*, Servicio publicaciones Facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2020, pp. 727-737.

Nevado Catalán, Verónica, «El interés superior del menor maduro en situación de grave riesgo: entre la autonomía del paciente y el derecho a la vida», *ADC*, 2017, pp. 1543-1573.

Peñaranda Ramos, Enrique, «Algunas cuestiones fundamentales de la interrupción voluntaria del embarazo tras la LO 2/2010, de 3 de marzo», en Pérez Manzano / Iglesias Río / Andrés Domínguez / Martín Lorenzo / Mariscal de Gante (coords.), *Estudios en homenaje a la profesora Susana Huerta Tocildo*, Servicio publicaciones facultad derecho. Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2020, pp. 131 y ss.

Romeo Casabona, Carlos M.ª, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994.

— *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, Comares, Granada, 2004.

Romeo Malanda, Sergio, «La relevancia justificante del consentimiento de las menores de edad en el nuevo sistema de aborto no punible (Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo», *Revista penal*, n.º 27, 2011, pp. 191-210.

— «Minoría de edad y aborto en España: pasado, presente y futuro», *Cadernos Ibero-Americanos de Direito sanitario*, 12 (1), 2023, pp. 53-68.

Tramontana, Enzamaría, «Los derechos sexuales y reproductivos. Sistema interamericano», Carmona Cuenca (ed.), *La perspectiva de género en los sistemas europeo e Interamericano de Derechos humanos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015, pp. 185-207.

Torres Díaz, M.ª Concepción, «Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo», *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 11, 2023, pp. 156-161.

Salinero Alonso, Carmen, «El aborto no punible en el ordenamiento jurídico español: la —casi eterna— respuesta a una incertidumbre», *RECPC*, 20-31 (2018), pp. 1-34.

Sieira Mucientes, Sara, «El libre desarrollo de la personalidad como derecho fundamental general de libertad (autodeterminación): la eutanasia y el aborto en las sentencias del Tribunal Constitucional 19/2023 y 44/2023», *Revista de las Cortes Generales*, n.º 116, 2023, pp. 261-314.

Urruela Mora, Asier, «El aborto», en Romeo Casabona / Sola Reche / Boldova Pasamar (coords.), *Derecho penal. Parte especial conforme a las Leyes orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo*, Comares, Granada, 2016, pp. 55 y ss.

— «El aborto», en Romeo Casabona / Sola Reche / Boldova Pasamar (coords.), *Derecho penal. Parte especial*, 3.ª ed., Comares, Granada, 2023, pp. 65 y ss.

17

DIAGNÓSTICO DEL SISTEMA LEGAL SALVADOREÑO DE PROTECCIÓN A LA MUJER QUE SUFRE VIOLENCIA[*]

JAVIER GUSTAVO FERNÁNDEZ TERUELO[**]
Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Oviedo

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. DISTORSIONES DERIVADAS DE LA DUPLICIDAD EN LA REGULACIÓN DE LOS ASPECTOS MATERIALES DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO. II.1. Diagnóstico. II.2 Recomendaciones. III. DIFICULTADES PARA DIFERENCIAR ALGUNAS DE LAS FORMAS DE HOMICIDIO AGRAVADO POR RAZONES DE GÉNERO (129 CP) Y EL DELITO DE FEMINICIDIO (ART. 45 LEIV). III.1. Diagnóstico. III.1.1. *Delito de feminicidio (art. 45 LEIV).* III.1.2. *Relación del delito de feminicidio (art. 45 LEIV) con el delito de homicidio agravado de los apartados 1 y 11 del art. 129.* III.1.3. *Dificultades interpretativas del supuesto contenido en el apartado 11 del art. 129 CP.* III.2. Recomendaciones. IV. INDEBIDA EXCLUSIÓN DE LOS DELITOS DE LESIONES (Y OTROS) DE LA COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ESPECIALIZADOS. IV.1 Diagnóstico. IV.2. Recomendaciones. V. INDEBIDA INAPLICACIÓN DEL DELITO DE LESIONES AGRAVADAS CUANDO LA VÍCTIMA ES UNA MUJER EN CONTEXTO DE GÉNERO. V.1. Diagnóstico. V.2. Recomendaciones. VI. ERRORES LEGISLATIVOS Y DE CONFIGURACIÓN DEL DELITO DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR CONTENIDO EN EL ART. 200 CP (VIOLENCIA INTRAFAMILIAR). VI.1. Diagnóstico. VI.2. Recomendaciones. VII. DISTORSIONES DERIVADAS DE LA REGULACIÓN E INTERPRETACIÓN DEL ART. 55 DE LA LEIV. VII.1. Diagnóstico. VII.2. Recomendaciones. VIII. INDEBIDA AUSENCIA DE CASTIGO DE LAS LESIONES PSÍQUICAS (IDENTIFICACIÓN Y SUBSUNCIÓN EN LOS TIPOS PENALES). VIII.1. Diagnóstico. VIII.2. Recomendaciones. IX. EFECTO DISTORSIONADOR DE LA LEY CONTRA LA VIOLENCIA INTRAFAMILIAR (LCV). IX.1. Diagnóstico. IX.2. Recomendaciones. X. NECESIDAD DE INCORPORAR UN DELITO DE VIOLENCIA DE GÉNERO HABITUAL Y CONSECUENCIAS DERIVADAS (PROTECCIÓN DE LA INTEGRIDAD MORAL DE LA MUJER). X.1. Diagnóstico. X.2. Recomendaciones. XI. NECESIDAD DE INTRODUCIR DE LA PERS-

[*] El presente trabajo se enmarca dentro del Proyecto I+D «Análisis retrospectivo de factores concurrentes en los feminicidios de pareja y su evolución en el tiempo para el diseño de mecanismos de prevención (PREVENFEM)» (PID2022-142009OB-I00) del Plan Estatal de Investigación Científica del Ministerio de Ciencia e Innovación, liderado por el autor.

[**] Trabajo presentado a modo de reconocimiento personal al querido profesor Romeo Casabona, por su extraordinaria valía científica y extrema generosidad humana.

PECTIVA DE GÉNERO EN LA MOTIVACIÓN DE LAS SENTENCIAS PENALES. XI.1. Diagnóstico. XI.2. Recomendaciones. XII. AUSENCIA DE UN PROCEDIMIENTO REALMENTE INTEGRAL EN DEFENSA DE LOS DERECHOS DE LA MUJER QUE SUFREN VIOLENCIA. XII.1. Diagnóstico. XII.2. Recomendaciones. XIII. AUSENCIA DE UN SISTEMA DE VALORACIÓN INMEDIATA DE LA SITUACIÓN DE RIESGO DE LA DENUNCIANTE Y LIMITACIONES EN LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN. XIII.1. Diagnóstico. XIII.2. Recomendaciones. XIV. DEFICIENCIAS DETECTADAS EN EL DESARROLLO DEL PROCESO DESDE LA DENUNCIA Y SU CARÁCTER VICTIMIZANTE. XIV.1. Diagnóstico. XIV.2. Recomendaciones. XV. CONVENIENCIA DE ARTICULAR UN PLAN DE PREVENCIÓN DE FEMINICIDIOS (A TRAVÉS DEL CONOCIMIENTO DEL FENÓMENO Y DE SUS CARACTERÍSTICAS). XV.1. Diagnóstico. XV.2. Recomendaciones. XVI. ANEXO LEGISLATIVO.

I. INTRODUCCIÓN

La violencia frente a las mujeres en un contexto de género es una de las lacras que asola a nuestras sociedades modernas. Sin embargo, los esfuerzos realizados a nivel mundial y local solo han alcanzado hasta la fecha resultados parciales. En este trabajo se valora la calidad y el grado de eficacia de los mecanismos legales que ha implado El Salvador frente a este tipo de violencia. El texto que ahora se presenta, en ejecución de un programa de consultoría internacional, es consecuencia de un prolongado análisis que tuvo su parte final en el estudio *in situ* de la situación por el autor en las ciudades de San Salvador y San Miguel (El Salvador).

II. DISTORSIONES DERIVADAS DE LA DUPLICIDAD EN LA REGULACIÓN DE LOS ASPECTOS MATERIALES DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO

II.1. Diagnóstico

El primer factor relevante que determina distorsiones en el proceso de protección de la mujer víctima de violencia de género es el solapamiento de distintas normas legales salvadoreñas con una aparente falta de coordinación entre sí. Así, en primer lugar, puede afirmarse, con carácter general que, a la hora de definir y determinar tipos penales que tienen por cometido la protección (a través del castigo al autor) de las mujeres que sufren violencia, resulta claramente negativa la doble regulación; en concreto, algunos tipos están presentes en el Código Penal (por ejemplo, el delito de lesiones) y otros en la Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres, Decreto núm. 520 —LEIV— (por ejemplo, el delito de feminicidio). Esta inadecuada distribución de normas en distintos textos legales se intensifica si incluimos en dicho reparto las conductas tipificadas en la Ley (administrativa) contra la Violencia Intrafamiliar, Decreto 902 —LCVI—.

Lo anterior se agrava cuando constatamos que un mismo comportamiento puede ser objeto de regulación en dos normas distintas. Esto es lo que ocurre con la muerte violenta de una mujer en un contexto de género, que teóricamente puede ser sancionada a través de un tipo de homicidio agravado (presente en el art. 129, apartados 1 y 11 del

Código penal) y a través del delito de feminicidio (contenido en los arts. 45 y 46 de la LEIV). Sobre esta cuestión volveremos más adelante.

Con relación al tribunal competente, en El Salvador la competencia (Especializados de la Mujer, Juzgados de Paz y Ordinarios/Sentencia) se determina en función del delito cometido. De ese modo, si el delito es uno de los regulados en el Código penal, la competencia será de los Juzgados de Paz, mientras que, si se trata de alguno de los delitos previstos en la LEIV o alguno de los cinco regulados en el Código penal, a los que se remite, la competencia será de los tribunales especializados. Dicha distinción carece de sentido; la especialización sólo llega a algunos delitos y estos (quitando el feminicidio) no son los más graves (expresiones violentas y otros de menor rango).

Sin embargo, lo más relevante es que el grueso de la violencia de género (además de los delitos sexuales) son delitos de *lesiones* que, sin embargo, son conocidos por jueces de paz, ordinarios y sentencia, sin ninguna especialización, no siendo posible aplicar —por lo tanto— ninguna medida de las que la propia LEIV considera imprescindibles para hacer frente a las situaciones en las que la mujer sufre violencia.

II.2. **Recomendaciones**

a) En base a lo expuesto se recomienda poner fin a la doble regulación de los diferentes tipos delictivos, pasando a estar todos ellos en un mismo texto normativo, preferentemente en el Código penal, estableciendo tipos específicos agravados cuando la víctima sea una mujer en un contexto de género. De este modo, la LEIV debería limitarse a la regulación del proceso especializado y tratamiento integral de las víctimas.

b) La mejor defensa de la mujer que sufre maltrato requiere que la competencia para la instrucción y enjuiciamiento (e incluso apelación) esté en manos de tribunales especializados. En la medida en que el volumen de delitos de lesiones (entre otros) es tan elevado, su atribución a los tribunales especializados, obligaría a la creación de un número muy importante, con un coste difícilmente asumible. Por ello, se recomienda, realizar las modificaciones oportunas en la Ley para atribuir la competencia a los tribunales especializados de todos los delitos que se pueden producir en un contexto de violencia de género. El criterio rector para identificar los delitos debe ser la cualidad de la víctima del maltrato (mujer en un contexto de género).

Sin embargo, en la medida que ello requeriría una importante inversión destinada a la creación de nuevos tribunales (que deberían asumir, entre otros, todos los delitos de lesiones), subsidiariamente se recomienda *reconvertir* algunos juzgados de paz, ordinarios de instrucción y de sentencia —uno (o varios) por jurisdicción (cabecera departamental y distritos judiciales)— en «juzgados ordinarios/sentencia especializados en violencia contra la mujer». Este proceso debe ir precedido por una labor de auditoría, determinando cuántos delitos se están conociendo anualmente para, a través de ello, dilucidar el número de tribunales a especializar. Si el análisis se hace correctamente, no

tiene por qué suponer el incremento de carga de trabajo de ningún tribunal, dado que se trata únicamente de un intercambio de asuntos a conocer de unos juzgados a otros.

c) En el mismo contexto se recomienda la creación de unidades de la fiscalía especializadas en violencia de género (violencia contra la mujer), que serían las únicas que podrían intervenir en estos procesos.

III. Dificultades para diferenciar algunas de las formas de homicidio agravado por razones de género (129 CP) y el delito de feminicidio (art. 45 LEIV)

III.1. Diagnóstico

III.1.1. *Delito de feminicidio (art. 45 LEIV)*

El art. 45 LEIV regula un delito de feminicidio tasado o basado en un sistema de *numerus clausus*; esto quiere decir que sólo serán conductas típicas aquellas enumeradas en el precepto. Se detecta que, en ocasiones, se está realizando una interpretación incorrecta del tipo penal, en la medida en que se están calificando como feminicidios determinadas situaciones, utilizando criterios, como la búsqueda de un componente misógino, alejados de lo que taxativamente dispone la regulación.

Si bien la primera parte del art. 45 LEIV parece indicar al intérprete que debe realizar algún tipo de valoración (causare la muerte a una mujer mediando motivos de odio o menosprecio por su condición —de mujer—), a continuación se bloquea dicha posibilidad, al establecer que sólo cabe apreciar dichos motivos (de odio o menosprecio) cuando concurra uno de los cinco supuestos tasados (apartados a, b, c, d y e). En definitiva, cualquier operador jurídico, para afirmar que existe un feminicidio deberá identificar en cuál de los cinco apartados del art. 45 incluye la conducta. En caso de que no pueda subsumirlo en ninguna de ellos debe descartarse el delito de feminicidio (y ello independientemente de que pudiera apreciarse un componente misógino).

Analizando con detalle el precepto, comprobamos que los aparatados a), d) y e) requieren la constatación de determinadas circunstancias objetivas no sometidas a valoración (violencia previa, delito sexual previo o mutilación previa).

En lo que respecta a los apartado b) y c) sí es preciso realizar un proceso valorativo:

- En el supuesto del apartado b) se acumulan dos factores (deben concurrir cumulativamente): el hecho de ser mujer, unido a la especial vulnerabilidad derivada de cualquier otro factor. Obviamente no basta la condición de mujer, pues en ese caso se podría prescindir del resto de la regulación. Se pueden plantear algunas dudas de *bis in idem*, si —tras aplicar este apartado— se agrava también por la modalidad contenida en el apartado c) del art. 46 (cuando la víctima sufriere discapacidad física o mental).
- El supuesto del apartado c) encaja perfectamente en aquellos supuestos en los que el varón produzca la muerte dolosa de la mujer, esposa o pareja en situaciones

de dominio (control y subordinación). En efecto, el aprovechamiento de las relaciones de poder (propio de los feminicidios de pareja —matrimonial o no—) en las que el autor ejerce un poder de dominio y control, sobre su esposa sometida.

Además, deberán incluirse todos los supuestos en los que la relación ya ha cesado y, a tal efecto, recordemos que una parte muy importante de los feminicidios se producen precisamente porque el hombre no acepta la ruptura de la relación decidida por la mujer.

III.1.2. *Relación del delito de feminicidio (art. 45 LEIV) con el delito de homicidio agravado de los apartados 1 y 11 del art. 129*

En el Código penal salvadoreño se regula el delito de homicidio y, a continuación, el delito de homicidio agravado (art. 129 CP), según el cual *se considera homicidio agravado el cometido con alguna de las circunstancias siguientes: (…)*

1) En ascendiente o descendente, adoptante o adoptado, hermano, cónyuge o persona con quien se conviviere maritalmente

11) Cuando fuere motivado por odio racial, étnico, religioso, político, a la identidad y expresión de género o la orientación sexual. En los casos de los numerales 1, 2, 5, 6, 8, 9 y 11 la pena será de treinta a cincuenta años de prisión

El primero de los supuestos castiga la muerte de un hombre causada por una mujer y de una mujer causada por un hombre siempre que exista una relación matrimonial o análoga (convivencia marital). Dicha previsión plantea varias cuestiones:

- Equipara las dos situaciones citadas que, sin embargo, deberían tener un tratamiento diferenciado (el feminicidio debe tener una pena superior al homicidio, al basarse en relaciones de desigualdad).
- Inexplicablemente, excluye las relaciones matrimoniales o de convivencia marital ya cesadas, cuando sabemos que precisamente el mayor número de feminicidios se produce cuando el varón no acepta la ruptura y actúa tras producirse ésta.
- Tiene una pena más grave que la del delito de feminicidio del art. 45 LEIV, que es de aplicación preferente sobre el delito de «homicidio agravado por razones de género» (art. 129.1 y 11). A dicha solución se llega aplicando el art. 7 CP (concurso de leyes por criterio de especialidad), dado que se trata de una norma (LEIV) y precepto (art. 45) creados de modo específico para hacer frente a la muerte de una mujer por el hecho de serlo (con los matices antes apuntados). Estamos, en definitiva, ante un concurso de normas en el que rige el principio de especialidad —art. 7 CP— (en realidad son dos preceptos especiales, pero uno más (especial) que el otro al estar contenido en una ley específica (especial) frente a la violencia de género). De ese modo, el homicidio agravado por razones de género (expresión de género) podría operar como tipo de recogida (precepto general) para aquellos supuestos en los que (por las razones apuntadas) no es posible aplicar el art. 45 y, sin embargo, haya existido un componente de género en la muerte dolosa de la mujer a manos de un hombre (o sean cónyuges).

En definitiva, el apartado primero del art. 129 CP sólo podría aplicarse en el contexto que estamos estudiando, cuando se produzca la muerte dolosa de la esposa o pareja, sin que exista una relación de dominio, sino una relación de conflicto, en la que no se aprecie la concurrencia de ninguno de los factores descritos en los apartados del art. 45 LEIV. Debe advertirse, sin embargo, que esto en muy contadas ocasiones podrá suceder.

Todo lo expuesto pone nuevamente de manifiesto *lo erróneo de la legislación*, ya que el tipo que debe ser aplicado (art. 45 LEIV) tiene una pena significativamente inferior a la del art. 129.1 (*en los casos de los numerales 1, 2, 5, 6, 8, 9 y 11 la pena será de treinta a cincuenta años de prisión*). Ello implica que la muerte dolosa de una mujer en un contexto de género será tratada de modo privilegiado respecto al mismo hecho proyectado sobre otras personas definidas en el art. 129, incluso sobre otras personas con vínculos familiares (ascendiente o descendente, adoptante o adoptado, hermano).

Sólo es posible resolver (parcialmente) esta situación cuando podamos apreciar el tipo agravado del art. 46 (muerte doméstica). Sin embargo, en muchas ocasiones no será posible y, aun siéndolo, en el mejor de los casos tendremos una margen penal idéntico (de 35 a 50 años de prisión), manteniéndose la falta de proporcionalidad, al ser más grave los supuestos en que la víctima es mujer.

III.1.3. ***Dificultades interpretativas del supuesto contenido en el apartado 11 del art. 129 CP***

El apartado número 11 del art. 129 CP determina su aplicación cuando fuere *motivado por odio* racial, étnico, religioso, político, a la identidad y *expresión de género* o la orientación sexual.

En primer lugar, debe advertirse que existe una enorme confusión (reconocida por los propios operadores jurídicos) sobre el significado de los términos citados («motivado por expresión de género»). Así se apunta que se ha venido entendiendo que dicha categoría se refiere a colectivos de transexuales, quedando reservada la expresión «orientación sexual» para gais y lesbianas. Se ha excluido a las mujeres de dicho concepto, pese a que la expresión «género», vinculada a la violencia, se refiere a la sufrida por la mujer (por el hecho de serlo) por parte del hombre. Supone la selección de la víctima, por el hecho de ser mujer y el parámetro puede determinarse haciendo el ejercicio mental inverso: se hubiera cometido igualmente si la víctima fuera un hombre o, por el contrario, se ha tenido en cuenta la condición de mujer de la víctima.

La interpretación defendida determinaría la aplicación de dicho precepto en aquellos casos en que la conducta no encaje en el art. 45 LEIV y en la que sin embargo exista un componente de género (selección de la mujer como víctima). Reconociendo que son pocos los supuestos que podrían plantearse, pensemos en un caso como el siguiente: Un sujeto quiere acabar con la vida de una persona que atiende un negocio (regentado por un hombre y una mujer en horarios distintos) para poder cometer un robo. Selecciona el momento en que al frente del mismo está la mujer, porque sabe que por razones

físicas una mujer está en menores condiciones de ofrecer resistencia. Dicho concepto no encaja en ninguno de los apartados del art. 45 LEIV (obsérvese que el apartado b se refiere a una vulnerabilidad específica (más allá de la condición de mujer): b) *Que el autor se hubiere aprovechado de cualquier condición de riesgo o vulnerabilidad física o psíquica en que se encontraba la mujer víctima.*

Sin embargo, a dicho concepto se le ha dado un sentido distinto y así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de Noviembre de 2017, indica que por «expresión de género» debe entenderse la manifestación externa del género de una persona, a través de su aspecto físico, la cual puede incluir el modo de vestir, el peinado o la utilización de artículos cosméticos, o a través de manierismos, de la forma de hablar, de patrones de comportamiento personal, de comportamiento o interacción social, de nombres o referencias personales, entre otros. La expresión de género de una persona puede o no corresponder con su identidad de género auto-percibida.

III.2. **Recomendaciones**

Como consecuencia de los factores descritos, se recomienda: a) Suprimir la doble regulación para la muerte violenta de una mujer en contexto de género; b) En el caso de mantenerse, distinguir las penas entre el homicidio agravado y el feminicidio, en base a criterios de proporcionalidad; c) Modificar sustancialmente los criterios con los que se vienen interpretando ambos preceptos.

IV. Indebida exclusión de los delitos de lesiones (y otros) de la competencia de los tribunales especializados

IV.1. **Diagnóstico**

Las lesiones (a la mujer) son el delito cuantitativamente más relevante en el ámbito de la violencia de género (cualitativamente lo es el feminicidio) y sin embargo nos encontramos con que toda su regulación se encuentra *fuera de la legislación y tribunales especializados*, lo que determina que la implantación de un nuevo modelo especializado de protección sea más aparente que real[1]. De este modo, se sustrae a los tribunales especializados de violencia una gran parte de la que debería ser su principal

[1] Los tribunales especializados conocen del delito de feminicidio y otros mucho menos graves, entre ellos los 5 delitos presentes en el Código penal, pero no son los citados. El Decreto de creación de los tribunales especializados (art. 2, Decreto 286) establece tribunales especializados conocen de 5 delitos presentes en el Código penal, pero no son los citados: *Los delitos de discriminación laboral, atentados relativos al derecho de igualdad y violencia intrafamiliar, incumplimiento de los deberes de asistencia económica, desobediencia en caso de violencia intrafamiliar, todos del Código Penal siempre que fueren cometidos bajo la modalidad de violencia de género contra las mujeres.*

competencia (delitos de lesiones). Dichos delitos constituyen el núcleo de la violencia de género y sin embargo son conocidos por los juzgados comunes, en los que no existen las condiciones de especialización que es propia de los juzgados de violencia contra la mujer. Sólo es posible su conocimiento por el tribunal especializado cuando se produce una *conexión* con otros: por ejemplo con el delito de expresiones de violencia contra las mujeres. Sin embargo, en la medida en que se exige su proyección pública (apartado c) las posibilidades son limitadas. También quedan fuera de la jurisdicción especializada otros delitos como los de amenazas[2], coacciones o delitos sexuales, entre otros.

IV.2. **Recomendaciones**

En base al análisis realizado, se formulan las siguientes recomendaciones: a) La inclusión de las lesiones y otros delitos de los que es víctima de la mujer en un contexto de género en el ámbito competencial de los tribunales especializados; b) Si lo anterior no fuera posible especializar determinados juzgados que conocen de la misma.

V. Indebida inaplicación del delito de lesiones agravadas cuando la víctima es una mujer en contexto de género

V.1. **Diagnóstico**

Examinando los arts. 142 (lesiones) y 145 (lesiones agravadas) comprobamos que se produce una doble remisión: a) «(…) ascendiente o descendente, adoptante o adoptado, hermano, *cónyuge o persona con quien se conviviere maritalmente).* b) «(…) fuere *motivado por odio* racial, étnico, religioso, político, a la identidad y *expresión de género*).

En supuestos de lesiones a las mujeres en un contexto de género se recurre por lo general a las lesiones del tipo básico del art 142, omitiendo (sin ninguna razón que lo justifique) la calificación y enjuiciamiento por el tipo agravado contenido en el art. 145. Recordemos que dicho precepto (145) establece que en los casos descritos en los artículos anteriores (142 y ss.), concurriere *alguna de las circunstancias del homicidio agravado*, la sanción se aumentará hasta en una tercera parte de su máximo. En realidad, no se protegen las lesiones en un contexto de violencia de género. Primero porque el primer supuesto *(cónyuge o persona con quien se conviviere maritalmente)* no distingue entre hombre o mujer. En segundo lugar, porque deja fuera los supuestos de relaciones matrimoniales o de convivencia ya cesados y, en tercer lugar, porque excluye cualquier cualificación a situaciones de violencia de género que no se refieran a parejas.

[2] Coacciones/Amenazas: Art. 155.- En los casos de los dos artículos anteriores se considerarán agravantes especiales, si se cometieren con alguna de las circunstancias siguientes. 5) si las amenazas fueren motivadas por odio racial, étnico, religioso, político, a la identidad y expresión de género o la orientación sexual.

La situación se agrava desde el momento en que las lesiones del art. 142 son *conciliables* (mientras que las que se deberían aplicar —las del 145— no lo son). Los procesos de conciliación y/o mediación están prohibidos en una gran parte de los Estados con una legislación avanzada en materia de violencia de género, pues produce efectos contraproducentes, en situaciones como éstas en las que la posición entre la víctima y el autor están descompensadas, consolidando y reforzando a la parte dominante en relaciones de poder, que son las propias de este fenómeno.

En España existe una prohibición expresa de cualquier proceso de mediación en este ámbito: La Ley de protección integral 1/2004 prohíbe la mediación en procesos de violencia de género: artículo 44. *Competencia. (…) 5. En todos estos casos está vedada la mediación».* Igualmente, la LEIV, en su artículo 58 (Prohibición de la Conciliación y Mediación) dispone que *se prohíbe la Conciliación o Mediación de cualquiera de los delitos comprendidos en la presente ley.* Sin embargo, desde la propia FGR parece proponerse la búsqueda de conciliación, si atendemos a lo dispuesto en el Documento «política de persecución penal»[3] y, del mismo modo, los jueces de paz afirman que tratan de llegar a la solución anticipada prevista en los artículos 24 y 25 Ley procesal[4].

V.2. **Recomendaciones**

En función de las consideraciones efectuadas, se recomienda: a) Regular unas lesiones específicas de género, como un tipo agravado del delito de lesiones; b) Suprimir la posibilidad de conciliación y otros mecanismos análogos en supuestos de violencia de genero.

VI. **Errores legislativos y de configuración del delito de violencia intrafamiliar contenido en el art. 200 CP (violencia intrafamiliar)**

VI.1. **Diagnóstico**

El delito de violencia intrafamiliar contenido en el art. 200 CP adolece de graves errores en su configuración, que además se acrecientan por el modo en que es inter-

[3] Disponible en: http://escuela.fgr.gob.sv

[4] Suspensión condicional del procedimiento

Art. 24.- En los casos en que proceda la suspensión condicional de la ejecución de la pena o cuando se trate de delitos sancionados exclusivamente con penas no privativas de libertad, las partes podrán solicitar la suspensión condicional del procedimiento. La solicitud debe contener las condiciones a las cuales estaría dispuesto a someterse el imputado, conforme al artículo siguiente. Si el imputado presta conformidad con la suspensión y admite los hechos que se le imputan, el juez podrá disponer la suspensión condicional del procedimiento siempre que se hayan reparado los danos causados por el delito o asumido formalmente la obligación de repararlos incluso mediante acuerdo con la victima. La reparación del daño puede cumplirse a plazos, sin que el mismo pueda exceder del periodo de prueba fijado. Si el juez rechaza la solicitud, la admisión de los hechos por parte del imputado carecerá de valor.

pretado. Así requiere como requisito típico *«el agotamiento del procedimiento judicial establecido en la Ley Contra la Violencia Intrafamiliar»*. Este requisito ha sido interpretado, (de modo discutible) como la necesidad de que haya existido una previa sanción en dicho procedimiento de carácter administrativo. En concreto, se ha considerado (que «el agotamiento del procedimiento judicial» debe entenderse que viene referido a un procedimiento distinto y anterior. De ese modo, los actos violentos contra la mujer en un contexto de género (familiar) deben seguir un procedimiento a través de la norma administrativa y, si se producen futuros actos de violencia, ya se podrá acudir a un procedimiento penal.

Ello plantea varios problemas:

a) *Posible vulneración del principio non bis in idem*. En el caso en que se considere que un comportamiento violento sobre la mujer en un contexto de género puede ser subsumible en algún tipo penal (142, 145, 375…) y simultáneamente en el procedimiento previsto en la Ley contra la violencia intrafamiliar, siempre será preferente la vía penal.

En efecto, según la teoría general de la prohibición del *bis in idem* es preciso acudir primero a la vía penal y sólo si dicha vía se descarta (archivo, sobreseimiento, absolución, etc.), se podrá acudir a la administrativa.

— Si se inicia directamente un proceso penal, la fiscalía debe valorar si los hechos son constituidos de delito.

- En caso de que se produzca la condena penal, queda cerrada la vía administrativa.
- En el caso de que se produzca un sobreseimiento o absolución, el órgano judicial deberá remitirlo a la vía administrativa para que en ella se valore si los hechos pueden ser constitutivos de infracción de ese tipo.

— Si se inicia el procedimiento administrativo, el encargado de tramitarlo debe valorar si los hechos pueden ser constitutivos de delito:

- Remitiéndolos, en caso afirmativo, a la fiscalía que, como se indicó, valorará su tramitación.
- Si se rechaza, sobresee o absuelve, como se ha indicado, volverá a la vía administrativa.

— Si el órgano administrativo termina el procedimiento sancionando al denunciado (aunque los hechos podrían haber encajado en algún tipo penal), ya no podrá reabrirse la vía penal.

b) *Errónea solución concursal*: Más grave resulta aún la solución concursal que parece haberse utilizado, cuando existen lesiones (art. 142 y ss. o 375 CP). Así, algunos operadores jurídicos determinan que procede un concurso de normas, en el que prevalecería el artículo 200 CP. Sin embargo, aquí se están encadenando dos errores:

- En primer lugar, debe resolverse a través de un concurso de delitos; no puede ser de normas, en la medida en que son dos delitos que protegen bienes jurídicos

completamente distintos. En tal sentido debe recordarse que el art. 200 CP está recogido bajo la rúbrica «De los atentados contra derechos y deberes familiares», mientras que el art. 142 y ss. CP se encuentra entre los «Delitos relativos a la integridad personal». En definitiva, la solución correcta es la del *concurso de delitos* entre el delito de lesiones y el delito contra las relaciones familiares, en el caso de que ya haya producido «el agotamiento del procedimiento judicial establecido en la Ley Contra la Violencia Intrafamiliar. En caso contrario (si no se ha producido el agotamiento), lo procedente será castigar sólo por el delito de lesiones (insistimos, normalmente agravado —art. 145—).

- En segundo lugar, si los dos delitos protegiesen el mismo bien jurídico (lo que como hemos visto no sucede) el concurso de normas determinaría la aplicación del delito más grave: la lesión efectiva absorbería la conducta menos grave recogida en el art. 200 CP en aplicación del *criterio de consunción o absorción*, según el cual *el precepto penal más amplio o complejo absorbe a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél.* El mismo comportamiento determina una lesión más grave que otra; esta segunda queda absorbida por la primera. En todo caso, insistimos en que esta cuestión no debe siquiera plantearse porque la relación entre ambos preceptos es indiscutiblemente de concurso de delitos. Y todo ello, al margen de que el art. 142 CP y 200 CP tienen prevista la misma pena (1 a 3 años de prisión).

VI.2. Recomendaciones

En base a las consideraciones expuestas, se formulan las siguientes recomendaciones: a) Derogar la cláusula de procedibilidad del según párrafo del art. 200 CP; b) Corregir la errónea solución concursal entre el delito de lesiones y el delito de violencia intrafamiliar.

VII. Distorsiones derivadas de la regulación e interpretación del art. 55 De la LEIV

VII.1. Diagnóstico

Nos encontramos ante un tipo penal (art. 55 LEIV) que plantea muchos problemas, al incluir aparentemente en su redacción conductas que, sin embargo, constituyen delitos mucho más graves en el Código penal (amenazas, coacciones, etc.). De este modo, si no se interpreta correctamente, servirá para tratar de modo privilegiado a quienes realicen estás conductas sobre mujeres en un contexto de género.

VII.2. Recomendaciones

En base a la reflexión expuesta, se recomienda: a) Incrementar significativamente la pena de este delito; b) Alternativamente suprimirlo, para aplicar los tipos comunes presentes en el Código penal, incorporando modalidades agravadas cuando la víctima sea una mujer en contexto de género.

VIII. Indebida ausencia de castigo de las lesiones psíquicas (identificación y subsunción en los tipos penales)

VIII.1. **Diagnóstico**

Llama la atención como en los procedimientos penales por violencia contra una mujer, no se aprecian ni por la FGE ni por los tribunales (comunes ni especializados) las *lesiones psíquicas*; sin embargo, las mismas constituyen el elemento decisivo para un correcto enjuiciamiento de las situaciones de maltrato.

Las lesiones psíquicas, en un contexto de violencia de género, se derivan del clima de sumisión y anulación que puede provocar, por ejemplo, un trastorno por estrés postraumático que, a su vez implica por lo general, la necesidad de estrategias farmacológicas y sesiones de psicoterapia.

Como en su momento se desarrollará, este factor se manifiesta relevante para poder incluir las situaciones de maltrato, especialmente ante la ausencia de un delito de *violencia de género habitual*. Las lesiones psíquicas padecidas por la víctima suelen traer causa directa en el trato dispensado por el acusado con constantes actos de acoso y persecuciones, episodios de malos tratos, gritos, insultos y amenazas, especialmente de muerte, provocando con ello frecuentes situaciones de pánico, y produciendo estrés postraumático compatible con una situación de maltrato doméstico.

Sin embargo, no parecen existir razones legales que impidan el castigo de las lesiones psíquicas, más bien lo contrario. Si observamos la regulación de los tipos penales de lesiones, constatamos que el tipo agravado parte de los elementos del tipo básico a los que se añade otro factor. Por lo tanto la grave «perturbación psíquica» pone de manifiesto que en el tipo básico se deben subsumir las *perturbaciones psíquicas no graves*[5].

[5] Obsérvese el siguiente ejemplo obtenido de la jurisprudencia española: *(…) Este destrozo que en la personalidad de Pura le hizo su relación con el acusado y que se describe en el antecedente de hechos probados, ha sido apreciada por los psicólogos que la han reconocido y por el médico forense. Así estos describen que Pura presentaba al ser reconocida sintomatología residual compatible con un Trastorno por Estrés Postraumático crónico según los criterios del DSM.IV, ya que se establece la presencia de una posible amenaza para la misma, así como los síntomas asociados de reexperimentación de lo ocurrido a través de pesadillas e invasión de pensamientos e imágenes, además de evitación de estímulos asociados. Aparecen, también, síntomas físicos de activación, malestar físico y psicológico ante distintos estímulos y afectación del equilibrio afectivo, ansiedad o angustia generalizada evidenciada en una gran irritabilidad, nerviosismo, apatía y desesperanza y que ese diagnóstico supone la presencia en Pura de una huella psíquica compatible con la que originan hechos como los denunciados. Asimismo, observaron una fuerte dependencia emocional por parte de Pura respecto del procesado, siendo la posición de la misma con respecto a éste de sumisión con sentimientos de anulación como persona con una merma de la capacidad de autogobierno y pérdida de la libertad y de la identidad personal. También apreciaron dominación por parte del procesado sobre Pura, con control sobre la personalidad y los actos, con control de las actividades, aislamiento social y familiar, restringiendo el contacto de la misma con la familia y los amigos, así como a quienes relató que recibió por parte del procesado agresiones verbales y físicas, en forma*

VIII.2. **Recomendaciones**

En base a los argumentos expuestos, se recomienda: a) Capacitar a todos los agentes para detectar las lesiones psíquicas, fruto del proceso de maltrato, especialmente a los médicos forenses que examinan a la mujer. El cambio implica necesariamente a Fiscalía, jueces especializados, de paz y ordinarios/sentencia y médicos forenses; b) Empezar a castigar este tipo de lesiones. Aunque la norma —art. 142— parece clara (en el sentido de que las incluye), podría reformarse dicho precepto haciendo que las cite de forma expresa.

IX. **Efecto distorsionador de la Ley contra la Violencia Intrafamiliar (LCV)**

IX.1. **Diagnóstico**

parece que el sentido de la Ley Contra la Violencia Intrafamiliar es *más cultural que jurídico*. Se pretende resolver una situación de violencia con una *norma administrativ*a y sólo si hay una reiteración en dicha conducta se acudiría a la norma penal. En realidad, la norma administrativa (LCVF) parece tener como objetivo *la restauración de la convivencia familiar* (recuperación de la relación matrimonial o de pareja), lo cual es difícilmente admisible en situaciones de verdadera violencia de género. Así, obsérvese, por ejemplo, lo que apunta el art. 27.- (…) *después de oírlos propiciará un diálogo con los concurrentes sobre los efectos nocivos de la violencia intrafamiliar y sus repercusiones en la familia y propondrá mecanismos para evitar la repetición de los hechos constitutivos de la misma, sobre los cuales no procederá conciliación* (…).

La violencia sobre la mujer nunca debería sustanciarse en un proceso destinado a recuperar la convivencia, que además tiene naturaleza administrativa (no estamos ante una cuestión de orden público, sino ante la lesión de un bien jurídico de particular relevancia). La violencia de género se basa en las desigualdades de poder que existen entre hombres y mujeres, desigualdad que tiene sus raíces en ciertas costumbres, tradiciones y creencias que han sido socialmente construidas y que se expresan en el acceso a los recursos económicos e incluso intelectuales, la toma de decisiones, el modo de desear y obtener placer, las tareas y los roles. La violencia de género y familiar no debe ser regulada por una norma administrativa; el reproche siempre tiene que ser penal (independiente de la gravedad que después se le atribuya).

Es un procedimiento en el que además se debilitan las posibilidades de defensa de la mujer maltratada (si es que puede decirse que éste las contiene); así por ejemplo, no

---

principalmente de empujones, mordiscos y bofetadas, insultos, humillaciones y desvalorizaciones. Estos peritos consideran que el testimonio de Pura es creíble.

es preceptivo acudir con abogado, lo que reduce mucho las posibilidades de la víctima —indefensión—.

IX.2. **Recomendaciones**

En base a los argumentos expuestos se recomienda: a) La derogación de la Ley Contra la Violencia Intrafamiliar; b) Algunas de sus disposiciones (por ejemplo, las medidas) deberían ser incorporadas a la LEIV y al Código penal (mientras exista la doble regulación).

X. **Necesidad de incorporar un delito de violencia de género habitual y consecuencias derivadas (protección de la integridad moral de la mujer)**

X.1. **Diagnóstico**

La legislación salvadoreña carece de un delito de «violencia de género habitual» y, sin embargo, dicho tipo penal constituye un mecanismo esencial en cualquier legislación que pretenda defender los derechos de la mujer a una vida sin violencia. Se constata como los tribunales (especializados y ordinarios) con frecuencia terminan castigando hechos de escasa relevancia (lesión física reciente constatada) y dejan sin embargo sin sancionar procedimientos de maltrato prolongados en el tiempo que representan un enorme sufrimiento vital para las víctimas que los padecen. Un modelo tipo de este delito castiga a quien *habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge (…).* No se trata de un delito contra la integridad física o psíquica (integridad personal), sino *contra la integridad moral*. Eso determina la compatibilidad (concurso de delitos) con el tipo de lesiones concretas.

Dicha modalidad delictiva se caracteriza, además, porque no es preciso acreditar lesiones concretas, sino un «estado de maltrato». Es una conducta violenta, despótica, abusiva, humillante y degradante del acusado hacia su esposa, mantenida en el tiempo; las lesiones psíquicas causadas y las faltas de lesiones deben sancionarse individualmente, de manera independiente (al afectar a un bien jurídico distinto).

La compatibilidad con los delitos de lesiones (concurso de delitos) se justifica en que este tipo penal afecta a *otro bien jurídico (integridad moral) distinto del propio de las lesiones;* así lo ha expuesto la jurisprudencia española: *«sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica» (…), «con independencia de que (…) los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores» (v. art. 173.3 del C. Penal). Existen dos bienes jurídicos claramente diferenciados (la paz familiar y la integridad moral de la persona, de un lado, y la integridad física y psíquica de la persona, por otro).* Los concretos actos de violencia sólo tienen el valor de acreditar la actitud del agresor, no existe, por tanto, infracción del principio «non bis in idem» (v. STS de 9 de julio de 2001 EDJ 2001/16258)».

En efecto, en España, este tipo penal se ha integrado en el actual art. 173 CP; en concreto en el capítulo de las *torturas y otros delitos contra la integridad moral.* Con ello pierde peso la idea de que el bien jurídico protegido sea la integridad corporal y la salud física o mental de la víctima, y prevalece la idea de que la dignidad de la persona en el seno de la familia es el bien implicado frente al trato inhumano o degradante materializado a través de la «violencia» física o «psíquica» ejercida de forma «habitual».

La interpretación del precepto del art., 173.2 CP no autoriza alcanzar una amplitud desmesurada que produzca —como advierte la doctrina— una judicialización de los conflictos convirtiendo en diligencias previas por maltrato «habitual» toda vida familiar con reiteración de discusiones o disputas. De ahí la necesidad de reservar la figura *a los comportamientos en que de forma «habitual» se somete a la víctima a una vida de amenazas, vejación y humillación permanentes y graves que le hace incompatible no ya con la continuidad de la vida en común sino con la dignidad de la persona en el ámbito de la familia, rebajada a niveles que justifican la intervención del Derecho Penal, por alcanzarse una situación de verdadero maltrato insoportable, que lleva a la víctima a vivir un estado de agresión constante*. En esta permanencia radica el mayor desvalor de la acción que justifica una tipificación autónoma por la presencia de una gravedad mayor que la que resultaría de la mera agregación de las desvaloraciones propias de las acciones individuales.

X.2. **Recomendaciones**

En base a las consideraciones expuestas, se recomienda: a) Tipificar un delito de violencia (de género) habitual. b) Capacitar a los distintos agentes para aplicarlo.

XI. Necesidad de introducir de la perspectiva de género en la motivación de las sentencias penales

XI.1. **Diagnóstico**

La introducción de la perspectiva de género en la interpretación de las normas penales tiene por objeto dotar de un ámbito protección a la víctima mujer, protección que es absolutamente justa, necesaria y proporcionada a la situación de indefensión que sufren cuando padecen violencia por parte de sus parejas. Consiste en un determinado modo con que hay que tratar los casos de violencia de género, ya que la indefensión de la víctima mujer y su especial situación frente al agresor le hace estar en una posición de inferioridad que, precisamente, aprovecha el agresor para cometer el ilícito penal.

Deben ser tenidas en cuenta las especificidades que existen en el ámbito de la violencia de género y que afectan de forma muy particular a las víctimas, que se encuentran sometidas a innumerables presiones de todo tipo y que no deben ser obviadas por los tribunales, cuando la acusación se funda única y exclusivamente en la declaración de la víctima como prueba de cargo. Es posible que esta declaración (denuncia) no se mantenga en el tiempo, debido al estado psicológico y a las múltiples presiones (sociales,

económicas y familiares) a las que deberán enfrentarse las víctimas cuando deciden dar el paso y denunciar. Igualmente, en materia de credibilidad, debe tenerse en cuenta que lo que son consecuencias propias del maltrato (contradicciones u olvidar determinados hechos que sólo después se recuerdan), y que en un proceso normal harían dudar de la credibilidad de la víctima, no pueden valorarse necesariamente de forma negativa cuando se trata de violencia de género.

Esta perspectiva no supone un ataque al principio de igualdad, ya que la mayor carga sancionadora a los tipos penales de género se ha reconocido como una especie de discriminación técnica necesaria.

El art. 7 de la LEIV (Relaciones de Poder o de Confianza) debe ayudar en esta tarea, ya que dispone que para la aplicación e interpretación de la ley, se presume que los tipos y modalidades de violencia contemplados en la misma, tienen como origen la *relación desigual de poder o de confianza*; en la cual, la mujer se encuentra en posición de desventaja respecto al hombre, consistiendo las mismas en relaciones de poder, que son las caracterizadas por la asimetría, el dominio y el control de una o varias personas sobre otra u otras. Añade, que la desigualdad en las relaciones de poder pueden subsistir, aun cuando haya finalizado el vínculo que las originó, independientemente del ámbito en que se hayan llevado a cabo.

XI.2. **Recomendaciones**

En base a lo expuesto, se recomienda: Incorporar la perspectiva de género en las resoluciones judiciales, especialmente por lo que respecta a la credibilidad de la víctima.

XII. **Ausencia de un procedimiento realmente integral en defensa de los derechos de la mujer que sufren violencia**

XII.1. **Diagnóstico**

En el modelo vigente, pese a que la Ley se denomina «Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres» no configura un procedimiento realmente integral en el que la víctima de maltrato vea satisfechas sus necesidades en un único procedimiento.

En el preámbulo de la norma se afirma que «se vuelve indispensable, la introducción de un instrumento legal que oriente adecuadamente, las actuaciones públicas y privadas a favor de las mujeres, y que garantice, una mejor calidad de vida y un adelanto en sus capacidades de manera integral». Y añade, «en razón de lo cual es necesario, legislar *de manera integral* a través de medidas que incluyan la detección, prevención, atención, protección, reparación y sanción de la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones». Asimismo, entre los principios rectores de la Ley (art. 4) se cita la «*Integralidad*: Se refiere a la coordinación y articulación de las Instituciones del Estado para la erradicación de la violencia contra la mujer». El art 8 dedicado a

las «Definiciones», afirma que para efectos de esta ley se entenderá por: a) *Atención Integral:* Son todas las acciones para detectar, atender, proteger y restablecer los derechos de las mujeres que enfrentan cualquier tipo de violencia; para lo cual, el Estado deberá destinar los recursos humanos, logísticos y financieros necesarios y apropiados para instaurar los servicios especializados, que garanticen la restitución de derechos y la anulación de riesgos o daños ulteriores. Entre los fines de la Política Nacional (art. 17) se encuentra la Protección: «que tengan como fin atender y favorecer de manera integral los derechos de las mujeres víctimas de violencia, ya sea que se encuentren o no en situación de riesgo». También el art. 30, que regula el Sistema Nacional de Datos y Estadísticas, cuyos informes deberán contener: Evaluación del impacto de las políticas que se desarrollen para la erradicación de cualquier tipo de violencia contra las mujeres, y de las acciones que se implementen, para garantizar la *atención integral* a aquellas que la hayan enfrentado.

La realidad parece muy alejada de lo afirmado en la norma, que se limita a hacer una mera declaración de intenciones, pero no adopta las medidas para conseguir que dicho tratamiento real sea eficaz. A ello debe añadirse la conocida exclusión de la principal categoría delictiva vinculada cuantitativamente a la violencia de género (delito de lesiones). Una ley en este ámbito *es integral* cuando afecta a todos los ámbitos que tienen que ver con la violencia de género, desde la prevención a la protección, a la atención sanitaria, social, laboral, etc. y, además, hace posible la coordinación judicial. Otra prueba de la falta del carácter integral de la respuesta lo constituye el hecho de que los juzgados de violencia (excepto el mixto de instrucción) *no resuelven las cuestiones civiles*[6]. Una de las características de las legislaciones integrales frente a la violencia de género es evitar el proceso de victimización que supone acudir a varias jurisdicciones, por lo que resulta imprescindible que un mismo juzgado (tanto en instrucción como después en sentencia) resuelva este tipo de cuestiones (forma parte de la respuesta integral a las demandas de la víctima).

XII.2. **Recomendaciones**

En base a los criterios expuestos, se recomienda: a) Tanto con carácter cautelar, como una vez enjuiciadas las situaciones de maltrato, la existencia de un único procedimiento que resuelva, entre otras las cuestiones civiles, derivadas del mismo, evitando de ese modo un modelo altamente victimizante, en el que la víctima de maltrato debe iniciar nuevos procesos judiciales, al objeto de resolver cuestiones como la separación, asignación de domicilio familiar, prestación de alimentos, custodia de los hijos, etc.; b) Articular un modelo de atención integral especializada, según la fórmula expuesta.

[6] Los tribunales especializados también pueden adoptar medidas civiles con carácter cautelar, pero para las definitivas la mujer debe ir al juzgado de familia.

XIII. Ausencia de un sistema de valoración inmediata de la situación de riesgo de la denunciante y limitaciones en la adopción de medidas de protección

XIII.1. **Diagnóstico**

Las medidas cautelares urgentes no se adoptan en el momento de presentación de la denuncia, momento de máximo riesgo. La adopción de medidas de protección por parte de los tribunales especializados está limitada a instrucción (medidas cautelares), pero no pueden ratificarse en la sentencia.

La regulación de las medidas de protección se encuentra en el art. 7 LCVI, por lo que debemos trasladar aquí todas las críticas que en su momento se hicieron a dicha norma. No es el lugar más adecuado para regular una cuestión tan relevante.

Las medidas cautelares siempre deben mantenerse hasta la resolución definitiva (salvo que se aprecien elementos notorios que acrediten la disminución de riesgo).

Fuera de la jurisdicción especializada (por ejemplo, en el caso de delitos de lesiones), para solicitar medidas, es preciso que la propia víctima (tras la denuncia) acuda a la Fiscalía y lleve la resolución personalmente al juzgado (o policía), a fin de que sean aplicadas. Se detectan casos en los que se presenta la denuncia en fiscalía y desde allí no se comunica al juzgado, por lo que no se adoptan medidas de protección.

Para la adopción de medidas se utiliza un formulario que se centra únicamente en el episodio concreto (devaluando el proceso de maltrato) y la valoración no utiliza ningún criterio consolidado, sino que queda en manos de la apreciación judicial. Finalmente, no se hace una valoración del riesgo en el momento de presentar la denuncia (ni posteriormente) que permita determinar qué tipo de medidas se deben adoptar.

XIII.2. **Recomendaciones**

En base a los criterios expuestos, se recomienda: a) Tras la denuncia de la mujer, se debe realizar una valoración de riesgo (policial y/o judicial) para saber qué tipo de medidas adoptar. Si el riesgo es extremo, la protección debe ser física personal (atención policial más o menos permanente). b) Se hace conveniente instaurar un modelo similar a la fórmula española de las Órdenes de Protección (adopción, por un mismo órgano jurisdiccional, de medidas cautelares penales y civiles, activando otras medidas de asistencia social).

XIV. Deficiencias detectadas en el desarrollo del proceso desde la denuncia y su carácter victimizante

XIV.1. **Diagnóstico**

Independientemente de las lagunas legislativas y de las limitaciones interpretativas, y en parte derivado de las primeras, el proceso que sufre la mujer desde que denuncia

es altamente victimizante. En particular, ello parece venir determinado por los factores ya reseñados y otros como:

— La falta de medios: Como ya se comentó son pocos los juzgados especializados, lo que imposibilita atender adecuadamente a las víctimas, además de dejar fuera de la jurisdicción especializada gran parte de la violencia sobre las mujeres, que sigue siendo tramitada a través de la jurisdicción ordinaria. La escasez de juzgados también provoca largos desplazamientos a las víctimas, que muchas veces carecen de medios materiales para ello.

— El reparto de competencias y la ausencia de un modelo realmente integral provoca que, con frecuencia, la víctima deba acudir de un lugar a otro (fiscalía, juzgado de paz, juzgado de familia) o incluso entre las distintas jurisdicciones que van rechazando una tras otra su competencia.

— El proceso obliga a la víctima a narrar en varias ocasiones los episodios de maltrato sufrido. Una vez ocurrida la primera acción delictiva, en muchas ocasiones, las victimas sufren una segunda victimización al entrar en contacto con el aparato Jurídico penal. En este proceso de victimización secundaria, los agentes de policía, fiscalía y órganos judiciales cobran un papel de gran importancia. En este sentido, toma gran relevancia la falta de preparación o información, en algunos casos, de los agentes de policía, y operadores jurídicos, a la hora de tratar a la víctima de un delito, sobre todo, en víctimas de delitos violentos.

— En el desarrollo de las vistas orales se aprecia una ausencia de protección visual/física de la víctima respecto al agresor. No se impide la comunicación visual e incluso física entre presunta víctima y presunto maltratador. Incluso ya dentro del juzgado, las malas condiciones físicas determinan que ambos (víctima y presunto agresor) se sitúen a escasos centímetros, llegando incluso en ocasiones a interactuar. Ambos, deben estar separados y situados en planos distintos (no de igualdad). El acusado debe permanecer todo el tiempo próximo al/la juez, poniéndose de pie para declarar. La víctima, como testigo que es sólo comparecerá cuando sea llamada a declarar.

—- Algunos representantes de la FGR parecen poco comprometidos con las mujeres que sufren violencia. Incluso en ocasiones se ha observado que el representante de la fiscalía no conoce a su víctima hasta momentos antes de la celebración del juicio; en otros, se observa que no parece haber preparado la defensa (en los casos observados tenían el primer contacto en el propio juzgado y en el momento de enjuiciar los hechos), lo que genera una enorme indefensión.

— Con frecuencia la denuncia no se ha presentado con asesoramiento jurídico previo, lo que limita las posibilidades de éxito. Deben tener lugar reuniones para preparar la vista oral.

XIV.2. **Recomendaciones**

Se recomienda subsanar todos los defectos enunciados

XV. Conveniencia de articular un plan de prevención de feminicidios (a través del conocimiento del fenómeno y de sus características)

XV.1. Diagnóstico

El Salvador no cuenta en la actualidad con ningún modelo de prevención de feminicidios. Ni siquiera se aprecia la existencia de instrumentos parciales de prevención. Tampoco existe un análisis de las causas que determinan la ineficacia del sistema de prevención frente a los feminicidios. Al carecer de estadísticas, se desconocen datos como el número de feminicidas que se suicidan o lo intentan y cuál es la actitud de los que no lo hacen (huyen o se entregan), lo que no permite valorar el grado de eficacia/ineficacia de la amenaza penal frente a los autores del hecho. Del mismo modo, se hace depender el funcionamiento del sistema de protección de la previa presentación de denuncia, cuando en la práctica el porcentaje de denuncias es muy reducido y, como se apuntó, no existen sistemas específicos de valoración de riesgo.

XV.2. Recomendaciones

En base a lo expuesto, a) Se propone crear un sistema que permita identificar a potenciales feminicidas, para lo que resulta necesario proceder a una correcta valoración de riesgo; b) Se estima conveniente implementar procesos de gestión personal del riesgo en procesos de ruptura que, en la práctica, aumentan muy significativamente el riesgo de feminicidio en relaciones de dominio.

Para que los objetivos anteriores puedan alcanzarse, es preciso la obtención de datos estadísticos en cada caso para trabajar con ellos, observar la evolución y elaborar propuestas de mejora. Al menos sería preciso que cada vez que una mujer es asesinada en un contexto de género se recopilase la siguiente información, al objeto de contar con un análisis descriptivo general susceptible de tratamiento estadístico: – Mes – Año – Domicilio – Lugar – Edad de la víctima – Edad del agresor – Relación – Separación – Método – Suicidio – Detenido – Denuncia previa.

XVI. Anexo legislativo

LEIV: Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres

— Feminicidio Tipo básico. Artículo 45 LEIV.- Feminicidio: Quien le causare la muerte a una mujer mediando motivos de odio o menosprecio por su condición de mujer, será sancionado con pena de prisión de veinte a treinta y cinco años.

Se considera que existe odio o menosprecio a la condición de mujer cuando ocurra cualquiera de las siguientes circunstancias:

a) Que a la muerte le haya precedido algún incidente de violencia cometido por el autor contra la mujer, independientemente que el hecho haya sido denunciado o no por la víctima.

b) Que el autor se hubiere aprovechado de cualquier condición de riesgo o vulnerabilidad física o psíquica en que se encontraba la mujer víctima.

c) Que el autor se hubiere aprovechado de la superioridad que le generaban las relaciones desiguales de poder basadas en el género.

d) Que previo a la muerte de la mujer el autor hubiere cometido contra ella cualquier conducta calificada como delito contra la libertad sexual.

e) Muerte precedida por causa de mutilación.

— Feminicidio Agravado. Artículo 46 LEIV-. El delito de feminicidio será sancionado con pena de treinta a cincuenta años de prisión, en los siguientes casos:

a) Si fuere realizado por funcionario o empleado público o municipal, autoridad pública o agente de autoridad.

b) Si fuere realizado por dos o más personas.

c) Si fuere cometido frente a cualquier familiar de la víctima.

d) Cuando la víctima sea menor de dieciocho años de edad, adulta mayor o sufriere discapacidad física o mental.

e) Si el autor se prevaleciere de la superioridad originada por relaciones de confianza, amistad, doméstica, educativa o de trabajo.

— Expresiones de violencia contra las mujeres. Articulo 55 LEIV.-

Quien realizare cualquiera de las siguientes conductas, será sancionado con multa de dos a veinticinco salarios mínimos del comercio y servicio:

a) Elaborar, publicar, difundir o transmitir por cualquier medio, imágenes o mensajes visuales, audiovisuales, multimedia o plataformas informáticas con contenido de odio o menosprecio hacia las mujeres.

b) Utilizar expresiones verbales o no verbales relativas al ejercicio de la autoridad parental que tengan por fin intimidar a las mujeres.

c) Burlarse, desacreditar, degradar o aislar a las mujeres dentro de sus ámbitos de trabajo, educativo, comunitario, espacios de participación política o ciudadana, institucional u otro análogo como forma de expresión de discriminación de acuerdo a la presente ley.

d) Impedir, limitar u obstaculizar la participación de las mujeres en cualquier proceso de formación académica, participación política, inserción laboral o atención en salud.

e) Exponer a las mujeres a un riesgo inminente para su integridad física o emocional.

f) Mostrar o compartir pornografía de personas mayores de edad en los espacios públicos, de trabajo y comunitario.

CP: Código penal

— Homicidio agravado. Código Penal: Art. 129 CP. *Se considera homicidio agravado el cometido con alguna de las circunstancias siguientes: (…)*

1) En ascendiente o descendente, adoptante o adoptado, hermano, cónyuge o persona con quien se conviviere maritalmente

11) Cuando fuere motivado por odio racial, étnico, religioso, político, a la identidad y expresión de género o la orientación sexual. En los casos de los numerales 1, 2, 5, 6, 8, 9 y 11 la pena será de treinta a cincuenta años de prisión

— Lesiones: Art. 142 El que por cualquier medio, incluso por contagio, ocasionare a otro un daño en su salud, que menoscabe su integridad personal, hubiere producido incapacidad para atender las ocupaciones ordinarias o enfermedades por un periodo de cinco a veinte días, habiendo sido necesaria asistencia médica o quirúrgica será sancionado con prisión de uno a tres años.

— Lesiones muy graves: Art. 144.- La pena será de cuatro a ocho años de prisión si se produjere cualquiera de los resultados siguientes: (…) 3) Grave perturbación psíquica; (…).

— Lesiones agravadas: Art. 145.- Si en los casos descritos en los artículos anteriores, concurriere alguna de las circunstancias del homicidio agravado, la sanción se aumentará hasta en una tercera parte de su máximo.

— Violencia intrafamiliar: Art. 200.- Cualquier familiar entendido por éste, según el alcance de la ley contra la violencia intrafamiliar que ejerciere violencia en cualquier forma de las señaladas en el art. 3 del mismo cuerpo legal, será sancionado con prisión de uno a tres años. Para el ejercicio de la acción penal, será necesario el agotamiento del procedimiento judicial establecido en la ley antes mencionada.

— Lesiones y golpes Art. 375 CP.- el que por cualquier medio ocasionare a otro daño en su salud, que menoscabe su integridad personal, que le produjere incapacidad para atender sus ocupaciones ordinarias o enfermedad por un periodo menor de cinco días, o que necesitare asistencia médica por igual tiempo, será sancionado con arresto de quince a veinticinco fines de semana.

Si solo hubiere golpeado a la víctima y las lesiones no le impidieren dedicarse a sus ocupaciones habituales, ni requirieren asistencia médica, será sancionado con arresto de cinco a diez fines de semana o cinco a diez días de multa.

Ley Contra la Violencia Intrafamiliar (LCV)

Art. 3.- Constituye violencia intrafamiliar, cualquier acción u omisión, directa o indirecta que cause daño, sufrimiento físico, sexual, psicológico o muerte a las personas integrantes de una familia.

Art. 27.- (…) después de oírlos propiciará un diálogo con los concurrentes sobre los efectos nocivos de la violencia intrafamiliar y sus repercusiones en la familia y propondrá mecanismos para evitar la repetición (…)

18

LA INFLUENCIA INTERNACIONAL Y EUROPEA EN LA CONFORMACIÓN DEL DELITO DE BLANQUEO DE DINERO

JUAN CARLOS FERRÉ OLIVÉ
Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Huelva

SUMARIO: I. APROXIMACIÓN. II. EL GAFI. III. LOS TRES PUNTOS ÁLGIDOS. IV. *SOFT LAW* Y BLANQUEO DE DINERO. V. LA UNIÓN EUROPEA. VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. APROXIMACIÓN

Afirmar que Carlos María Romeo Casabona ha sido uno de los investigadores más brillantes de la ciencia penal europea contemporánea es tan evidente que resulta obvio decirlo. Pero a quien suscribe le gusta corroborar lo obvio, máxime porque nuestro homenajeado no solo ha sido un científico sobresaliente, sino que por su compromiso, dedicación, humanidad y valores ha reunido características inusuales en nuestro tiempo. Ha pertenecido a una categoría en extinción, ha sido una *rara avis in terris,* a quien hoy por hoy se le puede distinguir como un auténtico *Maestro*.

II. El GAFI

El Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI o FATF, Financial Action Task Force on Money Laundering) es el organismo internacional con mayor influencia en materia de blanqueo de dinero, pues realiza estudios que se plasman en «*Cuarenta Recomendaciones»* especiales contra el blanqueo de dinero y la financiación del terrorismo. Como señala F. D'Albora, el GAFI/FATF ha impuesto sus Recomendaciones como eje global de la prevención y control en las materias abordadas, sin que su estructura orgánica sea asimilable a ningún organismo de derecho internacional público reconocido, ni pueda desentrañarse realmente la naturaleza jurídica de sus Cuarenta Recomendaciones. Ese poder se manifiesta en su capacidad de imponer restricciones económicas y financieras,

«tanto a sus miembros como al resto de la comunidad internacional»[1]. Ha sido creado en 1989 en la XV.º Cumbre del Grupo de los Siete (G7: Alemania, Canadá, Estados Unidos, Francia, Italia, Japón y Reino Unido), como grupo intergubernamental dedicado a combatir el blanqueo de dinero. Sus Recomendaciones son periódicamente renovadas y no tienen fuerza ejecutiva (no son jurídicamente vinculantes), pero poseen una enorme trascendencia real que deriva de su rigurosa incorporación a las Directivas Europeas y a la legislación de los casi cuarenta países o regiones miembros del GAFI/FATF y sus zonas internacionales de proyección. La producción normativa de este grupo de presión no se limita a sus propias resoluciones, sino que se replica en medio centenar de organismos internacionales, algunos creados a su imagen y semejanza (Grupo Asia/Pacífico APG, Grupo de Acción Financiera de Suramérica GAFISUD —actualmente GAFILAT—, Grupo de Acción Financiera del Medio Este y Norte de África —MENAFATF— y en innumerables bancos de desarrollo, el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional, etc.[2]. El GAFI redactó la primera versión de sus «*Recomendaciones*» en el año 1990, en una cumbre reunida en París. Partiendo de la base de la necesidad de ratificar y cumplir las medidas surgidas de la Convención de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas suscrita el 20 de diciembre de 1988 en Viena, añadió un completo programa de recomendaciones dirigidas a la prevención del delito de blanqueo de dinero, actuando sobre el sistema financiero y bancario. Al producirse los atentados terroristas en los Estados Unidos el 11 de septiembre de 2001, el GAFI/FATF procedió a complementar sus cuarenta Recomendaciones para la lucha contra el blanqueo de dinero con otras nuevas Recomendaciones para prevenir la financiación del terrorismo. En febrero de 2012 se aprobó una reestructuración importante de las «*Recomendaciones*», que se unificaron íntegramente en cuarenta para abordar el blanqueo de dinero, la financiación del terrorismo y la proliferación de armas de destrucción masiva. Al contar con la aprobación del Fondo Monetario Internacional y del Banco Mundial, las Cuarenta Recomendaciones ya han sido bautizadas como el *global standard* del blanqueo de dinero[3].

[1] *Cfr.* D'Albora, F.J. «Lavado de dinero y evasión tributaria», en AAVV (Bertazza, dir.) *Elementos del procedimiento tributario y penal tributario*, ed. La Ley, Buenos Aires, 2018, p. 83.

[2] Sobre la influencia del GAFI /FATF en España y el extranjero *Cfr.* Díaz-Maroto y Villarejo, J. «Recepción de las propuestas del GAFI y de las Directivas Europeas sobre el blanqueo de capitales en el Derecho español», en AAVV, *Política Criminal y blanqueo de capitales* (Bajo-Bacigalupo ed.) Madrid 2009, p. 21 y sig.) y Trovato, G.F. «La recepción de las propuestas del GAFI en la legislación penal argentina», en AAVV, *Política Criminal y blanqueo de capitales* (Bajo-Bacigalupo ed.) Madrid, 2009, p. 67 y sig. Sobre otros aspectos relevantes del GAFI/FATF, *Cfr.* Blanco Cordero, I., *El delito de blanqueo de capitales*, 4.ª ed., Aranzadi, Navarra, 2015, p. 185 y sig.

[3] *Cfr.* Keith, N. «Anti-money laundering: comparative review of legislative development». *Business Law International*, 19 (3), 245-276, 2018. p. 248; Sullivan, K. *Anti-Money Laundering in a Nutshell*, New York, 2015, p. 144 y sig. Adviértase que el delito de blanqueo de dinero funciona ya como

El GAFI/FATF, como la OCDE/OECD, MONEYVAL del Consejo de Europa[4], el Grupo Egmont y los grupos financieros que toman sin un amparo jurídico claro —ni en teoría vinculante— las grandes decisiones planetarias en materias tributarias y de blanqueo de dinero, conforman el conocido como *soberano privado internacional difuso*, que diseña muchas directrices de la punibilidad en materias económicas, «*por encima de la retórica soberanía de los Estados*»[5]. Su primer impulso se dirige a los Estados, para que ajusten sus normas a los dictados de estos fácticamente influyentes órganos internacionales. Así, en un segundo escalón se encuentran las Naciones Unidas, la sometida Unión Europea, y los también vasallos Estados de todos los rincones del planeta, cuyos parlamentos deben seguir ciegamente, «*a pies juntillas*», las famosas «*Cuarenta Recomendaciones*» de GAFI/FATF, y otras ideas brillantes que emanan de sus coyunturales socios en estas materias. Las sanciones en caso de incumplimiento no son jurídicas sino económicas: simplemente la inclusión en listas negras que imposibilitan el crédito internacional, los negocios, en muchos casos el necesario desarrollo económico, etc. En una tercera instancia se encuentran los controladores nacionales, conocidos como Unidades de Inteligencia Financiera o con nombres aún más rimbombantes según cada Estado: SEPBLAC en España (Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias), GIFI en Polonia (General Inspector of Financial Information), TRACFIN en Francia (Intelligence Processing and Action Against Illicit Financial networks Unit), MOKAS en Chipre (Unit for Combating Money Laundering), y otras muchas que se conocen simplemente como Unidades de Inteligencia Financiera de cada país (Financial Intelligence Units). Por último y por fin, quedan los Fiscales y Jueces encargados de velar por el respeto de todo este marco de influencia jurídica tan complejo. Todo comienza por los aspectos preventivos —con su apéndice sancionatorio— que se desarrolla en el Derecho administrativo, para culminar con más específicos aspectos represivos, a los que se aplican los parámetros de la teoría jurídica del delito y que prevén responsabilidades dolosas y culposas, con penas a menudo draconianas, siempre en la esfera del Derecho penal. Sobre estos últimos aspectos *también todos opinan*, y a través de la cascada de influencias ya mencionada

---

una nueva pandemia, según percibe M. Abel Souto, «Análisis de la incidencia en el mundo digital de la COVID-19 y blanqueo de dinero», en AAVV (Abel Souto y alt. Coordinadores) *IX Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, p. 277 y sig. Sobre la universalidad de estos delitos, véase también Abel Souto, M., *El blanqueo de dinero en la normativa internacional,* Santiago de Compostela, 2002, p. 45 y sig.

[4] Committee of Experts on the Evaluation of Anti-Money Laundering Measures and the Financing of Terrorism, creado en 1997.

[5] *Cfr.* Terradillos Basoco, J. «El Derecho penal económico español: de la pujanza económica a la depresión» en AAVV, *Derecho penal y crítica al poder punitivo del Estado, LH Nodier Agudelo Betancur*, Bogotá, 2013, p. 305. Como destaca este autor, «*la confusa naturaleza jurídica y política de este soberano se traduce en la ausencia de un centro de imputación de poder*».

se modulan los riesgos y las conductas que se esperan de los ciudadanos y empresas. En síntesis, La legislación internacional y nacional contra el blanqueo de dinero y la financiación del terrorismo (Disposiciones de Naciones Unidas, GAFI/FATF, múltiples directivas europeas, Código Penal y otras leyes nacionales) se presenta como una muestra evidente de *nihilismo jurídico*: objetivos políticos y financieros absolutos, ausencia de *prudentia iuris*, seria afección a los principios de razonabilidad y proporcionalidad, ausencia infinita de tolerancia, etc.[6].

III. Los tres puntos álgidos

Todo esto se desarrolla como corolario en pleno siglo XXI de una evolución construida sobre tres puntos álgidos. El primer *punto álgido* se localiza en los Estados Unidos, al aprobarse *The Money Laundering Control Act* de 1986[7]. En ese texto legal se materializó la caracterización del blanqueo de dinero como la *sangre vital* (*lifeblood*) del narcotráfico y del crimen organizado, abordando por vez primera este problema de una manera diferente: luchando contra el ocultamiento de recursos ilícitos que disfrazaban su fuente, intentando su devolución al mundo económico-empresarial. Se hablaba de una *cash connection*, que preocupaba al propio presidente de los Estados Unidos, red que conformaban el crimen organizado, las instituciones financieras y el blanqueo de dinero. En paralelo, los banqueros miraban hacia otro lado, mientras se lucraban ampliamente con estas maniobras[8]. Esta situación se origina, según entiendo, a raíz de las enormes cantidades de dinero que manejaban —entre otros— los cárteles latinoamericanos de la droga en esos años, por ejemplo, Pablo Escobar Gaviria de Colombia, narcotraficante que había llegado a acumular una fortuna calculada en 25 mil millones de dólares. El peligro no era el cash, sino la circulación del dinero legalizado que podía hacer posible la adquisición de empresas lícitas por parte de este u otros sujetos pertenecientes a la dirección del crimen organizado. En realidad, se debía impedir la utilización del

[6] *Cfr.* Pereira Menaut, A.C. «¿Puede la lucha contra el blanqueo de dinero producir nihilismo jurídico?», en AAVV, *VI.º Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero,* ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 114 y sig.). Destaca este autor que aquí no se protege al ser humano, sino a la «*integridad del sistema financiero*».

[7] Muchos autores se alejan más en el tiempo, considerando que este delito ha nacido en el contexto de la «*ley seca*» norteamericana, la mafia y Al Capone (años '20 del siglo XX), procediendo a disimular el origen ilícito de los bienes, aprovechando el poco control ejercido sobre las lavanderías de ropa. Así, paulatinamente, se ha ido pasando del lavado a mano a la tintorería. *Cfr.* Blanco Cordero, I. «El delito de blanqueo de capitales», *op. cit.* p. 72 y sig. Pero en realidad se trata de ejemplos poco significativos o anecdóticos. La caracterización del genuino delito que aquí nos ocupa nace en los Estados Unidos con la ley de 1986, ya mencionada.

[8] *Cfr.* Gurule, J. «The Money Laundering Control Act of 1986: Creating a New Federal Offense or Merely Affording Federal Prosecutors an Alternative Means of Punishing Specified Unlawful Activity?» *32 Am. Crim. L. Rev*. 823 (1994-1995), p. 823 y sig.

sistema financiero para blanquear los beneficios del narcotráfico[9]. Esta mera posibilidad espantaba a presidentes, empresarios y finalmente a los propios banqueros que se vieron obligados a transigir modificando sus comportamientos. Creo que el temor a que la dirección de empresas poderosas pueda quedar en manos de narcotraficantes o del crimen organizado sigue sobresaltando y orientando (o desorientando…) a quienes desarrollan la política criminal contra el blanqueo de dinero. Llevaba mucha razón W. Bottke cuando decía que «*El dinero blanqueado dota de mayor poder social poco limpio. Es útil para facilitar las ventajas del juego sucio en la competencia. También es apropiado para comprar la influencia política y conduce a la corrupción*»[10].

El segundo *punto álgido* se localiza en la creación del Grupo de Acción Financiera Internacional/ Financial Action Task Force (GAFI/FATF) en 1989, que a través de un aparentemente inocente sistema de «*Recomendaciones*» se ha convertido en un auténtico *influencer* legislativo a nivel mundial. Su secretaría tiene sede en París, que comparte con la OCDE/OECD. Como acertadamente señala F. D'Albora el GAFI/FATF conforma «*una de las mayores concentraciones de poder real sobre el planeta*»[11]. Este organismo, ajeno a la estructura tradicional de instituciones con poder normativo, actúa en distintas direcciones, pero fundamentalmente:

— Influyendo decisivamente en la prevención y sanción (aspectos administrativos y penales) del blanqueo de dinero y de la financiación del terrorismo en todos y cada uno de los países del mundo. A su influencia se debe la cada vez mayor homogenización internacional de las leyes antiblanqueo de los diferentes Estados. Por eso puedo afirmar que paradójicamente, tratándose de un recién nacido, *el mundo entero comprende el lenguaje del blanqueo de dinero*.

— Realizando evaluaciones periódicas para conocer si los distintos países padecen de *deficiencias estratégicas* para combatir el blanqueo de dinero y la financiación del terrorismo. Desde esta perspectiva funciona como un *tribunal administrativo internacional*, que exige modificaciones legislativas, analiza las estadísticas judiciales (número de condenas y procedimientos) bajo la amenaza de imponer multas a los países que se califiquen como *no cooperantes*. Más allá de las multas, su auténtico poder represivo se basa en lograr el aislamiento financiero internacional de los Estados no cooperantes.

El tercer y último *punto álgido* se genera en la Unión Europea, a través de la Directiva (UE) 2018/1673 (Directiva Penal), relativa a la lucha contra el blanqueo de

[9] *Cfr.* Alford, D.E. «Anti- Money Laundering Regulations: A Burden on Financial Institutions», *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, 19(3), 437-468, 1994, p. 437, quien destaca que el blanqueo de dinero sin limitaciones penales permitía a los narcotraficantes operar en los mercados y negocios legítimos.

[10] *Cfr.* Bottke, W. «Mercado, criminalidad organizada y blanqueo de dinero en Alemania» en *Revista Penal*, n.º 2, 1998, p. 3.

[11] *Cfr.* D'Albora, F.J. «Lavado de dinero y evasión tributaria», *op. cit.* p. 83.

capitales mediante el Derecho penal. Sobre la base de argumentos muchas veces reiterados (alto riesgo para la integridad, estabilidad y reputación del sector financiero, amenazas para el mercado interior y la seguridad interior de la Unión Europea, entre otros) se da el gran salto de uniformar en toda Europa una *normativa penal europea* en sentido estricto contra el blanqueo de dinero. Por vez primera se exige la tipificación penal de determinadas conductas de blanqueo, a través de una norma de obligatoria transposición y cumplimiento, lo que sirve como punto de partida para homogeneizar y uniformar en el espacio de la Unión los aspectos penales. Conviene recordar que el blanqueo de capitales fue incorporado en el listado de *eurodelito*s por el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante TFUE) al integrarse en su artículo 83.

IV. *SOFT LAW* Y BLANQUEO DE DINERO

Las Recomendaciones del GAFI/FATF —y también las de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE/OECD)— entrañan lo que ya se conoce como la *soft law* clave en estas materias[12], criterios que surgen de organismos o instituciones internacionales que no son competentes para generar reformas legislativas, que ni siquiera son vinculantes[13], pero cuentan con un indubitado peso específico internacional que las hace fácticamente obligatorias para muchos Estados, esencialmente cuando se trata de temas que entran en el espacio de lo económico, de la libre competencia y de la financiación internacional (blanqueo de dinero, responsabilidad penal de las personas jurídicas, compliance penal, lucha contra la corrupción y el terrorismo, etc.). La influencia del GAFI/FATF con sus Recomendaciones en materia de terrorismo, por ejemplo, o en materia de financiación de desplazamientos internacionales con finalidad terrorista, ha sido destacada por la doctrina[14].

GAFI/FATF, construye sus «*Cuarenta Recomendaciones*» en torno a un enfoque *basado en el riesgo*. La metodología empleada por el GAFI/FATF, y consecuentemente por sus instancias inferiores supone esencialmente responsabilizar a una enorme y variopinta lista de sujetos (desde abogados y notarios hasta joyeros, pasando por entidades

[12] *Cfr.* LOPEZ BARRERO, E. «Lucha contra el blanqueo de capitales: perspectiva desde la normativa internacional», en AAVV *El blanqueo de capitales y su relación con la cibercriminalidad*, ed. Aranzadi, Navarra, 2019, p. 93 y sig. En un interesante estudio, V. RODRIGUEZ VÁZQUEZ, «Democracia, sistemas de control y Derecho penal», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología,* 22-11, 2020, p. 5 considera que la verdadera crisis del Estado de Derecho contemporáneo tiene que ver con el abandono del monopolio normativo.

[13] *Cfr.* EKWUEME, E. «Dampening corruption and money laundering: emissions from soft laws» *Journal of Money Laundering Control* vol. 24, n.º 4, 2021, p. 849.

[14] *Cfr.* POMARES CINTAS, E. y GARCÍA RIVAS, N. «Delitos de terrorismo» en AAVV *Tratado de Derecho Penal Español. Parte Especial. VI. Delitos contra el orden público*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 145.

financieras y empresas de servicios postales, que realizan giros, transferencias, etc.) imponiéndoles el deber de vigilar y denunciar a sus clientes ante cualquier conducta sospechosa de blanqueo de dinero o de financiación del terrorismo. Incluso ante posibles maniobras para ocultar las ganancias derivadas de la corrupción, por parte de personas políticamente expuestas (PEPs). Se crea así un mecanismo de investigación parapolicial encubierto y gratuito (la única recompensa por el servicio prestado consiste en no ser sancionado administrativamente). En este contexto se ha llevado adelante una estrategia conocida como «*conozca a su cliente*» (*Know your customer: KYC*), directamente relacionada con el «*programa de identificación de clientes*» (*Customer identification program: CIP*)[15].

El poder del GAFI/FATF no se comprende fuera del contexto de la nueva forma de Estado fruto de la globalización, el llamado *Estado regulatorio* que recurre a una delegación de poderes del Estado hacia agencias independientes, que adquieren un poder ilimitado en algunas materias. Así, indica Silva Sánchez que son los técnicos los que deciden sobre qué y cómo sancionar[16]. En este contexto, como señala Varela, de forma inmediata se somete a los mercados y de forma mediata, a los propios Estados[17].

En cualquier caso, el GAFI/FATF evalúa el grado de cumplimiento de sus Recomendaciones por parte de todos los Estados, valorando y puntuando la forma en que cada país combate el blanqueo de dinero. Se hacen Recomendaciones individuales a cada Estado para que actúe en diferentes áreas, como la cooperación internacional, el sector público, el sector privado o el sector legal. Sin embargo, la legitimidad de la actuación del GAFI/FATF se pone constantemente en duda. Por una parte, se desconoce quién lo gobierna y quién desarrolla su agenda de actuación, por lo que es señalado ante la ausencia de un régimen interno democrático y por su falta de transparencia[18]. Peor se presenta su falta de imparcialidad, ya que se reconoce que las decisiones no solo las toman los Estados, sino también existen «*cometarios y posiciones de las partes interesadas, en particular los participantes del mercado financiero*»[19]. Y no menos cuestionable es su política de *listas negras*, en la que se incluyen «*las jurisdicciones que no pueden combatir el*

[15] *Cfr.* Sullivan, K., *Anti-Money Laundering in a Nutshell*, *op. cit.* p.70 y sig.

[16] *Cfr.* Silva Sánchez, J.M. «¿Derecho penal regulatorio?», *InDret*, 2015, n.º 2, 2015, p. 1.

[17] *Cfr.* Varela, L. «¿Expansión irrazonable del lavado de dinero? Una rápida consideración sobre la regulación mexicana desde la perspectiva europea», en *Revista Penal México*, n.º 14/15, 201, p. 292.

[18] *Cfr.* Pavlidis, G. «El grupo de acción financiera (GAFI) treinta años después: el futuro de la lucha internacional contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo», en *Revista de Estudios Jurídicos n.º 20 (Segunda época)*, Universidad de Jaén, 2020, p. 435 y sig. Considera este autor que estas críticas no hacen justicia al proceso de creación de normas del GAFI/FATF, cuya confiabilidad la deduce del número creciente de países que forman parte de este grupo.

[19] *Cfr.* Pavlidis, G. «El grupo de acción financiera», *op. cit.* p. 436.

blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo»[20], muchas de ellas por falta de medios económicos suficientes.

Considero que la política criminal que desarrolla el GAFI/FATF sigue careciendo de fundamentos sólidos, ya que responde en buena medida a un oportunismo e improvisación más propios de soluciones policiales a corto plazo. Adoptando un sentido crítico que comparto plenamente, Bajo Fernández consideraba que el GAFI/FATF y organismos similares responden a la mentalidad de una clase burócrata que «*confunde los fines preventivos, políticos y policiales en la lucha contra la criminalidad organizada con la función del Derecho Penal*»[21]. Añade este autor que «*muchos delitos económicos han nacido debido a la presión internacional de funcionarios tecnócratas ignorantes de los principios del Derecho penal*». Entre ellos destaca el delito de blanqueo de dinero[22]. Esta metodología podría estar cambiando en los últimos años, por el aparente esfuerzo del GAFI/FATF por mejorar su transparencia y previsibilidad en la toma de decisiones y en materia de gobernanza. Pero la flexibilidad de la que se presume[23] puede llegar a ser catastrófica, ya que en temas penales lo flexible se suele traducir en retrocesos garantistas.

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE/OECD Organisation for Economic Co-operation and Development) también ha intervenido para trazar las líneas fundamentales del delito de blanqueo de dinero y su relación con la fiscalidad, fundamentalmente a través de la «*Guía para el control fiscal*» de 2009 y el «*Manual para inspectores y auditores fiscales*» de 2019. En 2009 el Centro de Política y Administraciones Fiscales editó una guía para «*mejorar el conocimiento que los funcionarios que realizan el control fiscal tienen del blanqueo de capitales*». Se reiteran las tesis y conceptos manejados por el GAFI/FATF, poniendo especial atención a su relación con el delito de defraudación fiscal y su control (detección de transacciones no habituales, conocimiento y alertas, intercambio internacional de información, indicadores y ejemplos de blanqueo para personas físicas, sector inmobiliario, servicios profesionales, etc.). El Manual de 2019 profundiza el estudio casuístico dirigido a inspectores y auditores fiscales, actualizando el documento de 2009 con la inclusión de nuevas modalidades delictivas, por ejemplo, las operaciones con criptomonedas. El ahínco con el que todas las instancias internacionales han caracterizado al producto de

[20] *Cfr.* Pavlidis, G. «El grupo de acción financiera», *op. cit.* p. 440, quien considera este método sumamente eficaz.

[21] *Cfr.* Bajo Fernández, M. «El desatinado delito de blanqueo de capitales», en AAVV, *Política Criminal y blanqueo de capitales*, Madrid, 2009, p. 12.

[22] *Cfr.* Bajo Fernández, M. «Los delitos económicos como manifestación característica de la expansión del Derecho Penal», en AAVV, *LH Rodríguez Ramos*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 409. Añade este autor que muchos de estos funcionarios cuando se incorporan a tareas de gobierno en sus países abogan por anexar de manera efectiva esas normas al Derecho interno.

[23] *Cfr.* Pavlidis, G. «El grupo de acción financiera», *op. cit.* p. 436 y sig.

una defraudación tributaria como un bien corrupto a efectos del blanqueo de dinero se debe, sin duda, a las enormes presiones de OCDE/OECD.

V. La Unión Europea

La Unión Europea se ha prodigado en directivas para uniformar la prevención y sanción administrativa del blanqueo de dinero y la financiación del terrorismo, con influencia indirecta y directa en las responsabilidades penales. Así, ha dictado una directiva específicamente reguladora de los aspectos penales aplicables al blanqueo de dinero, la Directiva (UE) 2018/1673, «*relativa a la lucha contra el blanqueo de capitales mediante el Derecho penal*» que se ha convertido en la piedra angular de la persecución penal del blanqueo de dinero en Europa. En orden a la prevención y sanción dentro del espacio preventivo-administrativo, se han dictado el 31 de mayo de 2024 tres importantísimas normas: El Reglamento (UE) 2024/1620, del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se crea la Autoridad de Lucha contra el Blanqueo de Capitales y la Financiación del Terrorismo, El Reglamento (UE) 2024/1624, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, y la Directiva (UE) 2024/1640 relativa a los mecanismos que deben establecer los Estados miembros a efectos de la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo. Establece el Considerando 83 del mencionado Reglamento (UE) 2024/1620 del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de mayo de 2024 que: «Habida cuenta de sus funciones y competencias en el ámbito de la lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, la Autoridad está bien situada para apoyar la acción de la Comisión en los foros internacionales, incluido el GAFI, con vistas a promover una representación unida, común, coherente y eficaz de los intereses de la Unión en dichos foros. Por consiguiente, la Autoridad debe asistir a la Comisión en sus actividades como miembro del GAFI y contribuir a la representación de la Unión y a la defensa de sus intereses en los foros internacionales».

El conjunto de estas normas traslada de forma específica a Europa los dictados y Recomendaciones del GAFI/FATF en las materias aquí abordadas y en todo lo concerniente al fundamental espacio sancionador administrativo y penal. Es el interlocutor perfecto del GAFI/FATF con los países europeos. Según establece el Considerando Tercero de la Directiva (UE) 2018/1673 (Directiva Penal): «*En su actuación, la Unión debe seguir teniendo especialmente en cuenta las Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) y los instrumentos de otras organizaciones y organismos internacionales que se ocupan de la lucha contra el blanqueo de dinero y la financiación del terrorismo. Los actos jurídicos de la Unión en la materia deben adaptarse, cuando proceda, a las Normas internacionales sobre la lucha contra el blanqueo de dinero y la financiación del terrorismo y la proliferación, adoptadas por el GAFI en febrero de 2012*».

También incide en esta materia la Directiva (UE) 2017/1371 del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2017, sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho penal[24]. En consonancia, dispone el artículo 1.2 de la Directiva (UE) 2018/1673 (Directiva Penal), «*Objeto y ámbito de aplicación*», que: «*La presente Directiva no será aplicable al blanqueo de capitales referido a bienes provenientes de delitos que afecten a los intereses financieros de la Unión, el cual está sujeto a las normas específicas establecidas en la Directiva (UE) 2017/1371*».

El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) consagra en su artículo 83. 1 que «*El Parlamento Europeo y el Consejo podrán establecer, mediante directivas adoptadas con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en ámbitos delictivos que sean de especial gravedad y tengan una dimensión transfronteriza derivada del carácter o de las repercusiones de dichas infracciones o de una necesidad particular de combatirlas según criterios comunes*». Entre estos *eurodelitos* destaca, justamente, el blanqueo de dinero (art. 83.1 2.º párrafo TFUE). En base a ello se ha dictado la Directiva (UE) 2018/1673, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2018, relativa a la lucha contra el blanqueo de dinero mediante el Derecho penal. Es la primera vez que se dicta una norma europea tan específica en esta materia, que por otra parte se desentiende de los aspectos penales de la financiación del terrorismo. Como sostiene Melchionda, «*Se trató de una postura firme e incisiva y, al mismo tiempo, una de las ocasiones más importantes de intervención directa del legislador europeo en materia de derecho penal*»[25]. Dispone el art. 3.º de esta Directiva (UE) 2018/1673 (Directiva Penal), con relación a los «*Delitos de blanqueo de capitales*» que: «*1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que las siguientes conductas, cuando se cometan intencionadamente, sean castigadas como delito: a) la conversión o la transmisión de bienes, a sabiendas de que dichos bienes provienen de una actividad delictiva, con el propósito de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a personas que estén implicadas en dicha actividad a eludir las consecuencias legales de su acto; b) la ocultación o el encubrimiento de la verdadera*

[24] Dispone el Considerando 7.º que «*El Derecho de la Unión sobre blanqueo de capitales es plenamente aplicable al blanqueo del producto de las infracciones penales mencionadas en la presente Directiva. Una referencia a ese Derecho debe garantizar que el régimen sancionador establecido por la presente Directiva se aplique a todos los casos graves de infracciones penales que atenten contra los intereses financieros de la Unión*». Todo ello se concreta en el art. 4.1. de la Directiva, que establece: «*Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que sea constitutivo de infracción penal el blanqueo de capitales descrito en el artículo 1, apartado 3, de la Directiva (UE) 2015/849, que afecte a bienes procedentes de las infracciones reguladas por la presente Directiva*».

[25] *Cfr.* MELCHIONDA, A «La regulación italiana del blanqueo de capitales. Perfiles generales y propuestas de reforma», en *Revista Penal* 51, 2023, p. 192.

naturaleza, origen, ubicación, disposición, movimiento o derechos sobre los bienes o la propiedad de los mismos, a sabiendas de que dichos bienes provienen de una actividad delictiva; c) la adquisición, posesión o utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de la recepción, de que dichos bienes provienen de una actividad delictiva. 2. Los Estados miembros podrán adoptar las medidas necesarias para garantizar que las conductas a que se refiere el apartado 1 sean castigadas como delito cuando el autor sospechara o debiera haber sabido que los bienes provenían de una actividad delictiva».

Puede advertirse que no existen grandes diferencias en este último texto que proviene de la Unión Europea respecto a los requisitos fijados para el delito de blanqueo de dinero por todas las instancias internacionales: el art. 3.1.b) de la Convención de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas (Viena, 1988), el art. 23 de la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción (Mérida, 2003), el art. 6.1 del Convenio de Estrasburgo del Consejo de Europa (1990), el art. 9.1 del Convenio de Varsovia del Consejo de Europa (2005) o el art. 2.1.1. del Reglamento (UE) 2024/1624. Incluso se ha incorporado en nuestro Derecho positivo una fórmula similar en el art. 1.2 de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo. Lo que diferencia la Directiva (UE) 2018/1673 (Directiva Penal) es el carácter imperativo de su transposición al *derecho penal interno* de cada Estado miembro. En España se hicieron *ligeros retoques* normativos a efectos de su transposición, a través de la Ley Orgánica 6/2021, de 28 de abril.

El principal argumento en el que se basa la Unión Europea para dictar esta importantísima norma unificadora del delito de blanqueo de dinero aparece descrito en su Considerando 4.º, en cuanto entiende que existe una falta de coherencia regulatoria en las distintas normativas de los Estados de la Unión. Pero no se crea una norma de mínimos —como sería deseable— sino una regulación *muy de máximos,* que genera una auténtica *pancriminalización*, como denuncia la doctrina[26]. Se dejan pocos espacios vacíos, para completar. Su incorporación a los sistemas normativos de los distintos Estados europeos es obligatoria, y su influencia extracontinental en materia de blanqueo de dinero es cada día más evidente.

El impulso internacional por fortalecer este nexo se hace evidente en la presión que ejerce el GAFI/FATF en sus Recomendaciones revisadas del año 2012, cuando incorpora entre las categorías de delitos previos, el «*contrabando*» y los «*delitos fiscales (relacionados con los impuestos directos e impuestos indirectos*)». Este vínculo defraudación tributaria-blanqueo de dinero se ratifica expresamente en el art. 2.1 de la Directiva (UE)

[26] Así, por ejemplo, Quintero Olivares, G. «La lucha contra la corrupción y la pancriminalización del autoblanqueo», en *Estudios Penales y criminológicos* 38, 2018, *passim*; Del Carpio Delgado, J. «Hacia la pancriminalización del blanqueo de capitales en la Unión Europea. Un análisis crítico de la Directiva (UE) 2018/1673 relativa a la lucha contra el blanqueo de capitales mediante el Derecho penal», en *Revista Penal* n.º 44, 2019, p. 22 y sig.

2018/1673, relativa a la lucha contra el blanqueo de capitales mediante el Derecho penal, cuyo Considerando 8.º dice que «Los delitos fiscales relacionados con los impuestos directos e indirectos deben estar incluidos en la definición de "actividad delictiva", de acuerdo con las Recomendaciones revisadas del GAFI/FATF. Dado que, en cada Estado miembro, diferentes delitos fiscales pueden constituir una actividad delictiva castigada con las sanciones a que se refiere la presente Directiva, las definiciones de los delitos fiscales podrían diferir en el Derecho nacional».

En síntesis, en materia preventiva y represiva del blanqueo de dinero, el marco jurídico español sigue rigurosamente a la Unión Europea que a su vez sigue rigurosamente los mandatos del GAFI/FATF. Queda claro, entonces, quien es el genuino «*hacedor de estas leyes*».

VI. Bibliografía

Abel Souto, M., *El blanqueo de dinero en la normativa internacional*, Santiago de Compostela, 2002.

— «Análisis de la incidencia en el mundo digital de la COVID-19 y blanqueo de dinero», en AAVV (Abel Souto y alt. Coordinadores) *IX Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2024.

Alford, D.E., «Anti- Money Laundering Regulations: A Burden on Financial Institutions», *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, 19(3), 437-468, 1994.

Bajo Fernández, M., «El desatinado delito de blanqueo de capitales», en AAVV, *Política Criminal y blanqueo de capitales,* Madrid, 2009.

— «Los delitos económicos como manifestación característica de la expansión del Derecho Penal», en AAVV, *LH Rodríguez Ramos*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

Blanco Cordero, I., *El delito de blanqueo de capitales*, 4.ª ed., Aranzadi, Navarra, 2015.

Bottke, W., «Mercado, criminalidad organizada y blanqueo de dinero en Alemania», en *Revista Penal*, n.º 2, 1998.

D'Albora, F.J., «Lavado de dinero y evasión tributaria», en AAVV (Bertazza, dir.) *Elementos del procedimiento tributario y penal tributario*, ed. La Ley, Buenos Aires, 2018.

Del Carpio Delgado, J., «Hacia la pancriminalización del blanqueo de capitales en la Unión Europea. Un análisis crítico de la Directiva (UE) 2018/1673 relativa a la lucha contra el blanqueo de capitales mediante el Derecho penal», en *Revista Penal*, n.º 44, 2019.

Díaz-Maroto y Villarejo J., «Recepción de las propuestas del GAFI y de las Directivas Europeas sobre el blanqueo de capitales en el Derecho español», en AAVV, *Política Criminal y blanqueo de capitales* (Bajo-Bacigalupo ed.), Madrid 2009.

Ekwueme, E., «Dampening corruption and money laundering: emissions from soft laws», *Journal of Money Laundering Control*, vol. 24, n.º 4, 2021.

Ferré Olivé, J.C., *El delito de blanqueo de dinero*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024.

Gurule, J., «The Money Laundering Control Act of 1986: Creating a New Federal Offense or Merely Affording Federal Prosecutors an Alternative Means of Punishing Specified Unlawful Activity?», *32 Am. Crim. L. Rev.*, 823 (1994-1995).

Keith, N., «Anti-money laundering: comparative review of legislative development», *Business Law International*, 19 (3), 245-276, 2018.

Lopez Barrero, E., «Lucha contra el blanqueo de capitales: perspectiva desde la normativa internacional», en AAVV, *El blanqueo de capitales y su relación con la cibercriminalidad*, ed. Aranzadi, Navarra, 2019.

Melchionda, A., «La regulación italiana del blanqueo de capitales. Perfiles generales y propuestas de reforma», en *Revista Penal*, 51, 2023.

Morón Pendás, I., «La prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo. Sujetos obligados, compliance y régimen sancionador», Tirant lo Blanch, Valencia, 2025.

Pavlidis, G., «El grupo de acción financiera (GAFI) treinta años después: el futuro de la lucha internacional contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo», en *Revista de Estudios Jurídicos*, n.º 20 (Segunda época), Universidad de Jaén, 2020.

Pereira Menaut, A.C., «¿Puede la lucha contra el blanqueo de dinero producir nihilismo jurídico?», en AAVV, *VI.º Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

Pomares Cintas, E. y García Rivas, N., «Delitos de terrorismo» en AAVV *Tratado de Derecho Penal Español. Parte Especial. VI. Delitos contra el orden público* ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

Quintero Olivares, G., «La lucha contra la corrupción y la pancriminalización del autoblanqueo», *Estudios Penales y criminológicos*, 38, 2018.

Rodriguez Vázquez, V., «Democracia, sistemas de control y Derecho penal», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 22-11, 2020.

Silva Sánchez, J.M., «¿Derecho penal regulatorio?», *InDret*, 2015, n.º 2, 2015.

Sullivan, K., *Anti-Money Laundering in a Nutshell*, New York, 2015.

Terradillos Basoco, J., «El Derecho penal económico español: de la pujanza económica a la depresión» en AAVV, *Derecho penal y crítica al poder punitivo del Estado, LH Nodier Agudelo Betancur*, Bogotá, 2013.

Trovato, G.F., «La recepción de las propuestas del GAFI en la legislación penal argentina», en AAVV, *Política Criminal y blanqueo de capitales* (Bajo-Bacigalupo ed.), Madrid, 2009.

Varela, L., «¿Expansión irrazonable del lavado de dinero? Una rápida consideración sobre la regulación mexicana desde la perspectiva europea», en *Revista Penal México*, n.º 14/15, 2018.

19

EL DELITO DE ACCESO NO AUTORIZADO A DATOS RESERVADOS DEL ART. 197.2 CP FRENTE AL ROBO DE IDENTIDAD

FÁTIMA FLORES MENDOZA
Profesora Titular de Derecho Penal
Universidad de La Laguna

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. DELIMITACIÓN DE LAS CONDUCTAS QUE RESPONDEN A LA DENOMINACIÓN DE ROBO DE IDENTIDAD. III. LA PROTECCIÓN DE LOS DATOS RESERVADOS DE CARÁCTER PERSONAL DEL ART. 197.2 CP. III.1. De la importancia del archivo o registro en el que se hallen organizados los datos para la interpretación de la conducta típica. III.2. Delimitación del objeto material: datos reservados de carácter personal registrados en archivos. III.3. La adecuación del art. 197.2 CP para integrar las conductas de robo de identidad. IV. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo tiene por objeto analizar la idoneidad de los tipos previstos en el art. 197.2 CP para hacer frente a las conductas de robo de identidad, a la vista de algunas de las últimas resoluciones del Tribunal Supremo. Sirva esta humilde contribución para honrar la memoria de mi querido y admirado maestro, el profesor Romeo Casabona, modelo de excelencia universitaria. Que su ejemplo nos siga inspirando a los que tenemos el honor de haberlo tenido como maestro.

II. DELIMITACIÓN DE LAS CONDUCTAS QUE RESPONDEN A LA DENOMINACIÓN DE ROBO DE IDENTIDAD

El robo de identidad o *identity theft*, –como así se denomina en la literatura anglosajona, y cuya traducción literal sería hurto de identidad y no robo de identidad– forma parte de una realidad criminal más amplia, denominada *identity related crime* o *identity theft* en sentido amplio, que se divide en varias fases[1]. La primera se corresponde con

[1] Sobre esta compleja manifestación criminal v. la monografía RALLO LOMBARTE, Artemi / ARROYO ZAPATERO, Luis (coords.), *Robo de identidad y protección de datos*, ob. cit.

las conductas de hurto de identidad en sentido estricto, en la que los delincuentes obtienen sin consentimiento los datos relativos a la identidad de una persona física, viva o muerta, o persona jurídica o agrupación o entidad sin personalidad jurídica. Estos datos pueden consistir en nombres de usuario, contraseñas, direcciones de correo electrónico, cuentas de redes sociales, etc. Pero también pueden consistir en una combinación de datos digitales (texto, imagen o voz) y físicos (nombre y apellidos, números de identificación personal, fecha de nacimiento, dirección postal, teléfonos, números de cuenta bancaria, etc.). En la segunda tiene lugar la suplantación de la identidad, la utilización de los datos con fines ilícitos, sean estos delictivos o no, que se conoce con el nombre de *identity fraud* o *identity abuse*[2]. Entre ambas etapas puede existir una tercera en la que se produce la venta o tráfico de aquellos a organizaciones criminales o particulares. Pero de la misma forma también puede concurrir un fraude de identidad, sin la previa obtención ilícita de estos. Así sucederá cuando el suplantador de la identidad ajena tome los datos de cuentas abiertas al público, se aproveche de brechas de seguridad de los servidores o de los usuarios, utilice motores de búsqueda especializados en la detección de información privada (minería de datos) o simplemente rebuscando en la basura del titular de los datos.

En nuestro país el *identity theft* ha recibido diversas denominaciones por parte de la doctrina: robo, hurto, sustracción o usurpación de identidad, aunque la más conocida es la de robo de identidad[3]. Sin embargo, estos términos resultan inapropiados para designar esta realidad. En primer lugar, porque, como se ha señalado, la denominación original debería traducirse por hurto de identidad. Y, en segundo lugar, porque estas denominaciones se identifican con los delitos de apoderamiento, propios de los delitos contra el patrimonio, en los que tiene lugar la desposesión del objeto material al sujeto pasivo (la cosa mueble ajena), con el consiguiente desplazamiento de la misma a manos del sujeto activo. En cambio, en estas otras conductas el objeto material no es una cosa mueble, sino un objeto inmaterial, datos relativos a la identidad de una persona, siendo necesario que exista una desposesión o desplazamiento de los mismos. En este fenómeno criminal tan sólo es necesario que los delincuentes accedan, obtengan o se hagan con los datos, sin que sea preciso que su titular los pierda. Es más, ni siquiera se requiere que el delincuente se haga con una copia de aquellos, aunque sea esto lo más frecuente, pues bastaría que los memorizara una vez haya accedido a ellos. Por ello considero

[2] Sobre las diferentes denominaciones asignadas a esta conducta en el ámbito del *Identity crime* v. Flor, R., «*Phising* y delitos relacionados con el fraude de identidad…», ob. cit., pp. 79-82. Tal y como comenta este autor, algunos estados u organismos identifican la suplantación de identidad o abuso de identidad con el hurto o robo de identidad (primera fase), mientras que en otros se asocia con el fraude de identidad (segunda fase). V. ob. cit., p. 82

[3] Utiliza esta denominación Mata y Martín, R. «El robo de identidad: ¿una figura necesaria?», ob. cit., p. 202.

más adecuada la referencia *obtención subrepticia a los datos personales relativos a la identidad*, que aunque menos impactante, es más precisa y evita confusiones. No obstante, no habría inconveniente en utilizar los términos apoderamiento o sustracción de datos relativos a la identidad, siempre que se interpretasen de forma espiritualizada de acuerdo con su objeto material[4].

A la vista de las últimas sentencias del Tribunal Supremo, en especial la STS 412/2020, de 20 de julio, en la que Pleno del Tribunal Supremo realiza un amplio análisis del tipo del art. 197.2 del CP, me propongo revisar la idoneidad de este tipo de lo injusto para subsumir las diferentes manifestaciones acceso de los datos de identidad ajenos característicos del robo de identidad. Para ello tan solo analizaré los elementos más relevantes de esta figura.

III. La protección de los datos reservados de carácter personal del art. 197.2 CP

III.1. De la importancia del archivo o registro en el que se hallen organizados los datos para la interpretación de la conducta típica

Las conductas previstas en el art. 197.2 CP tienen como bien jurídico para unos la intimidad, o más concretamente la vertiente positiva de la intimidad, como derecho a la autodeterminación informativa[5], mientras que para otros, entre ellos Romeo Casabona, el derecho fundamental a la protección de datos personales previsto en el art. 18.4 CE[6]. De acuerdo con esta última posición, la doctrina del Tribunal Constitucional señala que: la Constitución Española reconoce en el art. 18.4 un derecho fundamental autónomo a la protección de los datos personales, desde una doble perspectiva: como derecho fundamental autónomo dirigido a controlar el flujo de informaciones que concierne a cada persona, y como derecho fundamental instrumental ordenado a la protección de otros derechos fundamentales como el honor, la intimidad, la libertad ideológica, etc.[7].

[4] Como así se ha interpretado la acción típica de apoderamiento de correos electrónicos ajenos del mencionado art. 197.1 CP. V. al respecto Romeo Casabona, C. M.: *Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos*, ob. cit., pp. 83 y ss.

[5] Así, entre otros, Rueda Martín, M. A., *Protección penal de la intimidad personal e informática*…, ob. cit., pp. 30 y s.

[6] Véase Romeo Casabona, C. M., «Título X. Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio», ob. cit., pp. 698 y ss.

[7] Véase SSTC 292/2000, de 30 de noviembre; 199/2013, 5 de diciembre (f.j. 12); 76/2019, de 22 de mayo (ff.jj. 5 y 7). De acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional expresada en la STC 292/2000, el art. 18.4 CE no solo «consagra un derecho fundamental autónomo a controlar el flujo de informaciones que conciernen a cada persona» (SsTC 11/1998, de 13 de enero, f.j. 5; 96/2012, f.j. 6, y 151/2014, de 25 de septiembre, f.j. 7), diferente al derecho fundamental a la intimidad, pero con el «objetivo común de proteger la vida privada personal y familiar», sino también, como se desprende de su último inciso («para garantizar […] el pleno ejercicio de sus derechos»), un derecho instrumental ordenado a la protección de

Este tipo de lo injusto, calificado de galimatías por doctrina y jurisprudencia[8], recoge en opinión de Romeo Casabona dos conductas similares aunque diferenciadas en atención a los elementos personales[9]; así mientras en el primer inciso nos encontramos con un delito especial que solo puede ser cometido por un *intraneus*, en el segundo inciso se recoge la figura común destinada al *extraneus*[10]. Ello explicaría que el primer inciso prohíba tan solo el apoderamiento, pero no el acceso, que estaría autorizado para el *intraneus*, mientras que este último sí estaría recogido en el segundo inciso para el *extraneus*. Por ello en este último tipo alternativo se precisa además que el acceso podrá realizarse «por cualquier medio», precisión innecesaria en la primera conducta, donde el *intraneus* accede lícitamente.

En ambos tipos de lo injusto las acciones de acceso/apoderamiento, utilización o modificación/alteración pueden realizarse bien de forma física o presencial, bien de forma remota a través de la Red, aunque en este último caso tan solo respecto de datos informáticos o que se hallen automatizados, pero siempre directamente sobre el propio archivo, registro o fichero de datos reservados[11]. Ambos tipos de lo injusto exigirían que los datos se obtengan directamente del fichero que los contiene y al que se accede ilícitamente (o en el que se realiza el apoderamiento ilícito en el caso del *intraneus*). De esta forma no bastaría con realizar cualquiera de las conductas típicas (acceso/apoderamiento, modificación/alteración o utilización) al margen del archivo o fichero o sin que previamente el dato haya sido obtenido ilícitamente del propio fichero, por más que el dato pueda formar parte de uno o varios ficheros. En

---

otros derechos fundamentales, esto es, «un instituto de garantía de los derechos a la intimidad y al honor y del pleno disfrute de los restantes derechos de los ciudadanos», misión que comparte con el derecho a la intimidad (STC 292/2000, de 30 de noviembre, f.j. 5).

Como derecho fundamental autónomo está constituido por los poderes de disposición y control sobre los datos personales, que se concretan en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento, tratamiento y uso por parte de terceros, así como la posibilidad de oponerse tanto a la posesión como al uso; y, en su caso, requerir la rectificación o cancelación (STC 292/2000, de 30 de noviembre, f.j. 7).

[8] Así STS 412/2020, de 20 de julio.

[9] Véase Romeo Casabona, C. M., «Título X. Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio», ob. cit., pp. 746 y s. Así también interpretado en la STS 412/2020.

[10] Art. 197.2 CP: «Las mismas penas se impondrán al que, sin estar autorizado, se apodere, utilice o modifique, en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado. Iguales penas se impondrán a quien, sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a los mismos y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero».

[11] Así también Romeo Casabona, C. M., «Título X. Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio», ob. cit., pp. 746 y s.

tales casos la conducta sería atípica conforme al art. 197.2 CP[12], sin perjuicio de que pudiese quedar subsumida a través del tipo de apoderamiento de efectos personales previsto en el art. 197.1 CP.

No lo consideró así el Tribunal Supremo en los hechos enjuiciados en la STS 538/2021, de 17 de junio, condenando por el 197.2 CP, inciso segundo un supuesto en el que un sujeto difundió datos reservados personales de su expareja, de los que tuvo noticia por un certificado oficial que se le remitió[13]. A pesar de que no quedó demostrado que el condenado accediera de forma ilícita a dicha información contenida en un archivo público, el Tribunal Supremo consideró en esta sentencia que la difusión no consentida de esta información integraba la acción alternativa de utilización no autorizada de datos reservados de carácter personal, sin que exigiese o plantease siquiera la necesidad de que los datos utilizados debieran haber sido previamente obtenidos sin autorización del propio archivo por el sujeto activo.

En mi opinión una interpretación extensiva del precepto como la realizada en esta sentencia conduce a resultados inadecuados, pues dificulta su delimitación del resto de figuras recogidas en el art. 197 CP, que podrían quedar vacías de contenido. Piénsese, por ejemplo, en la conducta prevista en el art. 197.3 CP de difusión ilícita de información personal reservada, que pueda estar contenida en archivos ajenos; pero también respecto de las conductas previstas en el art. 197.7 CP, cuando las grabaciones audiovisuales obtenidas con la anuencia de la persona afectada formen parte asimismo de un archivo o registro privado; o incluso del art. 197.1 CP cuando el sujeto se apodere de correos electrónicos o efectos personales del sujeto pasivo (documento, agenda) que contengan datos personales que puedan a su vez hallarse recogidos en archivos o registros públicos o privados.

Por otro lado, una interpretación extensiva de esta naturaleza abriría la puerta del art. 197.2 CP a la suplantación de identidad, o al menos a alguna de sus manifestaciones, en mi opinión con un resultado insatisfactorio. En efecto, la suplantación o usurpación de identidad, definida como la utilización indebida de una identidad ajena para hacerse pasar por su titular ante terceros[14] o, de forma menos precisa, como empleo no consentido de datos personales relativos a la identidad ajena[15], no está castigada actualmente en nuestro Código Penal. Si bien es cierto que disponemos de una agravación en el art.

[12] Así lo ha entendido el Tribunal Supremo en las SsTS 487/2011, de 30 de mayo y 553/2015, de 6 de octubre, tal y como señala el magistrado Del Moral García en su voto particular a la STS 538/2021, de 17 de junio.

[13] En la sentencia se señala que seguramente fue de esta forma, como el sujeto accedió a esta información personal de su expareja.

[14] Así, entre otros v. Faraldo Cabana, P., «Suplantación de identidad y uso de nombre supuesto…», ob. cit., p. 74.

[15] La define así, entre otros, Miró Llinares, F., *El cibercrimen*…, ob. cit., pp. 79.

197.4 b) CP, por utilización no autorizada de datos personales de la víctima, esta solo puede ser apreciada en determinados delitos contra la intimidad cometidos mediante suplantación, pero no en el resto[16,17], y, por otro lado, ninguna de las actuales figuras delictivas permite su adecuada subsunción[18].

Por lo que respecta a las conductas que estamos analizando del art. 197.2 CP, estas no pueden identificarse con la suplantación de identidad, por más que se prevea el uso no autorizado de datos reservados ajenos de carácter personal. Este precepto, si bien prohíbe la utilización no autorizada y en perjuicio de tercero de datos reservados de carácter personal de otro que se hallen organizados en cualquier tipo de archivo o registro físico o electrónico, público o privado, no resulta adecuado para cubrir satisfactoriamente todas las manifestaciones de suplantación. En primer lugar, por la interpretación defendida más arriba de que la utilización de los datos prevista en el art. 197.2 CP requiere el previo acceso o, en su caso, apoderamiento de los datos registrados en el archivo, lo que no siempre tiene lugar en las conductas de suplantación, que admiten también supuestos de obtención lícita de la información. Y, en segundo lugar, porque no creo que los tipos del art. 197.2 CP abarquen adecuadamente todo su desvalor, que no se limita simplemente a una mera utilización de datos de identidad ajenos, y, por tanto, a un mero atentado contra la intimidad, sino que requiere además que el sujeto suplante una identidad ajena en el tráfico jurídico, lo que representará asimismo un ataque contra la seguridad del tráfico jurídico y social. Es por ello que he propuesto su previsión expresa entre las falsedades personales del Título XVIII del Código Penal[19].

III.2. **Delimitación del objeto material: datos reservados de carácter personal registrados en archivos**

El objeto material de las conductas previstas en el art. 197.2 CP son los datos personales o familiares de carácter reservado. No es necesario que sean secretos o íntimos, pero tampoco deben ser públicos[20].

[16] La LO 1/2015, de 30 de marzo incorpora al Código Penal, con un contenido similar a esta, sendas agravaciones en los arts. 264.3 y 264 bis. 3 CP para los daños informáticos.

[17] La Fiscalía General del Estado en la Circular FGE 3/2017, de 21 de septiembre, sobre la reforma del Código Penal operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo identifica estas agravaciones con la suplantación de identidad, realizando una interpretación restrictiva de su tenor literal. V. punto 1.1.B) de la citada circular.

[18] Véase mi trabajo «Respuesta penal a la suplantación de identidad…», ob. cit., pp. 395 y ss.

[19] Véase «Respuesta penal a la suplantación de identidad…», ob. cit., pp. 395 y ss.

[20] Sobre el concepto de dato reservado de carácter personal v. la STS 43/2022, de 20 de enero, citando a la STS 260/2021, 22 de marzo.

Por dato debe entenderse, siguiendo la normativa sectorial[21], cualquier información de carácter numérico, alfabético, gráfico, fotográfico, acústico o de cualquier otro tipo o combinación de diversos tipos, relativa a una persona física identificada o identificable.

Los datos reservados de carácter personal (o familiar) deben hallarse registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos, telemáticos o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado. Se requiere así que la información reservada forme parte de un banco de datos o base de datos organizada, con independencia de que sea de carácter físico (impreso) o automatizado, público o privado, como así lo señalan, entre otras, las SsTS 538/2021, de 17 de junio y 319/2018, de 28 de junio[22] y nuestra doctrina[23].

El archivo o registro privado será aquel que se halle bajo la custodia de un particular, ya sea un tercero o el propio titular de los datos, y aunque en la mayoría de los casos incorporen datos de una generalidad de personas, del propio titular de la base de datos y de sus familiares o allegados, no quedan excluidos los bancos de datos privados en los que se recojan exclusivamente datos personales del propio titular. Así lo establece el Pleno del Tribunal Supremo en la STS 412/2020, de 20 de julio al mantener que el art. 197.2 CP no recoge una ley penal en blanco sujeta a las definiciones previstas en la

[21] Véase art. 4.1 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de los mismos y el art. 5.1 f) del RD 1720/2007 por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.

[22] De acuerdo con esta interpretación, el Tribunal Supremo señala expresamente que los datos deben encontrarse en bases de datos organizadas, públicas o privadas, automatizadas o no, aunque relativas a una generalidad de personas. V. al respecto el fundamento de derecho tercero: «Centrándonos en el análisis de los delitos recogidos en el segundo apartado del art. 197, éstos tienen un sentido claramente distinto a los recogidos en el apartado primero: ya que las conductas afectan a datos que no están en la esfera de custodia del titular, *sino en bancos de datos* y pueden causar perjuicios a terceros distintos del propio sujeto al que se refiere la información concernida». (…) «Consecuentemente, como ya hemos indicado, lo que se protege en este apartado segundo es la libertad informática entendida como derecho del ciudadano a controlar la información personal y familiar que se encuentra recogida *en ficheros de datos*». (…) «Los datos, además, han de estar recogidos (registrados) en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado. Fichero es todo conjunto organizado de datos de carácter personal, cualquiera que fuere la forma o modalidad de su creación, almacenamiento, organización y acceso (art. 3 b. LPDP). En el sentido del art. 197.2 *debe exigirse que se trate de un conjunto organizado de información* relativa a una generalidad de personas. Dado el carácter reservado de los datos, los ficheros o registros han de ser de acceso y utilización limitada a personas concretas y con finalidades específicas, siendo indiferente, su naturaleza: personal, académica o laboral, medica, económica, etc…». (…) «No tienen por qué ser informativos (sic), porque se acoge también a cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado». El texto resaltado es mío.

[23] Véase por todos, Romeo Casabona, C. M., «Título X. Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio», ob. cit., p. 753.

legislación sectorial de protección de datos personales[24], sino que realiza una descripción cerrada de conductas delictivas, de ahí que no sea exigible la plena correspondencia del art. 197.2 CP con los conceptos y definiciones de la normativa extrapenal.

Y, como indica el Tribunal Supremo, aunque los más frecuentes sean los ataques a archivos automatizados de carácter público (Agencia Tributaria, Seguridad Social, archivos penitenciarios y del sistema de sanidad, bases de datos del DNI, INEM, etc.) no quedan al margen del art. 197.2 CP las bases de datos privadas (bancos, aseguradoras, etc.) incluso aunque afecten a un reducido número de personas o incluso solo a su titular, aunque este último supuesto sea infrecuente[25]. Ejemplos de este tipo encontramos en las sentencias del Tribunal Supremo STS 412/2020, de 20 de julio y STS 325/2023, de 10 de mayo se enjuician sendos ataques a la intimidad en relación con bancos de datos personales y familiares de carácter privado. En el primer supuesto un *extraneus* accede de forma remota al teléfono de su ex pareja, se apodera de diversas imágenes y vídeos de aquella y de terceros, los difunde y posteriormente borra (formatea) todos los archivos del teléfono. En el segundo el autor accede igualmente al sistema de almacenamiento remoto (nube o iCloud) de la víctima, vulnerando las claves de acceso secretas, haciéndose con imágenes y vídeos familiares que posteriormente difunde en canales de pornografía infantil[26].

Por otro lado, en la citada STS 412/2020, de 20 de julio, el Alto Tribunal establece la necesidad de que el conjunto de datos o información registrada en el soporte, archivo o fichero se halle estructurada u organizada, bien a través de los criterios establecidos por el propio titular del banco de datos, bien por medio de los establecidos por la propia aplicación informática que los contine (p. ej. nombre, clase, aplicación, fecha de creación o incorporación, última modificación o apertura, tamaño, etc.)[27]. De acuerdo con esta consideración las conductas de acceso y apoderamiento a datos reservados de carácter automatizado serían más fácilmente subsumibles en los tipos del art. 197.2 CP,

[24] Véase LO 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de datos personales y garantía de los derechos digitales y el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de los mismos, que sustituyen respectivamente a la LO 15/1999, de 13 de diciembre y Directiva 95/46/CE, de 24 de octubre, aplicables a los hechos enjuiciados en la sentencia.

[25] Y como apunta el Tribunal Supremo es por ello que en modo alguno queda excluido del ámbito del art. 197.2 CP el tratamiento de datos personales en el ámbito privado, «llevado a cabo por una persona física en el ejercicio de actividades exclusivamente personales o domésticas sin conexión alguna con actividad profesional o comercial». V. más ampliamente fundamento de derecho primero, punto 4 de la STS 412/2020, de 20 de julio.

[26] Sobre estos casos de acceso no autorizado a archivos privados v. asimismo la relación de resoluciones de audiencias provinciales y otros tribunales incluida en la STS 412/2020, de 20 de julio.

[27] Así, también Romeo Casabona, C. M., «Título X. Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio», ob. cit., pp. 753 y s.

que aquellas otras que tuviesen por objeto datos reservados no automatizados, a los que se refiere el precepto como aquellos otros «datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en» (…) «cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado». Esto es así, porque, como ha puesto de manifiesto el Tribunal Supremo, la información automatizada se hallará siempre por defecto estructurada u organizada en el correspondiente dispositivo informático o electrónico o en la red de servidores remotos en la que se almacene (nube)[28].

III.3. **La adecuación del art. 197.2 CP para integrar las conductas de robo de identidad**

Entre las resoluciones del Alto Tribunal relativas al art. 197.2 CP, los casos más frecuentes de acceso/apoderamiento no autorizado de datos reservados de carácter personal recaen sobre información personal automatizada registrada en soportes o ficheros, informáticos, electrónicos o telemáticos de carácter público y, en menor medida de carácter privado[29]. Y como se ha visto, en los accesos no autorizados a archivos electrónicos de carácter privado, las conductas hacen referencia a una combinación de datos reservados de carácter familiar, consistentes en imágenes, texto y voz a través de vídeos, fotografías, mensajes de texto, etc. Entre estos supuestos no contamos con ninguno referente a datos de identidad, a salvo de algún ejemplo de obtención no autorizada de códigos de acceso a un rúter ajeno[30]. No obstante, no cabe duda de que el acceso a datos personales de identidad de otro como pueden ser las contraseñas, claves de acceso y/o modificación, y, en su caso los nombres de usuario, de direcciones de correos electrónicos, cuentas o perfiles en redes sociales, webs, dispositivos electrónicos, cuentas bancarias en línea, etc., integran el objeto material de los tipos del art. 197.2 CP, al responder a datos reservados de carácter personal.

A esta interpretación parece contribuir la agravación prevista en el art. 197.4 b) CP para los tipos del 197.1 y 197.2 CP cuando las conductas en ellos recogidos se lleven

[28] Véase el fundamento de derecho primero punto 3: «Mientras que en formato electrónico incorporadas a través de la aplicación correspondiente en un terminal móvil, a la vez que en los servidores de aquella, deviene almacenada en forma estructurada en la carpeta o carpetas correspondientes —fecha y potencialmente ubicación o cualquier otra calificación que la aplicación posibilite o introduzca el usuario—, e integra dato personal (si permite la identificación de una persona física) registrado en medio informático; de modo que el acceso no autorizado a las mismas o su apropiación puede subsumirse en el art. 197.2 CP». Y de forma similar más abajo en el punto 8, al referirse a los archivos o ficheros de carácter privado cuyo titular es un particular, igualmente señala: «Ficheros que además ordinariamente, recogen no solo datos personales propios sino también datos de terceros en forma estructurada; especialmente si se encuentran en soporte informático». La cursiva es mía.

[29] Así lo señala expresamente el Tribunal Supremo en la STS 412/2020, de 20 de julio, tal y como se ha comentado más arriba.

[30] Véase STS 15/2023, de 19 de enero.

a cabo mediante la utilización no autorizada de datos personales de la víctima. En este sentido Romeo Casabona interpreta que estos datos personales deben ser también de carácter reservado[31] o secreto, si bien es cierto que el precepto no lo exige expresamente. El fundamento de esta agravación debería hallarse en un mayor desvalor de lo injusto, no solo en atención a un mayor desvalor del resultado, pues mediante la utilización no autorizada de estos datos personales (nombre de usuario, contraseñas) se consigue el acceso a otros datos reservados personales o de terceros (197.2 CP)[32] o secretos (art. 197.1 CP), sino también a un mayor desvalor de la acción por la mayor peligrosidad de este método de ataque a la intimidad.

No obstante, resulta paradójico que se prevea un tipo agravado por la utilización no autorizada de datos personales de identidad para atentar contra la intimidad y la protección de los datos personales en los supuestos previstos en el art. 197.1 y 2 CP y, sin embargo, no exista un tipo básico que castigue el mero acceso no autorizado a los datos de identidad ajenos. En efecto, como se ha señalado más arriba, la figura del 197.2 CP protege los datos reservados de carácter personal y familiar, también los de identidad, en tanto en cuanto, como se ha expuesto, cuando se hallen registrados en bases de datos organizadas, sean estas públicas o privadas, automatizadas o no. De esta forma a este precepto podrían reconducirse los casos de obtención no autorizada de contraseñas, códigos de acceso, número de cuentas bancarias, etc. almacenados en el llavero digital de los dispositivos o en el que ofrecen las empresas de prestación de servicios de computación en la nube. No obstante, quedarían fuera del mismo aquellos otros, no infrecuentes, en los que el apoderamiento de la información personal reservada se realiza al margen de un archivo o base de datos organizada, como así sucede en el robo de identidad llevado a cabo través del *phishing*. En este tipo de ciberfraudes, cada vez más frecuentes[33], el ataque a los datos de identidad ajenos se efectúa a través de diferentes técnicas consistentes en el empleo de troyanos espías destinados a capturar la información secreta o reservada (*spyware*), el envío de mensajería electrónica fraudulenta (*phishing*) o la utilización de software malicioso que modifica las direcciones URL o IPs de sus dispositivos (*pharming*), dirigiendo en ambos casos a las víctimas a páginas electrónicas falsas en las que quedarán registradas sus claves bancarias. E igualmente, aun cuando puedan integrar el concepto de secreto, tampoco será imposible que algunas manifestaciones de robo de identidad digital queden fuera del alcance de las conductas previstas en el art. 197.1 CP, cuando no se hayan obtenido mediante el apoderamiento de documentos u objetos personales, interceptando las comunicaciones ajenas o mediante la utilización de artificios técnicos

[31] Véase Romeo Casabona, C.M., «Capítulo XII. Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio», ob. cit., p. 312.

[32] Así Romeo Casabona, C. M., «Capítulo XII. Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio», ob. cit., pp. 312 y s.

[33] Véase Informe sobre cibercriminalidad en España 2023, pp. 23 y ss. y 29.

de escucha, transmisión, grabación o reproducción de una señal de comunicación. De estas dificultades y de la insuficiencia de nuestro Código Penal para perseguir algunos supuestos de robo de identidad he dado cuenta en un trabajo anterior centrado en el fraude bancario a través de las diversas técnicas de *phishing*[34].

IV. Bibliografía

Faraldo Cabana, Patricia, «Suplantación de identidad y uso de nombre supuesto en el comercio tradicional y electrónico», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Núm. 3, 2010.

Flor, Roberto, «*Phising* y delitos relacionados con el fraude de identidad: *World Wide Problem* en el *World Wide*», en Artemi Rallo Lombarte / Luis Arroyo Zapatero (dirs.), *Robo de identidad y protección de datos*, Aranzadi Thomson Reuters, Madrid, 2010.

Flores Mendoza, Fátima, «Respuesta penal a la suplantación de identidad. Especial consideración a los fraudes de identidad digital», en Carlos María Romeo Casabona / María Ángeles Rueda Martín (coords.), *Derecho Penal, ciberseguridad, ciberdelitos e inteligencia artificial.* Vol. I. *Ciberseguridad y ciberdelitos*, Comares, Granada, Comares, Granada, 2023.

— «Respuesta penal al denominado robo de identidad en las conductas de phishing bancario», en *Estudios penales y criminológicos*, Núm. 34, 2014.

Mata y Martin, Ricardo, «El robo de identidad: ¿una figura necesaria?», en Artemi Rallo Lombarte / Luis Arroyo Zapatero (dirs.), *Robo de identidad y protección de datos*, Aranzadi Thomson Reuters, Madrid, 2010.

Miró Llinares, Fernando, *El cibercrimen. Fenomenología y criminología de la delincuencia en el ciberespacio*, Marcial Pons, Madrid, 2012.

Muniesa Tomás, Pilar, Herrera Sánchez, David, Guerrero Olmos, Jorge, Martínez Moreno, Francisco, Rubio García, Marcos, Gil Pérez, Victoria, Santiago Orozco, Ana María, Gómez Martín, Miguel Ángel, *Informe sobre cibercriminalidad en España 2023*, Ministerio del Interior, Madrid. Disponible en: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.interior.gob.es/opencms/export/sites/default/.galleries/galeria-de-prensa/documentos-y-multimedia/balances-e-informes/2023/Informe-Cibercriminalidad_2023.pdf[Última consulta: 30 de octubre de 2024].

Rallo Lombarte, Artemi / Arroyo Zapatero, Luis (coords.), *Robo de identidad y protección de datos*, Aranzadi Thomson Reuters, Madrid, 2010.

Romeo Casabona, Carlos María, «Título X. Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio», en José Luis Díez Ripollés / Carlos María Romeo Casabona (coords.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial II*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

— «Capítulo XII. Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio», en Carlos María Romeo Casabona / Esteban Sola Reche / Miguel Ángel Boldova Pasamar (coords.), *Derecho Penal. Parte Especial*, 3.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

— *Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

Rueda Martín, María de los Ángeles, *Protección penal de la intimidad personal e informática. Los delitos descubrimiento y revelación de secretos de los artículos 197 y 198 del Código Penal*, Atelier, Barcelona, 2004.

[34] V. mi trabajo, «Respuesta penal al denominado robo de identidad…», ob. cit., pp. 301 y ss.

20

MANIPULACIONES BURSÁTILES, REDES SOCIALES Y DESINFORMACIÓN. EL «CASO GAMESTOP» COMO PIEDRA DE TOQUE DEL DELITO DEL ART. 284.1.2.º DEL CÓDIGO PENAL*

ALFONSO GALÁN MUÑOZ**
Catedrático de Derecho Penal

SUMARIO: I. EL CASO «GAMESTOP»: ¿UNA MANIPULACIÓN INFORMATIVA DE LAS DENOMINADAS «MEMESTOCKS» MEDIANTE REDES SOCIALES? II. EL DELITO DE MANIPULACIÓN INFORMATIVA DE MERCADOS FINANCIEROS DEL ART. 284.1. 2.º CP. III. CUALIDADES Y REQUISITOS DE LOS ACTOS COMUNICATIVOS CASTIGADOS POR EL DELITO DE MANIPULACIÓN INFORMATIVA. IV. MENTIRAS, REDES SOCIALES Y MANIPULACIONES DE MERCADO, UNA PELIGROSA COMBINACIÓN.

I. EL CASO «GAMESTOP»: ¿UNA MANIPULACIÓN INFORMATIVA DE LAS DENOMINADAS «MEMESTOCKS» MEDIANTE REDES SOCIALES?

GAMESTOP era una conocida marca cuyas tiendas franquiciadas se dedicaban al alquiler primordialmente de videojuegos a los consumidores. Había vivido una edad dorada a comienzo de los 2000 con una notable expansión. Sin embargo, la aparición de las plataformas de descarga de videojuegos de las principales consolas y plataformas había llevado a la compañía al borde de la quiebra. Conscientes de dicha situación, fueron varios los *Hedge Funds* (fondos de cobertura) que comenzaron a tomar posiciones a corto frente a la compañía en lo que suponía una clara apuesta a su pérdida de valor y final caída.

De forma simplificada, se puede decir que lo que hacen estos fondos en este tipo de operaciones es vender, al precio de mercado del momento, los activos de las entidades que consideran están en situación de crisis, bien teniendo los instrumentos que venden, por haberlos tomado en préstamo de terceros con los que se habrían comprometido a

* Este artículo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación I+D+I, PID2022-137466NB-100, «La desinformación como riesgos en el mundo digital: análisis interdisciplinar», del Ministerio de Ciencia e Innovación.

** En memoria del profesor Carlos Romeo Casabona, universitario ejemplar y querido amigo.

devolverles una cantidad igual de títulos al final de periodo del préstamo realizado, para lo que tendrían que adquirirlos antes de que llegase dicho plazo (ventas en corto en cubierto), o bien sin tenerlos todavía, con lo que lo que harían, en realidad, es comprometerse, con sus compradores, a adquirirlos y entregárselos cuando llegase el momento de la liquidación de la venta realizada (ventas en corto en descubierto).

Evidentemente, quienes llevan a cabo cualquiera de estas operaciones lo hacen porque entienden y apuestan a que, al ser previsible que el precio de los activos que venden baje, obtendrán una ganancia que se derivará de la diferencia que habrá entre el precio al que los vendieron y aquel otro al que los tendrían que adquirir posteriormente (*call*), bien para devolver los que habían vendido a quienes se los habían prestado (venta en cubierto), o bien para liquidar y hacer efectiva la venta de los habían transmitido sin tenerlos (venta en descubierto).

Es ésta una clase de operaciones que resulta realmente controvertida y ha dado lugar a un intenso debate, a nuestro modo de ver, aún no cerrado, entre quienes consideran que su existencia es conveniente, ya que dotan de liquidez y eficiencia al mercado, excluyendo a los operadores no viables[1], y aquellos otros que entienden que, en realidad, son operaciones que distorsionan gravemente el funcionamiento de los mercados, dado que, al señalar a determinadas empresas o incluso a países, como sucedió en la crisis financiera de 2008, como entidades en crisis, los privarán de inversores y los sacarán *de facto* del mercado, pese a que muchos de ellos podrían haberse recuperado, obteniendo así los vendedores a corto sus beneficios gracias a la consecución de una suerte de profecía autocumplida que habría alterado el que debería haber sido el normal y correcto funcionamiento del mercado como instrumento de determinación de los precios de los valores en cuestión.

De hecho, y como veremos, mucho tuvo que ver la mala fama de que gozan este tipo de operaciones y los *Hegde Funds* que se dedican a efectuarlas, especialmente, tras sus actuaciones contra las deudas públicas soberanas realizadas durante la crisis de 2008, con lo que sucedió en el caso GAMESTOP.

Todo empezó cuando en algunos foros de Internet dedicados a los mercados financieros de una conocida red social (*Reddit*), se empezó a difundir la información (completamente cierta) de que el dueño de una reputada y muy rentable empresa de venta por correo de productos para mascotas (*Ryan Cohen* de *Chewy, Inc*.) había adquirido un importante paquete de acciones de GAMESTOP en lo que los usuarios de la redes consideraron era una apuesta de dicho empresario por la viabilidad de la compañía mediante una reestructuración de su modelo de negocio. La noticia se extendió como

[1] A favor se muestra, por ejemplo, Marqués Triay, B., «El caso GameStop: entre la democratización y la manipulación del mercado de capitales», *La Ley Mercantil*, n.º 77, febrero de 2021, en https://laleydigital-laleynext-es.eu1.proxy.openathens.net/ [Última consulta: 26 de septiembre de 2024]

la pólvora e hizo que las peticiones de adquisición referidas a las acciones de GAMESTOP se multiplicasen exponencialmente, haciendo que su valor subiese un 23,39 % en un solo día[2].

La mayoría de las compras las realizaron pequeños inversores que utilizaban las posibilidades que les daban las nuevas aplicaciones de inversión y, especialmente, una llamada *Robinhood*, que se había desarrollado, según se decía, para «democratizar» los mercados financieros, al permitir que sus usuarios pudieran operar en ellos sin tener que pagar comisiones, sin tener que contar con un mínimo capital del que en muchos casos no disponían y utilizando unas aplicaciones instaladas en sus teléfonos móviles muy intuitivas y que, además, estimulaban su uso al imitar la dinámica de los juegos de azar a la hora de realizar operaciones, en lo que se ha conocido como la «*gamification*» o «juguetifización» de los mercados de capitales[3].

Fue entonces cuando la locura se desató. Algunos usuarios, que no tenían demasiados seguidores, apuntaron a las acciones de GAMESTOP como un objetivo de inversión con una rentabilidad potencialmente alta. Estaban subiendo mucho y muy rápido y, además, dado que las grandes posiciones a corto que habían adoptado algunos *Hegde Funds* con respecto a tales valores, previsiblemente, les obligaría a tratar de cubrirlas lo antes posible, comprando activos de la compañía antes de que sus precios subieran aún más, mientras que otros no tendrían más remedio que hacerlo para liquidar las posiciones a corto que ya tenían vencidas, era más que previsible que la ya alta demanda de las acciones de dicha compañía aumentarse todavía más, incrementando inevitablemente también su precio. Esto llevó a que rápidamente se empezase a extender en las redes la previsión de que la tendencia alcista de los precios de dichos activos obligaría a muchos fondos de cobertura a tener que replantearse su estrategia, adoptando posiciones a largo en relación con tales valores, para asegurar el cada vez más elevado riesgo que sus previas posiciones a corto representaban, lo que habría abundado en el incremento de la demanda de compra de posiciones de tales valores, pero también habría llevado a un generalizado abandono de las de corto respecto a dichos activos, algo que podría terminar llevando al fenómeno conocido como «estrechamiento de los cortos» (*short*

[2] *Staff Report on Equity and Options Market Structure Conditions in Early 2021* de la U. S. Securities and exchanges commision p. 17, disponible en https://www.sec.gov/files/staff-report-equity-options-market-struction-conditions-early-2021.pdf [Última consulta: 30 de septiembre de 2024]

[3] En este sentido, el regulador del mercado de valores del estado de Massachussets (Massachussets Securities Division) presentó un escrito para incoar un procedimiento sancionador frente a la plataforma Robinhood en el que se ponía de manifiesto que esta plataforma utilizaba tácticas de mercado agresivas para atraer a inversores sin experiencia, entre las que estaba las «*gamification*», consistente en crear un entorno visual de su aplicación móvil similar a lo que podría ser un videojuego, lo que banalizaba la trascendencia de las operaciones realizadas e incitaba a sus usuarios a realizar operaciones y tomar mayores riesgos en las mismas. Escrito accesible en https://www.sec.state.ma.us/sct/current/sctrobinhood/MSD-Robinhood-Financial-LLC-Complaint-E-2020-0047.pdf [Última consulta: 10 de abril de 2024]

Squeze)[4]. Esto es, a que algunos de los fondos más expuestos por sus posiciones a corto respecto a tales acciones no pudiesen finalmente liquidarlas, al no poder hacer frente a la compra de las acciones que tenían que realizar al precio que habían alcanzado, ni poder tampoco tomarlas prestadas a un precio razonable que les permitiese adoptar nuevas posiciones a corto con que cubrir las previamente vencidas, situación que les podría llevar a sufrir enormes pérdidas, pero que, sin embargo, redundarían en enormes beneficios para aquellos que hubiesen apostado por las acciones en cuestión.

El escenario ya estaba preparado y el guion se escribía solo. Eran David (GAMESTOP y los pequeños inversores que apoyaban a la compañía) contra Goliath (los *Hedge Funds*). Era el salvar a una pequeña empresa que había dado diversión a raudales a sus clientes durante años del ataque al que le habían sometido los fondos buitres que venían a enriquecerse con sus maltrechos huesos. Pero también, y esto no debe olvidarse, era dar una lección a aquellos que, habiendo sido algunos de los más importantes causantes de la crisis financiera de 2008, no solo no habían sufrido sus efectos gracias a los rescates que se habían pagado con el dinero de todos los ciudadanos, sino que incluso se habían beneficiado de la crisis, al haber apostado tras los rescates, precisamente, contra las deudas de los países que los habían realizado, provocando así un padecimiento social pocas veces visto que, sin embargo, a ellos les hizo ganar una indecente (en todos los sentidos) cantidad de dinero[5].

Con un planteamiento así no es de sorprender que se desatará una campaña en la red que se vio respaldada por toda una ola de *memes* que promovían la compra de las acciones de GAMESTOP y que se viralizaron rápidamente, dando lugar a lo que después se conoció como el fenómeno de las «*Meme stocks*». Esto es, de las acciones cuya adquisición se promocionó mediante la distribución de toda clase de *memes* en las redes y especialmente en algunas redes sociales.

Los resultados no se hicieron esperar. La oferta de acciones de GAMESTOP disminuyó de forma significativa durante el mes de enero de 2021, mientras la demanda continuaba subiendo. Todo parecía indicar que el temido *«estrechamiento de cortos»* se produciría llevándose por delante a algunos de los fondos de cobertura más expuestos a estas acciones y, entre ellos a uno especialmente importante, a *Melvin Capital Management.*

Fue entonces cuando, curiosamente, el principal sistema utilizado por los pequeños inversores para comprar acciones de GAMESTOP, la ya citada plataforma *Robinhood*, tomó una, cuanto menos, controvertida decisión. Aprovechando que se había reservado la posibilidad de rechazar órdenes de comprar o de cancelar operaciones de sus clientes,

[4] *Staff Report on Equity and Options Market Structure Conditions in Early 2021* cit. ant. p. 25

[5] De acto de rebelión contra los vendedores a corto habla el *Staff Report on Equity and Options Market Structure Conditions in Early 2021* cit. ant. p. 25

sin previo aviso, en las condiciones de uso de sus servicios, optó por no admitir ninguna petición de compra de las acciones de GAMESTOP, pero sí hacerlo, sin embargo, con sus peticiones de venta. Esto, evidentemente llevaba a que los usuarios de los servicios de dicha plataforma, que ya eran los titulares mayoritarios de dichos activos y tenían sus ahorros allí invertidos, pudiesen ofertar la venta de tales acciones, pero no pudiesen comprar ninguna más, por más que estuviesen interesados en hacerlo. Se generó así un aumento de la oferta y una reducción de la demanda que redujo el precio de las acciones y ayudó a aliviar la presión que algunos *Hegde Funds* estaban sufriendo como consecuencia del vencimiento de sus posiciones y el imparable aumento del precio de las acciones de GAMESTOP, disminuyéndose de ese modo, de forma notable, la dificultad que estaban teniendo para adquirirlas o incluso para poder volver a tomarlas prestadas a corto y prolongar así sus posiciones con respecto a las mismas por el elevado precio que tenían en aquel momento. Sin embargo, dicha decisión también levantó rápidamente las sospechas en los inversores de que habían sido, precisamente, las presiones de algunos de dichos fondos las que habían llevado finalmente a *Robinhood* a adoptarla. Unas sospechas que no hicieron más que aumentar cuando, poco después, se supo que un importante creador de Mercado (*Citadel Securities*), con el que la compañía *Robinhood* mantenía una lucrativa relación de dependencia, al ser precisamente dicha entidad la que le proporcionaba la mayor parte sus ingresos mediante la técnica de pagos por flujo de operaciones, había previamente inyectado un importante capital en uno de los *Hedge Funds* más expuestos por sus posiciones a corto con respecto a los *meme stocks* (el ya citado Melvin Capital Management), para ayudarle a superar el mal trago que estaban ocasionándole la imparable subida de precios de dichos valores. Evidentemente, en una situación así, los rumores y sospechas de presiones de *Citadel* sobre *Robinhood,* para proteger y recuperar la inversión que previamente había realizado en *Melvin* se propagaron rápidamente.

Sin embargo, y pese a todo, la investigación que se llevó a cabo con posterioridad con relación a estos hechos no pudo constatar que las referidas presiones se hubiesen dado[6], lo que llevó a que la Comisión de Valores y Bolsa de Estados Unidos concluyese su informe, de 21 de octubre de 2021, referido al caso que venimos comentando, simplemente señalando que lo acontecido con los «Meme Stocks» ponía de manifiesto los retos que la amplia participación en los mercados de valores de Estados Unidos del siglo XXI venía a generar. Unos retos que, a juicio de dicha comisión, obligarían a tener que replantearse, entre otras cosas, el funcionamiento de los sistemas de pago por flujo de órdenes (el utilizado por Robinhood con Citadel), las ventas a corto (siempre en el ojo del huracán) o los sistemas que los corredores de compensación tenían que adoptar

[6] Así lo afirma el informe *Staff Report on Equity and Options Market Structure Conditions in Early 2021* cit. ant. pp. 33 y ss.

para reducir el riesgo que generaban las operaciones de dicha naturaleza sin tener que optar por denegar sin previo aviso las operaciones solicitadas por sus clientes, como vimos hizo Robinhood; decisión esta última que, en un mercado tan volátil y cambiante como el financiero, podría hacer que estos últimos sujetos perdiesen dinero rápidamente[7].

Nada se dijo, sin embargo, sobre hasta qué punto las conductas realizadas por unos y por otros, por inversores o intermediarios, podían suponer alguna manipulación de mercado que pudiese ser jurídicamente relevante, algo que algunos, incluso nuestra CNMVA, atribuyeron, pese a todo, a los que fomentaron mediante redes sociales o realizaron compras de activos de empresas cuyos modelos de negocio aparentemente estaban acabados[8], pero que, en contraposición y en opinión de otros, habría que imputar a aquellos intermediarios que impidieron a los pequeños inversores realizar operaciones, que consideraban perfectamente legítimas y cuyo bloqueo fue el que, a su modo de ver, había terminado provocando una alteración de mercado. En concreto, una caída, artificial de la demanda y del precio de las acciones afectadas, que solo había beneficiado a unos concretos operadores de los mercados. A los grandes inversores expuestos a los riesgos que sus operaciones a corto les habían generado, mientras había perjudicado o incluso arruinado a los pequeños operadores que habían apostado contra ellos[9], poniéndose así en cuestión hasta qué punto los mercados financieros del siglo XXI están configurados o incluso pueden mutar rápidamente para que, como sucede en los casinos, «la banca siempre gane», siendo su supuesta democratización interna una mera ilusión que desaparece tan pronto como alguno de los que se consideran o incluso se autocalifican como «demasiado grandes para caer» corre el más mínimo riesgo de poder llegar hacerlo.

Muchos y muy variados son, por tanto, los retos y problemas que este caso plantea, resultando, evidentemente, imposible analizarlos todos, con la debida profundidad en un trabajo de esta extensión. Es por ello, por lo que hemos decidido centrar nuestra

[7] *Staff Report on Equity and Options Market Structure Conditions in Early 2021* cit. ant. pp. 43 y ss.

[8] Llama la atención, en este sentido, como la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) española se apresuró a aseverar que un caso como el de GAMESTOP en España constituiría incluso delito, ya que, según comunicó a *Europapress*, el mero *«intento de situar el valor de una acción en niveles artificiales, como ha ocurrido con la marea de inversores particulares alentada desde Reddit, en España sería constitutivo de una "manipulación del mercado"* y podría acarrear consecuencias penales, de hasta cinco años de prisión», en https://www.lavanguardia.com/economia/20210128/6204640/caso-gamestop-reddit-especulacion-inversores-wall-street.html [Última consulta: 24 de marzo de 2021]; postura que comparte, por ejemplo, Muñoz de Morales, Marta, para quien el caso GAMESTOP es un claro ejemplo de manipulación por haberse transmitido en el mismo, por parte de los pequeños inversores, señales falsas sobre la demanda o el precio de dicho valor, que habrían fijado su valor en un nivel anormal o artificial, en *El delito de manipulación del mercado*, Reus, Madrid, 2023, pp. 85 y ss y especialmente, 87.

[9] En este sentido, por ejemplo, TANOUS, Mathew, «GameStop, distorsiones del mercado y Manipulaciones», *Bases, Fundación Internacional. CE Noticias Financieras*, 12 Feb 2021. https://www.proquest.com/wire-feeds/gamestop-distorsiones-del-mercado-y/docview/2492588578/ se-2?accountid=14695, [Última consulta: 10 de abril de 2024].

atención, en este momento, particularmente, en el problema que puede suponer para el Derecho penal la utilización de redes sociales, para realizar las denominadas manipulaciones informativas de mercados financieros. Unas manipulaciones que previene y castiga penalmente, en nuestro país, el vigente delito del artículo 284.1.2.º de nuestro Código penal, en repuesta, supuestamente, a lo exigido por el art.5.2. c) de la Directiva 2014/57/UE, sobre sanciones penales aplicables a los abusos de Mercado (DAM), convirtiéndose así dicho delito en el referente normativo fundamental a la hora de determinar si comunicaciones, como las que acontecieron en el caso GAMESTOP, podrían llegar a tener, tal y como muchos mantienen, trascendencia penal en nuestro ordenamiento.

II. El delito de manipulación informativa de mercados financieros del art. 284.1. 2.º CP

Pese a que, como ya hemos señalado, el delito de manipulación informativa de mercados financieros aparece contemplado en el art. 284.1.2.º CP, lo cierto y verdad es que resulta imposible definirlo en todos sus elementos y particularidades sin atender a la normativa europea que dio origen a su actual configuración, dada por la LO 1/2019.

En concreto, la introducción en nuestro ordenamiento del referido precepto trató de dar respuesta a la exigencia europea, contenida en el art. 5.2. c) DAM de que todos los Estados miembros de la UE tuviesen que castigar como delito de manipulación de mercado las conductas intencionales y graves que consistiesen en *«difundir información a través de los medios de comunicación, incluido internet, o por cualquier otro medio, transmitiendo así señales falsas o engañosas en cuanto a la oferta, la demanda o el precio de un instrumento financiero o de un contrato de contado sobre materias primas relacionado, o pudiendo así fijar en un nivel anormal o artificial el precio de uno o varios instrumentos financieros o de un contrato de contado sobre materias primas relacionado, cuando las personas que difundieron la información en cuestión obtengan de ella una ventaja o un beneficio para sí mismas o para terceros».*

Como se puede comprobar, el precepto europeo obligaba a castigar a aquellos que obtengan una ventaja o un beneficio para sí mismas o para terceros, mediante la difusión de informaciones que (a) o bien transmitan señales falsas o engañosas en cuanto a la oferta, la demanda o el precio de un instrumento financiero o de un contrato de contado sobre materias primas relacionado, o (b) puedan fijar en un nivel anormal o artificial el precio de dichos activos.

Para responder a este mandato europeo incriminador el legislador español decidió, sin embargo, castigar con pena de hasta seis años de prisión, en el ya citado apartado 2.º del art. 284.1 CP a quien *«Por sí, de manera directa o indirecta o a través de un medio de comunicación, por medio de internet o mediante el uso de tecnologías de la información y la comunicación, o por cualquier otro medio, difundieren noticias o rumores o transmitieren señales falsas o engañosas sobre personas o empresas, ofreciendo a sabiendas datos económicos total o parcialmente falsos con el fin de alterar o preservar*

el precio de cotización de un instrumento financiero o un contrato de contado sobre materias primas relacionado o de manipular el cálculo de un índice de referencia, cuando obtuvieran, para sí o para tercero, un beneficio, siempre que concurra alguna de las siguientes circunstancias:

a) que dicho beneficio fuera superior a doscientos cincuenta mil euros o se causara un perjuicio de idéntica cantidad;

b) que el importe de los fondos empleados fuera superior a dos millones de euros;

c) que se causara un grave impacto en la integridad del mercado».

Se procedió así a responder al mandato incriminador europeo de una forma ciertamente cuestionable. De hecho, tan cuestionable que, en realidad, el injusto propio de esta figura puede ser descrito casi de forma completa analizando, precisamente, uno a uno, los incumplimientos del mandato incriminador europeo en que incurre.

Así, por ejemplo, y sin ánimo alguno de exhaustividad, el mandato incriminador europeo se incumple al delimitar el vigente artículo 284.1.2.º CP sus conductas típicas tal y como lo hace.

En concreto, el delito español de manipulación informativa castiga, pese a la polémica que ha generado en la doctrina su interpretación, dos posibles modalidades comisivas distintas. Una, la referida a transmitir noticias o rumores y otra, la relativa a la transmisión de señales falsas o engañosas.

No se puede interpretar otra cosa, a nuestro modo de ver, toda vez que el tipo delictivo español utiliza el verbo «transmitir» en infinitivo cuando alude a las señales y no en gerundio («transmitiendo»), como hacía el artículo 5.2.c) DAM al delimitar las difusiones de informaciones que los Estados miembros habrían que castigar penalmente, y, además, introduce la conducta en cuestión mediante la disyuntiva «o» que la separa de la modalidad consistente en difundir noticias y rumores, dejando así muy a las claras que el legislador patrio ha definido la transmisión de señales falsas o engañosas como una modalidad alternativa a la difusión de noticias y rumores y no como un resultado necesariamente derivado y delimitador de las conductas comunicativas castigadas por este delito, tal y como sí hizo el regulador europeo y, de hecho, ha pretendido mantener algún autor en nuestra doctrina con respecto al delito español, para, entre otras cosas, tratar de ajustar su delimitación típica a las exigencias incriminadoras europeas[10].

En esto, el delito español se aleja de las exigencias europeas y su alejamiento no puede solventarse mediante una mera interpretación integradora de nuestro texto legal.

[10] Así, Feijoo Sánchez, B., «Los delitos de manipulación de precios de cotización de un instrumento financiero del art. 284 CP tras la LO 1/2019: retos dogmáticos frente a un desatino legislativo», *La Ley Penal,* n.º 138, mayo 2019. Disponible en https://laleydigital-laleynext-es [Última consulta: 10 de septiembre de 2024]. En la misma línea, se han manifestado también otros autores, como, por ejemplo, Martínez- Buján Pérez, C., *Derecho penal económico y de la empresa,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 428.

Pero nuestro texto penal también se aleja del mandato incriminador europeo, por otra parte, tanto al no castigar de forma expresa las difusiones de informaciones que *«transmitan señales falsas o engañosas sobre la oferta, la demanda o el precio de un determinado instrumento financiero o de un contrato de contado de materias primas»* y las que *«fijen en un nivel anormal o artificial el precio»* de dichos activos, al sancionar tan solo a las que busquen obtener este último resultado, como al exigir que tanto las difusiones de noticias o rumores falsos o engañosos como las transmisiones de señales de las que habla tengan que estar referidas *a «personas o empresas»* y hayan, además, de ofrecer *«a sabiendas datos económicos total o parcialmente falsos»*, para poder ser consideradas como típicas de esta figura.

Estas últimas exigencias son verdaderas reliquias procedentes de la anterior regulación del delito de manipulación informativa de los mercados financieros existente en nuestro país. Unas reliquias que nuestro legislador ha decidido mantener, no se sabe muy bien por qué razón, trayendo así a la figura ahora vigente en esta materia, pese a los muchos avisos de la doctrina, todos los problemas que su exigencia en el delito de manipulación informativa que la precedió había generado[11]. No es solo que dichas exigencias limiten la relevancia penal de las conductas informativas que este delito castiga de forma completamente contraria al mandato incriminador europeo que obliga a castigar la transmisión de cualquier información susceptible de alterar o de fijar en niveles artificiales el precio de los activos que estas figuras protegen. Es que, además, parecen excluir del ámbito de lo penalmente relevante la difusión de muchas de las informaciones más peligrosas para la correcta formación de precio de los mercados por cuanto que mientras que, al aludir a informaciones falsas o engañosas *«sobre personas o empresas»* parecen excluir todas las informaciones falsas que aludan a meros hechos o situaciones en las que no estuvieran envueltas las unas ni las otras (p. ej. una catástrofe natural, etc…), al exigir que la difusión de las informaciones en cuestión ofrezcan *«datos económicos total o parcialmente falsos»*, parece extraer también de entre las comunicaciones penalmente relevantes tanto a todas aquellas que, aunque aludieran a personas o empresas, no estuviesen referidas a hechos constatables, ya que, no podría considerarse como transmisoras de «datos falsos» al no poder contrastarse con hechos objetivos (p. ej. una recomendación de inversión que no se correspondiese con la verdadera opinión de quien la emitió, pero tampoco estuviese sustentada en hechos constatables)[12], como

[11] Véase, por ejemplo, en tal sentido, lo comentado con respecto a la regulación anterior de este precepto por Gómez Jara Díez, C., *El delito de manipulación de mercado (art.284.2 y 284.3 CP)*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 33 y ss o Estrada i Cuadras, Albert, »Presente y futuro del delito de alteración de precios (art. 284 CP)» *Indre*t 1/2014, pp. 18 y ss y 44. Disponible en https://indret.com [Última consulta: 8 de octubre de 2023].

[12] Así, consideran que solo se podrá apreciar la comunicación de datos cuando la información esté referida a hechos constatables Gómez Jara Díez, C., *op. cit.* pp. 80 y 81. En el mismo sentido, pero con

a aquellas otras que, incluso estando referidas a hechos de personas o empresarios y no ajustándose a los mismos, aludieran a algunos que no fueran puramente económicos (p. ej. la falsa noticia referida al «delicado» estado de salud de uno de los dirigentes de una empresa o a su posible procesamiento penal)[13].

Bien es cierto que muchos de estos problemas han tratado de ser resueltos trayendo a la regulación actual del delito de manipulación informativa de los mercados financieros algunas de las soluciones interpretativas que se mantuvieron con respecto a la figura que la precedió (p. ej. entender que serán datos económicos todos aquellos que, aunque no tengan dicha naturaleza, sí que tendrían capacidad para incidir en la cotización de un determinado valor y, por ello, tendrían valor económico»[14]). Sin embargo y a nuestro modo de ver, ello no puede llevarnos a dejar pasar por alto el hecho de que el legislador perdió una magnífica ocasión de solventar todos estos problemas en la reforma de este delito que realizó en el año 2019, decisión que más que mostrar su absoluta desidia a la hora de regular esta figura, parece ser un evidente reflejo de su manifiesta intención de dificultar su posible aplicación efectiva a la realidad de nuestros mercados, manteniéndola en el ámbito de lo puramente simbólico e irrelevante.

Ahora bien, para que el delito analizado se llegue a consumar no solo se requeriría que se realice algunos de los actos comunicativos anteriormente descritos. Además, será necesario que quien los lleve a cabo obtuviera, para sí o para un tercero un beneficio. Esta exigencia excluye del ámbito de lo penalmente relevante todas las manipulaciones de mercado que solo tiendan y generen perjuicios a terceros, como, por ejemplo, sucedería con las puramente saboteadoras, algo ciertamente controvertido[15], pero, en principio,

---

respecto al tipo actualmente vigente, Estrada i Cuadras, A., «Protección de la propiedad intelectual e industrial, del mercado y de los consumidores» en VVAA *Lecciones de derecho penal económico y de la empresa 2023. Parte general y especial.* Atelier. Barcelona, 2023, p. 631, mientras que solo podrán considerarse como objetivamente «falsas» las recomendaciones que, estando basadas en hechos, no resulten sostenibles desde ningún punto de vista, siendo el resto opiniones admisibles y atípicas, como señala Nieto Martín, A., «Protección penal de la competencia y del mercado de valores», en VVAA, *Derecho penal económico y de la empresa,* Dykinson, Madrid, 2018, p. 400.

[13] Doval Pais, A., señala que ese problema se puede trasladar, de hecho, a la regulación actual de este delito, precisamente, como consecuencia del manteamiento en el vigente art. 284.1 2.º CP de la exigencia de la naturaleza económica de los datos transmitidos para poder apreciar su realización, «La confusa armonización de los delitos de manipulación de mercado (art. 284 CP) por la L.O. 1/2019», Estudios Penales y Criminológicos, vol. XL (2020). p. 147. Disponible en: http://dx.doi.org/10.15304/epc.40.6216. [Última consulta: 8 de abril de 2023].

[14] Así, por ejemplo, se manifestaban Nieto Martín, A., *op. cit.* p. 399, Gómez Tomillo, M., «Artículo 284 CP», en VVAA *Comentarios al Código penal*, Lex Nova, Valladolid, 2018, p. 1098 o Gómez Jara Díez, Carlos, *op. cit.* ant. pp. p. 80 o Estrada y Cuadra, A., «Presente y futuro del delito de alteración de precios…», cit. ant. p. 19.

[15] Galán Muñoz, A., «Delitos contra el mercado y los consumidores» en Alfonso Galán Muñoz / Elena Núñez Castaño, *Manual de Derecho penal económico y de la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 194 y ss.

parece ajustarse, en esta ocasión sí, al mandato europeo de solo sancionar penalmente las manipulaciones informativas *«cuando las personas que difundieron la información en cuestión obtengan de ella una ventaja o un beneficio para sí mismas o para terceros»*.

Sin embargo, si prestamos un poco de atención, pronto nos percataremos de que, en realidad, tampoco en este concreto aspecto el delito español responde del todo a las exigencias incriminadoras europeas, puesto que, si bien es cierto que el art. 5.2 c) DAM exige que se castiguen las manipulaciones informativas de las que se ocupa cuando, a resultas de su realización, se obtengan de forma efectiva un beneficio, también requiere que se sancionen las que logren alcanzar una «ventaja»; término éste que se contrapone al del puro beneficio y que, de hecho y a nuestro modo de ver, resulta mucho más amplio que éste último. En concreto, mientras que resulta evidente que cuando el art. 284.1.2.º CP habla de la obtención de un beneficio tan solo alude a la consecución efectiva de lucro o incremento patrimonial personal, propio o ajeno, derivado de la manipulación delictiva, —como claramente se deduce de que el propio art. 284.1 2.º CP señale expresamente en su apartado a) que podrá apreciarse este delito cuando *«dicho beneficio»*, aludiendo directamente a aquel del que venimos hablando, supere los 250.000 €[16]—, las «ventajas» podrían abarcar cualquier mejora en la posición que el autor de este delito o un tercero pudiese obtener a consecuencia de su realización y no solo la puramente patrimonial individual (p. ej. la derivada de la mejora de la posición competitiva que el autor o la empresa para la que trabajase obtendría, por poner un caso, al conseguir eliminar o debilitar, mediante la manipulación realizada a una compañía de la competencia), con lo la ausencia de referencia a este posible resultado alternativo al beneficio en el tipo delictivo español añade un incumplimiento más a su delimitación frente a las exigencias incriminadoras europeas.

Habrá que entender, por tanto, que tampoco en este aspecto el tipo delictivo español responde a las exigencias europeas.

Pero ¿qué decir entonces de la delimitación subjetiva del injusto propio de esta figura?

Mientras el precepto europeo obliga a castigar las manipulaciones informativas de las que se ocupa cuando se realicen intencionalmente (esto es, con dolo) e incluso plantea y abre las puertas a que el regulador nacional pueda castigar su posible comisión imprudente en los considerados 20 y 21 de la DAM, nuestro legislador ha decidido castigar penalmente las mucho más limitadas comunicaciones de las que habla el art. 284.1.2.º CP, solo si, además de efectuarse de forma dolosa, se realizan *«a sabiendas de la falsedad de los datos económicos transmitidos»* y *«con el fin de alterar o preservar el precio de cotización de un instrumento financiero o un contrato de contado sobre materias primas relacionado o de manipular el cálculo de un índice de referencia»*.

[16] Así lo entiende también Doval Pais, A., *op. cit.* ant. pp. 152 y 153.

Lo primero determina que queden al margen de esta figura no solo las actuaciones imprudentemente realizadas, con consciencia o no, respecto al carácter falso de lo transmitido, sino también todas aquellas otras que se hubiesen llevado a cabo por alguien que conociese que su conducta podía transmitir informaciones que podían ser falsas, pero no estuviese del todo seguro de que lo fuesen, con lo que excluiría la relevancia penal de las difusiones cometidas con *«temerario desprecio hacia la verdad»*[17], dejando así al margen de este delito, con claro incumplimiento del mandato europeo, a todas aquellas comunicaciones que se realizasen con dolo eventual respecto a la falsedad de los datos transmitidos.

Pero es que, además y a mayor abundamiento, la segunda de las exigencias subjetivas comentadas también llevará a que el delito español excluya de su tipo de injusto cualquier actividad comunicativa, incluso realizada a sabiendas de la falsedad de los datos que difunda, que se efectúe sin buscar producir alteraciones de precios[18], resultando, por tanto, ajenas a esta figura todas aquellas difusiones que lleve a cabo una persona que, si bien no buscaría, ni estaría segura de que su conducta fuese a ocasionar tales resultados, (con lo que no actuaba con la finalidad de alcanzarlos), sí que sería plenamente consciente de que su proceder podría llegar a ocasionarlos[19] y, pese a no estar del todo seguro de poder evitarlo, se hubiese decidido a realizarla; unas actuaciones éstas que, evidentemente, deberían haber sido objeto de sanción penal, conforme a lo exigido por la normativa europea, al haberse realizado con un verdadero dolo (eventual, eso sí) respecto a la futura producción de la referida alteración[20].

El panorama no puede ser más desalentador. Parece que el legislador español había decidido, con plena consciencia, no respetar ninguno de los parámetros delimitadores del mandato incriminador europeo.

De hecho, y curiosamente, solo parece haber respetado uno, ya que, al igual que establece el art. 5.2.c DAM ha decido castigar las manipulaciones informativas que delimita en el vigente artículo 284.1.2.º CP cuando quien transmita las informaciones de las dicho precepto se ocupa, lo haga *«a través de un medio de comunicación, por medio de internet o mediante el uso de tecnologías de la información y la comunicación,*

[17] Estrada i Cuadras, A., «Protección de la propiedad intelectual e industrial, del mercado…» cit. ant. p. 633, Así, por ejemplo, Feijoo Sánchez, B., quien afirma que la falsedad debe ser conocida por el autor de este delito sin dudas relevantes para que se le pueda tener por tal cit. ant.

[18] Feijoo Sánchez, B., cit. ant.

[19] Segrelles, I. «Delitos de manipulación de mercados financieros. En especial problemas de tipicidad» *La Ley Penal*, N.º 154, Enero-Febrero 2022, Disponible en https://laleydigital-laleynext-es [Última consulta: 10 de abril de 2023].

[20] Gómez-Jara Díez, C., Tejada Plana, D., «La reforma del delito de manipulación de mercado en el Código Penal español: luces, sombras y algún claroscuro», *Diario La Ley,* N.º 9376, 2019. Disponible en https://laleydigital-laleynext-es [Última consulta: 10 septiembre de 2024].

o por cualquier otro medio»; delimitación que, por una vez sí que se ajusta al mandato comunitario y, evidentemente, abarca a las redes sociales.

La pregunta que habrá que plantearse entonces es, evidente. ¿Qué caracteres habrá de tener, entonces, una comunicación para poder ser constitutiva de este delito? Pero, tras dicha pregunta e inmediatamente a continuación vendrán otras mucho más específicamente conectadas con el caso que nos ocupa. ¿Incidirá de alguna forma el hecho de que se empleen redes sociales en la difusión de informaciones falsas a la hora de poder apreciar la comisión de este delito? Y si es así, ¿qué incidencia tendrá su uso?

Para responder a estas preguntas, tendremos evidentemente que delimitar, en primer lugar, las características que habrán de tener, desde un punto de vista material y no puramente formal, los actos comunicativos de los que esta figura se ocupa para poder ser típicos de la misma; tarea más controvertida de lo que se podría inicialmente pensar y de la que nos pasamos inmediatamente a ocupar.

III. Cualidades y requisitos de los actos comunicativos castigados por el delito de manipulación informativa

Dejando ahora a un lado la, como acabamos de ver, más que cuestionable descripción típica de los actos comunicativos que el vigente delito del art. 284.1.2.º de nuestro Código penal sanciona como manipulaciones informativas de mercados financieros (solo los que comuniquen noticias, rumores o señales falsos o engañosos sobre personas o empresas, transmitiendo datos económicos total o parcialmente falso) y el hecho de que este delito solo se podrá sancionar cuando concurra en su realización hechos o circunstancias a los que aluden sus letras a), b) y c), resulta evidente que nos encontramos ante una figura que castiga una serie de actividades engañosas para terceros, que incidirán en el comportamiento de dichos sujetos y tendrán que determinar que el manipulador u otras personas diferentes de él obtuvieran algún beneficio, para alcanzar su consumación[21].

Siendo esto así, no puede sorprender que la mayor parte de la doctrina haya tratado de delimitar el curso causal que habría de unir la comunicación engañosa que este delito castiga y el beneficio que completará su injusto trasladando a esta figura la dinámica comisiva que configuraba el delito defraudatorio y de engaño por antonomasia. Esto es, trasladando al delito de manipulación informativa la delimitación de las conductas y del curso causal que caracteriza a la estafa.

Así, por ejemplo, señalaba Estrada i Cuadras que el beneficio del que habla la figura ahora analizada solo estaría conectado causalmente con la manipulación informativa que castiga cuando se constate que las operaciones realizadas por terceros que dieron lugar al beneficio del manipulador fueron ejecutadas por quienes habían decidido realizarlas por haber confiado y estar motivados por la información falsa que aquel dicho

[21] Galán Muñoz, A., *op. cit.* ant. p.194.

sujeto había previamente difundido[22]; mientras que Feijoo Sánchez afirmaba que habría que negar la existencia de relación de causalidad entre la manipulación realizada y los posibles beneficios obtenidos por su autor o por terceros, por ejemplo, si un concreto inversor hubiese decidido deshacerse de su posición inversora antes de que estuvieran a su disposición las señalas falsas y engañosas que el primero de dichos sujetos hubiera difundido o comunicado, por más que la operación acabase materialmente beneficiando incluso al manipulador, ya que, esos beneficios, a su modo de ver, no formarían *«parte de la dimensión de riesgo creada con la manipulación»*[23].

Ambos planteamientos, como se puede comprobar, parten de considerar que, para que el beneficio producido sea imputable como resultado de este delito a la acción engañosa realizada su autor debería ser producto de la decisión inversora que un tercero hubiese adoptado y ejecutado por haber conocido y confiado en la información falsa o engañosa que previamente había transmitido el manipulador informativo al realizar su conducta. En definitiva, ambos mantendrían el tradicional esquema engaño-error-acto de disposición patrimonial, propio de la estafa, a la hora de definir el curso causal que debería unir la manipulación informativa realizada y el beneficio obtenido, —no el perjuicio en este caso—, para dar lugar a su consumación del delito ahora analizado. Una postura que, por otra parte, y paralelamente, también llevaría que se tuviese que entender que solo podrá apreciarse la realización de la conducta engañosa propia de este delito cuando la ejecutada presente una idoneidad incitadora, con respecto a las actividades de los terceros, muy similar a la que se exige tenga el engaño propio de la estafa para poder ser castigado por dicha figura. De hecho, una que, a juicio de algunos de los defensores de esta visión, solo se diferenciará de la que define al engaño de dicho delito tradicional en el hecho de que, al no estar dirigido el engaño de las manipulaciones informativas de las que venimos hablando a incidir en un concreto sujeto, sino a hacerlo con todos los posibles operadores de los mercados financieros, tendrá que consistir en un engaño adecuado para poder inducir no a un concreto inversor, sino a la mayoría de ellos a adoptar una errada postura con respecto a un determinado valor, lo que les lleva a considerar que debería ser apto o idóneo para poder llevar a error a cualquier inversor medio, representativo, precisamente por serlo, de la mayoría de los que operan en los mercados, para poder tenerlo por típico de dicha figura[24].

Sin embargo, y a nuestro modo de ver, esta postura parece olvidar, no solo que el delito de manipulación informativa del que venimos hablando no exige en ningún lugar, como sí hace la estafa, que éste haya de ser el necesario curso causal que conecte la conducta engañosa que le es propia y el beneficio que consumaría su injusto, sino

[22] Estrada i Cuadras, A.,» Presente y futuro del delito de alteración de precios (art. 284 CP)» cit. ant. pp. 23 y nota al pie 57 en p. 24

[23] Feijoo Sánchez, B., cit. ant.

[24] Feijoo Sánchez, B., cit. ant.

también que el delito de manipulación es un delito que, de hecho, se creó y desarrolló, precisamente y, entre otras razones, porque el viejo delito de estafa no resultaba adecuado para responder de forma satisfactoria al modo en que se realizan y generan efectos las manipulaciones de precios en unos entornos tan particulares como son los de los mercados financieros[25].

En estos mercados, las operaciones se efectúan con extrema rapidez, de forma masiva, impersonal y con total alejamiento del inversor respecto a los productos o empresas a los que están referidos los instrumentos financieros que adquiere o vende en el mismo, no siendo en modo alguno infrecuente que los inversores decidan hacer o dejar de hacer operaciones respecto a ellos sin tener un total conocimiento de sus cualidades, ni tampoco de las informaciones que podrían incidir o afectar a su precio, actuando muchas veces en atención, precisamente, a factores tales como la tendencia que vean que adquiere el mercado con respecto a un determinado valor o teniendo en cuenta el precio que el mercado les hubiese dado, pudiendo ser dicho factor, de hecho, incluso decisivo para que el operador los adquiera o los venda en su búsqueda, por ejemplo, de responder a las condiciones que se habían comprometido a mantener en la cartera de valores del fondo de inversión que gestionase. Olvidar todo esto, al delimitar este delito y volver a exigir en el mismo el viejo curso causal de engaño-error acto de disposición para conectar sus conductas engañosas con el beneficio que determinaría la consumación de su injusto no solo resulta ajeno a la propia descripción típica de esta figura. Es que, además, lo convertiría en una suerte de estafa masiva realizada en los mercados financieros que, si bien se consumaría con la obtención del beneficio que determinaría el agotamiento del referido delito patrimonial (y no el perjuicio), relegaría a un absoluto segundo plano el papel protector que esta figura está llamada a desempeñar con respecto al correcto funcionamiento de los mercados financieros como instrumentos de determinación de los precios de los activos que se negocian en su seno, no llegando, de hecho, a entenderse muy bien el papel que habría de desempeñar la expresa exigencia de que su conducta deba llevarse a cabo *«con el fin de alterar o preservar el precio de cotización de un instrumento financiero o un contrato de contado sobre materias primas relacionado o de manipular el cálculo de un índice de referencia»,* para poder ser típica de esta figura.

Mucho más acorde, a nuestro modo de ver, con el funcionamiento de estos mercados, con la expresa exigencia de este elemento subjetivo del injusto en la referida figura y con la propia finalidad y función protectora que fundamentó su aparición en nuestro ordenamiento, completamente alejada de la protección del patrimonio indivi-

[25] Véase, sobre los problemas que plantea la estafa para responder a estas conductas, lo comentado, por ejemplo, por Galán Muñoz, A., «Fraudes a los consumidores y Derecho penal: Problemas y soluciones», en VVAA *La intervención penal en la protección de los intereses económicos de los consumidores,* Marcial Pons, Madrid, 2020, pp. 324 y 325.

dual o colectivo de los que allí participasen o pudiesen participar, como expresamente reconoce el preámbulo de la LO 1/2019 que lo introdujo en su configuración actual, será entender que lo que tienen que hacer las conductas engañosas de las que habla el delito del art. 284.1.2.º CP, para conectarse con el beneficio, propio o ajeno del manipulador que daría lugar a su consumación, será determinar una alteración de los precios generales de mercado (los de cotización) de los activos de los que habla, habiendo de ser dicho cambio y no los actos de disposición efectuados por terceros, a resultas del conocimiento y la confianza del engaño realizado, la que tendrá que generar la obtención de beneficios por parte del manipulador o de terceros que determinaría la consumación formal de este delito.

Esto, evidentemente, llevará a que la efectiva alteración de precios de los activos protegidos, expresamente mencionada en su tipo de injusto, pase a actuar, no solo como un referente del tipo subjetivo de esta figura, sino, también como el primer y obligado resultado objetivo que habría de generar la conducta engañosa realizada para poder quedar causalmente conectada con el beneficio que consumará su injusto, siendo, por tanto, dicha alteración también el primer referente desde el que habrá que valorar la idoneidad objetiva *ex ante* que habrán de presentar las actuaciones engañosas realizadas en los mercados para poder ser típicas de esta figura.

No bastará, entonces, para apreciar este delito, con que la actuación comunicativa realizada resulte adecuada o apta para poder engañar a aquel a quien se dirija. Pero tampoco se necesitará, frente a lo que algunos mantienen, que tenga que ser capaz o idónea para llegar a engañar a todo el colectivo de inversores por serlo con respecto a cualquier inversor medio ideal (el inversor razonable)[26]. Lo que realmente se requerirá para apreciar la realización de la conducta típica de este delito es que la comunicación o difusión de informaciones o señales falsas realizadas sea apta, desde un punto de vista *ex ante* y teniendo en cuenta las particularidades de estos mercados, para generar la adopción y/o realización por parte de terceros de aquellas decisiones u operaciones inversoras, generalmente colectivas (p. ej. compras, ventas, pero también desestimación de la realización de unas y otras) que se necesitarían para que se pudiese producir en ellos, de una forma *ex post*, la alteración del precio general del o de los instrumentos financieros a los que el engaño afectaría; alteración que sería, a su vez, la que tendría que dar lugar los beneficios, tanto del manipulador como de terceros, que, en caso de llegar a alcanzarse, determinarán la consumación de esta figura, precisamente, por ser materialización del riesgo generado por la conducta engañosa definida en su tipo.

Esta postura, mucho más acorde, a nuestro modo de ver, con el propio tener literal del delito ahora analizado y también con los precedentes normativos europeos en que tuvo su origen (el ya citado art. 5.2.c) DAM que, de hecho y como vimos, alude expre-

[26] Feijoo Sánchez, B., cit. ant.

samente a la fijación de los precios en niveles artificiales como una de los resultados que definen las manipulaciones informativas que habrían de castigarse penalmente), tendrá importantes consecuencias prácticas a la hora de delimitar las cualidades que habrán de tener conductas engañosas susceptibles de ser castigas conforme al mismo.

Así, y en primer lugar, una vez que se parte de que lo primero que tiene que hacer la conducta engañosa en cuestión, para poder dar lugar a este delito, es poder alterar los precios de cotización de los activos negociados en los mercados financieros, tendrá que admitirse, en consecuencia, que no será necesario que tenga que ser idónea, desde un punto de vista *ex ante*, para llevar a todos los inversores a adoptar posturas inversoras erradas. En realidad, para poder producir tal resultado, bastará con que resulte adecuada para poder convencer a un grupo de inversores lo suficientemente grande o relevante, como para que las posturas que previsiblemente adoptarán, una vez lo conozcan y crean en él, puedan llegar a alterar el precio del valor en cuestión, lo que abre las puertas a que esta figura pueda castigar aquel engaño idóneo para poder mover la voluntad de un grupo que o bien sea lo suficientemente numeroso o disponga del suficiente capital e influencia en los mercados para que las posiciones que adopten sus integrantes, como consecuencia de su errónea confianza en la información difundida, puedan dar lugar a una modificación o cambio del precio en cuestión, o bien sea uno conformado por un colectivo que, a pesar de no tener la suficiente entidad como para dar lugar con sus actuaciones a una alteración directa del precio, sí que podría adoptar posturas que, por el propio funcionamiento de los mercados, previsiblemente llevarían a otros inversores a decidirse a seguirlas, no porque conozcan y confíen en la información falsa en que los primeros confiaron, sino, por ejemplo, porque se vean obligados a hacerlo por la propia oscilación de la oferta o la demanda producida por las posiciones adoptadas por tales sujetos o, simplemente, porque se decidan a seguir la nueva tendencia que parecería adoptar repentinamente el mercado, dándose así lugar a lo que se ha denominado como efecto contagio, derivado de su actuación en «manada» (*herding behavior*) que sería el que realmente determinaría la alteración finalmente producida y definiría su concreta magnitud[27]. Dicho, en otros términos, lo que se necesitará no es que la conducta engañosa realizada sea adecuada, desde un punto de vista *ex ante,* para convencer a todos o a la mayoría de los inversores, representados por la siempre cuestionada y realmente inexistente figura del inversor medio o racional, sino que sea apta o idónea para llegar a convencer a un grupo de sujetos lo suficientemente grande o relevante como para que las posturas inversoras que puedan adoptar determinen una directa alteración de precios, o a uno, como suele ser, de hecho, lo más habitual, cuyas posiciones puedan dar comienzo a aquel efecto de bola de nieve, derivado de los propios automatismo

[27] Comenta este efecto, por ejemplo, Estrada i Cuadras, A.,» Presente y futuro del delito de alteración de precios (art. 284 CP)» cit. ant. p. 34.

que imperan en estos mercados o del efecto manada que se da en ellos, que sería el que realmente terminaría determinando la concreta magnitud de la alteración de precios producida a resultas de la comunicación engañosa realizada e imputable a la misma.

Por otra parte, y como consecuencia directa de lo anterior, una vez que se parte de que lo que define a la conducta engañosa típica de este delito es el hecho de que sea apta para poder mover a un grupo de inversores que tenga el tamaño o relevancia suficiente como para hacer pronosticable que las posiciones que adoptasen sus integrantes serían adecuadas para dar lugar a la alteración de precios por los cauces señalados, se abrirán las puertas a que se pueda y se deba considerar como típico de esta figura aquel comportamiento comunicativo engañoso que, si bien podría transmitir una información falaz difícilmente creíble para un inversor medio o razonable, se hubiese dirigido, precisamente, a un grupo apto para dar lugar a las referidas alteraciones de precios, pero conformado por sujetos especialmente proclives a creer en lo que la aparentemente increíble información transmitida mantenía, lo que, evidentemente, haría que el engaño realizado, que, en principio, podría parecer absolutamente inidóneo para llegar a alterar los precios de mercado, pasase a tener que ser considerado como uno perfectamente capaz e idóneo, desde un punto de vista ex ante, para llegar a hacerlo.

Ahora bien, tal y como hemos visto, para que la actuación engañosa realizada puede ser tenida por típica de este delito no solo tendrá que poder alterar los precios de cotización de algún instrumento negociado en los mercados financieros que este delito protege. Además, tendrá que ser apta para generar una alteración de precios que dé lugar a beneficios a quien la hubiese efectuado o a terceros. Esto determina que no sean típicas de este delito aquellas conductas engañosas que, por más que puedan o lleguen a alterar el precio de un determinado valor, solo pudiesen producir perjuicios, sino solo las que sean idóneas para generar incrementos patrimoniales, a su autor o a terceros, a resultas del precio alterado. Beneficios, eso sí, que, al tener que derivarse de la alteración del precio producida y no necesariamente de la realización de un acto de disposición patrimonial directamente motivado por el conocimiento y confianza en el engaño realizado por el manipulador, se podrán derivar tanto de las operaciones que ejecuten quienes las hubiesen realizado, a un precio alterado, por haber confiado en lo comunicado por dicho sujeto, como de las que hubiesen llevado a cabo aquellos otros que, pese a no conocer o creer en dicha información, las hubiesen efectuado partiendo de un precio de referencia (el de cotización) ya alterado; precio que, evidentemente, habría incidido en el que habrían pedido para vender el activo manipulado o en el que habrían decidido pagar para comprarlo, incluso aunque hubieran adoptado la decisión de hacerlo antes de que el engaño manipulador se hubiese difundido y, por tanto, también con anterioridad a la alteración de dicho valor (piénsese, por ejemplo y en este sentido, en las compras realizadas en el *call* de una posición a corto en descubierto efectuada con un precio manipulado).

Éstos serán, por tanto y a nuestro modo de ver, los parámetros que definirán el curso causal de esta figura y también delimitarán la idoneidad que habrán de tener las conductas

engañosas que describe nuestro art 284.1. 2.º CP para poder ser realmente subsumidas y castigadas por este delito. Unos parámetros que, consecuentemente, también son los que se deberán tener en cuenta a la hora de analizar la posible relevancia penal, conforme a esta figura, de las conductas engañosas que se lleven a cabo mediante el uso de redes sociales, como las supuestamente realizadas el caso GAMESTOP.

IV. Mentiras, redes sociales y manipulaciones de mercado, una peligrosa combinación

Una vez que se parte, como aquí se hace, de que lo que caracteriza a los engaños que castiga el delito de manipulación informativa de mercados financieros del art. 284.1.2.º CP es el hecho de que presenten una idoneidad motivadora suficiente para dar lugar a la aparición de aquel movimiento de terceros, generalmente colectivo, que determinaría una alteración o manipulación indirecta de los precios generales de mercado del activo al que afectan, susceptible, además, de generar beneficios al manipulador o a terceros, no quedará más remedio que admitir que no cualquier conducta consistente en la difusión de rumores o noticias o en transmitir señales sobre personas o empresas que ofrezcan datos económicos falsos o engañosos será realmente sancionable y castigable por el mismo.

Así, y por ejemplo, tendremos que admitir que no tienen la misma idoneidad alteradora del mercado, desde un punto de vista *ex ante*, la publicación, el reenvío o el simple «me gusta» de una información falsa que realice un conocido gurú de las finanzas (un *frontman*) o un famoso *influencer* con millones de seguidores que las que efectúen personas absolutamente anónimas y con escasos seguidores. De hecho, mientras la comunicación de esta información o señal falsa por parte de alguno de los primeros sujetos podrá considerarse, en muchos casos, como completamente apta, por sí sola, para dar lugar a la alteración de precios que trata de prevenir el delito aquí comentado, la efectuada por uno de los segundos se presentará, en la mayor parte de los supuestos, como una actuación absolutamente inidónea, desde un punto de vista *ex ante,* para llegar a producir dicha alteración, ya que carecerá de la capacidad generadora de aquel movimiento colectivo en el mercado que se requeriría para poder alcanzar dicho resultado típico.

Ahora bien, lo anteriormente señalado no debe llevarnos, sin embargo, a pensar que ninguna de las difusiones o comunicaciones de informaciones falsas realizadas por estos últimos sujetos pueda nunca llegar a ser considerada como apta o idónea para generar el resultado manipulador que el delito aquí analizado castiga, algo que, de hecho, puede suceder, especialmente, si el sujeto en cuestión las lleva a cabo utilizando determinados medios de difusión que, por la peculiar forma que tienen de funcionar, resultan particularmente adecuados para convencer a sus usuarios incluso de cosas completamente increíbles y hacerlo, además, de forma colectiva. Estamos hablando, como no, de las redes sociales.

Como tuvimos ocasión de exponer más detalladamente en otro lugar[28], las redes sociales han adoptado un modelo de negocio que se fundamenta en la captación de lo que Zuboff ha denominado, como el «excedente conductual» de sus usuarios[29]. Precisamente por ello y por necesitar que sus usuarios las usen y visiten lo más posible para captar dicho excedente, estas redes se presentan como medios especialmente predispuestos a difundir más ampliamente, de forma automatizada, las noticias falsas o controvertidas y radicales que las contrastadas y veraces, dado que, al ser las primeras más polémicas que las segundas generarán más reacciones de sus usuarios y, con ello, enriquecerán a la red con una mayor cantidad de los datos conductuales de dichos sujetos. Esto es, de los datos que las redes necesitan para poder perfilarlos con mayor precisión y poder enviarles después, una publicidad personalizada y, por tanto, mucho más efectiva, valorada y rentable para las redes, que la más genérica que ofrecen otros medios de comunicación masiva tradicionales. Pero, además y por otra parte, la adopción de este modelo de negocio también es el que ha llevado a que las redes sociales hagan llegar de forma automática tales mensajes precisamente a aquellos, de entre sus usuarios, que se muestran como más proclives bien a rechazarlas de forma visceral, bien a creérselas y seguirlas sin discusión, por ser los unos y los otros los que generarán una mayor cantidad de datos de excedente conductual al recibirlas, habiendo sido también su búsqueda del excedente conductual de sus usuarios el que las ha llevado a incentivarlos a que se integren en grupos conformados por otros usuarios que comparten sus planteamientos, al haberse percatado las redes de que la integración en tales grupos dará lugar a una interacción colectiva que incrementaría aún más el número de reacciones producidas por estos mensajes, dotando así a las redes de más datos de excedente conductual, por más que ello se consiga a costa de dotar, por ejemplo, al engañoso mensaje difundido en su seno del respaldo colectivo de los integrantes del grupo que reducirá o eliminará cualquier posible disidencia o discrepancia individual respecto al mismo y reafirmará a sus miembros en su creencia y seguimiento, incluso aunque pudiese resultar absolutamente increíble para otros sujetos[30].

Habrá que entender, entonces, que la utilización de estas redes para difundir noticias, rumores o señales falsas o engañosas, por la propia forma de funcionar que algunas de ellas tienen, podrá hacer que informaciones emitidas por sujetos absolutamente desconocidos y que resultarían incluso totalmente inverosímiles para un receptor medio, puedan remitirse, precisamente, a colectivos lo suficientemente numerosos como para determinar una alteración de precios en los mercados mediante sus posiciones e inte-

[28] Galán Muñoz, A., «Redes sociales, discurso terrorista y Derecho penal: Entre la prevención, las libertades fundamentales y ¿los negocios?», en VVAA, *La represión y persecución penal del discurso terrorista*. Tirant lo Blanch, 2022, p. 261 y ss.

[29] Zuboff, S., *La era del capitalismo de vigilancia*, Paidós, Barcelona, 2020, pp. 107 y ss.

[30] Galán Muñoz, A., «Redes sociales, discurso terrorista y Derecho penal…» cit. and. pp. 266 y ss.

grados, además, por sujetos especialmente propensos a creerlas, aspectos éstos que, evidentemente, resultan fundamentales, a la hora de valorar dichas difusiones, ya que, podrán determinar que algunas actuaciones que, en principio, parecerían absolutamente inidóneas, desde un punto de vista *ex ante*, para llegar a alterar artificialmente los precios de los instrumentos negociados en los mercados financieros y dar lugar a beneficios, pasen a tener que ser tenidas como perfectamente adecuadas para hacerlo, convirtiéndose así, evidentemente, el empleo de estas redes en un factor muy a tener en cuenta a la hora de valorar la tipicidad de los engaños realizados utilizándolas.

Tendrá que entenderse, en consecuencia, que la elección de estas redes como medio de difusión de las noticias o rumores falsos de los que habla el art. 284.1 2.º CP no es ni mucho menos neutral o irrelevante desde un punto de vista típico. Ahora bien, esto no supone, a nuestro entender, ni que toda difusión de informaciones falsas realizada mediante redes sociales deba ser siempre y automáticamente considerada como idónea para generar las alteraciones de precio que el delito contemplado en dicho precepto pretende prevenir y castigar, ni tampoco debería llevarnos a proponer, como han hecho algunos, que se tengan que cambiar las tradicionales reglas de imputación de responsabilidad que han caracterizado y han de caracterizar al Derecho penal, como sistema de atribución de responsabilidad individual propio de un verdadero Estado de Derecho, cuando estemos ante el uso de estos sistemas, para facilitar que siempre se pueda castigar a quienes los empleen para difundir informaciones falsas, evitando los problemas de imputación objetiva y de autoría y participación que puedan existir para hacerlo[31].

Para determinar si una comunicación realizada mediante redes sociales sería apta o no, desde un punto de vista *ex ante*, para llegar a ocasionar los resultados delimitadores del tipo objetivo del delito de manipulación informativa (recordémoslo, la alteración del precio de cotización y la posterior generación de beneficios) y, por ello, podría ser subsumida en su tipo de injusto, habrá que valorar, por ejemplo, la amplitud de difusión que era previsible que la red daría, de forma automática y por su propio funcionamiento, al mensaje en cuestión y también, como no, la que podría alcanzar como consecuencia de la utilización de *bots* o perfiles falsos por parte de su emisor, en lo que supondría que éste realizase una verdadera campaña de desinformación que respaldaría y ampliaría la difusión de su mensaje y podría dotarla de la idoneidad alteradora del mercado de la que, en principio, carecería[32]. Pero también y, esto no debe olvidarse, habrá que tener

[31] Véase, en este sentido, las, a nuestro modo de ver, peligrosas propuestas realizadas en dicha línea por Agustina, José R. «Nuevos retos dogmáticos ante la cibercriminalidad ¿Es necesaria una dogmática del ciberdelito ante un nuevo paradigma*?», Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XLI (2021), pp. 743 y ss. Disponible en https://doi.org/10.15304/epc.41.6718 [Última consulta: 12 agosto de 2024].

[32] Sobre la utilización de *bots* e inteligencia artificial, que distribuyen contenidos de forma hipersegmentada a los usuarios de la redes sociales, con una finalidad manipuladora, en un flujo verdaderamente *top down*, lo que los diferencia de las emisiones realizadas por ciudadanos comunes individualmente en

en cuenta si resultaría pronosticable o no, desde un punto de vista *ex ante* y teniendo en cuenta todos esos factores, que el mensaje en cuestión fuese a ser transmitido precisamente, a aquel grupo o conjunto de grupos de personas cuyas posiciones inversoras podrían alterar los precios de un activo protegido por delito de manipulación informativa, dando lugar a beneficios, y que estarían conformados por individuos especialmente proclives a creer en el falso mensaje transmitido, pese a que éste, generalmente, sería considerado como inverosímil para un inversor medio. En caso de que esto fuese pronosticable, habrá que considerar la difusión realizada por el sujeto en cuestión, por más que éste no tuviese demasiados seguidores o reconocimiento social y su mensaje pudiese resultar incluso inicialmente del todo increíble para un posible inversor medio, como una difusión perfectamente apta para dar lugar a una alteración de precios que, en caso de poder dar lugar a beneficios y realizarse dolosamente, castigará el delito del art. 284.1.2.º CP, cuanto menos, en grado de tentativa.

Mientras tanto, y por el contrario, muy diferente habría de ser el tratamiento que habría que dar a aquellos supuestos en los que no fuese posible pronosticar, desde un punto de vista *ex* ante y teniendo en cuenta los automatismos de dichas redes y los medios empleados por el emisor, que la transmisión que éste fuese a realizar fuese apta o adecuada para generar tales resultados, por más que, de hecho, los hubiese llegado a producir, de una forma *ex post*, por ejemplo, por la sucesiva acumulación de actuaciones comunicativas que, de forma completamente libre, autónoma y no concertada con su difusor inicial, hubiesen efectuado posteriormente otros usuarios de la red con respecto a dicha comunicación inicial (p. ej. los reenvíos). En estos supuestos, ni la primera difusión del mensaje realizada sería apta para generar una manipulación de precios en los mercados financieros, por más que se hubiese llevado a cabo empleando redes sociales, ni tampoco se podría considerar que lo fuesen ninguna de las posteriores redifusiones que hubiesen efectuado, de forma autónoma y no concertada, el resto usuarios de la red, con lo que ninguna de las actuaciones comunicativas efectuadas podría ser subsumida en el tipo objetivo del delito ahora analizado ni podría ser, consecuentemente, castigada por él incluso mediante la apreciación de su simple tentativa.

Éste debería ser, entonces, y a nuestro modo de ver, el punto de partida desde el que habría que analizar el posible planteamiento, en nuestro ordenamiento, de situaciones como las que se dieron en Estados Unidos en el anteriormente comentado caso de «GAMESTOP». Un punto de partida, que, pese a lo que algunos[33] e incluso la propia CNMV han manifestado impedirá que se pueda entender que actuaciones comunicativas

---

un sentido *buttom up*, véase lo comentado, por ejemplo, por BARROS-MELO, I., «Tecnología y radicalización: La explosiva combinación entre identidades, automatización e ideas radicales en la difusión punible de convicciones políticas», en *Reformas penales y Estado de Derecho,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, pp. 809 y ss.

[33] MARQUÉS TRIAY, B., *op. cit.* ant.

como las realizadas en dicho supuesto puedan ser castigas fácilmente atendiendo a lo que dispone el vigente art. 284.1.2.º CP, ya que, además de que resultaría harto cuestionable que se pudiese afirmar que las informaciones que se transmitieron en la red Reddit fuesen realmente engañosas o falsas (ciertos eran tanto el interés en las acciones de GAMESTOP del empresario de alimentos para mascotas que originó la compra de acciones, como el posible estrechamiento de cortos que se podría generar si seguían subiendo de valor), incluso si ello se admitiera, tampoco se podría sostener que ninguna de las miles de difusiones o redifusiones de tales informaciones o de los memes que siguieron hubiesen sido aptas, de una forma *ex ante* y por sí solas, para determinar el movimiento colectivo que finalmente se generó en torno a esas acciones gracias a la acumulación de todas las emisiones que realizaron de forma no coordinada, ni concertada, miles de personas anónimas. Un movimiento, por otra parte, que, como, de hecho, reconoció la propia Comisión de Valores y Bolsa norteamericana y ya anticipamos, estuvo, en realidad, mucho más sustentando en el enfado y en el espíritu de venganza de los pequeños inversores frente a los fondos de cobertura que en la existencia de ningún engaño o conspiración colectiva que los hubiese llevado a actuar tal y como lo hicieron.

Tal vez, habría sido mucho más productivo, entonces, a la hora de buscar alguna conducta manipuladora del mercado en el supuesto comentado, volver la mirada hacia la actuación que efectuó la compañía *Robinhood,* al decidir unilateralmente bloquear la compra de activos de GAMESTOP, mientras que admitía, sin embargo, su venta. Sin embargo, esto evidentemente supondría analizar las actividades de los poderosos y no el de los pequeños inversores, lo que, no parece interesar demasiado a los que tienen vigilar los mercados, pero tampoco, y lo que es incluso más preocupante, a quienes tienen que establecer la regulación que garantice que dichos mercados sean no solo eficientes, sino también íntegros y justos, como ha quedado reflejado, a nuestro modo de ver, de forma palmaria, en la absoluta desidia con que la que nuestro legislador ha configurado los delitos de manipulaciones operativas de mercado contemplados en el art. 280.1.3.º de nuestro Código penal; figuras con una más que cuestionable delimitación típica que dificulta su aplicación a casos como el planteado, pero cuyo estudio habrá que dejar ya para otra ocasión.

21

UNA APROXIMACIÓN A LA PROTECCIÓN PENAL DE LA INTIMIDAD EN EL ÁMBITO SANITARIO

JAVIER GARCÍA AMEZ*
Profesor Ayudante Doctor Área de Derecho Penal
Universidad de Oviedo

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: LA PROTECCIÓN DE LA INTIMIDAD. II. EL SECRETO PROFESIONAL. III. PROTECCIÓN PENAL DEL SECRETO PROFESIONAL. III.1. Introducción. III.2. El artículo 199.1 del Código Penal: la infracción de los deberes de sigilo profesionales y laborales. III.3. El artículo 199.2 del Código Penal: la infracción del secreto profesional. III.4. Tipo común de revelación de secretos: el artículo 197.3 del Código Penal. IV. EL ACCESO INDEBIDO A LA HISTORIA CLÍNICA. IV.1. La conducta típica: el artículo 197.2 del Código Penal. IV.2. Los accesos legítimos a la historia clínica. V. CONCLUSIONES. VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN: LA PROTECCIÓN DE LA INTIMIDAD

El derecho a la intimidad está recogido en el artículo 18.1 de la Constitución, al igual que en los artículos 12.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos[1] o el 8.1 de la Convención Europea de Derechos Humanos[2].

* El presente trabajo es un modesto homenaje póstumo al que puede ser considerado el erudito y precursor en España del Bioderecho y del Derecho Sanitario, como es el profesor Carlos María Romeo Casabona. Gracias a las coincidencias académicas en los Congresos Mundiales de Bioética celebrados en Gijón, junto con las Jornadas y Congresos que anualmente ha venido celebrando en Bilbao sobre Derecho y Genoma Humano, ha sido una fuente de referencia e inspiración para mi estudio del Derecho sanitario. Sin olvidar que uno de mis libros de cabecera en este campo lo constituye su trabajo publicado en el año 1994 «*El Derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*». A través de este capítulo quiero rendirle un homenaje póstumo tras su triste fallecimiento, aunque nos ha dejado un legado académico cuyo valor es incalculable.

1 Conforme a este artículo: «Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques».

2 Este precepto reconoce que «Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia».

Este derecho permite a su titular el poder trazar una barrera o límite que no podrá traspasarse por una tercera persona, ya que dentro de estos límites se quieren reservar de su público conocimiento aspectos de la persona que forman parte de su vida personal y que quiere dejar al margen del conocimiento exterior. Se trata de aquellos aspectos que cada persona nos reservamos para nosotros. De tal manera que este derecho se caracteriza por establecer un ámbito en el que no se quiere que otra persona entre, a de ahí que a este último se le categorice como la esfera especial de reserva, dentro de la cual el ser humano puede desenvolverse sin la injerencia de terceros[3]. Se trata de un ámbito personal preservado del mundo exterior, donde cada persona, encuentra las posibilidades de desarrollo y fomento de su personalidad[4].

Tal y como advierte el Tribunal Constitucional en la sentencia 134/1999, de 15 de julio, es un derecho que

> «tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida frente a la acción y al conocimiento de terceros, sean estos poderes públicos o simples particulares, que está ligado al respeto de su dignidad», y que implica el reconocimiento de «un derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan qué somos o lo que hacemos, vedando que terceros, sean particulares o poderes públicos, decidan cuáles sean los lindes de nuestra vida privada, pudiendo cada persona reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena, sea cuál sea lo contenido en ese espacio».

La preocupación por preservar y proteger esta esfera íntima del conocimiento público ha sido considerada como una tarea clave por parte del legislador, que, ante la necesidad de llevar a cabo esta labor, ha diseñado un sistema de protección escalonado de este derecho. Decimos escalonado, toda vez que está configurado para ser utilizado en función del nivel de injerencia que se produce en la intimidad. De esta manera, que ante los supuestos que conlleven un daño a esta, en primer lugar, se ha de acudir a la normativa civil, marcada por la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen[5]. Esta norma acoge un sistema de protección primario de este derecho, de manera que se encarga de precisar los supuestos en los cuales se entiende que un comportamiento lesiona o no el

[3] Véase «Ámbito de intimidad», en *Diccionario Panhispánico del español jurídico*, 2023, disponible en: https://dpej.rae.es/lema/%C3%A1mbito-de-intimidad (Último acceso el 21/11/2024).

[4] Confróntese Bajo Fernández, M., «El secreto profesional…», ob. cit., p. 599. En sentido similar, Carrillo, M., *El Derecho a no ser Molestado*…, ob. cit., p. 44.

[5] De acuerdo con su artículo 1.1: «El derecho fundamental al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, garantizado en el artículo dieciocho de la Constitución, será protegido civilmente frente a todo género de intromisiones ilegítimas, de acuerdo con lo establecido en la presente Ley Orgánica». Junto a ello, ha de tenerse presente el artículo 2: «La protección civil del honor, de la intimidad y de la propia imagen quedará delimitada por las leyes y por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia».

derecho a la intimidad, para que en caso de que exista una vulneración se pueda obtener una compensación que trate de reparar el perjuicio causado.

No obstante, en no pocas ocasiones, la injerencia que se produce en este derecho es tan intensa que la gravedad del comportamiento hace que el resarcimiento por el daño causado no se suficiente, y por ello en función de las circunstancias de la situación sea necesario el uso del Derecho penal.

En el campo sanitario la preocupación por la protección y preservación de la intimidad de las personas que reciben o han recibido algún tipo de prestación sanitaria o sociosanitaria, es acogida en el artículo 7 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica, reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (En adelante, LDO)[6]:

> «1. Toda persona tiene derecho a que se respete el carácter confidencial de los datos referentes a su salud, y a que nadie pueda acceder a ellos sin previa autorización amparada por la Ley.
>
> 2. Los centros sanitarios adoptarán las medidas oportunas para garantizar los derechos a que se refiere el apartado anterior, y elaborarán, cuando proceda, las normas y los procedimientos protocolizados que garanticen el acceso legal a los datos de los pacientes».

Este derecho de la persona, y su correlativo deber para los profesionales que intervienen en su asistencia, no solamente aparece mencionado en esta norma, sino que en los respectivos códigos deontológicos de las profesiones sanitarias también se acoge. En este caso entendido como el deber de guardar el secreto profesional, como obligación que ha de guardarse para con la información a la que se tiene acceso. No ha de olvidarse que, el derecho a la intimidad implica la posibilidad de que la propia persona decida libremente proporcionar información de su vida íntima a terceros, algo necesario para poder recibir un servicio determinado. En estos casos surge el deber de confidencialidad por parte de la persona que recibe la información, el cuál implica la necesidad de preservar esa información revelada o a la que se ha accedido, en secreto[7]. Un deber que se ha recogido además en la normativa deontológica, tal y como puede comprobarse en el artículo 27.1[8] del Código de Deontología Médica de 2022, 19 del Código Deontológico

[6] Dentro los principios rectores de esta norma, recogidos en artículo 2.1, ya se advierte que «La dignidad de la persona humana, el respeto a la autonomía de su voluntad y a su intimidad orientarán toda la actividad encaminada a obtener, utilizar, archivar, custodiar y transmitir la información y la documentación clínica».

[7] Véase Romeo Casabona, C. M., *Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos*, ob. cit., pp. 38-39.

[8] Conforme a este artículo: «El secreto médico es uno de los pilares esenciales en la relación médico-paciente, cualquiera que sea la modalidad del ejercicio profesional. Es un derecho del paciente la confidencialidad de sus datos y un bien social que genera una obligación de secreto inexcusable para el médico». El artículo 27.2 desarrolla este término de secreto: «El secreto comporta para el médico la obligación de mantener la reserva y la confidencialidad de todo aquello que el paciente le haya revelado y

de la Enfermería Española de 1998[9], 40 del Ccódigo Deontológico de la Psicología de 2010[10], o el punto 6 del Código Deontológico de la Psiquiatría, recogido en la Declaración de Madrid de la Asociación Mundial de Psiquiatría aprobada en 1996[11].

II. El secreto profesional

Hemos señalado previamente que el respeto a la intimidad supone la generación del deber de confidencialidad por parte de la persona a la que se le ha permitido entrar en la esfera íntima. En el ámbito de la asistencia sanitaria, existen situaciones que requieren que la persona tenga que desvelar sus aspectos más íntimos, para que de este modo se pueda prestar la atención necesaria. Como contrapartida, y a los efectos de seguir protegiendo la intimidad, surge el deber del profesional sanitario que recibe la información. La información se convierte en secreta, no siendo posible su revelación ni empleo más allá que la atención que requiere la situación, generándose de este modo el deber de secreto profesional. Una vez que se quebranta, y se hace pública cualquier información a la que se ha tenido acceso, y que la persona que lo había consentido quiere que siga

---

confiado, de lo que haya visto y deducido, incluyendo el contenido de la historia clínica, como consecuencia de su ejercicio profesional, y que tenga relación con la salud y la intimidad del paciente».

[9] Estando en fase de redacción del presente trabajo, estaba pendiente de aprobación un nuevo Código Ético y Deontológico de la Enfermería española, cuyo artículo 6 acoge un concepto más amplío de intimidad, que abarca no solamente la esfera que hemos mencionado anteriormente, sino, además, la intimidad corporal. En concreto, advierte que «Es deber de la Enfermera asegurar un entorno que respete la intimidad del paciente durante el proceso asistencial, procurando minimizar la exposición corporal y respetando cualquier otro ámbito que afecte a su intimidad». Posteriormente, el artículo 29 acoge la confidencialidad en los siguientes términos: «El derecho a la confidencialidad es esencial para garantizar la privacidad de la información personal de los pacientes y su protección contra posibles exposiciones. La Enfermera debe mantener la confidencialidad incluso después de que finalice el proceso de atención, y no acceder a datos de pacientes a los que no está atendiendo». Una privacidad que a su vez va a verse ampliada al uso de las nuevas tecnologías de la comunicación, de manera que, tal y como señala el artículo 31: «La Enfermera debe tomar todas las precauciones necesarias para garantizar la privacidad y confidencialidad de los datos de las personas que reciben cuidados de salud, especialmente al utilizar herramientas de comunicación digital».

[10] En su artículo 40 señala que «Toda la información que el/la Psicólogo/a recoge en el ejercicio de su profesión, sea en manifestaciones verbales expresas de sus clientes, sea en datos psicotécnicos o en otras observaciones profesionales practicadas, está sujeta a un deber y a un derecho de secreto profesional, del que, sólo podría ser eximido por el consentimiento expreso del cliente. El/la Psicólogo/a velará porque sus eventuales colaboradores se atengan a este secreto profesional».

[11] Que precisa: «La información obtenida en la relación terapéutica es confidencial y su única y exclusiva finalidad es mejorar la salud mental del paciente. El psiquiatra tiene prohibido hacer uso de esta información en su propio beneficio, por motivos económicos o académicos. Sólo se permite la violación de la confidencialidad cuando el mantenerla pudiere dar lugar a un daño físico o mental graves para el paciente o para una tercera persona, tal y como ocurre en el abuso infantil. En estos casos, el psiquiatra deberá, en la medida de lo posible, informar primero al paciente sobre las medidas a tomar».

permaneciendo oculta, se lesiona un bien jurídico protegido por el Derecho penal, y con ello se legitima su intervención para hacer frente a estas situaciones[12].

Podemos definir el secreto profesional como aquella obligación que tiene un determinado profesional de no revelar la información que una persona le confía en el seno de una relación profesional para acceder a sus servicios. El núcleo esencial del secreto profesional es la relación de confianza entre el confidente y la persona que recibe la confidencia para prestar sus servicios, llegándose a señalar que en este punto se suscribe un contrato entre ambas partes para respetar el secreto[13]. Nos encontramos ante un deber de reserva que grava a determinados profesionales que acceden a información de una persona en el desempeño de su actividad[14].

Las situaciones en las cuales entra en juego esta figura o pueden ser variadas. Fundamentalmente en el ámbito sanitario lo será en el momento de acceder a información de la persona que es asistida, y por ello no la podrá revelar a terceras personas. Ahora bien, en este caso ha de tenerse presente que, en no pocas ocasiones, este deber admite excepciones. Así, por ejemplo, en el caso de atención a la mujer maltratada que por las heridas que le ha inferido su maltratador. En este momento el personal que la asiste detectará que las lesiones no han sido causadas de manera fortuita, sino intencionalmente, y por tanto a raíz de la exploración física y de las preguntas que efectúen a la mujer detectarán un caso de violencia de género[15]. Aquí ha de tenerse en cuenta que entra en juego a su vez el artículo 262 del Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal (En adelante, LECRIM), a que toda persona que tenga conocimiento de un delito público lo ponga en conocimiento de la autoridad[16]. Es más, este deber se ve reforzado para el caso en el cual el daño que ha sufrido la mujer es constitutivo de lesiones, al entrar en juego el artículo 355 de la LECRIM, el cual vuelve a precisar la necesidad de poner en conocimiento de

[12] Véase Bajo Fernández, M., «El secreto profesional…», ob. cit., pp. 599-601.

[13] Véase De Miguel Sánchez, N., *Secreto médico,* ob. cit., p. 53.

[14] Confróntese Gómez Rivero, C., «Secreto profesional», ob. cit., p. 1499.

[15] También, por ejemplo, en simples exploraciones médicas realizadas en chequeos cotidianos.

[16] En concreto señala: «los que por razón de sus cargos, profesiones u oficios tuvieren noticia de algún delito público, estarán obligados a denunciarlo inmediatamente al Ministerio fiscal, al Tribunal competente, al Juez de instrucción y, en su defecto, al municipal o al funcionario de policía más próximo al sitio si se tratare de un delito flagrante». La sanción que se podría imponer por incumplir este deber se recoge en este mismo artículo, y sería, para el caso que nos ocupa la siguiente: «si la omisión en dar parte fuere de un Profesor en Medicina, Cirugía o Farmacia y tuviese relación con el ejercicio de sus actividades profesionales, la multa no podrá ser inferior a 125 pesetas ni superior a 250. Si el que hubiese incurrido en la omisión fuere empleado público, se pondrá además en conocimiento de su superior inmediato para los efectos a que hubiere lugar en el orden administrativo».

la autoridad judicial el hecho, pero también la evolución posterior de la mujer que ha sufrido la agresión[17].

Se observa de este modo, que en el contexto sanitario el secreto profesional puede quebrantarse por los profesionales sanitarios en el ejercicio de sus funciones, siempre que lo hagan para revelar una agresión a la mujer, y que hubiera sido detectada, sin que por tanto pueda exigírseles responsabilidad alguna por desvelar la información. Es más, constituye un deber previsto en los Códigos Deontológicos rectores de las profesiones sanitarias[18].

III. Protección penal del secreto profesional

III.1. Introducción

La Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (En adelante, CP) contempla en su título X la protección penal del derecho a la intimidad, más en concreto en el capítulo primero del mismo, a través de los delitos relacionados con el descubrimiento y revelación de secretos. No obstante, y a los efectos del presente trabajo, ha de precisarse que que existen diversas forrmas de proteger y preservar tanto la intimidad como la confidencialidad castigando la conducta consistente en revelar aquello que ha

[17] En concreto señala que «si el hecho criminal que motivare la formación de una causa cualquiera consistiese en lesiones, los Médicos que asistieren al herido estarán obligados a dar parte de su estado y adelantos en los períodos que se les señalen, e inmediatamente que ocurra cualquiera novedad que merezca ser puesta en conocimiento del Juez instructor».

[18] El Código Deontológico Médico de 2022, recoge en su artículo 31.1 que «El secreto profesional debe ser la regla. El médico podrá revelar el secreto, en sus justos límites, en los siguientes casos: 1. En las certificaciones de nacimiento y defunción. 2. En los partes de lesiones. 3. Cuando actúa como perito, inspector, médico, forense, instructor o similar. 4. Cuando es requerido como testigo. 5. En los casos de maltrato. 6. En las enfermedades de declaración obligatoria. 7. En casos sospechosos de trata de personas y de tráfico de órganos. 8. Cuando sea llamado por el Colegio a testificar en materia disciplinaria. 9. Cuando con su silencio perjudicara de forma grave al propio paciente o a otras personas, o produjera un peligro colectivo. 10. Cuando el paciente a quien se refiere la información solicite o autorice la revelación de la misma». Por su parte, el Código Deontológico de la Enfermería de 1998, señala en su artículo 21 que «Cuando la Enfermera/o se vea obligada a romper el secreto profesional por motivos legales, no debe olvidar que moralmente su primera preocupación, ha de ser la seguridad del paciente y procurará reducir al mínimo indispensable la cantidad de información revelada y el número de personas que participen del secreto». En el proyecto que actualmente se está tramitando de nuevo Código Deontológico de la Enfermería de España, el artículo 32 precisa que «La Enfermera está obligada a mantener en secreto la información obtenida en el ejercicio de su práctica profesional, protegiendo la confidencialidad de los pacientes. Solo revelará información cuando sea necesario para el beneficio del paciente y dentro los límites del secreto profesional. La Enfermera informará al paciente de los límites del secreto profesional y no adquirirá compromisos que puedan dañar a terceros o a un bien público. En caso en los que sea necesario romper el secreto profesional por motivos legales, la prioridad será la seguridad del paciente, revelando la menor cantidad de información posible».

sido objeto de conocimiento a consecuencia del ejercicio de una actividad profesional. En concreto se trata de los artículos 197.3 y 199 del CP, que, aunque tienen contextos distintos, tienen como nexo común la ruptura del deber de confidencialidad al que se encuentran sujetos una serie de personas, de modo que el primer artículo sería un delito común de revelación de secretos, que puede cometer cualquier persona[19], mientras que el segundo únicamente lo podrán realizar las personas que tengan un determinado estatus derivado de haber tenido acceso a la información por razón de su oficio o relación laboral, o bien estar sujetas al secreto profesional.

El artículo 197.3 del CP precisa que:

> «Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años si se difunden, revelan o ceden a terceros los datos o hechos descubiertos o las imágenes captadas a que se refieren los números anteriores.
>
> Será castigado con las penas de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses, el que, con conocimiento de su origen ilícito y sin haber tomado parte en su descubrimiento, realizare la conducta descrita en el párrafo anterior».

Por su parte, el artículo 199 del CP señala que:

> «1. El que revelare secretos ajenos, de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o sus relaciones laborales, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses.
>
> 2. El profesional que, con incumplimiento de su obligación de sigilo o reserva, divulgue los secretos de otra persona, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para dicha profesión por tiempo de dos a seis años».

III.2. **El artículo 199.1 Del código penal: la infracción de los deberes de sigilo profesionales y laborales**

La protección penal de la intimidad se lleva a cabo fundamentalmente en los distintos tipos delictivos que recogen tanto el artículo 197 como el 199 del CP, aunque centrados en distintos aspectos de esta. En lo que respecta a la protección del secreto profesional que hemos analizado, la primera modalidad delictiva que hemos de analizar es la recogida en el artículo 199.1 del CP, que prevé la infracción de los deberes de sigilo profesionales y laborales. En concreto, tal y como hemos señalado anteriormente, este artículo señala que

> «El que revelare secretos ajenos, de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o sus relaciones laborales, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses».

[19] Véase Ruiz Marco, F., *Los delitos contra la intimidad*, ob. cit., p. 99.

Este tipo penal tiene como objetivo fundamental el proteger el derecho a la intimidad de la persona frente a la revelación de información suya por parte de personas que tienen acceso a ella no por dársela directamente la persona titular del derecho, sino porque lo tiene a consecuencia de su oficio o relación laboral, tal y como describe este apartado primero del artículo 199 del CP, de modo que en este caso se contempla lo que se ha denominado como un delito de indiscreción[20], por la forma en que se lleva a cabo la conducta típica, consistente en revelar un secreto laboral.

El sujeto activo del delito es aquella persona que accede a información, en el ejercicio de su oficio o a consecuencia de una relación laboral[21], de manera que contempla un amplio abanico de personas, dado que en el mismo cabrían tanto trabajadores autónomos como por cuenta ajena. Lo característico del mismo es que no se encuentra sujeto a un deber de secreto profesional, puesto que entraría en juego el artículo 199.2 del CP. Lo importante y esencial es que la persona accede a la información a consecuencia de su actividad profesional o su relación laboral, de modo que, o bien puede haber una revelación directa de la información —por tratarse de un trabajador autónomo o una persona no sujeta a secreto profesional—, o bien la misma se hace indirectamente a consecuencia de su actividad[22]. Lo fundamental es que el acceso a la información trae su causa en el ejercicio de una actividad profesional del sujeto activo, resultando además irrelevante que el acceso se haga de manera directa, querida por la persona, o bien sea casual o accidental, de modo que no se buscaba el acceso, pero el mismo se lleva a cabo durante el ejercicio de otra actividad[23].

La conducta típica consiste en revelar, hacer pública, una información concerniente a una persona, a la que se ha accedido en los términos que hemos visto, y que pertenece a la esfera íntima de la persona que no quiere que se revele, pero que ha tenido que proporcionar para acceder a una determinada prestación o trabajo. De esta manera, lo que se revela son secretos que obran en poder de un empresario o un trabajador autónomo, y a los que se ha accedido por la práctica laboral o del oficio, habiendo lesionado el deber de sigilo o reserva que en este caso debe guardar al respecto[24], y consumándose el delito en el momento en el cual la información se revela, con independencia de que a consecuencia de ello se cause un daño.

[20] Confróntese Morales Prats, F., «Artículo 199», ob. cit., p. 1493 y Romeo Casabona, C. M., *Los delitos…*, ob. cit., p. 187.

[21] Por ejemplo, el empleado de una empresa que se dedica a digitalizar documentación clínica, y tiene que acceder a su contenido para digitalizarlas.

[22] Véase Gómez Navajas, J., *La protección de los datos personales*, ob. cit., p. 426 y Romeo Casabona, C. M., *Los delitos…*, ob. cit., p. 189.

[23] Véase Paredes Castañón, J. M., «Descubrimiento y revelación de secretos», ob. cit., p. 584.

[24] Véase Gómez Navajas, J., *La protección…*, ob. cit., p. 427.

En esta modalidad delictiva no solamente podría aplicarse a profesionales que prestan sus servicios en la sanidad, sino también podría incluirse la revelación por parte de los ministros de culto de las Confesiones religiosas, que en el ejercicio de su ministerio han tenido acceso a información del paciente de manera directa —al haber ejercido su derecho a la asistencia religiosa y espiritual—, y que por tanto han incumplido el deber de sigilo o secreto que es inherente a su oficio[25], se plantea el problema de dilucidar si el ministro de culto en el ejercicio de su función de asistencia espiritual está llevando a cabo un oficio o trabajo, y por tanto entraría en juego el artículo 199.1 del CP, o por el contrario está llevando a cabo otro tipo de actividad y con la inaplicación de este delito[26].

III.3. **El artículo 199.2 Del código penal: la infracción del secreto profesional**

El artículo 199.2 del CP establece el delito de revelación de secretos propiamente dicho, al tipificar el comportamiento de aquel profesional que, con incumplimiento de su obligación de sigilo o reserva, procede a divulgar los secretos de otra persona.

En este caso, el bien jurídico que se protege es la intimidad de la persona que ha confiado sus secretos más íntimos a un profesional, que está sujeto al deber de secreto, por lo que tiene una obligación no solo legal, sino deontológica, de custodiar la información recibida. Así, nos encontramos ante Ley penal en blanco. Se hace necesario acudir a la legislación rectora de la profesión para poder conocer si está o no sujeta la persona a secreto profesional. De estarlo, entrará en escena el artículo 199.2 del CP, de lo contrario, entrará, subsidiariamente, el artículo 199.1 del CP, siempre y cuando, en este último caso, el comportamiento no sea subsumible en cualquiera de las modalidades previstas en el artículo 197 del CP.

La conducta típica en este caso consiste en revelar aquella información que se tiene por razón de haber sido revelada por otra persona, o bien ha tenido acceso a la misma por su profesión, quebrantando el secreto profesional al que se encuentra sometido el sujeto activo. Sujeto activo que en este caso es un profesional, condición que le habilita para recibir la información, y que es el elemento esencial de este delito[27].

[25] No comparte nuestro planteamiento, Morales Prats, F., «Artículo 199», ob. cit., pp. 1502-1503.

[26] El principal problema que se plantea es la consideración o no de la labor del ministro de culto como actividad profesional, de modo que se considere que durante el ejercicio de su función de asistencia espiritual está llevando a cabo un oficio o trabajo, lo que constituye una condición necesaria para la aplicación de este tipo penal contemplado en el artículo 199.1, ya que de lo contrario se debería acudir a otras figuras delictivas. Al respecto, la actividad de los ministros de culto no puede considerarse como una profesión u oficio, de la manera que es entendida en este precepto, sino que nos encontramos ante un «estado de la persona», y que no implica relación laboral alguna, de ahí que no sea posible acudir a este artículo 199.1 del CP para proteger el secreto ministerial, sino que en estos supuestos entraría en juego la figura prevista en el artículo 197.3 del CP, que no exige este requisito que hemos precisado. Véase Jorge Barreiro, A., «El delito de revelaciones de secretos…», ob. cit., p. 328.

[27] Véase Romeo Casabona, C. M., *Los delitos…*, ob. cit., p. 198.

El CP no contempla un concepto legal de profesional que permita facilitar su interpretación y por tanto la aplicación del tipo penal, a diferencia de lo que hace con los términos autoridad o funcionario público, en el artículo 24. En este caso, ha de hacerse una interpretación gramatical del mismo, entendiéndose que profesional será toda persona que ejerce públicamente un empleo, facultad u oficio cuyos servicios se requieren por razones de necesidad —Confidente necesario— y que, por su interés público, están jurídicamente reglamentados —la denominada investidura pública—[28]. A los efectos que nos interesa, en este caso se trata de aquélla persona que lleva a cabo una actividad cuyo ejercicio está sujeto al cumplimiento de una normativa que reglamenta el mismo, siendo necesario además que en estos casos sus servicios sean demandados para satisfacer las demandas de otra persona, que le confiere además aspectos íntimos para que pueda cumplir con esta petición[29]. Esto último convierte a la persona que recibe en confidente necesario de aspectos íntimos de sus clientes, que le son revelados para que el servicio requerido se pueda prestar[30].

La tarea de fijarlo ha sido emprendida por parte de la doctrina, que ha venido a entender que, bajo este término, se engloba a toda persona que lleva a cabo una actividad para la cual se requiere contar con una determinada titulación oficial, y que para ser ejercida precisa que se confíe aspectos íntimos de otra persona[31].

Las características del mismo serán el ejercicio de actos propios de una profesión acreditada por un título académico u oficial, realizar sus servicios tanto por cuenta ajena como por cuenta propia. Como regla general —aunque admite excepciones— la actividad precisa una colegiación para ser ejercida, y lo más fundamental, el ejercicio de la actividad convierte a la persona que lo lleva a cabo en confidente necesario de aspectos íntimos de sus clientes, que le son revelados para que el servicio requerido se pueda prestar[32].

[28] Bajo Fernández, M., «El secreto profesional…», ob. cit., p. 606. Jurisprudencialmente, la sentencia de la sala de lo Penal del Tribunal Supremo 574/2001, de 4 de abril, precisa que «se trata de un delito especial propio, con el elemento especial de autoría derivado de la exigencia de que el autor sea profesional, esto es que realice una actividad con carácter público y jurídicamente reglamentada».

[29] Véase Ruiz Marco, F., *Los delitos…*, ob. cit., p. 101 y Gómez Navajas, J., *La protección…*, ob. cit., p. 427.

[30] Véase Romeo Casabona, C. M., *Los delitos…*, ob. cit., p. 197, Morales Prats, F., «Artículo 199…», ob. cit., pp. 1496-1497 y Gómez Rivero, C., *La protección penal de los datos sanitarios*, ob. cit., pp. 81-95. Véase también la definición clásica de profesional ofrecida en Bajo Fernández, M., «El secreto profesional…», ob. cit, pp. 606-610: «toda persona que ejerce públicamente un empleo, facultad u oficio cuyos servicios se requieren por razones de necesidad y que, por su interés público, están jurídicamente reglamentados».

[31] Véase Ruiz Marco, F., *Los delitos…*, ob. cit., p. 101 y Gómez Navajas, J., *La protección…*, ob. cit., p. 427.

[32] Véase Romeo Casabona, C. M., *Los delitos…*, ob. cit., p. 197, Morales Prats, F., «Artículo 199…», ob. cit., pp. 1496-1497 y Gómez Rivero, C., *La protección penal…*, ob. cit., pp. 81-95. Véase

Se observa cómo, el concepto de profesional es un concepto amplio que permite englobar dentro del mismo las actividades que hemos mencionado más atrás, y que pueden verse implicadas en situaciones en las cuales las mujeres que sufren algún tipo de agresión acuden para recibir sus servicios.

La conducta típica es idéntica a la recogida en el apartado primero. Consiste en «revelar» o «divulgar» secretos de otra persona, incumpliendo un deber de sigilo o reserva, y que han sido obtenidos a consecuencia de una relación profesional con la víctima. Una acción que se dará en el momento en el cual el profesional ha transmitido esta información a un tercero, siendo irrelevante si la misma se difunde a una persona o varias.

Con respecto a los elementos subjetivos, no se exige una animo o intención adicional en la persona más allá de la conciencia de que se está rompiendo este deber, configurándose como un delito doloso, sin que quepa la posibilidad de modalidad imprudente.

En cuanto al resultado, no se exige que a consecuencia de la ruptura del secreto se cause perjuicio o daño alguno para la persona. El delito se consuma en el momento en el cuál el secreto deja de ser tal por haberse divulgado por parte de la persona que debería haber mantenido un deber de sigilo o reserva sobre el mismo. La información es conocida en ese momento por terceras personas ajenas al profesional, que no deberían tener conocimiento de ella, vulnerándose de este modo el derecho a la intimidad[33].

III.4. **Tipo común de revelación de secretos: el artículo 197.3 del Código Penal**

Señalábamos anteriormente que el artículo 197.3 del CP contempla una modalidad común del delito de revelación de secretos, toda vez que no exige dentro de los elementos del tipo que la persona que lleva a cabo el acto de revelación tenga la condición de profesional o acceda a la información por razón de su oficio o profesión. En estos casos, será suficiente con el hecho de revelar aquella información que el confidente le ha dado, con la obligación de que se guarde el debido sigilo y secreto sobre la misma.

Para que opere este delito, con la excepción de los requisitos que hemos apuntado anteriormente, es preciso que se den los restantes elementos que hemos señalado a la hora de analizar las modalidades previstas en el artículo 199 del CP.

Con respecto a la penalidad, se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años, si bien ha de tenerse en cuenta lo dispuesto en el apartado quinto de este mismo artículo 197, de manera que cuando los hechos afecten a datos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual, o la víctima fuere

---

también Bajo Fernández, M., «El secreto profesional…», ob. cit., pp. 606-610: «toda persona que ejerce públicamente un empleo, facultad u oficio cuyos servicios se requieren por razones de necesidad y que, por su interés público, están jurídicamente reglamentados».

[33] Véase Ruiz Marco, F., *Los delitos…*, ob. cit., p. 99.

un menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, se impondrá la pena que hemos mencionado previstas en su mitad superior. A su vez, no es menos importante lo dispuesto en el artículo 197 *quinquies* del CP, conforme al cual, cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 *bis* del CP, una persona jurídica sea responsable de los delitos, se le impondrá la pena de multa de seis meses a dos años.

IV. El acceso indebido a la historia clínica

IV.1. La conducta típica: el artículo 197.2 Del Código Penal

La protección de la información sanitaria y clínica[34], no solamente se lleva a cabo a través del deber de confidencialidad y de respeto del secreto profesional que anteriormente hemos señalado. También se corresponde con el acceso indebido a este tipo de información sensible de la persona. La protección penal en el presente caso se encuentra en el delito de acceso indebido a la historia clínica, y que se recoge en el artículo 197.2 del CP en los siguientes términos:

> «Las mismas penas se impondrán al que[35], sin estar autorizado, se apodere, utilice o modifique, en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado. Iguales penas se impondrán a quien, sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a los mismos y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero».

Se trata, por tanto, de un delito cuya conducta típica se realizará con el simple acceso no autorizado a información que esté almacenada en una base de datos propia del centro en el que el accedente preste servicios, o bien ajena, sin que sea requeridos otros elementos objetivos adicionales. Se consumará, por tanto, en el momento en el

[34] El artículo 3 de la LDO, nos viene a disipar las posibles dudas que este concepto pudiera plantear, recogiendo la siguiente definición: «todo dato, cualquiera que sea su forma, clase o tipo, que permite adquirir o ampliar conocimientos sobre el estado físico y la salud de una persona, o la forma de preservarla, cuidarla, mejorarla o recuperarla». Puede observase cómo, esta definición, se corresponde con el concepto que maneja el artículo 4.15 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (En adelante, RGPD), de dato de salud, de modo que puede precisarse que el legislador español ya se adelantó al RGPD en este aspecto.

[35] Este precepto se remite al apartado 1 de este artículo 197 del CP, que establece: «El que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales, intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses».

que se tiene acceso a información de la persona, describiendo con ello secretos de esta o bien vulnerar su intimidad[36].

Con respecto al elemento subjetivo se trata de un delito doloso, sin que quepa dar lugar a la imprudencia. Será suficiente el dolo genérico de querer realizar la conducta, a sabiendas que no tiene una causa que legitime y por ello justifique el acceso a la historia clínica de la persona, o bien, se hubiere actuado por error[37]. En estos últimos casos, el acceso injustificado, tal y como ha destacado el Tribunal Supremo, no ha de serlo a la base de datos en la que se encuentran los datos, en nuestro caso la historia clínica, sino a la propia información, de ahí que puedan dar supuestos en los que el uso del sistema de información sanitario sea lícito por el profesional, pero lo emplea para acceder a historias clínicas a las que no le está permitido en los términos que veremos posteriormente[38].

El problema que plantea el tipo penal viene dado por la interpretación de uno de los requisitos exigidos para que pueda realizarse el comportamiento. En concreto, que este acceso se haga «en perjuicio de tercero». Una expresión que en primer lugar nos llevaría a entender que se exige un resultado, como es que una tercera persona ajena al titular de la información se vea perjudicada a consecuencia de este acceso. De aceptar esta interpretación del tipo penal, quedarían fuera los accesos que, si bien suponen conocer aspectos íntimos de la persona y que exclusivamente le causen un perjuicio a ella. En estos supuestos se ha de acudir a la vía civil para exigir el resarcimiento por el daño, o bien recurrir a otros tipos penales, como el previsto en el apartado primero de este mismo artículo 197 CP, pero con la consiguiente dificultad de que la conducta pueda encajar dentro de los elementos de este último tipo penal.

Siguiendo a Romeo Casabona, entendemos que este requisito ha de interpretarse de una manera amplia, que y por ello que el tercero al que hace mención este artículo 197.3, es alguien distinto al sujeto activo y con ello también se incluiría al propio titular

[36] Véase Fernández Teruelo, J. G., *Derecho penal e internet*, ob. cit., p. 177.

[37] Véase Gomez Navajas, J., *La protección*…, ob. cit., pp. 196-197.

[38] En concreto, la sentencia de la sala de lo Penal del Tribunal Supremo 479/2023, de 19 junio, advierte que: «aunque cabrían idealmente otras lecturas más restrictivas, la ausencia de autorización se ha interpretado pacíficamente (entendimiento que parece venir confirmado por la introducción de los arts. 197 bis y siguientes) como referida al acceso a los datos específicos; no a la base de datos. Quien estando legitimado para manejar la base de datos, la utiliza para funcionalidades ajenas a lo que tiene encomendado por su puesto, podría no ver limitado el reproche al ámbito administrativo. Será responsable penal si concurren los demás elementos típicos […] En todo caso, además, el tipo contemplado en el artículo 197.2 del Código Penal no castiga el mero acceso al registro, fichero o soporte informático, sino el acceso a los datos, esto es, el apoderamiento, utilización o modificación de los datos de carácter personal o familiar de una persona que se encuentren registrados en los mismos. A estas acciones añade su alteración o utilización, pero siempre en perjuicio del titular de los datos o de un tercero. Todo ello sin perjuicio de las consecuencias que la actuación del acusado pudiera desencadenar en el ámbito administrativo»

de la información a la que se accede[39]. Una interpretación avalada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo[40], que entiende que, dada la importancia que presenta la historia clínica, ya se produce este perjuicio por el acceso a la misma:

> «La historia clínica es un dato sensible y el acceso no consentido es una acción que perjudica al paciente, lesionando su derecho a la intimidad. La historia clínica como conjunto de documentos que contienen los datos, valoraciones e informaciones de cualquier índole sobre la situación y la evolución clínica de un paciente a lo largo del proceso asistencial, forma parte del derecho a la intimidad. Así lo proclama el artículo 7.1 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, en el que se afirma que «toda persona tiene derecho a que se respete el carácter confidencial de los datos referentes a su salud y a que nadie pueda acceder a ellos sin previa autorización amparada por la Ley […] El perjuicio se realiza cuando se apodera, utiliza, modifica o accede a un dato protegido con la intención de que su contenido salga del ámbito de privacidad en el que se incluyó en una base de datos, archivo, etc., especialmente protegido, porque no es custodiado por su titular sino por titulares de las bases con especiales exigencias de conductas de protección (…)». Con cita de otros precedentes (STS de 11 de julio de 2001) se insiste en que el perjuicio exigido va referido a la invasión de la intimidad y no a la producción de un quebranto económico patrimonial concreto[41]»».

En función de la información a la que se acceda, puesto que no hemos de olvidar que en la historia clínica no solo se recogen datos de salud, al igual que la finalidad con la que se lleve a cabo el acceso, se podrán aplicar las agravaciones previstas en los apartados 5 y 6 del artículo 197 del CP:

> «5. Igualmente, cuando los hechos descritos en los apartados anteriores afecten a datos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual, o la víctima fuere un menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, se impondrán las penas previstas en su mitad superior.
>
> 6. Si los hechos se realizan con fines lucrativos, se impondrán las penas respectivamente previstas en los apartados 1 al 4 de este artículo en su mitad superior. Si además afectan a datos de los mencionados en el apartado anterior, la pena a imponer será la de prisión de cuatro a siete años».

[39] Confróntese Romeo Casabona, C. M., *Los delitos…*, ob. cit., pp. 117-118.

[40] Véase por todas, la sentencia de la sala de lo Penal del Tribunal Supremo 250/2021, de 17 de marzo: «Si se atiende a la literalidad del artículo 197.2 CP todas las conductas típicas (apoderamiento, utilización, modificación) precisan que se realicen "en perjuicio de tercero o del titular", según los casos, requisito que, sin embargo, no parece ser necesario cuando la conducta es el simple "acceso no autorizado". Esa aparente divergencia en el texto legal ha obligado también a una pronunciamiento de esta Sala que ha optado por una interpretación sistemática e integradora según la cual el perjuicio es exigible en todas las conductas descritas en el precepto, ya que sería irrazonable que no se exigiera el perjuicio en aquellas conductas que precisan del previo acceso, como por ejemplo, la utilización o modificación de los datos y que se exigiera, en cambio, en el simple acceso (SSTS 123/2009 de 3 de febrero, 234/1999, de 18 de febrero, 1328/2009, de 30 de diciembre y 990/2012, de 18 de octubre, entre otras)».

[41] Véase la sentencia de la sala de lo Penal del Tribunal Supremo 476/2020, de 25 septiembre.

IV.2. **Los accesos legítimos a la historia clínica**

El acceso justificado a la historia clínica trae consigo la legitimación del conocimiento y acceso a la información y por ello la atipicidad de la conducta.

Los artículos 16 y 18 de la LDO contemplan el acceso a la historia clínica[42], siendo normativa básica en este aspecto en este aspecto, y la base jurídica que legitimará el tratamiento de este tipo de datos relacionados con la salud de la persona, en los términos previstos en el artículo 9.2 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (En adelante, LOPDGDD).

El primero de los artículos se encarga de recoger aquellos accesos que se consideran legítimos a la historia clínica del paciente, y por tanto en qué supuestos es posible consultar este tipo de documentación clínica. Dado que la historia clínica es considerada como un instrumento básico y esencial para garantizar una asistencia adecuada al paciente, el apartado primero de este artículo contempla que únicamente aquellos profesionales asistenciales del centro que realizan el diagnóstico o el tratamiento del paciente van a tener acceso a la historia clínica de éste como instrumento necesario para llevar a cabo su labor, siempre que la misma se lleve a cabo bajo el ámbito organizativo del responsable del tratamiento de los datos[43]. Un acceso, que es considerado tanto como un derecho del profesional, como una obligación de este[44], toda vez que conforme al artículo 2.6 de la LDO, el profesional que interviene en la actividad asistencial está obligado al cumplimiento del deber de documentación clínica, de cumplimentar por tanto la historia clínica del paciente.

El artículo 16.6 de la LDO también prevé la posibilidad de que otros profesionales sanitarios, que no están prestando asistencia sanitaria a la persona, puedan acceder a la información recogida en la historia clínica. En concreto se trata del personal sanitario debidamente acreditado que ejerza funciones de inspección, evaluación, acreditación y planificación, el cual va a tener acceso a las historias clínicas en el cumplimiento de sus funciones de comprobación de la calidad de la asistencia, el respeto de los derechos del paciente o cualquier otra obligación del centro en relación con los pacientes y usuarios o la propia Administración sanitaria.

El artículo 16.5 de la LDO, permite al personal de administración y gestión de los centros sanitarios acceder a datos de historias clínicas, si bien, lo limita únicamente para aquellos que estén relacionados con sus propias funciones. Surge de este modo un importante problema, toda vez que para garantizar que el acceso de este personal a la

[42] Véase Millan Calenti, R., «Historia clínica electrónica…», ob. cit., pp. 779-801, Gallego Riestra, S., «Los derechos de acceso…, ob. cit., pp. 133-140.

[43] Véase Gil Membrado, C., *La Historia Clínica…*, ob. cit. p. 265.

[44] Véase Martí Montesinos, C. y Pidevall Borrell, I., «Accesos a la Historia Clínica…», ob. cit. pp. 106-107 y Gil Membrado, C., *La Historia Clínica…*, ob. cit., pp. 264-265.

información, lo es en cumplimiento de lo dispuesto en este artículo, se hace preciso y necesario que se establezcan distintos niveles de acceso a la información, de modo que sólo se acceda a aquella que es relevante para que el personal pueda desarrollar su trabajo.

Como contrapartida del derecho de acceso a la información, el apartado 6 del artículo 16 de la LDO obliga a que, el personal que accede a los datos de la historia clínica en el ejercicio de sus funciones, en los términos que hemos visto anteriormente, se sujete al deber de secreto, como salvaguardia de la intimidad y el respeto a la información del paciente[45]. Salvaguardia que además se reforzará todavía más, mediante la tipificación en el artículo 199.2 del CP, del delito de revelación de secretos, y que anteriormente hemos analizado.

Pero el acceso a la información no se produce únicamente en los supuestos que hemos mencionado hasta ahora, sino que el legislador, consciente de la necesidad de que se disponga de este tipo de información para determinadas actuaciones de interés general o particular, recoge en el artículo 16.3 de la LDO una serie de especialidades para determinados accesos. Prevé la posibilidad de que el acceso se haga con fines judiciales, epidemiológicos, de salud pública, de investigación o de docencia. Estos accesos y usos se rigen por lo dispuesto en la legislación vigente en materia de protección de datos personales, en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, y demás normas de aplicación en cada concreto acceso, como pueda ser la normativa procesal en el seno de la utilización de la información en el seno de proceso judicial. Ahora bien, consciente el legislador de que este acceso no ha de ser íntegro, sino que lo será para aquellos datos que sean estrictamente necesarios para que se pueda realizar la concreta actuación, prevé que el acceso a la historia clínica se realizaré necesariamente preservando los datos de identificación personal del paciente, separados de los de carácter clinicoasistencial, de manera que, como regla general, quede asegurado el anonimato, salvo que el propio paciente haya dado su consentimiento para no separarlos.

No obstante, existen excepciones a esta regla general que hemos visto. En concreto, los supuestos de investigación de la autoridad judicial en los que se considere imprescindible la unificación de los datos identificativos con los clinicoasistenciales, en los cuales se estará a lo que dispongan los jueces y tribunales en el proceso correspondiente. El acceso a los datos y documentos de la historia clínica queda limitado estrictamente a los fines específicos de cada caso.

Dadas las particularidades que existen en el contexto de la investigación clínica y en el ámbito de la salud pública, también se exceptúan, en primer lugar, aquellos supuestos de investigación previstos en el apartado 2 de la disposición adicional decimoséptima de

[45] Confróntese Alonso Olea, M. y Fanego Castillo, F., *Comentario a la Ley 41/2002…,* ob. cit., p. 73.

la LOPDPGDD se regulan por lo previsto en el mismo, y que se ocupa del tratamiento de datos en la investigación en salud[46].

Otra de las exclusiones que recoge el artículo 16.2 de la LDO, y que además encuentra su apoyo en el artículo 9.2.i) del RGPD[47], es el acceso que se realiza a la información clínica cuando el mismo es necesario para la prevención de un riesgo o peligro grave para la salud de la población, las Administraciones sanitarias a las que se refiere la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, podrán acceder a los datos identificativos de los pacientes por razones epidemiológicas o de protección de la salud pública. No obstante, este acceso habrá de realizarse, en todo caso, por un profesional sanitario sujeto al secreto profesional o por otra persona sujeta, asimismo, a una obligación equivalente de secreto[48], previa motivación por parte de la Administración que solicitase el acceso a los datos.

El artículo 18 de la LDO, en su apartado cuarto, regula el acceso a la historia clínica de los pacientes fallecidos por parte de las personas vinculadas a él, por razones familiares o de hecho, el cual se permite, salvo que el fallecido lo hubiese prohibido expresamente y así se acredite. No obstante, si el acceso de un tercero a la historia clínica motivado los es por un riesgo para su salud, éste se permitirá, si bien se limitará a los datos pertinentes, sin que se facilite información que afecte a la intimidad del fallecido ni a las anotaciones subjetivas de los profesionales, ni que perjudique a terceros.

Para terminar con el régimen de accesos a la información clínica recogida en las historias clínicas, ha de hacerse una referencia a las especialidades que el mismo conlleva cuando se trata de acceder a datos relacionados con menores de edad. Es esta una materia delicada y compleja, sobre la cual el legislador no ha querido pronunciarse explícitamente en la LDO. Esto supone que se han de utilizar las reglas generales que rigen la capacidad del menor en el ámbito sanitario[49], teniendo en cuenta a su vez los criterios generales que nos apuntan tanto el RGPD como la LOPDGDD.

[46] Véase Álvarez Rigaudías, C., «Tratamiento de datos…», ob. cit. pp. 707-740.

[47] Este apartado permite que se excepcione la regla general de solicitar el consentimiento para el tratamiento de datos relacionados con la salud, cuando «el tratamiento es necesario por razones de interés público en el ámbito de la salud pública, como la protección frente a amenazas transfronterizas graves para la salud, o para garantizar elevados niveles de calidad y de seguridad de la asistencia sanitaria y de los medicamentos o productos sanitarios, sobre la base del Derecho de la Unión o de los Estados miembros que establezca medidas adecuadas y específicas para proteger los derechos y libertades del interesado, en particular el secreto profesional». Además, téngase presente a su vez que el apartado primero de la disposición adicional decimoséptima de la LOPDGDD prevé que se encuentran legitimados, al amparo de este artículo que hemos mencionado del RGPD, aquellos tratamientos de datos relacionados con la salud y de datos genéticos que se deriven de la aplicación de la Ley General de Salud Pública.

[48] Idéntico deber genera el artículo 43.2 de la Ley General de Salud Pública, cuando señala que, los trabajadores de centros y servicios públicos y privados y quienes por razón de su actividad tengan acceso a los datos del sistema de información están obligadas a mantener secreto.

[49] Véase Andreu Martínez, M.ª B., *La autonomía del menor…*, ob. cit., pp. 91-92.

Esto nos lleva a analizar el artículo 9.3 de la LDO que recoge la toma de decisiones en el ámbito de la salud, cuando las mismas se tienen que tomar mediante representación, de manera que no es el propio paciente quien decide sobre la concreta actuación que se quiere efectuar, constituyendo una excepción a la regla general que prevé el artículo 8.1 de esta norma, el cual contempla la necesidad del consentimiento libre y voluntario del afectado para realizar la actuación. En cambio, el artículo 9.3 recoge los supuestos en los que el consentimiento se emite por representación, destacando, a los efectos que nos interesa, el apartado c) del mismo, que lo prevé para las situaciones en las cuales nos encontramos con un paciente menor de edad que no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor, después de haber escuchado su opinión[50], conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, el cual recoge el derecho del menor a ser oído y escuchado. No obstante, el apartado 4 de este artículo 9 de la LDO, recoge a su vez una importante precisión, de manera que, cuando se trate de menores emancipados o mayores de dieciséis años que no se encuentren en los supuestos b) y c) del apartado tres de este artículo, no cabe prestar el consentimiento por representación, salvo cuando se trate de una actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor, según el criterio del facultativo, el consentimiento lo prestará el representante legal del menor, una vez oída y tenida en cuenta la opinión del mismo.

Por su parte, el RGPD recoge en su artículo 8 la regla general de que el tratamiento de los datos de un menor, y por tanto el ejercicio de los derechos en esta materia, sólo será licito cuando el consentimiento para ello lo dio o autorizó el titular de la patria potestad o tutela sobre el niño, y solo en la medida en que se dio o autorizó. Ahora bien, esto únicamente es exigible para aquellos supuestos en los que nos encontramos con un menor de dieciséis años, aunque prevé la posibilidad de que, los Estados miembros, puedan establecer por ley una edad inferior, siempre que esta no sea inferior a 13 años. Una posibilidad de la cual ha hecho uso el legislador español a través del artículo 7.1 de la LOPDGDD, de este modo, prevé la regla de los catorce años[51].

El tratamiento de los datos personales de un menor de edad únicamente podrá fundarse en su consentimiento cuando sea mayor de catorce años. Se exceptúan los supuestos en que la ley exija la asistencia de los titulares de la patria potestad o tutela para la celebración del acto o negocio jurídico en cuyo contexto se recaba el consentimiento para el tratamiento. Nótese que este es el caso de la LDO, que prevé la necesidad de

[50] Con respecto a este artículo, véase, por todos, De Montalvo Jääskeläinen, F., *Menores de edad*, ob. cit., pp. 173-259.

[51] Con respecto a este artículo 7 en general, Véase Vilasu Solana, M., «El consentimiento general…», ob. cit. pp. 233-245.

que, hasta los dieciséis años, tal y como hemos visto anteriormente, el consentimiento se emita por representación, según disponen los apartados 3 y 4 del artículo 92.

V. Conclusiones

El derecho a la intimidad en los que respecta a la información sobre la salud está garantizado en la actualidad a través de diversas normas. Todas ellas, tienen como como objetivo fundamental preservar del conocimiento de terceras personas datos e información que por su propia naturaleza afectan a la esfera más íntima de la persona. Una protección que en el caso del ámbito penal se lleva a cabo de dos maneras distintas, pero con un mismo nexo común, como es reaccionar frente a los atentados más graves a la intimidad como bien jurídico protegido.

La necesidad de descubrir determinados aspectos de esta vida íntima para recibir asistencia se sanitaria conlleva el surgimiento del deber de confidencialidad de la persona a la que se le permite por su condición de profesional, acceder a esa esfera interior de la persona. Un deber reforzado a través del secreto profesional, recogido en los principales códigos deontológicos, y cuya infracción puede generar responsabilidad penal en los términos previstos en el artículo 199 del CP.

Junto a lo anterior, ha de tenerse presente que el deber de seguridad que establece la normativa de protección de datos se materializa no solamente en aspectos de carácter técnico, sino que, además, implica el adoptar otro tipo de medidas para evitar accesos indebidos a las historias clínicas. En este último caso, nos encontramos con el delito previsto en el artículo 197.2 del CP, cuyo objetivo es proteger la intimidad frente a los comportamientos que hemos señalado. De todos modos, cabe terminar este trabajo con el interrogante que hemos de hacernos, acerca del papel del Derecho penal en estos casos. ¿Es o no una vulneración del principio de ultima ratio? ¿Qué sucede con el principio de proporcionalidad? El fin, proteger la intimidad, ¿justifica los medios?

VI. Bibliografía

Alonso Olea, M. y Fanego Castillo, F., *Comentario a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica, reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica*, Thomson Civitas, Madrid, 2003.

Álvarez Rigaudías, C., «Tratamiento de datos con fines de investigación científica y/o médica», en A. Rallo Lombarte (dir.), *Tratado de Protección de Datos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

Andreu Martínez, M.ª B., *La autonomía del menor en la asistencia sanitaria y el acceso a su historia clínica*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2018.

Bajo Fernández, M., «El secreto profesional en el proyecto de Código penal», *Anuario De Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. 33, Núm. 3, 1980.

Carrillo, M., *El Derecho a no ser Molestado. Información y vida privada*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2003.

De Montalvo Jääskeläinen, F., *Menores de edad y consentimiento informado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

Fernández Teruelo, J. G., *Derecho penal e internet*, Lex Nova, Valladolid, 2011.

Gallego Riestra, S., «Los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición del paciente sobre su historia clínica», *Derecho y Salud*, núm.26, 2016.

Gil Membrado, C., *La Historia Clínica. Deberes del responsable del tratamiento y derechos del paciente*, Comares, Granada, 2010.

Gómez Navajas, J., *La protección de los datos personales*, Thomson-Civitas, Madrid, 2005.

Gómez Rivero, C., «Secreto profesional», en C. M. Romeo Casabona (dir.), *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética. Tomo II*, Comares, Granada, 2011.

— *La protección penal de los datos sanitarios*, Comares, Granada, 2007.

Jorge Barreiro, A., «El delito de revelaciones de secretos (profesionales y laborales)», en T. S. Vives Antón / J. L. Manzanares Samaniego (dirs.), *Estudios sobre el Código Penal de 1995 (Parte Especial)*, CGPJ, Madrid, 1996.

Martí Montesinos, C. y Pidevall Borrell, I., «Accesos a la Historia Clínica, con especial referencia a la disposición adicional tercera de la Ley 41/2002 y al artículo 11.5 referente al acceso a las instrucciones previas», en E. Lizarraga Bonelli / P. González Salinas (coords.), *Autonomía del paciente, información e historia clínica*, Thomson Civitas, Madrid, 2004.

Miguel Sánchez, N., *Secreto médico, confidencialidad e información sanitaria*, Marcial Pons, Madrid, 2002.

Millan Calenti, R., «Historia clínica electrónica: accesos compatibles», en A. Palomar Olmeda / J. Cantero Martínez (dirs.), *Tratado de Derecho Sanitario. Volumen I*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013.

Morales Prats, F., «Artículo 199», en G. Quintero Olivares (dir.) / F. Morales Prats (coord.), *Comentarios al Código Penal Español. Tomo I*, 7.ª edición, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

Paredes Castañón, J. M., «Descubrimiento y revelación de secretos», en D. Luzón Peña (dir.), *Enciclopedia Penal Básic*a, Comares, Granada, 2002.

Romeo Casabona, C. M., *Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos*, Tirant lo Blanch, Valencia 2004.

Ruiz Marco, F., *Los delitos contra la intimidad*, Colex, Madrid, 2001.

Vilasu Solana, M., «El consentimiento general y de menores», en A. Rallo Lombarte (dir.), *Tratado de Protección de Datos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

22

PSEUDOTERAPIAS Y DELITOS CONTRA LA VIDA Y SALUD

M.ª del Carmen Gómez Rivero
Catedrática de Derecho penal
Universidad de Sevilla

SUMARIO: I. Acerca de las pseudociencias. II. Pseudoterapias y delitos contra la vida y salud individual. II.1. La determinación de la infracción del deber de cuidado en el caso de las terapias alternativas. II.2. El específico problema de la imputación del resultado lesivo a la actividad propia de las terapias alternativas. III. Bibliografía.

La eventual responsabilidad por los peligros o daños asociados a una actuación incorrecta con finalidad curativa se ha planteado tradicionalmente en relación con la denominada medicina convencional o medicina basada en la evidencia. Para depurarla, se ha recurrido a la clásica elaboración de la imprudencia, común o del profesional, cuyos parámetros han servido para identificar los casos de infracción de las reglas de la *lex artis* que, en su caso, pudiera determinar la responsabilidad del sanitario, ya sea actuando en solitario o como miembro de un equipo con división horizontal o vertical de funciones.

Ahora bien, junto con la medicina convencional discurre toda una práctica orientada igualmente a conseguir, si no la curación, sí la mejoría o el bienestar del paciente, amparada bajo las que de forma amplia suele denominarse como *pseudociencias.* El término, que evita sustantivar la actividad como medicina o terapia como sin embargo hacen otras nomenclaturas[1], resalta el dato de que no cuentan con el respaldo de la evidencia científica ni se basan en métodos que puedan calificarse como tales. Se trata,

[1] Señala el valor del uso del lenguaje en la materia Lopera Pareja, E., «El debate político sobre las terapias alternativas y complementarias en España en la interfaz entre ciencia, política y sociedad (1979-2018), *Perspectivas de la Comunicación,* 2019, vol. 12, n.º 2, pp. 155 ss. Se trata de un estudio en el que analiza los expedientes parlamentarios en la materia en el periodo de 1979 a 2018. Destaca cómo en los años 2017 y 2018 surgen en el debate parlamentario los términos «pseudociencias» y «pseudoterapias» con connotaciones negativas, subrayando así la intencionalidad de la terminología empleada en el discurso político, pp. 174 s.

en cierta medida, de una definición en negativo respecto de lo que integra la medicina convencional. Terapias alternativas son, en definitiva, todas aquellas que no siguen los métodos propios de la medicina tradicional.

Tanto en el estudio de los aspectos relacionados con la medicina tradicional como en las alternativas es referente de primer orden la obra del querido y admirado maestro, el Prof. Dr. Carlos Romeo Casabona. La líneas de la presente contribución, basada en otra más amplia[2], estuvieron en principio inspiradas por el jubiloso motivo de homenajear al maestro emérito participando en una obra que le sería entregada personalmente por sus discípulos y amigos en el marco de un Congreso científico organizado en su honor. Pero pronto el escrito se tiñó de tristeza al recibir la inesperada noticia de su fallecimiento. Su pérdida no sólo deja un irremplazable vacío en la doctrina penal. Para quienes tuvimos ocasión de tratarle próximamente supone ante todo la marcha de un hombre íntegro y bueno, a quien personalmente siempre agradeceré el apoyo académico que me brindó. Q.e.p.d.

I. Acerca de las pseudociencias

La actualidad de la problemática propia de las llamadas psedociencias se comprende desde el momento en que su recurso dista de ser algo marginal o irrelevante en la sociedad actual, encontrándose su demanda claramente al alza. Así lo ponen de manifiesto distintas estadísticas e informes, que a la vez que ofrecen cifras por edades y estratos sociales de quienes recurren a ellas, explican las principales causas por las cuales estas terapias se presentan en general como atractivas pese a su incapacidad para ofrecer resultados fiables en términos científicos[3]. Suelen destacarse, entre otros factores, la mayor participación del enfermo tanto en la fase de diagnóstico como de tratamiento, su vocación de procurar el bienestar integral del paciente con la consiguiente indagación de todos los aspectos relacionados con su enfermedad y estado —lo que de paso enlaza con una visión más humana y cercana de la relación con el enfermo—, la evitación de los efectos secundarios derivados de la medicina convencional, la confianza en estas terapias para las enfermedades respecto a las que la medicina convencional no puede ofrecer tratamientos eficaces o, simplemente, la ciega creencia personal en esas terapias sin necesidad de verificar científicamente sus resultados.

La aproximación al tratamiento jurídico de este tipo de prácticas aconseja diferenciar, a *grosso modo*, al menos, dos grupos de casos dentro de la vasta fenomenología que integra el concepto amplio de *pseudociencias*. Por un lado, se cuentan las que carecen por

[2] Gómez Rivero, M. C., «Acerca de las pseudoterapias. Entre el limbo jurídico y el Derecho penal», *Estudios penales y criminológicos,* núm. 1 43, 2023, pp. 182 ss.

[3] Véase el reciente estudio sobre el uso y la confianza en las terapias sin evidencia científica realizado en 2020 por la Fundación Española para la Ciencia y la Tecnología, disponible en https://www.conprueba.es/node/113.

completo de cualquier método, residiendo su pretendida eficacia sólo en los supuestos poderes o capacidades personales de quienes la practican, pero no en las propiedades de la práctica en sí. Pertenecería a este segundo grupo la actividad de los curanderos, sanadores o videntes. Por otro, se sitúan las prácticas con finalidad curativa que se basan en un previo método de estudio y parten de una hipótesis. Aun cuando ésta o sus resultados no tengan respaldo científico, su ejercicio requiere la previa adquisición de los conocimientos teóricos y prácticos en que se basa. De forma paradigmática se cuentan en este grupo, entre otras prácticas, la acupuntura o la homeopatía. Precisamente por descansar en una previa elaboración teórica y pretender un enunciado de resultados, es posible que en un momento dado lleguen a obtener respaldo científico, ya sea de la práctica como tal o, al menos, de su aplicación a determinados ámbitos, esto es, siquiera sea con una eficacia limitada o ceñida a funciones específicas[4]. Entre tanto, las que proporcionen algún indicio de eficacia pueden considerarse medidas terapéuticas en fase de experimentación[5], mientras que otras, como por ejemplo la cristaloterapia, la biodanza o la aromaterapia, difícilmente alcanzarán siquiera ese estado, limitándose su reconocimiento, todo lo más, al de ser actos inocuos orientados a la procura de un clima de bienestar del paciente.

La amplia demanda de este tipo de prácticas así como la variedad de sus manifestaciones contrasta con la ausencia de un régimen regulador de su ejercicio que en el orden administrativo trazara los presupuestos y límites con los que resulte admisible su práctica en cada uno de los aspectos que implica[6]: las condiciones profesionales o de cualificación para su ejercicio[7], los centros habilitados para ello[8], las condiciones de

[4] Puede verse al respecto el detallado estado que ofrece el documento publicado por el Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad el 6 de julio de 2011 (www.mspsi.es). Incorpora las evidencias encontradas con respecto a cada una de ellas y su sesgo en función de las enfermedades a tratar. En relación específicamente con la acupuntura véase las páginas 16 ss.

[5] Sería el caso, por ejemplo, de la apipuntura o aplicación del veneno procedente de picaduras de abeja en determinados puntos corporales. Existen investigaciones que se encuentran en fase preclínica, sin que se haya ensayado aún en humanos.

[6] Tan sólo existen algunas iniciativas legislativas de las que da cuenta de manera exhaustiva Lopera Pareja, E., haciendo un recorrido por los distintos expedientes registrados en el Parlamento desde 1979 a 2018. El estudio comprende preguntas escritas y orales al Gobierno, preguntas orales al Pleno, proposiciones no de ley, proposiciones de ley, comparecencias en comisión y mociones, *Perspectivas de la Comunicación,* 2019, vol. 12, n.º 2, *op. cit.,* pp. 155 ss.

[7] En el ámbito comunitario debe citarse el Decreto 31/2007, de 30 de enero, de la Generalitat de Cataluña, por el que se regulan las condiciones para el ejercicio de determinadas terapias naturales. Esta norma fue anulada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en el año 2009, y por la Sala Tercera del TS de 7 de abril de 2011, por considerar que vulneraba la legislación estatal en materia de salud. El Tribunal consideró que el decreto reconocía «el ejercicio de actividades sanitarias a profesionales no sanitarios y en establecimientos no sanitarios».

[8] La única y limitada regulación que existe en la actualidad de la práctica de estas actividades se ciñe a las condiciones de apertura y puesta en funcionamiento de los centros sanitarios contemplada por la Ley 16/2003, de 28 de mayo, y en desarrollo de la misma el RD 1277/2003, de 10 de octubre, por el que

comercialización de los productos en que se basan[9] y, en última instancia, la determinación de las prestaciones y métodos permitidos, aspectos todos ellos que requerirían una ley integral reguladora de la actividad[10].

A la vista de la ausencia de un régimen administrativo regulador, no es de extrañar que nuestro Código penal, a diferencia de otros de Derecho comparado[11], no contenga

---

se establecen las bases generales sobre autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios. Entre las distintas unidades sanitarias que pueden integrarlo cita como U. 101 las «terapias no convencionales», que define como aquella unidad asistencial en la que un médico responsable realiza «tratamientos de las enfermedades por medio de la medicina naturista o con medicamentos homeopáticos o mediante técnicas de estimulación periférica con agujas y otros que demuestren su eficacia y seguridad». Conforme al mismo RD, la autorización, funcionamiento, modificación y, en su caso, cierre de esos centros corresponde a las Comunidades Autónomas. El único efecto que se desprende de esta regulación es que los centros dedicados a terapias no convencionales solo serán considerados como sanitarios cuando exista un médico responsable de realizar los tratamientos. Al margen de esas previsiones queda, pues, la determinación de las condiciones en las que se puedan practicar las terapias naturales en centros no sanitarios.

[9] En relación con los medicamentos homeopáticos y de plantas medicinales, el Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, que deroga la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios remite en su art. 50 a un desarrollo reglamentario la determinación de los requisitos de autorización de medicamentos homeopáticos y el art. 51 prevé que el Ministerio de Sanidad y Consumo elabore un listado de plantas cuya venta se admita o prohíba. El reglamento que desarrolla las previsiones del art. 50 es el RD 1345/2007 de 11 de octubre, por el que se regula el procedimiento de autorización, registro y condiciones de dispensación de los medicamentos de uso humano fabricados industrialmente. En su art. 2.31 define los medicamentos homeopáticos y en los arts. 55 ss. ofrece una clasificación de los mismos y su régimen de inscripción. La Orden 425/2018, de 27 de abril regula la comunicación que deben realizar los titulares de medicamentos homeopáticos a que se refiere la Disposición Transitoria sexta de dicho Real Decreto.

[10] Si bien han existido iniciativas al respecto. Destaca entre ellas la aprobación de una Proposición no de ley por la Comisión de Sanidad y Consumo del Congreso de los Diputados de 11 de diciembre de 2007, cuyo objetivo era «la creación de un grupo de trabajo entre el Ministerio de Sanidad y Consumo y las Comunidades Autónomas para propiciar una reflexión conjunta que concluya con un informe, a efectos de una futura regulación de las terapias naturales en nuestro país». Tal proposición dio paso a la creación por el Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad de un *Grupo de Terapias Naturales,* coordinado por la Dirección General de Ordenación Profesional, Cohesión del Sistema Nacional de Salud y Alta Inspección. Su cometido era realizar un informe que permitiera estudiar la posibilidad de una regulación de las terapias naturales en España. El Grupo elaboró un análisis general de la situación de estas terapias en nuestro país, comprensivo tanto de los conceptos de terapias naturales y su clasificación, como de la evidencia científica sobre cada una de ellas, la situación relativa a la formación de los profesionales, centros y técnica y la situación a nivel comparado. Tras distintas labores de trabajo, el 6 de julio de 2011 se presentó un texto definitivo de conclusiones, que se puede consultar en www.mspsi.es. El interés de los resultados que arroja contrasta con la carencia de su traducción posterior positiva.

[11] Es el caso del Código penal argentino, cuyo artículo 208 castiga con la pena de prisión de quince días a un año, junto con las conductas de intrusismo, al que «1. «sin título ni autorización para el ejercicio de un arte de curar o excediendo de los límites de su autorización, anunciare, prescribiere, administrare o aplicare habitualmente medicamentos, aguas, electricidad, hipnotismo o cualquier medio destinado al

previsión alguna especial en la materia[12], de modo que las irregularidades cometidas en su ejercicio y los potenciales efectos lesivos en distintos bienes jurídicos, entre ellos la salud o la vida de los afectados, habrán de canalizarse conforme a los títulos generales de responsabilidad de la mano de las construcciones dogmáticas también elaboradas con carácter general para su aplicación. La conjunción de ambas carencias, esto es, de una regulación normativa propia y de tipos delictivos específicos relacionados con dicha actividad, no sólo va a plantear en la práctica dificultades interpretativas, sino también importantes limitaciones de la pena o incluso lagunas de punibilidad relacionadas precisamente con la exigencia de la condición de profesional, como sucede por ejemplo con la cláusula de la imprudencia profesional o con el apartado segundo del art. 199 CP, relativo a la quiebra del secreto profesional.

Partiendo, pues, de la ausencia de previsiones específicas en el ámbito que aquí se trata, la posible responsabilidad de los ejercientes habrá de canalizarse conforme a las clásicas previsiones penales en los más variados ámbitos: desde los delitos contra el patrimonio y orden socioeconómico hasta el tipo intrusismo, pasando por los delitos contra la salud pública y, de modo destacado, contra los clásicos bienes jurídicos individuales representados por la vida o salud. Dada la imposibilidad de tratar en estas líneas cada uno de ellos, las consideraciones que siguen se centran en las posibles fuentes de responsabilidad en el marco de aquella actividad por la lesión o puesta en peligro de estos últimos intereses.

II. Pseudoterapias y delitos contra la vida y salud individual

En tanto que, en general, este tipo de prácticas se orienta a la curación de una enfermedad, la mejora del estado de salud o la procura del bienestar de los demandantes de estos servicios, adquiere singular protagonismo la eventual responsabilidad en que puedan incurrir sus ejercientes conforme a los delitos contra la vida o salud.

Aun cuando no puedan descartarse supuestos en los que el sanador actúe con dolo eventual respecto a la producción de un resultado, lo normal será que obre desde el convencimiento personal de sus poderes o de la eficacia del método que pone en práctica, de tal modo que desde su punto de vista el resultado haya de valorarse con un fallo o

---

tratamiento de las enfermedades de las personas, aun a título gratuito; 2.- el que con título o autorización para el ejercicio de un arte de currar, anunciare o prometiere la curación de enfermedades a término fino o por medios secretos o infalibles». Sobre esta regulación, por todos, Riccardini, J.C., «Ejercicio ilegal de la medicina», *Revista pensamiento penal,* no. 14, noviembre 2013.

[12] Si bien no ha faltado alguna iniciativa al respecto. Es el caso de la Proposición de Ley presentada por el grupo parlamentario Ciudadanos en 2018 para tipificar entre los delitos contra la salud pública como delito autónomo la información falsa sobre propiedades curativas de productos no reconocidos por las autoridades sanitarias para el tratamiento de enfermedades graves, BOCG de 7 de septiembre de 2018, serie B, núm. 304-1.

accidente azaroso de la supuesta terapia, cuya validez general no se afecta por ello. Se plantea entonces si realmente procede equiparar su actuación a la de cualquier otro sujeto que comete un delito de lesiones u homicidio por imprudencia y, de forma singular, si para la comprobación de esa responsabilidad son aptos los mismos parámetros que con carácter general maneja la dogmática penal para determinar cuándo existe imprudencia en los más variados ámbitos, también en el relativo a la actuación del profesional sanitario que por inobservancia del deber de cuidado provoca en su quehacer un resultado lesivo. De todo ello se ocupan las consideraciones que siguen.

II.1. La determinación de la infracción del deber de cuidado en el caso de las terapias alternativas

Al igual que sucede en general en cualquier otro ámbito imaginable, también en el que ahora se trata la responsabilidad por imprudencia puede encontrar su origen tanto en un comportamiento activo como omisivo. Corresponden al primer caso los supuestos en que la práctica provoca un claro empeoramiento del estado de salud del paciente o incluso su muerte, lo que sucederá normalmente con aquellas terapias que exceden de la procura de un bienestar a quienes las reciben y presentan cierto carácter invasivo, comportando riesgos para la salud. Por su parte, la responsabilidad en comisión por omisión se planteará normalmente allí donde la oferta de dichas terapias se asocie a la invitación al enfermo de abandonar las de carácter convencional. Desde luego las dudas no se presentan a la hora de fundamentar el presupuesto de tal juicio, a saber, la posición de garantía del practicante, que en estos casos habrá de hallarse la mayoría de las veces en un acto de previa injerencia, no ya al asumir el tratamiento del paciente, sino al indicarle apartarse de las posibilidades que ofrece la medicina convencional. Las dificultades proceden de la complejidad de imputar el empeoramiento del enfermo o incluso su muerte a la ausencia de la terapia aconsejada por aquélla; esto es, de determinar que dicha omisión represente desde un punto de vista *ex ante* un riesgo relevante de producción del resultado, así como, ya desde un punto de vista *ex post*, que el resultado sea imputable al comportamiento omisivo.

Si este juicio no está exento de complejidad allí donde se plantea la omisión de la prescripción del tratamiento adecuado por parte de los sanitarios[13], las dificultades se multiplican en relación con las terapias alternativas, en tanto que es necesario tener en cuenta factores de tan difícil constatación como si el paciente efectivamente habría recurrido a las terapias convencionales caso de no haber recibido la indicación de abandonar la medicina tradicional o incluso a si, caso de haber acudido a un médico, éste

[13] De ello tuve ocasión de ocuparme en *La responsabilidad penal del médico,* Valencia, 2008, p. 329 ss.

habría diagnosticado y tratado correctamente la enfermedad y, sobre todo, si el estado de la misma permitía augurar algún éxito en su tratamiento médico[14].

Sin obviar estas y otras dificultades de prueba relacionadas con las peculiaridades de las pseudoterapias, las consideraciones que siguen se ocupan de las premisas generales conforme a las que apreciar, en su caso, la responsabilidad penal por negligencia de sus ejercientes, tanto por acción como por omisión. Aun cuando el prototipo de su ejercicio corresponde a quien no ostenta la condición de profesional sanitario, también es perfectamente imaginable su práctica por parte de quien sí lo es, ya sea por prescribir este tipo de terapias no convencionales como medicina alternativa, o bien como complementaria a aquella propia de la especialidad de su competencia.[15]. Por ello, para clarificar la exposición de los distintos casos se trata por separado la responsabilidad en que pueden incurrir los practicantes de las terapias no convencionales según sean o no profesionales sanitarios.

a.- La práctica del ejercicio de pseudoterapias por parte de un profesional de la salud.

Es un principio prácticamente indiscutido que el respeto de las reglas de la lex artis a las que están obligados los ejercientes de la medicina tradicional es compatible con el necesario reconocimiento de un margen de libertad al profesional a la hora de elegir el concreto método terapéutico, tomando en cuenta para ello todas las circunstancias concurrentes, básicamente las que conciernen a las singularidades que presenta el paciente. En esa valoración puede inclinarse por utilizar, por ejemplo, un método con una eficacia más limitada que otro pero que sin embargo carece de los graves efectos secundarios que este podría tener para el paciente en cuestión[16].

La aceptación de esta premisa lleva necesariamente a reconocer que el recurso las terapias no convencionales, pero con cierto respaldo científico forma parte igualmente de los métodos por los que puede optar el profesional sanitario[17]. También, en efecto, aquellas terapias alternativas que gozan de cierto reconocimiento en sus efectos integran el elenco de opciones entre las que aquél puede elegir a la hora de pautar un tratamiento Presupuesto para ello será, en todo caso, el respeto de las reglas de la prudencia que

[14] Schmid, H.,«Die grenzen der Therapiefreiheit», NJW 1986,NJW 1986, *op. cit.,* p. 2342.

[15] De hecho, en distintas Universidades españolas se imparten cursos dirigidos a médicos y orientados a su capacitación en terapias naturales, como homeopatía y acupuntura, siendo posible acceder igualmente a formación especializada cursando estudios carentes de titulación sanitaria homologada, como puede ser la quiropráctica. Véase el ya citado documento publicado por el Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad del año 2011, pp. 38 ss.

[16] Por todos, Klinger, G., *Strafrechtliche Kontrolle medizinischer Aussenseiter,* Stuttgart, 1995*,* pp. 45 ss; 80.

[17] En este sentido, por ejemplo, en relación con la homeopatía, Müller, S. / Raschke, A., «Homöopathie durch Ärzte und die Einhaltung des medizinischen Standards», *NJW* 7/2013, pp. 429 ss. En general, entre otros, Vogeler, M., «Die Haftung des Artzes bei der Anwendung neuartiger und umstrittener Heilmethoden nach er neuen Rechtsprechung des BGH», en MedR, 2008, pp. 697 ss., 700.

en general debe inspirar la actuación del médico, que reclama como parámetros de la comprobación, junto al juicio de previsibilidad, la infracción del deber objetivo y subjetivo de cuidado.

Precisamente las peculiaridades de las terapias objeto de estudio obligan a tener en cuenta una serie de singularidades a la hora de determinar la conformidad o no de aquel tipo de prescripción con las reglas de cuidado. Para empezar, las que se refieren a la acotación de los casos en los que el riesgo implícito a la indicación de ese tipo de prácticas pueda considerarse permitido. Sabido es que tal juicio descansa tradicionalmente en una ponderación que compara, por un lado, los efectos esperables o la utilidad que reporta socialmente una conducta que en general se considera peligrosa y, por otro, los posibles riesgos esperables de ella, resultando que el juicio de su permisibilidad supone reconocer la inclinación por sus ventajas en el balance frente a sus riesgos. Las premisas lógicas de un razonamiento de este tipo se desvanecen en buena medida en el ámbito que ahora se aborda, en tanto que, o bien se trata de prácticas carentes por completo de rigor, o bien, aun contando con cierto reconocimiento en torno a los efectos de ellas esperables —siquiera sea con base en los datos de la experiencia—, su elevado componente de incertidumbre determina que no resista una comparación riesgos/beneficios en idénticos términos a los que son propios del ejercicio de la medicina convencional. No procede, en efecto, hablar de ventajas o beneficios y, con ello, de formular un juicio de indicación que prevalezca sobre los riesgos que eventualmente comporte[18]. En el caso de terapias sin eficacia demostrada lo que procede, por el contrario, es hacer un juicio de «no contraindicación» para que pueda predicarse la *tolerancia* del Derecho hacia una práctica que carece de evidencia científica. Su enunciado no sólo habrá de tener en cuenta las características propias de la terapia alternativa, sino también —y, sobre todo— la relación que guarda con las posibilidades que ofrece la medicina tradicional, en tanto que la no contraindicación de la primera reclama no sustraer al paciente de los beneficios de la segunda. Sin pretender agotar la casuística que pudiera presentarse, pueden enunciarse ciertos grupos de casos en los que sería posible reconocer la «no contraindicación». El primero lo integrarían aquellos caracterizados de modo amplio por el dato de que la medicina convencional no puede ofrecer un tratamiento eficaz al paciente. Se incluyen aquí los supuestos en los que no exista una terapia indicada por aquella medicina para la enfermedad en cuestión; así como aquellos otros en los que

[18] Se maneja de este modo el término «indicación» en el sentido de aquello que es aconsejable para el enfermo, y no en el de procedencia o tolerancia de la práctica. Tal vez lo emplee también en este sentido Romeo Casabona, C., cuando afirma que «al menos, teóricamente, podrán ser aceptadas no sólo las distintas orientaciones de la llamada Medicina convencional, sino también aquellas otras que se apartan de ésta (homeopatía, etc.), siempre que se haya demostrado la indicación en todas sus vertientes», *El médico y el Derecho penal. Tomo I. La actividad curativa. Licitud y responsabilidad penal,* Buenos Aires, 2011, p. 185.

el tratamiento convencional resulte, por sus efectos, no indicado para el paciente en el caso concreto. Se cuentan también en este grupo los casos en los que la solución que ofreciera la medicina convencional se encontrase todavía en fase de experimentación, siendo por otra parte detectables una serie de indicios acerca de los eventuales efectos beneficiosos esperables de las terapias naturales.

Se trata, dicho de otro modo, de los supuestos en los que la solución propuesta por la medicina alternativa se plantea como un recurso residual ante la ausencia de terapias convencionales, de modo que, aun sin descartar su fracaso e incluso algún posible efecto no deseado, se valora como un riesgo de asunción tolerable o adecuado. Presupuesto para ello será la concurrencia de los requisitos que suelen exigirse para admitir la experimentación humana; básicamente y además del estado de enfermedad actual, la plena información del paciente acerca de los posibles efectos y riesgos asociados a su práctica y, a partir de ella, la prestación de su consentimiento.

Junto con este primer grupo de casos, la «no contraindicación» de las pseudoterapias habría de apreciarse allí donde el tratamiento alternativo presente exclusivamente carácter complementario al convencional, sin que por otra parte su aplicación conjunta merme los efectos de éste. En tanto que la práctica se considere por completo inocua, de modo que lo único que se ponga en tela de juicio sea la consecución de las propiedades que dice tener, habría de considerarse como tolerada sin necesidad de recurrir siquiera a los parámetros propios de la medicina experimental.

En cualquiera de los supuestos, la licitud de la práctica en las condiciones descritas requerirá, al igual que sucede en general con la aplicación de cualquier tratamiento médico, la concurrencia del consentimiento informado del paciente, punto de partida de cualquier acto médico. Así lo exige con carácter general el art. 2 de la Ley 41/2002, conforme al cual, «Toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios», cuya validez precisa a su vez —siguiendo la terminología del mismo precepto—, una información adecuada. En el caso de las terapias alternativas, tal exigencia demanda, al menos, que el paciente haya sido informado de la condición de no convencional de la terapia, de sus posibles riesgos y beneficios esperados en comparación con los propios de la medicina convencional y, caso de presentarse de modo complementario a ésta, el conocimiento de los posibles efectos o interacciones con los resultados esperables de ella. De faltar aquella información y el consiguiente consentimiento del enfermo, la actuación del médico habría de considerarse como no permitida[19].

[19] Cierto es que pudiera plantearse la eventual exención de responsabilidad del médico por los vicios en el consentimiento si el juez o tribunal llegara al convencimiento de que el paciente habría consentido en todo caso el tratamiento no convencional caso de que hubiera sido correctamente informado de todos sus extremos.

Mayor complejidad plantea el caso en el que el sanitario prescribiera una terapia de eficacia no probada fuera de los supuestos antes acotados de permisibilidad del riesgo; en concreto, con carácter excluyente de las posibilidades que ofrece la medicina para la enfermedad en cuestión, así como en los casos en que existan indicios o sospechas acerca de la posible merma de los efectos de ésta en el caso de su prescripción con carácter complementario. En relación con lo primero, puede decirse que la renuncia al recurso terapéutico convencional y de reconocido respaldo científico habría de considerarse extramuros del ámbito de libre elección de la terapia de que en principio dispone el médico, debiéndose valorar, por tanto y a salvo de una justificación singular en el caso concreto[20], como una actuación contraria a la *lex artis* de la que podrá derivarse, en su caso, responsabilidad penal por los eventuales resultados lesivos que llegaran a producirse. Como tales habrían de considerarse, no sólo los asociados a la terapia en cuestión, sino también los derivados de la omisión de la medicina convencional, responsabilidad que discurrirá la mayoría de las veces a título de imprudencia[21]. El tratamiento del enfermo sin respetar dichas exigencias bien pudiera dar lugar, incluso, a la apreciación de la cláusula de la imprudencia profesional allí donde aquella prescripción se considerase por completo incompatible con la pericia y habilidades esperables de quien debe poseer la formación, conocimientos y capacidades propias de un profesional de la sanidad, y a consecuencia de ello se verificase la producción de un resultado de muerte o lesiones. Se trataría, en definitiva, de aplicar en este contexto las reglas generales de la *lex artis* que gravan a los profesionales sanitarios, y cuyo análisis cotejado con la actuación que ha tenido lugar en la realidad arrojará el correspondiente juicio en torno a la existencia y gravedad de la

---

Obviamente lo normal es que el propio paciente esté dispuesto a aceptar esta hipótesis allí donde, ya *ex post*, pueda afirmarse que el tratamiento alternativo ha tenido algún efecto beneficioso, planteándose la mayor dificultad en los casos en que sus resultados fueran adversos. En realidad, a la hora de realizar tal juicio de comprobación hipotética el juez o tribunal puede acoger dos modelos distintos. El primero pasaría por comprobar con una probabilidad rayana en la certeza que el enfermo habría consentido en cualquier caso; el segundo consideraría suficiente la comprobación de que, de haber sido correctamente informado, se habrían incrementado notablemente las posibilidades de que hubiera rechazado la terapia.

Este segundo modelo, que conduce a todas luces a una ampliación de la posible responsabilidad del agente es el único que resulta admisible a la vista de la imposibilidad de afirmar con certeza lo que habría realizado el sujeto en cuestión en el caso de contar con la información. En tal juicio, no sólo habrá que tener en cuenta las circunstancias subjetivas de aquel, sino también las que en condiciones objetivas habrían influido en cualquier persona. De forma general, sobre la dificultad de formular juicios hipotéticos relacionados con la voluntad del enfermo puede verse Días Lestón, L., «Consentimiento hipotético y autonomía del paciente. Una reconstrucción analítica del debate», *ADPCP,* LXXXV, 2022*,* pp. 729 ss.

[20] Por ejemplo, como se ha referido más arriba, la intolerancia del enfermo a los posibles efectos secundarios del tratamiento. Sobre esta cuestión, por todos, Müller, S. / Raschke, A. *NJW* 2013, *op. cit.,* p. 430.

[21] Si bien no sería descartable el dolo eventual allí donde fuese posible descubrir una actitud de indiferencia frente al resultado dañino que, por las características del método empleado, se presenta con una alta probabilidad de producción.

mala praxis, con la consiguiente eventual apreciación de los tipos de homicidio o lesiones a título imprudente allí donde llegara a producirse un resultado lesivo.

Ni que decir tiene que la eventual responsabilidad por estos títulos quedará desvirtuada allí donde un paciente adulto y no sujeto a situación especial de dependencia manifieste de modo espontáneo, libre y expreso su voluntad se someterse a un tratamiento alternativo, al rechazar por convicciones personales las posibilidades que le ofrece la medicina tradicional. En tal caso, el reconocimiento del respeto de la autonomía del paciente, consagrado a nivel positivo en el art. 8 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre[22], lleva a reconocer el valor prioritario de su voluntad y en consecuencia a entender que la negativa del enfermo al tratamiento convencional legitima que el profesional le preste esas otras, pese a la inseguridad de sus efectos y en todo caso su menor eficacia, con la consiguiente exclusión de cualquier juicio de responsabilidad penal[23].

b.- La eventual responsabilidad por un resultado lesivo de quienes no ostentan la cualidad de profesional sanitario

Se centran las consideraciones que siguen en la eventual responsabilidad por la producción de un resultado lesivo en la vida o salud en que pueden incurrir quienes practican la medicina alternativa sin tener la condición de profesionales de la sanidad y sin impartir su actividad en los centros susceptibles de autorización como sanitarios conforme al RD 1277/2003, de 10 de octubre, por el que se establecen las bases generales sobre autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios. Ante la ausencia de una normativa integral que estableciera los requisitos de formación y titulación para practicar estas terapias, conviven en su ejercicio profesionales sanitarios en los términos referidos en el apartado anterior con los no sanitarios, con una formación muy desigual[24]. Se trata en todo caso de sujetos que no están vinculados por las pautas de actuación

[22] «Toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que recibida la información prevista en el artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso».

[23] Esta misma solución suele sostenerse la literatura alemana. Entre otros, SCHMID, H., NJW 1986, *op. cit.,* p. 2341; SIEBERT, A., *Strafrechtliche Grenzen ärztlicher Therapiefreiheit,* Berlin, Heidelberg, New York, 1983, pp. 118 ss.,159

126. En este ordenamiento el legislador reconoce expresamente en el parágrafo 226 el valor eximente del consentimiento en las lesiones, si bien con la única limitación de que el acto no sea contrario a las buenas costumbres («guten Sitten»). Sobre su concepto véase el mismo autor pp. 114 ss., planteando en pp. 116 ss si como tal pueden considerarse las prácticas médicas sin reconocimiento científico, lo que considera que sucedería, entre otros, en los casos en que, pese a mediar el consentimiento del paciente el acto con apariencia curativa carece de cualquier eficacia

[24] Se cuentan entre ellos desde titulados universitarios de distintas ramas, pasando por quienes han superado cursos privados, en academias o centros no oficiales, vendedores o dependientes de tiendas de productos naturales —herboristería y centros de dietética— que realizan labores de asesoramiento e incluso de diagnóstico, hasta llegar a quienes carecen de cualquier preparación, entre los que se cuentan quienes dicen aplicar sus poderes personales —o divinos—.

genéricamente exigibles a los profesionales sanitarios y respecto a los que se plantea el trazo de los parámetros conforme a los que enjuiciar la conformidad o no a cuidado del concreto comportamiento llevado a cabo.

En el apartado relativo al ejercicio de las pseudoterapias por parte de los profesionales de la salud se acotaron una serie de supuestos en los que su práctica debe considerarse como un riesgo no permitido. A partir de ellos, procede señalar exclusivamente las peculiaridades que introduce en aquel diseño el dato de que quien aplique tales terapias no sea un profesional de la medicina. Para empezar, la carencia de tal condición determina que entre los supuestos de no permisibilidad del riesgo deba contarse la asunción de actos de diagnóstico por parte de quienes ni son profesionales sanitarios ni tienen los conocimientos requeridos para ello, siempre que dicha labor la presenten como respaldada en un método con eficacia reconocida y con carácter excluyente de la medicina convencional[25]. Las graves consecuencias que puede tener un falso diagnóstico, ya sea positivo o negativo, impide considerar como permitida la actuación de quienes, con la apariencia de basar el diagnóstico en un procedimiento y con carácter excluyente de la medicina convencional, asumen la fase más compleja, insegura y a su vez más trascendental de la actividad médica[26]. En tales casos podría hablarse ya de culpa por el emprendimiento mismo de la actividad de diagnóstico[27].

[25] Sería el caso del supuesto enjuiciado por la también STS de 23 de marzo de 2005, en el caso de quien se autodenominaba «doctor y especialista en biocibernética cuántica y holográmica y medicina neurofocal», y en su consulta diagnosticaba y prescribía medicamentos a sus pacientes. En aplicación de sus peculiares teorías proponía a menudo la extracción de todas o parte de las piezas dentarias, por considerar los problemas de dentadura como el origen de todas las enfermedades.

Distinto sería el caso, por ejemplo, en el que un curandero usando pelos del enfermo e invocando poderes sobrenaturales asumiera la labor de diagnóstico. La falta de cualquiera apariencia de rigor del método llevaría a cuestionar el riesgo real de que un paciente medio pueda desplazar con tal recurso el que le ofrece la medicina convencional.

[26] Todo ello sin perjuicio de que eventualmente pudiera decaer la responsabilidad del ejerciente allí donde el paciente fuera plenamente conocedor del carácter acientífico del método y no se le hubieran ofrecido razones engañosas para abandonar la medicina convencional, casos en los que su consentimiento a una actividad de riesgo llevaría a excluir la imputación del eventual resultado que se produjera por no corresponder éste al ámbito de protección de la norma.

[27] En la doctrina alemana así lo sostiene Tamm, B., *Die Zulässigkeit von Aussenseitermethoden und die dabei zu beachtenden Sorgfaltspflichten,* Berlin 2007*,* pp. 118 ss., si bien usando el impreciso y subjetivo criterio de ceñir el reproche penal a los casos en que el practicante a la vista del análisis de sus capacidades hubiera podido reconocer que sus habilidades y conocimientos no eran suficientes para el diagnóstico o tratamiento de la enfermedad del paciente, o bien cuando aun reconociéndolo, confiase en que no causará un resultado lesivo. Frente este criterio, entiendo que si el método no cuenta con respaldo científico la prohibición de actos de diagnóstico excluyentes de la medicina convencional se mantiene con independencia de lo que opine el ejerciente sobre sus conocimientos y capacidades. Cuestión distinta será, como se ha venido sosteniendo, que ese reproche decaiga por razones relacionadas con el consentimiento del enfermo adecuadamente informado.

También en relación con la fase de tratamiento es posible el trazo de una serie de criterios conforme a los cuales mensurar la corrección de la práctica. Vaya por delante que si el practicante en cuestión realiza actos terapéuticos también llevados a cabo por los profesionales de la salud, el enjuiciamiento de la conformidad a cuidado de su actuación permite trasladar los mismos parámetros aplicables a los profesionales sanitarios, incluyendo los conocimientos y habilidades necesarios para el ejercicio en cuestión[28]. En tanto que independientemente de la cualidad de quien ejerce la actividad, su práctica requiere la previa adquisición de los conocimientos teóricos y prácticos en que se basa el método, la prudencia o no del comportamiento no depende de la condición del sujeto que lo lleva a cabo, sino del respeto de las pautas en que se basa. Tan sólo por poner algunos ejemplos, bastaría pensar en relación con la acupuntura en la localización de los puntos de inserción de las agujas según las distintas patologías o la duración de tratamiento; o ahora en relación con la homeopatía, en la cuantificación de las dosis de las sustancias en cuestión cuando, como sucede con el aconitum, requieren por su toxicidad no superar las dosis estandarizadas.

Al margen de estos casos, la genuina dificultad surge en aquellos otros en los que la práctica en cuestión, si bien responde a un método, es exclusiva de los ejercientes de las terapias alternativas. Se plantea entonces si la indagación de la eventual imprudencia puede baremarse conforme a reglas similares a las propias de la *lex artis* que rigen el desarrollo de la medicina convencional. Si bien no han faltado propuestas en tal sentido[29] y ciertamente es posible tomar como parámetro el modelo ideal representado por el practicante mejor formado y experimentado, la vaguedad de ese modelo de referencia impide el trazo de referentes sólidos de juicio. En realidad, el único elemento inequívocamente integrante de esa supuesta *lex artis* específica vendría representado por la exigencia de la formación en el respectivo método y la continua actualización de los conocimientos en la materia, como garantía de la concurrencia de los presupuestos

[28] Entre otros, TAMM, B., *Die Zulässigkeit von Aussenseitermethoden und die dabei zu beachtenden Sorgfaltspflichten, op. cit.,* pp. 138 ss, 144, quien en el caso de actos invasivos o que comportan un considerable peligro y son practicados también por los médicos remite al deber de cuidado exigible a éstos. En el resto de casos el parámetro para mensurar la imprudencia sería el de practicante sensato («gewissenhafte Heilpraktiker»), entendiendo por tal quien posee y actualiza los conocimientos necesarios para el ejercicio de la práctica, añadiendo además el conocimiento de los métodos propios de la medicina convencional. Véase también TAUPITZ, J., «Der Heilpraktiker aus der Sicht des Haftungsrechts: 'Arzt', 'Mini Arzt' oder Laie?», *NJW* 1991, pp. 1509 s., formulando a su vez tal diferencia sobre la base de lo que sean o no métodos invasivos.

[29] Admite la posibilidad de identificar una 'lex artis' en las terapias alternativas MONTANO, P.J., *Medicinas alternativas y Derecho penal,* Buenos Aires, 2003, p. 91, basando su aceptación en la similitud con los casos de experimentación terapéutica: «quienes las aplican están obligados a registrar objetivamente sus observaciones y resultados para hacer posible la evaluación de la eficacia de sus métodos».

mínimos para su ejercicio[30]. Más allá de ello, a la hora de determinar la conformidad o no al cuidado debido de la actuación del ejerciente en cuestión, el protagonismo lo cobra la atención a las reglas de la experiencia. Esas reglas arrojarán como resultado una actuación imprudente allí donde, por ejemplo, la técnica empleada sea potencialmente lesiva y no se observen las máximas básicas de su uso (caso de empleo de aparatos que pueden producir quemaduras o de sustancias que aun siendo naturales en determinadas dosis pueden resultar lesivas para el organismo), o cuando el ofrecimiento de la terapia en cuestión a otros pacientes tratados con ella previamente hubiera demostrado potenciales efectos adversos a la salud, ya sea con carácter general o al menos bajo determinadas circunstancias.

Mención aparte merecen los casos en que la pretendida terapia carezca por completo de una hipótesis previa con base en la cual pudiera llegar a fundamentarse en el futuro su cientificidad. En ellos, como ocurre por ejemplo con los curanderos, resulta inviable cualquier pretensión de identificar una supuesta regla de procedimiento que sirva de parámetro conforme al que identificar, en su caso, una actuación imprudente. No existe, en efecto, un recto ejercicio de la sanación, ni es por ello practicable un juicio comparativo entre lo que hizo el sanador y el modo en el que debió haber actuado. Simplemente, habría que decir, la conducta de quien ofrece posibilidades de curación basadas en métodos sobrenaturales o en las supuestas propiedades del sanador no encontraría otros parámetros que las reglas generales de experiencia y prudencia en la actuación.

Por otra parte, y en lo que atañe a la comprobación de los parámetros propios de la observancia del deber subjetivo de cuidado, sabido es que éste reclama atender a los conocimientos y capacidades singulares del sujeto en cuestión[31]. Su aplicación al grupo de casos que ahora se trata lleva de nuevo a distinguir entre aquellas terapias que se basan en un método y las que no lo hacen. Mientras que en relación con estas últimas pierde cualquier sentido indagar acerca de las habilidades, por ejemplo, del curandero respecto a las prácticas que profesa, la atención a las condiciones subjetivas del practicante resulta indispensable en aquellas actividades no reconocidas científicamente pero basadas en un método y en una hipótesis de partida. En la medida en que hemos afirmado líneas más arriba que quienes la practican deben ajustar su quehacer al

[30] En la doctrina alemana, véase por ejemplo Cramer, R., *Strafrechtlich Grenzen der Therapiefreiheit und der Heilbehandlung durch Heilpraktiker,* 1995*,* pp. 151 ss. Allí donde se trata de un método practicado exclusivamente por ejercientes de la medicina alternativa, concreta el deber de cuidado en aspectos como la continua formación y puesta al día de los conocimientos en la materia, pp. 156 ss; Taupitz, J., *NJW* 1991, *op. cit.,* pp. 1507 ss.,

[31] Partimos de esta concepción aun reconociendo que no es unánime. En relación específicamente con las terapias alternativas se decanta por su ubicación en la culpabilidad, por ejemplo, Cramer, R., *Strafrechtlich Grenzen der Therapiefreiheit und der Heilbehandlung durch Heilpraktiker, op. cit.,* pp. 141 s*;* Tamm, B., *Die Zulässigkeit von Aussenseitermethoden und die dabei zu beachtenden Sorgfaltspflichten, op. cit.,* pp. 197 ss.

procedimiento y a las pautas de administración que requiere, será necesario ante todo que posean los conocimientos y habilidades mínimas para su ejercicio, lo que reclama una continua formación y actualización en la materia[32], pudiendo hablarse en otro caso de culpa por el emprendimiento mismo de la actividad[33]. Bastaría pensar en el caso de quien practica la acupuntura con la finalidad de tratar una fibromialgia, siendo así que carece de los conocimientos en que se basa el método. Otro tanto habría que decir de quien dispensa productos homeopáticos sin conocer las pautas y modo de administración de la sustancia en cuestión.

Más dificultad pudiera plantear la determinación del papel que corresponde a los eventuales conocimientos y capacidades que posea el sujeto sometido a enjuiciamiento cuando éstos se consideren superiores a la media. Dado que se parte de que la actividad emprendida no tiene reconocidos científicamente sus pretendidos efectos, la existencia de conocimientos o habilidades superiores en el sujeto que la practica está llamado a jugar un papel realmente reducido, puesto que si se considera, como creo que debe hacerse, que la virtualidad de tales criterios es la de fundamentar, en su caso, una responsabilidad en comisión por omisión[34], las bases de tal juicio son difícilmente reconocibles en una actividad que, con independencia del modo en el que se ejerza, no goza de reconocimiento científico en sus efectos. Por ello, se ejerza con los conocimientos o con las capacidades con que se ejerza, no es de esperar de la omisión de una determinada forma de prestarlo un eventual resultado lesivo por el que a título de omisión debiera responder quien no ha desplegado en su práctica todas sus habilidades o conocimientos.

Singularmente compleja se plantea la cuestión relativa a si, allí donde conforme a los parámetros anteriores se afirme el desvalor de acción propio del delito imprudente, sería posible aplicar la cláusula de la imprudencia profesional que, como es sabido, contempla nuestro Código penal para los casos de imprudencia más graves en relación con la producción de un resultado de homicidio, lesiones, aborto o lesiones al feto. Según entiendo, la falta de reconocimiento normativo de la actividad de los ejercientes de las pseudoterapias es incompatible con el sentido de esta cláusula. No le falta razón a Silva Sánchez cuando apunta como su posible fundamento el dato de que quien ha asumido el cuidado del paciente «goza de un monopolio, protegido por el Estado, para

[32] Entre otros, Tamm, B., *Die Zulässigkeit von Aussenseitermethoden und die dabei zu beachtenden Sorgfaltspflichten, op. cit.,* pp. 138 ss., 148; Cramer, R., *Strafrechtlich Grenzen der Therapiefreiheit und der Heilbehandlung durch Heilpraktiker, op. cit.,* pp. 156 ss.

[33] Entre los conocimientos exigibles entienden algunos autores que deben comprender también los métodos de la medicina convencional a disposición del paciente. Es el caso, por ejemplo, de Tamm, B., *Die Zulässigkeit von Aussenseitermethoden und die dabei zu beachtenden Sorgfaltspflichten, op. cit.,* pp. 138 ss, Frente a esta postura considero que el parámetro de lo que debe conocer el ejerciente se ciñe a la práctica que emplea, siendo suficiente que conozca que no pertenece a los métodos propios de la medicina convencional.

[34] De ello tuve ocasión de ocuparme en *La responsabilidad penal del médico, op. cit.,* pp. 386 ss.

la realización de ciertos actos, en virtud de una presunción de conocimiento de determinadas materias y dominio de ciertas técnicas. La asunción por profesional determina la inhibición de terceros en general y de otros profesionales en particular»[35]. En tanto que las terapias alternativas no gozan de un reconocimiento normativo ni requieren, por ello, para su ejercicio la superación de pruebas regladas que acrediten los conocimientos y capacidades exigibles, difícilmente podrá considerarse la imprudencia cometida en ese contexto como extraordinariamente grave desde el punto de vista de lo que se exige para el ejercicio de la profesión. Dicho de otra forma, si como suele ser afirmación común en la jurisprudencia, «la imprudencia profesional aparece claramente definida en aquellos casos en que se han omitido los conocimientos específicos que sólo tiene el sujeto por su especial formación»[36], como mínimo inconsistente parece su apreciación cuando no está estandarizada la formación que requeriría el ejercicio de la actividad. Cuestión distinta será la posibilidad de imponer como pena accesoria conforme a las reglas generales del Código penal la inhabilitación especial del art. 45 CP que, junto a la de la profesión, industria o comercio, contempla la de «otras actividades, sean o no retribuidas».

II.2. **El específico problema de la imputación del resultado lesivo a la actividad propia de las terapias alternativas**

La naturaleza de esta contribución impide abordar la compleja cuestión de la prueba de la relación causal en procesos en los que, como es propio de la medicina, se combinan múltiples factores que dificultan la identificación del concreto agente causante del daño. La incertidumbre que en general rodea a cualquier acto terapéutico, convencional o no, plaga de dificultades aquel juicio, al tener que deslindar el efecto propio de la práctica en cuestión de factores que tienen que ver, no sólo con otras patologías que padeciera el enfermo, sino con la singular reacción de su cuerpo a la sustancia que se le administra. En esta labor resulta de singular relevancia el dictamen pericial, sin que la elaboración sustantiva pueda aportar más de lo que ya lo hacen los clásicos enunciados de las teorías de la causalidad. Más interés en este sentido parece tener la referencia al modo en que están llamados a operar en la materia los clásicos juicios de imputación normativa entre el desvalor de acción y de resultado.

El traslado a este ámbito la clásica formulación de Roxin requiere determinar si realmente la terapia emprendida representó un incremento relevante del riesgo de producción del resultado lesivo, que el riesgo en él plasmado fue realización del riesgo derivado del recurso a las terapias no convencionales, así como que quedaba comprendido en el ámbito de protección de la norma. El primero de los criterios, el de la creación de un

[35] Silva Sánchez, J.M., *Medicinas alternativas e imprudencia médica,* Barcelona, 1999, p. 24.

[36] Por ejemplo, STS de 27 de marzo de 2002, haciendo suya una fórmula ya contenida en la STS de 3 de octubre de 1997.

riesgo que incrementa de modo significativo las posibilidades de producción del resultado, llevará a excluir del ámbito de la responsabilidad penal por homicidio o por lesiones aquellos casos en los que no hubiera sido decisiva para su producción la prescripción de la terapia no convencional. Tal situación se bifurca en una dualidad de supuestos atendiendo al origen del juicio de reproche que fundamenta el desvalor de acción. El primero de ellos lo representarían los casos en los que la imprudencia se hubiera fundamentado en el carácter excluyente con el que se prescribe la terapia no convencional respecto a la medicina tradicional, que en el caso en cuestión podría ofrecer remedios para la dolencia del sujeto. Allí donde pudiera demostrarse que, dado lo avanzado de la enfermedad o a la vista de las características peculiares que presentaba el paciente, la aplicación de las terapias tradicionales no hubiera impedido el resultado en un plazo temporal próximo a aquél en el que ha acaecido, habría de concluirse excluyendo la imputación del resultado al practicante de la terapia. Sería, por ejemplo, el supuesto de un enfermo terminal en estado avanzado que recurriese en su último mes de vida a la ayuda de un curandero que le aconsejase tratar la enfermedad exclusivamente con remedios naturales.

El segundo grupo de casos corresponde a aquellos en los que el desvalor de acción de la conducta consista en la prescripción o práctica inadecuada de las terapias no convencionales, tipología que necesariamente remite a aquellas que se basan en un método y siguen un procedimiento con expectativas de verificación científica. Sería el caso tantas veces repetido de la acupuntura o la homeopatía. Así, habría de excluirse igualmente la imputación del resultado en el supuesto, por ejemplo, de prescripción por el homeópata de elevadas dosis de acónito contraindicadas para un paciente con una enfermedad cardiovascular, si bien su muerte se produce por un ataque cardiaco asociado a los problemas coronarios que ya padecía al inicio del tratamiento.

Por su parte, por exclusión de la realización en el resultado del riesgo contenido en la acción habrá de quedar al margen de la responsabilidad penal el caso, por ejemplo, en el que el empeoramiento de la enfermedad o incluso la muerte del enfermo se explicase por razones ajenas a la terapia que recibe o a la ausencia de terapia convencional. Sirva de ejemplo el supuesto en el que el fallecimiento del aquejado de cirrosis que se trata exclusivamente con plantas naturales y acupuntura se desencadenase al contraer una neumonía. Por último, la atención al ámbito de protección de la norma está llamado igualmente a dejar fuera del ámbito de la responsabilidad penal determinados casos que no se corresponden con la filosofía y razón de ser de la prohibición. Sería el caso en el que mediase el consentimiento del paciente en la actividad de riesgo, valorables, en su caso, como de autopuestas o heteropuestas en peligro.

III. Bibliografía

Cramer, Regine, *Strafrechtlich Grenzen der Therapiefreiheit und der Heilbehandlung durch Heilpraktiker- Dissertation,* 1995.

Días Lestón, Leandro, «Consentimiento hipotético y autonomía del paciente. Una reconstrucción analítica del debate», *ADPCP,* LXXXV, 2022.

Gómez Rivero, M.ª del Carmen, *La responsabilidad penal del médico,* Segunda edición, Valencia 2008.

— «Acerca de las pseudoterapias. Entre el limbo jurídico y el Derecho penal», *Estudios penales y criminológicos,* n1 43, 2023.

Klinger, Gabriel., *Strafrechtliche Kontrolle medizinischer Aussenseiter,* Stuttgart, 1995.

Lopera Pareja, Emilia Hermelinda, «El debate político sobre las terapias alternativas y complementarias en España en la interfaz entre ciencia, política y sociedad (1979-2018), *Perspectivas de la Comunicación,* 2019, vol. 12, n.º 2.

Montano, Pedro, *Medicinas alternativas y Derecho penal,* Buenos Aires, 2003.

Müller, Sebastian / Raschke, Andreas., «Homöopathie durch Ärzte und die Einhaltung des medizinischen Standards», *NJW* 7/2013.

Riccardini, Juan Carlos, «Ejercicio ilegal de la medicina», *Revista pensamiento penal,* núm. 14, noviembre 2013.

Romeo Casabona, Carlos., *El médico y el Derecho penal. Tomo I. La actividad curativa. Licitud y responsabilidad penal,* Buenos Aires, 2011.

Schmid, H.«Die grenzen der Therapiefreiheit», NJW 1986.

Siebert, A., *Strafrechtliche Grenzen ärztlicher Therapiefreiheit,* Berlin, Heidelberg, New York, 1983.

Silva Sánchez, Jesús María, *Medicinas alternativas e imprudencia médica,* Barcelona, 1999

Tamm, Burkhard, *Die Zulässigkeit von Aussenseitermethoden und die dabei zu beachtenden Sorgfaltspflichten,* Berlin, 2007.

Vogeler, M., «Die Haftung des Artzes bei der Anwendung neuartiger und umstrittener Heilmethoden nach er neuen Rechtsprechung des BGH», MedR, 2008.

23

ÁNIMO DE LUCRO Y PROPÓSITO DE ENRIQUECIMIENTO PERSONAL EN EL DELITO DE MALVERSACIÓN*

José L. González Cussac
Catedrático de Derecho Penal
Universitat de València

SUMARIO: I. Premisa. II. El ats de 13 de febrero de 2023: el ánimo de lucro y las figuras de malversación. III. El ats 8322/2024, de 1 julio: el propósito de enriquecimiento en el delito de malversación dentro de la LO 1/2024 de amnistía. III.1. Responsabilidad contable. III.2. Ánimo de lucro, enriquecimiento y beneficio personal. IV. Cuestiones constitucionales. IV.1. Derecho a la legalidad penal. IV.2. Derecho a la tutela judicial efectiva. IV.3. Derecho a la aplicación retroactiva de la ley más favorable. IV.4. Derecho a un proceso con todas las garantías. V. Conclusiones. VI. Bibliografía.

I. Premisa

Dos recientes resoluciones del Tribunal Supremo en materia de ánimo de lucro en el delito de malversación de caudales públicos, ambas inmersas en la Causa Especial 20907/2017, esto es, relativas al denominado *Procés*, han convulsionado el tradicional entendimiento de este elemento subjetivo en la citada figura delictiva. Es más, la doctrina sentada en estas dos resoluciones pudiera proyectarse igualmente sobre la comprensión del ánimo de lucro y del propósito de enriquecimiento en las clásicas infracciones contra el patrimonio de naturaleza defraudatoria.

La primera de estas resoluciones fue el ATS de 13 de febrero de 2023, al resolver la revisión de la Sentencia 459/2019, de 14 de octubre. Los escritos de revisión se plantearon a raíz de la reforma del Código Penal por LO 14/2022, de 22 de diciembre, que modificó la regulación de los delitos de malversación, entrando en escena la posibilidad

* Todavía bajo la conmoción por su inesperado fallecimiento, con estas líneas deseo mostrar mi reconocimiento a la magnífica trayectoria académica del Profesor Dr. Carlos María Romeo Casabona, sumándome así a su merecido homenaje. Y, desde luego, también expresión de mi afecto personal. Lo mantendremos en nuestra memoria como un ejemplo a seguir. DEP.

de aplicar la ley posterior más favorable. En la misma línea, aunque incluso llegando más lejos, ha continuado el ATS 8322/2024, de 1 de julio, en aplicación de la LO 1/2024, de 10 de junio, de amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña. En este caso, afirmando la concurrencia del propósito de enriquecimiento en el delito de malversación por parte de las autoridades en relación al manejo de fondos públicos con ocasión del *Procés*.

II. El ATS de 13 de febrero de 2023: el ánimo de lucro y las figuras de malversación

La LO 14/2022 comportó importantes modificaciones en los delitos de malversación, y por lo que aquí interesa, la nueva regulación de la malversación vuelve a distinguir hasta tres clases diferentes: a) la apropiación por parte del autor o que éste consienta su apropiación por terceros (artículo 432), que integra la conducta más grave y presupone el ánimo de lucro propio o de tercero; b) el uso temporal de bienes públicos sin ánimo de apropiación definitiva sino solo de uso temporal y con su posterior reintegro (artículo 432 bis); y, c) un desvío presupuestario o gastos de difícil justificación, pero sin ánimo de lucro propio o de tercero (artículo 433). Este nuevo precepto es el que rescata el viejo art. 397 del CP 1973[1].

Pues bien, la discusión se centra en si se mantiene la aplicación del art. 432 actual, con un contenido ahora más restringido, al descartar algunos comportamientos de administración desleal y exigir siempre ánimo de lucro, o por el contrario se debería aplicar el «nuevo» artículo 433, consistente en una desviación presupuestaria. Para el citado Auto ha de mantenerse la modalidad de malversación más grave, el 432, porque al perseguir una finalidad ilícita resulta incompatible con «perseguir una finalidad pública», esto es, una mera desviación del gasto, y entonces necesariamente comporta ánimo de lucro.

Pero esta interpretación implica afirmar dos presupuestos que no están tan claros y que a su vez permiten otra interpretación. Primero, porque finalidad pública se opone a finalidad privada, no a finalidad ilícita. Y porque toda desviación de gasto respecto al establecido legalmente siempre es, en sí misma, ilícita. Es más, que la finalidad sea ilícita, pública o privada, no presupone necesariamente ánimo de lucro del autor. Y, segundo, porque, además, la tesis seguida por el Tribunal Supremo identifica el ánimo de lucro con cualquier acto de disposición sobre una cosa. De forma que, de seguir esta línea, todas las conductas de malversación deberían calificarse en el artículo 432,

[1] Es importante subrayar que las anteriores modificaciones legales comportan una rectificación profunda del modelo introducido por la LO 1/2015, que, siguiendo parcialmente al texto alemán, describía la conducta típica de la malversación en referencia a los delitos de apropiación indebida y de administración desleal cometidos por particular, pero manteniendo la malversación entre los delitos contra la Administración Pública.

lo que produciría el prohibido efecto de derogar *de facto* los otros dos preceptos. Ello porque la disposición de la cosa como poseedor, es decir, temporal, según esta tesis igualmente sería un acto de disposición propio del propietario. Por tanto, al mantener una noción tan amplia de ánimo de lucro desdibuja materialmente las otras dos figuras y hasta complica su aplicación en delitos patrimoniales. Porque ciertamente los delitos de malversación se hallan emparentados de alguna manera con los delitos contra el patrimonio, y en concreto, el ánimo de lucro siempre se ha venido interpretando de forma idéntica. Al menos hasta este ATS[2].

Junto a los argumentos anteriores, en la figura de malversación de apropiación del art. 432, la conducta típica activa implica la apropiación o la disposición definitiva de los caudales públicos, separándolos de su destino, con *animus rem sibi habendi*, en expresión jurisprudencial, esto es, con el propósito de cualquier clase de enriquecimiento, ganancia económica, provecho o ventaja, propia o ajena. De manera que se requiere ánimo de lucro en el funcionario, aunque el beneficio sea para un tercero[3].

De ello se infiere que el art. 432 precisa del ánimo de lucro, un elemento subjetivo del injusto sin el cual la conducta de apoderamiento no resulta bastante para satisfacer la exigencia típica de este precepto. De modo que resulta indispensable que el servidor público quiera tener la cosa como propia o disponer de ella como si lo fuera, lo que se infiere ahora del término «apropiarse» y que levanta la diferenciación con la conducta de disposición temporal descrita en el art. 432 bis. De suerte que la jurisprudencia exige la constatación indubitada de un elemento subjetivo constituido por el dolo directo de actuar con conciencia y propósito específico (STS 211/2006, de 2 de marzo)[4].

Por su parte, la figura de malversación de aplicación pública diferente del art. 433 CP, reintroducida en nuestro ordenamiento en virtud de la LO 14/2022 se inspira inequívocamente en el art. 397 del CP de 1973, derogado entonces por el CP de 1995. Su redacción es la siguiente:

> «La autoridad o funcionario público que, sin estar comprendido en los artículos anteriores, diere al patrimonio público que administrare una aplicación pública diferente de aquélla a la que estuviere destinado, incurrirá en las penas de prisión de uno a cuatro años

[2] González Cussac, J. L.: «*El retorno a las figuras autónomas de malversación*», en González Cussac, J. L. (coord.): Comentarios a la LO 14/2022 de reforma del Código Penal, con Carbonell Mateu, J. C.; Martínez-Buján Pérez, C.; Cuerda Arnau, M.ª L.ª; Borja Jiménez, B.; Y, Raga Vives, A., Valencia (Tirant lo Blanch), 2023, p. 143 a 166.

[3] STS 797/2015, de 24 de noviembre y sin voluntad de un posterior reintegro, STS de 31 de enero de 1991.

[4] Esta exégesis se fortalece por el entendimiento a su vez dado por la jurisprudencia y doctrina a la siguiente figura, la de malversación de uso o disposición del art. 432 bis CP. En efecto, porque se afirma que el comportamiento típico es de mera *distracción*, por cuanto el funcionario aplica los fondos a usos propios o ajenos a la función pública sin ánimo de lucro. Es decir, el tipo del art. 432 bis requiere *animus utendi*, en tanto que el del art. 432, *animus rem sibi habendi.*

> e inhabilitación especial de empleo o cargo público de dos a seis años, si resultare daño o entorpecimiento graves del servicio al que estuviere consignado, y de inhabilitación de empleo o cargo público de uno a tres años y multa de tres a doce meses, si no resultare».

Este precepto ya no precisa del ánimo de lucro ni de propósito de enriquecimiento personal o de tercero. Por ello, respecto a aquel precepto de 1973 la doctrina observó su diferencia con las otras figuras de malversación de apropiación o de uso, en que aquí el autor dedica a un fin público, pero distinto, los caudales y no a una finalidad privada como en las otras modalidades[5]. Por su parte la jurisprudencia estableció su esencia en la aplicación a un fin público diferente al que estuviesen destinados y a la correlativa inexistencia de lucro ni aprovechamiento privado de los fondos públicos. Por consiguiente, situaban su fundamento no es la deslealtad del servidor público con el patrimonio público, sino en su deslealtad con la normativa reguladora de su aplicación (SSTS de 13 de diciembre de 1963, 17 de abril de 1964 y 30 de noviembre de 1995)[6].

Ciertamente la jurisprudencia vaciló en apreciar este precepto cuando la finalidad es ilícita, aunque no se persiga directa ni indirectamente un beneficio por la autoridad o funcionario. Así, en unos casos basta con que se persiga un «interés general» se apreciaría como finalidad pública (STS de 13 de diciembre de 1963). Pero también existe jurisprudencia que aplica la figura básica de malversación, el art. 432, si la finalidad es ilícita[7]. Lo hace la muy cuestionable STS 749/2022, de 13 septiembre (caso ERE), ahora finalmente declaradas inconstitucionales. Esta interpretación equipara la finalidad ilícita con aplicación privada. Sin embargo, esta exégesis deberá ahora reajustarse al nuevo derecho positivo. En efecto, porque nunca antes había coincidido en vigor este precepto con la redacción dada a la malversación del CP de 1995 en sus dos variantes de apropiación definitiva y temporal. En esta discusión hay que situar la STS 459/2019, de 14 de octubre, relativa a los hechos conocidos como *Proçés*. Entonces, la finalidad ilícita lo es por una extralimitación competencial o por la finalidad de cometer la sedición. Precisamente en relación a este debate, los ATS comentados, de 12 de enero y el de 12 de febrero de 2023 se inclinan, muy discutiblemente, por no aplicar esta figura y

[5] Así Orts Berenguer, E., en Vives Antón, T. S; Boix Reig, J.; Orts Berenguer, E.; Carbonell Mateu, J. C.; González Cussac, J. L: *Derecho penal. Parte Especial*, Valencia (Tirant lo Blanch), Valencia, 1993, p. 488.

[6] González Cussac, J. L. *Derecho penal. Parte Especial*, (Vives Antón, T. S; Orts Berenguer, E.; Carbonell Mateu, J. C.; Martínez-Buján Pérez, C.; Cuerda Arnau, M. L.ª; Borja Jiménez, E., y González Cussac, J. L., coordinador), Valencia (Tirant lo Blanch) 8.ª edición, 2023, p. 776 a 778.

[7] De interés el ATS de 24 julio 1995 (*caso informe Crillón*). Se examina un pago con fondos reservados a un tercero con finalidad de investigar presuntas irregularidades que podrían afectar a la seguridad nacional, y en la misma no consta la comisión de ningún delito. De ahí que parezca deducirse que si hubiera existido delito se hubiese condenado, aunque no se precisa la figura de malversación aplicable.

mantener la calificación por delito de malversación de apropiación. Tampoco parece fácil sostener que hubo una finalidad de lucro consistente en el «*animus rem sibi habendi*».

Estas resoluciones se precipitan al apreciar ánimo de lucro en el caso, confundiendo su propia doctrina, En efecto, porque recuerdan que la jurisprudencia identifica el ánimo de lucro con el «*animus rem sibi habendi*», esto es, con el ánimo de tener o disponer de la cosa como propia. Pero, este ánimo no se identifica exclusivamente con el de apropiación definitiva (dueño), y así expuesto abarcaría también el de disposición temporal (propia del poseedor, pero también del propietario). Y desde luego siempre concurrirá con el sustrato fáctico del nuevo art. 433. Es decir, siempre que haya un gasto con desviación presupuestaria implica de suyo un acto de disposición propio del titular dominical.

En realidad, la exégesis del ánimo de lucro en el delito de malversación es un clásico, cuya inclusión recibió incluso críticas porque subrayaba su naturaleza de infracción patrimonial en detrimento de su concepción como delito contra la Administración[8]. Pero una vez introducido, la discusión ya apuntó a su comparativa con el entendimiento diferente de este elemento en el hurto y en la apropiación, y siempre ha resultado fundamental para diferenciar entre las diversas figuras de malversación. Se parte de la necesidad de diferenciar entre un *animus rem sibi habendi* de un *animus rem sibi utendi*. Así pues, la discusión gira en torno a si el ánimo de lucro es equiparable a un mero desplazamiento del bien, o, además, equivale también a intención de apoderamiento[9]. Es más, si ánimo de lucro se concibe como cualquier ventaja de naturaleza económica derivada del apoderamiento, entonces podrá igualmente aplicarse no solo a conductas de apropiación definitiva sino también a usos temporales que comporten un aprovechamiento directo o indirecto.

En este contexto la doctrina ya advirtió que, determinadas concepciones expansivas de la exigencia de apropiación, conducía al ánimo de lucro a desempeñar un papel superfluo, pues en realidad ya quedaba integrado en el ámbito del dolo[10]. En definitiva, si se objetiva y otorga relevancia típica al ánimo de lucro, es imprescindible diferenciar entre diversas acepciones y alcances en cada figura típica de la malversación. Por ello la doctrina mayoritaria consideró que, tras su expresa introducción en el CP de 1995, constituía un elemento subjetivo del tipo, diferente en cada figura, y por ende debía ser entendido como un elemento constitutivo de la tipicidad, por lo que no se identificaba con la voluntad apropiatoria[11].

[8] Por ejemplo, se consideró por un sector doctrinal un desatino porque no se cohonesta con la tutela de la correcta gestión del patrimonio público, así Roca Agapito, L.: *El delito de malversación de caudales públicos*, Barcelona (J. M. Bosch), 1999, p. 201.

[9] Morales García, O.: *Los delitos de malversación*, Pamplona (Aranzadi), 1999, p. 372 a 375.

[10] En realidad, esta discusión se extiende a otras infracciones de naturaleza patrimonial, así, De la Mata Barranco, N.: *Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación*, Barcelona (PPU), 1994, p. 265 y ss.

[11] Castro Moreno, A.: *La malversación de caudales públicos en el Código Penal de 1995*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2001, p. 249 y ss.

Tampoco se cohonesta con la interpretación del ATS comentado la nueva situación de coexistencia de preceptos legales, que radica precisamente en precisar el significado de «finalidad ilícita», puesto que toda desviación de su previsión legal lo es por definición. Por tanto, a esa consustancial idea de ilicitud deberá añadirse un plus. Ese plus puede contentarse con otra clase cualquiera de contravención legal, o bien exigir que la ilicitud llegue a integrar un ilícito penal. En este segundo caso, siempre estaríamos abocados a apreciar un concurso medial entre esta figura y el fin delictivo perseguido. En suma, una interpretación sin posibilidad de aplicarse autónomamente. En esta discusión hay que situar la STS 459/2019, e 14 de octubre, relativa al *Procés*. Entonces, la finalidad ilícita lo es por una extralimitación competencial o por la finalidad de cometer la sedición. Ahora bien, desde la propia interpretación de la LO 14/2022, el delito de sedición ha quedado derogado. Luego en la actualidad la finalidad ilícita perseguida ha dejado de ser constitutiva de infracción penal.

Por consiguiente, la solución no parece tan sencilla como los citados ATS afirman con demasiada precipitación. Parece más ajustado al texto legal y al juego de las diferentes figuras de malversación interpretadas además sistemáticamente con los delitos contra el patrimonio, restringir la exigencia de ánimo de lucro a la estricta conducta de apropiación definitiva, con un contenido equivalente al lucro personal o de tercero. De otro modo, con ese entendimiento tan amplio de este requisito, podría llegarse a la anulación casi absoluta de la aplicación de los arts. 432 bis y 433 en beneficio del art. 432. Es decir, a una interpretación contraria al principio de vigencia, pues toda disposición de un bien público constituiría una manifestación de ese genérico y amplio ánimo de lucro. Añadir que la dicción literal del nuevo art. 432, recurre al término «apropiación» que desplaza al de «sustraer». Quizás este cambio en el tenor literal apunte hacia la dirección aquí sugerida[12].

En resumen, el rescate de la figura del viejo art. 397 y su coexistencia normativa con la redacción del CP de 1995 a los arts. 432 y 432 bis, al menos genera la duda de si el nuevo art. 433 será ley especial para comportamientos de desviación, aun ilícitos y delictivos, respecto de aquéllos, siempre que carezcan de ánimo de lucro propio o de terceros en sentido de apropiación definitiva del bien público, esto es, de un aprovechamiento propio.

Por lo expuesto, considero más ajustado aplicar el recobrado art. 433, al entender que en esta clase de casos no existe apropiación definitiva, ni se persigue una finalidad

[12] En este sentido, la STS de 15 de febrero de 1998 afirmaba que ha desaparecido el tipo penal contemplado en el art. 397 para el funcionario público que diere a los caudales una aplicación pública diferente de aquella a que estuvieren destinados. Pero ello no quiere decir que dicha conducta haya quedado enteramente incardinada en el art. 433 del nuevo Código Penal de 1995, ya que su ámbito es mucho más restringido, «*pero, en todo caso, mantiene el requisito de que el destino sea para usos ajenos a la función pública, cosa que no sucede en el caso presente*».

privada ni tampoco en consecuencia concurre el ánimo de lucro de apropiación propio o de tercero.

III. El ATS 8322/2024, de 1 julio: el propósito de enriquecimiento en el delito de malversación dentro de la LO 1/2024 de amnistía

El art. 1, *ámbito objetivo*, de la LO de amnistía, señala que quedan dentro de su alcance y por consiguiente amnistiados:

> «1.a) Los actos cometidos con la intención de reivindicar, promover, o procurar la secesión o independencia de Cataluña, así como los que hubieran contribuido a la consecución de tales propósitos.
>
> En todo caso, se entenderán comprendidos en este supuesto los actos tipificados como delitos de usurpación de funciones públicas o de malversación, únicamente cuando estén dirigidos a financiar, sustraer o facilitar la realización de las conductas descritas en el primer párrafo de esta letra, directamente o a través de cualquier entidad. pública o privada, siempre que no haya existido propósito de enriquecimiento, así como cualquier otro acto tipificado como delito que tuviera idéntica finalidad» *(*subrayado propio*).*

El mismo art. 1,4. insiste advirtiendo:

> «No se considerará enriquecimiento la aplicación de fondos públicos a las finalidades previstas en los apartados a) y b) cuando, independientemente de su adecuación al ordenamiento jurídico, no haya tenido el propósito de obtener un beneficio personal de carácter patrimonial».

Para que no hubiera dudas, ya en el propio Preámbulo de esta ley expresamente se dice:

> «La presente norma específica que sólo los actos de malversación dirigidos a los fines mencionados en la ley pueden acogerse a ella, excluyendo expresamente aquellos que implican un enriquecimiento personal o beneficio patrimonial.
>
> En este sentido sólo podrán beneficiarse de la amnistía aquellos actos en que los fondos públicos se destinaron a la preparación, realización y consecuencias de las consultas del 9 de noviembre de 2014 y el referéndum del 1 de octubre de 2017, así como los que se destinaron a reivindicar, promover o procurar la independencia de Cataluña».

Sin embargo, a pesar de la claridad y reiteración del texto legal, para el ATS 8322/2024, el delito de malversación del art. 432 CP apreciado en la STS de 14 de octubre de 2019 para diversas autoridades y funcionarios en el *Procés*, queda fuera del referido ámbito objetivo de la LO 1/2024 de amnistía[13].

[13] Uno de los primeros análisis de la citada norma en LEÓN ALAPONT, J.: «La Ley Orgánica de amnistía de 2024 desde una perspectiva constitucional, técnico-jurídica y político criminal: una primera aproximación», en *Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, n.º 168, mayo-junio 2024.

Para llegar a esta conclusión, la mayoría de magistrados comienzan con unas consideraciones generales acerca de la función exegética de los jueces. Así, sostienen que la función del juez «*no se detiene en una interpretación microliteral de la norma y que abdique de toda labor integradora*». También añade que *«la función jurisdiccional no tiene como única y exclusiva referencia la voluntad del legislador»*. Como colofón de esta introducción afirman que, no obstante de apreciar serias dudas fundadas de inconstitucionalidad de la citada norma, aquí no son pertinentes porque «*la interpretación que proclamamos de los arts. 1 y 2 de la Ley de Amnistía sitúa el delito de malversación, tal y como fue descrito en el relato de hechos probados de nuestra sentencia, fuera del ámbito de aplicación del nuevo texto legal*» (Fundamento de Derecho 2).

Es evidente que se trata de un juego de palabras que trata de confundir por una parte entre el significado constitucional de «tenor literal posible» y el ridiculizado de *«microliteral»*; y, de otra, entre la exigencia constitucional de legalidad (taxatividad) expresada en el mandato de interpretación conforme al «texto de la ley» y el denostado criterio de la «voluntad del legislador». No debiera haber dudas ni juegos alrededor del primer mandamiento constitucional en materia penal: el principio de legalidad, con sujeción, también de los jueces, al tenor literal posible expresado en el texto de la ley[14].

Sigue expresando el parecer de la mayoría la resolución al declarar que varios de los entonces condenados por el delito de malversación «*obtuvieron un beneficio personal de carácter patrimonial*», presupuesto al que el art. 1,4 de la Ley de Amnistía vincula la exclusión del efecto extintivo de la responsabilidad penal. Añaden que ese «*beneficio personal es inobjetable si se tiene en cuenta que todos ellos incurrieron en una responsabilidad contable de la que, conforme a los arts. 38,1 y 49,1 de la LO 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas, se deriva una obligación de indemnizar que ha generado, como consecuencia inmediata, un crédito a favor del Estado por el importe de los fondos públicos malversados. Se trata de una responsabilidad proyectada sobre el patrimonio de los condenados que, todavía hoy, no ha sufrido merma alguna después de aplicar fondos públicos a un proyecto político declarado ilícito e impulsado por los deudores frente al Estado*».

Continua la mayoría de magistrados firmantes del Auto asegurando que, desde otra perspectiva, llegan a la misma conclusión acerca de la existencia de un beneficio personal de carácter patrimonial. Esta otra perspectiva llega desde la interpretación de los conceptos de ánimo de lucro, enriquecimiento y beneficio personal. Este argumento lo residencian en que los acusados «*coadyuvaron al proceso independentista que lideraban con fondos públicos puestos al servicio de un interés político, pero que hizo innecesario*

[14] Vives Antón, T. S.: *Fundamentos del sistema penal*, 2.ª ed., Valencia (Tirant lo Blanch), 2011, p. 725 y ss.; y, Orts Berenguer, E. y González Cussac, J. L.: *Compendio de Derecho Penal. Parte Genera*l, Valencia (Tirant lo Blanc), 8.ª ed., 2023, p. 108 y ss.

la aportación de dinero propio». Y en eso consistió «*precisamente el beneficio personal de carácter patrimonial*» (Fundamento de Derecho 2.1.).

En síntesis, la exclusión se construye desde un doble razonamiento: «*el que autoriza el significado jurídico de la responsabilidad contable, y el que se desprende de los conceptos de ánimo de lucro, enriquecimiento y beneficio personal*», que se desarrollan en el Fundamento de Derecho 6.

El punto de partida descansa en que, desde la entrada en vigor de la Disposición Adicional Primera de la *LO 1/2024, de amnistía,* el art. 130, 1, 4.º CP vuelve a contemplar explícitamente la amnistía como una de las causas de extinción de la responsabilidad penal.

III.1. **Responsabilidad contable**

En el Fundamento de Derecho 6.1. se desarrolla esta decisión sobre varios argumentos: a) todos los acusados siguen siendo deudores del Estado por estos importes malversados; b) el Tribunal de Cuentas tiene abiertos diversos procedimientos por estas cantidades; c) más allá de su naturaleza jurídica, «*esta deuda solo sería posible por las existencia de un beneficio personal de carácter patrimonial, obtenido por una conducta dolosa, ejecutada en detrimento de las cuentas públicas, y que engrosó el patrimonio de los condenados por el importe que está siendo reclamado*…».

Hay que recordar que lo que excluye la LO 1/224 de amnistía es que los delitos referidos «*no haya existido propósito de enriquecimiento»*. Y, en consecuencia, por las siguientes razones discrepo de la interpretación mayoritaria[15].

Primero, porque el propósito de enriquecimiento toda la vida se ha medido *ex ante*, esto es, en el momento de realizar la conducta, nunca con posterioridad a la consumación. Y como recogen los Hechos Probados, los acusados obraron con una finalidad política, la independencia, y a tal fin destinaron los fondos públicos. Es decir, en el momento de consumar la malversación no se apropiaron del dinero público, sino que lo dispusieron para gastarlo en actos propios de esa finalidad política. Que la finalidad fuera indudablemente ilegal, no es equivalente a que obraran con un propósito de enriquecimiento personal. Esta asociación inventada de significados constituye una manifiesta interpretación analógica contra reo.

Segundo, porque como el propio ATS admite, mayoritariamente se asigna a la responsabilidad contable una naturaleza jurídica próxima o inmersa en la responsabilidad civil *ex delicto*. De modo que se trata de una consecuencia derivada de la ilicitud del hecho. De nuevo de ello surge su condición temporal tardía, porque su nacimiento es posterior al hecho ilícito que la genera. En resumen, goza de todas las características de

[15] También crítico con esta resolución Lascuraín Sánchez, J. A.: «*Renglones torcidos*», en *El Mundo*, martes 20 de agosto de 2024.

la responsabilidad civil derivada de la previa comisión de un hecho delictivo. Y de esta elemental condición se derivan otras dos importantes críticas a la opinión mayoritaria contenida en el fallo judicial analizado.

Así, en tercer lugar, si en este caso se afirma que la no satisfacción de cualquier clase de responsabilidad civil se transforma retroactivamente en ánimo de lucro, su universalización destruye todo lo escrito hasta ahora sobre la responsabilidad civil y sobre el ánimo de lucro y el propósito de enriquecimiento personal. De suerte que, esta regla comporta que cualquier persona que cometa un delito, independientemente de su naturaleza y del ánimo con el que actuó durante el *iter criminis*, se transformará *ex post* en propósito de enriquecimiento personal, si no satisface la responsabilidad nacida de aquél ilícito inicial. Esto es, el impago de la obligación civil obra el milagro de convertir, retroactiva y automáticamente, la acción entonces consumada considerada neutra subjetivamente, en una posterior acción con un elemento subjetivo del tipo renacido consistente en querer enriquecerse en aquel tiempo anterior.

Para seguir siendo creativos y algo coherentes, se supone que este sorprendente nuevo criterio exegético también debiera operar en el sentido opuesto. Es decir, que el autor de una malversación de apropiación del mismo art, 432 CP, probado su ánimo de lucro, pero que con posterioridad satisface la responsabilidad civil de ella derivada, lógicamente también debería obrar el milagro de borrar *ex post* el inicial propósito de enriquecimiento.

Cuarto, que es indiferente que el original hecho ilícito haya dejado de serlo para el ordenamiento jurídico, porque esa antijuricidad inicial es para siempre, eterna[16]. Y, además no solo no borra la responsabilidad civil que al no satisfacerse, sino que además se transforma retroactivamente en ánimo de lucro o propósito de enriquecimiento. Esta idea viene a cuento porque la responsabilidad contable ante el Tribunal de Cuentas también ha sido directa y explícitamente amnistiada. Por consiguiente, no solo desaparece el obstáculo para apreciar la amnistía al delito de malversación, sino que además su mantenimiento sobre la responsabilidad contable no se sostiene si ésta ha sido declarada amnistiada, dejando sin hecho ilícito el presupuesto para aplicar la consecuencia civil derivada[17].

Y, quinto, no es cierto que las cantidades malversadas «*engrosaran el patrimonio*» de los condenados. En el momento de la disposición de los mismos no se hizo a sus cuentas personales, sino a cubrir los gastos de sus actividades ilícitas de naturaleza política. Otra vez es imprescindible no jugar con los tiempos, porque decir que integra el patrimonio

[16] La amnistía es definida por la doctrina como *un olvido total del delito cometido*. Así se expresa Boldova Pasamar, M. A.: *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito,* 2.ª ed., Valencia (Tirant lo Blanch), 2023, p. 571.

[17] Los arts. 3 a 8 de la LO 1/2024, de amnistía, extienden expresamente los efectos de la amnistía a la responsabilidad penal, administrativa y contable.

de alguien sus deudas, es cierto, pero siempre que no se altere la secuencia temporal del nacimiento legal de una obligación y la fecha de su vencimiento. En efecto, porque el momento de consumar la acción típica es todo lo más que podemos retrotraernos al nacimiento de la responsabilidad civil *ex delicto*. Por tanto, antes y durante la ejecución delictiva, jurídicamente todavía no había nacido la obligación civil, y, entonces, tampoco se puede sostener de ninguna manera la concurrencia en ese instante del propósito de enriquecimiento o el ánimo de lucro. Porque como cualquier otro elemento subjetivo del tipo, justamente se insertan en la misma acción típica con su secuencia temporal correspondiente.

Hay que recordar que tradicionalmente se atribuyen a la amnistía los siguientes efectos: a) al considerarse los delitos como no cometidos, se declara la extinción de las penas impuestas y de las causas pendientes; b) también determina la automática cancelación de los antecedentes penales por los delitos amnistiados; c) en unos casos las leyes de amnistía extienden sus efectos a la responsabilidad civil derivada del delito, y en otros no, siendo un tema ampliamente discutido[18]. Pero claro, una cosa es discutir sobre si la medida de gracia alcanza también a la responsabilidad civil, y otra muy distinta derivar retroactivamente su impago la existencia de ánimo de lucro o de propósito de enriquecimiento al inicio de la acción.

III.2. **Ánimo de lucro, enriquecimiento y beneficio personal.**

Por supuesto nadie discute las cuantiosas pérdidas que estos comportamientos ilícitos causaron a los fondos públicos, ni entramos a considera los largos excursos contenidos en esta resolución sobre los informes de organismos internacionales, que nada aportan. El fallo se limita a decir que se limitan a aplicar el concepto histórico de ánimo de lucro mantenido en la jurisprudencia. Pero curiosamente, y apartándose de la inveterada costumbre del Alto Tribunal, no la exponen. Sorprendentemente se limitan a afirmar que «*quien dilapida los fondos públicos que ha de administrar con lealtad y los dedica a financiar el proceso independentista obtiene incuestionablemente beneficio personal que se deriva de no aportar dinero procedente de su peculio*».

El argumento no deja de ser circular y creativo. Circular porque justamente castigamos el uso indebido de dinero público. O sea, porque si el delito de malversación consiste en disponer de fondos públicos no se puede inferir el ánimo con el que se obra del «del hecho negativo» de no haber usado el dinero propio. De suerte que, si universalizamos el criterio, siempre que alguien usa fondos públicos y no los suyos propios, obra con ánimo de lucro. No se puede inferir el elemento subjetivo de un requisito esencial del tipo objetivo, y menos contra reo. Por otra parte, con esta exégesis siempre se aplicaría

[18] Landrove Díaz, G. *Las consecuencias jurídicas del delito*, 4.ª ed. Madrid (Tecnos), 1996, p. 137.

el art. 432 CP y nunca las otras figuras. Y proyectar este criterio en el ámbito privado produce un vértigo difícil de asimilar.

A continuación, el ATS reitera los argumentos ya analizados sobre el ánimo de lucro y las diversas figuras de malversación. De nuevo aquí deben reproducirse idénticos argumentos en contra que los expuestos en el apartado anterior, el 2, al comentar los AATS de 2023 en relación a la LO 14/2022. Vuelven a no tomar en consideración la LO 14/2024, como si sus modificaciones literales y explícitas de las figuras de malversación no estuvieran vigentes y consecuentemente debieran aplicarse como ley posterior más favorable.

Por último, con toda razón el voto particular formulado por la magistrada Ferrer García discrepa de la mayoría, entre otras razones, porque tanto en la STS de 14 de octubre de 2014 como en el ATS 13 de febrero de 2023, se referían exclusivamente al ánimo de lucro en la malversación, pero nada se decía del enriquecimiento personal ni en los hechos declarados probados ni tampoco en los razonamientos jurídicos. Excluir la aplicación de una ley de amnistía posterior y obviamente más favorable resucitando hechos y argumentos no sometidos a contradicción en dos procesos penales solo puede conducir a una infracción del art. 24 CE.

IV. Cuestiones constitucionales

Los comentados ATS, en especial el último, provocan serias dudas de constitucionalidad de acuerdo a la jurisprudencia constitucional. Muy brevemente.

IV.1. **Derecho a la legalidad penal**

Ya la STC 111/1993 supuso un notorio avance en la doctrina constitucional de este derecho fundamental, en particular en referencia a las garantías de tipicidad y taxatividad. En la misma se proclama la sujeción estricta del juez a la ley penal, *ex* art. 25,1.º CE, y, al mismo tiempo, el reconocimiento de la potestad jurisdiccional de aplicación de las leyes, *ex* art. 117.3 CE[19]. Es partir de las determinantes SSTC 137/1997, 151/1997, 189/1998, y 42/1999, cuando se sienta un canon más avanzado. Por lo que respecta al entendimiento del ánimo de lucro y del enriquecimiento personal en el delito de malversación expresado en los comentados AATS, el control constitucional del derecho a la legalidad prohíbe cualquier aplicación extensiva *in mala partem* cuando «*carezca de tal modo de razonabilidad que resulte imprevisible para sus destinatarios, sea por*

[19] Se trata de dos exigencias constitucionales que conviven en nuestro sistema jurídico en delicado equilibrio. Así lo expresó el TC en el ATC 83/1994, cuando reconoció que «*distinguir entre lo que se mantiene dentro de los límites de la competencia judicial de libre interpretación y aplicación de la Ley penal y lo que, por el contrario, constituye una extralimitación lesiva del principio de legalidad no es tarea sencilla*». En idéntica línea la STC 261/2015.

apartamiento del tenor literal del precepto, sea por la utilización de las pautas interpretativas y valorativas extravagantes en relación al ordenamiento constitucional vigente».

Más exactamente, dos son las pautas o criterios que, en garantía del art. 25.1 CE, delimitan el alcance del control del TC en sede de amparo: el respeto judicial a las palabras de la norma y la razonabilidad de su aplicación al caso concreto. Razonabilidad que se halla ausente cuando «*por su soporte metodológico —una argumentación ilógica o indiscutiblemente extravagante— o axiológico —una base valorativa ajena a los criterios que informan nuestro ordenamiento constitucional— conduzcan a soluciones esencialmente opuestas a la orientación material de la norma y, por ello, imprevisibles para sus destinatarios»* [20].

Al respecto, podría resumirse siguiendo la STC 129/2008, que el TC sienta un criterio de enjuiciamiento conformado en torno a tres niveles que podemos denominar con los siguientes términos: a) *previsibilidad semántica*, desde el que queda proscrita la analogía e interpretación extensiva *in malam partem*; b) *previsibilidad metodológica*, considerando irrazonable en estos términos una aplicación del precepto que incurra en quiebras lógicas o aplique criterios exegéticos «extravagantes»; y, c) *previsibilidad axiológica*, que resultará defraudada cuando la interpretación de la norma sea contraria a los valores constitucionales. El punto de partida es el enunciado normativo; y como el lenguaje es relativamente vago, la razonabilidad de la aplicación de la norma habrá de ser analizada desde las pautas axiológicas que informan la CE y desde modelos de argumentación aceptados por la comunidad jurídica. Pero en todo caso, conforme a la doctrina asentada en el TC, tanto la interpretación analógica como también la interpretación extensiva están prohibidas por constituir infracción relevante del derecho a la legalidad constitucional[21].

IV.2. **Derecho a la tutela judicial efectiva**

Subsidiariamente al anterior motivo de infracción constitucional, entra el juego el ahora aquí enunciado. Así es, porque la aplicación judicial de cualquier norma jurídica, en especial las criminales, es susceptible de plantear un problema constitucional si no se lleva a cabo mediante una resolución debidamente fundada en derecho o, dicho de otro modo, sólidamente anclada en la norma que aplica. En términos constitucionales únicamente puede afirmarse que determinada queja plantea una cuestión «de mera legalidad ordinaria», una vez que la interpretación judicial efectuada supera, al menos, el test del art. 24.1 CE, es decir, cuando la cuestionada sea una interpretación de la legalidad

[20] Así, las SSTC 151/1997, 223/1997, 56/1998, 142/1999, 174/2000, 185/2000, 195/2000, 57/2010, 153/2011, 196/2011, 185/2014, 3/2015, 36/2018 y 170/2021. Coincide este canon de control constitucional con el formulado en la jurisprudencia europea: por todas, STEDH 17/2/2005; FJ 51.

[21] En el mismo sentido, entre otras, las SSTC 151/1997, 56/1998, 153/2011, 170/2021.

infraconstitucional que no sea arbitraria, manifiestamente irrazonable o irrazonada[22]. Y por ello, en la doctrina constitucional se afirma que «*la trascendencia de los valores en juego en la aplicación del Derecho penal exige, en este ámbito, tanto la exteriorización del razonamiento por el que se estima que no concurre el supuesto previsto en la ley, como que el mismo se manifieste a través de una motivación en la que, más allá de su carácter razonado, sea posible apreciar un nexo de coherencia entre la decisión adoptada, la norma que le sirve de fundamento y los fines que justifican la institución*»[23].

IV.3. **Derecho a la aplicación retroactiva de la ley más favorable**

La jurisprudencia constitucional lo sitúa en el principio de prohibición de exceso (STC 116/2007). Por consiguiente, no haber aplicado ni el nuevo art. 433 introducido por la LO 14/2024 ni tampoco la LO 1/2024 de amnistía[24], conculca el citado principio. En efecto, porque resulta excesivo y desproporcionado aplicar el delito más grave de malversación, descrito con un contenido más extenso incluyendo toda administración desleal, vigente en 2017, pudiendo haber aplicado primero la LO 2024, y después, en una segunda oportunidad, la amnistía. Así pues, aplica un texto más severo existente entonces en lugar del posterior más favorable, y además a unos hechos amnistiados desde 2024. Por tanto, la aplicación de las normas comprendidas en la ley modificada y a unos hechos amnistiados, debe ser considerarla demasiado rigurosa, y, en consecuencia, no es adecuada, ni necesaria ni proporcional[25].

Y aunque la falta de elementos comunes entre las sucesivas leyes de amnistía españolas no ha permitido elaborar un preciso concepto de la amnistía, la doctrina mayoritaria si ha estado de acuerdo en dos ideas: que cada ley de amnistía debe interpretarse y aplicarse según su tenor literal y siempre en el sentido más favorable al reo[26].

IV.4. **Derecho a un proceso con todas las garantías**

Como regla general, sólo tienen el carácter de auténticas pruebas las practicadas en el juicio oral y son sometidas así a inmediación y contradicción (ya desde la STC 217/1989). Por consiguiente, no se puede reintroducir después de terminado el procedimiento y pronunciada la sentencia condenatoria una nueva reinterpretación del ánimo

[22] *Cfr.* SSTC 197/2002, 1/2010, 197/2002, 1/2010, 126/2012; 22, 43, 88 y 184/2013, 194/2015, 12/2016, 26/2018.

[23] SSTC 68 y 69/2001.

[24] Obviamente la amnistía constituye una norma más favorable al reo habida cuenta que técnicamente se integra en el art. 130, que enumera las causas de extinción de la responsabilidad penal.

[25] En las SSTS de 26 de marzo de1997 y de 13 de julio de 2001 se atribuye a razones *de justicia* la retroactividad de las leyes penales favorables.

[26] Del Toro Marzal, A.: *Comentarios al Código Penal*, Tomo II, Tomo II (J. Córdoba Roda; G-Rodríguez Mourullo; A. Del Toro Marzal; y, J. R. Casabó Ruiz), Barcelona (Ariel), 1972 p. 642.

de lucro, en concreto el propósito de enriquecimiento personal, que nunca fue sometida a contradicción y por consiguiente no pudo ser defendida. Lo cual lesiona el derecho contenido en el art. 24,2 CE[27].

Ciertamente debe diferenciarse entre el *derecho a la defensa y a no sufrir indefensión del art. 24,1*, conectado al derecho a un proceso justo y a la tutela judicial efectiva (STC 233/1998, FJ 3), del *derecho de defensa* del art. 24,2 CE, vinculado a asegurar el principio de igualdad de las partes y la contradicción (STC 152/2000, FJ 3). Este último, *el derecho de defensa*, alcanza su máxima intensidad en el proceso penal habida cuenta de los intereses en presencia y por la transcendencia de los derechos constitucionales que entran en juego (STC 18/1999, FJ 3). Así, en este sentido amplio, se vinculan estrechamente el derecho a la tutela judicial efectiva, la prohibición de indefensión, las garantías constitucionales del proceso penal, la presunción de inocencia y la exclusión del deber de testificar. Y, dentro de *las garantías constitucionales del proceso*, que se aplican a cualquier clase de proceso (ya desde la STC 13/1981) se encontraría, entre otras, la *cláusula residual: todos tienen derecho a un proceso con todas las garantías*. Se trata ésta de una que ha permitido al TC integrar en el art. 24 CE garantías establecidas en textos internacionales, aplicando para ello el art. 10.2 CE. La garantía más importante que se ha incorporado por esta vía ha sido la relativa al *juez imparcial* entendida en términos más amplios que la regla general de que quien instruye no falla (SSTC 147/1982, 60/1995, 154/2001, 231/2002) y exigiendo que la condena se base en una actividad probatoria que el órgano judicial haya examinado directa y personalmente (SSTC 167/2003 y 115/2008). Y precisamente en este contexto, en el FJ n.º 4 de la STC 73/2001, se advierte que «*la lesión del derecho invocado sólo se habrá producido si, en primer término, la falta de práctica de la prueba es imputable al órgano judicial y, en segundo término, si esa falta generó indefensión material a los recurrentes en el sentido de que este Tribunal aprecie, en los términos alegados en la demanda de amparo, la relación de la práctica de la prueba con los hechos que se quisieron probar y no se probaron y la trascendencia de la misma en orden a posibilitar una modificación del sentido del fallo*» [28].

Por su parte, el derecho de defensa del art. 24,2 CE, conforme a la jurisprudencia constitucional, se traduce en una serie de garantías o derechos instrumentales, también de rango constitucional, que configuran un derecho de contenido múltiple (STC 142/2009). Y esencialmente comprende la intervención, alegación y contradicción en la

[27] Es más, como proclama la STC 145/2005, siguiendo a la 189/1989, las inferencias ilógicas o inconsecuentes, no concluyentes, incapaces de convencer de la razonabilidad de la convicción judicial, como las excesivamente abiertas, débiles o indeterminadas, que permiten tal cantidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas puede darse por probada, son insuficientes para fundamentar un fallo condenatorio. En términos parecidos se pronuncian las SSTC 123/2002, 135/2003.

[28] Así ya SSTC 183/1999; SSTC 170/1998; 37/2000, y, 246/2000.

causa, representando la principal manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva. El derecho fundamental de defensa fue precisado en la jurisprudencia constitucional por la STC 91/2000, de 30 de marzo, que es básica en la materia, singularmente su FJ 13.

V. Conclusiones

Las anteriores resoluciones tienen en común no solo referirse al entendimiento del ánimo de lucro y su alcance en el delito de malversación, sino también que todas ellas se enmarcan en la Causa Especial 20907/2017. Y por supuesto derivan de todos los acontecimientos, iniciativas y decisiones judiciales nacionales e internacionales.

Pero igualmente ambas resoluciones comparten ser exponentes del lado más severo del Alto Tribunal. En efecto, porque entre las dos hipótesis interpretativas, siempre han elegido la menos favorable para los encausados. En la primera, cerrando prácticamente todos los caminos para aplicar la nueva figura atenuada de 2022, esto es, cercenado la aplicación retroactiva de la ley posterior más favorable. En la segunda, extendiendo una nueva dimensión del propósito de enriquecimiento para sortear la aplicación de la ley de amnistía a estos mismos hechos.

Para finalizar, llama la atención que frente a los dos evidentes intentos del poder ejecutivo y del poder legislativo por rebajar las consecuencias penales a los hechos acontecidos en el llamado *Procés*, la mayoría del Tribunal Supremo ha ido precisamente por el camino opuesto.

El choque institucional y las consecuencias políticas son tan evidentes como ajenas al propósito de este texto. No así las relativas a los rotundos cambios en la doctrina expansiva utilizada en estos dos casos. Veremos si la mantiene para otros, o rectifica regresando a la tesis mayoritaria y tradicional, quedando entonces estas resoluciones como otras más de carácter excepcional en este delicado asunto.

VI. Bibliografía

Boldova Pasamar, Miguel Ángel, *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 571.

Castro Moreno, Abraham, *La malversación de caudales públicos en el Código Penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 249 y ss.

De la Mata Barranco, Norberto, *Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación*, PPU, Barcelona, 1994, p. 265 y ss.

Del Toro Marzal, Alejandro, «Comentarios al Código Penal», en Córdoba Roda, Juan; Rodríguez Mourullo, Gonzalo; Del Toro Marzal, Alejandro y Casabó Ruiz, José Ramón, *Comentarios al Código Penal*, Tomo II, Ariel, Barcelona, 1972, p. 642.

González Cussac, José Luis, «El retorno a las figuras autónomas de malversación», en González Cussac, José Luis (coord.), *Comentarios a la LO 14/2022 de reforma del Código Penal*, con Carbonell Mateu, Joan Carles; Martínez-Buján Pérez, Carlos; Cuerda Arnau, María Luisa; Borja Jiménez, Emiliano y Raga Vives, Anna, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 143-166.

— *Derecho penal. Parte Especial* (coordinador: Vives Antón, Tomás Salvador; Orts Berenguer, Enrique; Carbonell Mateu, Joan Carles; Martínez-Buján Pérez, Carlos; Cuerda Arnau, María Luisa; Borja Jiménez, Emiliano y González Cussac, José Luis), 8.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

Landrove Díaz, Gerardo, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 4.ª ed., Tecnos, Madrid, 1996.

Lascuraín Sánchez, Juan Antonio, «Renglones torcidos», en *El Mundo*, martes 20 de agosto de 2024.

León Alapont, José, «La Ley Orgánica de amnistía de 2024 desde una perspectiva constitucional, técnico-jurídica y político-criminal: una primera aproximación», en *Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, n.º 168, mayo-junio 2024.

Morales García, Óscar, *Los delitos de malversación*, Aranzadi, Pamplona, 1999.

Orts Berenguer, Enrique, en Vives Antón, Tomás Salvador; Boix Reig, Joaquín; Orts Berenguer, Enrique; Carbonell Mateu, Joan Carles; González Cussac, José Luis, *Derecho penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.

— y González Cussac, José Luis, *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, 8.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

Roca Agapito, Luis, *El delito de malversación de caudales públicos*, J. M. Bosch, Barcelona, 1999.

Vives Antón, Tomás Salvador, *Fundamentos del sistema penal*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

24

EL DELITO DE USURPACIÓN DE IMAGEN Y EL DELITO DE USURPACIÓN DE ESTADO CIVIL EN EL CONTEXTO MODERNO DE LA SIMULACIÓN DE IDENTIDAD EN INTERNET[*]

Iñigo Gordon Benito[**]
Profesor Ayudante Doctor de Derecho Penal
Euskal Herriko Unibertsitatea – Universidad del País Vasco (EHU/UPV)

SUMARIO: I. Introducción. II. El desconcierto de las cifras oficiales. III. Estudio de la casuística basada en condenas: constelaciones de casos. III.1. Delito de usurpación de estado civil (art. 401 CP). III.1.1. *Actividades fraudulentas de tipo económico (*output fraud*) previa suplantación de identidad (*input fraud*).* III.1.2. *Suplantaciones de identidad tras la comisión del delito principal.* III.2. Delito de usurpación de imagen en redes sociales, páginas de contacto u otros medios de difusión pública (art. 172 TER.5 CP). IV. A vueltas con la posible interacción entre el delito de usurpación de estado civil y el delito de usurpacíon de imagen. V. Conclusión. VI. Bibliografía.

I. Introducción

España se ha consolidado como uno de los países europeos con mayor índice de suplantación de identidad online. La suplantación de identidad online (*online identity*

[*] Esta publicación se incardina en el marco del Proyecto de Investigación I+D+i «Prisión y derechos fundamentales: hacia un modelo para el siglo xxi» (PID2024-156089NB-100) del Plan Nacional, siendo financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, así como por la Cátedra UNESCO de Derechos Humanos y Poderes Públicos de la Euskal Herriko Unibertsitatea-Universidad del País Vasco (EHU/UPV). Véase, con mayor amplitud, Gordon Benito, I., «Identidad virtual detentada: el nuevo delito de funa (art. 172 ter.5 CP) y el inoperante delito de usurpación de estado civil (art. 401 CP)», *Revista de Derecho y Proceso Penal*, Núm. 75.

[**] Aunque no tuve la fortuna de que el Prof. Dr. iur., Dr. med., Dr. h. c. mult. Carlos María Romeo Casabona me impartiera clases durante mi etapa formativa en el Grado en Derecho de la UPV/EHU, sí tuve el privilegio de aprender de alguno/a de sus más brillantes discípulos/as. Precisamente, ha sido a través de la Escuela que el homenajeado ha creado que he tenido la inmensa fortuna de conocer la talla de su figura académica.

theft)[1] consiste en la obtención —muchas veces, sin consentimiento— de datos personales identificativos[2] para hacer uso de ellos (p.ej.: crear o acceder sin consentimiento a la cuenta o perfil de otra persona, vender productos/servicios en su nombre, etc.) y así generar, mediante acciones encaminadas al engaño, confusión verosímil sobre la verdadera identidad de alguien. Hasta la fecha, uno de los escasísimos tipos penales capaces de integrar esta actividad falsaria personal sería el contenido en el art. 401 del Código Penal español (CP)[3], relativo a la usurpación de estado civil[4].

No obstante, a falta de un tipo penal específico[5] cuyo interés a proteger orbite alrededor del concepto de identidad digital/virtual, considerado a su vez como una extensión lógica del derecho a la intimidad y a la privacidad en este mundo interconectado, no escapa a nuestro conocimiento la existencia de otras soluciones propuestas por la doctrina para hacer frente al fenómeno de la suplantación de identidad en Internet[6]. Entre

[1] Ampliamente, para una deconstrucción y genealogía del concepto de *identity theft*, véase Poster, M., *Information please: culture and politics in the age of digital machines*, Duke University Press, Durham, 2006, pp. 87-115.

[2] La doctrina suele referirse a esta primera fase, relacionada con la obtención no consentida de datos identificativos personales, como *hurto de identidad* (o hurto de identidad en sentido estricto) (*identity theft*). Esto permite distinguir esta subfase del fenómeno criminal más amplio, conocido como *hurto de identidad* (o hurto de identidad en sentido amplio) (*identity theft* o *identity related crime*). Esta categoría más amplia incluiría, en una subfase posterior, la suplantación de identidad online (*identity fraud* o *identity abuse*), que implica el uso ilícito de datos personales ajenos, sea o no con fines delictivos. Flores Mendoza, F., «Respuesta penal a la suplantación de identidad. Especial consideración a los fraudes de identidad digital», en Carlos María Romeo Casabona / M.ª Ángeles Rueda Martín (eds.), *Derecho penal, ciberseguridad, ciberdelitos e inteligencia artificial. Volumen I. Ciberseguridad y ciberdelitos*, Comares, Granada, 2023, pp. 395-396.

[3] Art. 401 CP: *«El que usurpare el estado civil de otro será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años»*.

[4] Nótese que estamos ante un delito de larga tradición en la política legislativa penal española. De hecho, salvo por la penalidad que lleva aparejada y su ubicación sistemática, el vigente art. 401 CP hereda el lejano texto del art. 384 del CP/1848.

[5] Entre las propuestas de *lege ferenda* para articular de forma precisa y autónoma un delito de suplantación de identidad online, véase: Sanmartín García-Osorio, M.E., «La suplantación de identidad digital. Especial referencia al artículo 172 ter.5 del Código penal», *Revista General de Derecho Penal*, Núm. 41, 2024, pp. 33-36; Martínez Galindo, G., «Suplantación de identidad digital: hacia una necesaria tutela penal», *Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público*, Vol. 72/1, 2024, p. 224; Solari-Merlo, M.N., *La identidad digital ante el Derecho penal*, Aranzadi, Pamplona, 2023, pp. 212-215; Solari-Merlo, M.N., «Suplantación de identidad digital: ¿necesidad de criminalización?», *Cuadernos de Política Criminal*, Núm. 136, pp. 161-163; Sánchez Domingo, M.B., «Robo de identidad personal a través de la manipulación o el acceso ilegítimo a sistemas informáticos, ¿necesidad de una tipificación específica?», *Revista General de Derecho Penal*, Núm. 26, 2016, p. 34; Fiscalía General del Estado, *Memoria elevada al Gobierno de S.M. presentada al inicio del año judicial por el Fiscal General del Estado Excmo. Sr. Don Eduardo Torres-Dulce Lifante* (2014).

[6] Aunque con diferente alcance y limitaciones, destacan los esfuerzos doctrinales por reconducir tales hechos a los delitos de falsedad documental, injurias, trato degradante, descubrimiento y revelación

ellas, nos centraremos exclusivamente en la reciente incorporación, vía Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual (DF cuarta, apdo. cuarto) —con una ligera modificación posterior por LO 1/2023, de 28 de febrero[7]— de una nueva modalidad *sui generis* del delito de acoso prevista en el art. 172 ter.5 CP[8]. En adelante, nos referiremos al mismo como delito de usurpación de imagen en redes sociales[9] o, si se prefiere, delito de funa[10]).

---

de secretos, acoso persecutorio, sexting, coacciones leves, etc. Ampliamente, véase: Sanmartín García-Osorio, M.E., «La suplantación…, ob. cit., pp. 10 y ss.; Flores Mendoza, F., «Respuesta penal…, ob. cit., pp. 408-417; Solari-Merlo, M.N., *La identidad…, ob. cit.*, pp. 124-147; Solari-Merlo, M.N., «Suplantación…, ob. cit., pp. 142-155; Solari-Merlo, M.N., «Encaje jurídico penal de las conductas de suplantación de identidad digital», en Pere Simón Castellano / Alfredo Abadías Selma (coords.), *Cuestiones penales a debate*, J.M. Boch Editor, Barcelona, 2021, pp. 418-426.

[7] El nuevo apartado 5 del art. 172 ter CP, según la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo (DF segunda, apdo. segundo), incrementa la pena para aquellos casos en que la víctima del delito lo sea un menor o una persona con discapacidad.

[8] Art. 172 ter.5 CP: *«El que, sin consentimiento de su titular, utilice la imagen de una persona para realizar anuncios o abrir perfiles falsos en redes sociales, páginas de contacto o cualquier medio de difusión pública, ocasionándole a la misma situación de acoso, hostigamiento o humillación, será castigado con pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a doce meses. Si la víctima del delito es un menor o una persona con discapacidad, se aplicará la mitad superior de la condena»*. Ampliamente, para conocer cómo se gestó y cuál era el sentido de incorporar esta figura delictiva al apartado 5 del art. 172 ter CP, véase Roig Torres, M., *El delito de acoso del artículo 172 ter del Código penal. Las reformas de las Leyes Orgánicas 10/2022, de 6 de septiembre y 1/2023, de 28 de febrero*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 311-318.

[9] Véase Verdugo Guzmán, S., «Reformas penales en los delitos relativos al descubrimiento y revelación de secretos desde el Decreto 3096/1973 a la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre», en Víctor Martínez Patón / Gemma Martínez Galindo (dirs.), *Cincuenta reformas penales. Análisis de las reformas del Código penal de 1995 desde la perspectiva del populismo punitivo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, p. 434.

[10] El término *funa* es un coloquialismo que, aunque muy extendido hoy día, encuentra sus raíces en la lengua mapudungun y la cultura mapuche (Chile). El verbo funar se emplea para describir la acción de exponer públicamente a una persona o entidad, principalmente a través de redes sociales u otros medios de comunicación, con el propósito de denunciar sus acciones, comportamientos o conductas que se consideran inapropiadas, injustas o moralmente cuestionables. Esta práctica busca hacer justicia por mano propia. En este sentido, el concepto de funa es similar al de *escrache*, aunque este último se limita a individuos y la acción de funar puede estar dirigida tanto a individuos como a entidades. Si bien la funa busca desprestigiar a alguien, esta práctica siempre estará guiada por motivos de justicia social, en claro contraste con los motivos que puedan estar detrás del hostigamiento o acoso (*harassment/stalking*) en redes (*cyberharassment/-stalking*). Ampliamente, sobre los orígenes del término y su evolución hasta nuestros días, véase Martínez-Líbano, J. / Yeomans-Cabrera, M.M., «Scale of Fear of Funa in Social Networks (FFSN): construction and psychometric properties», *Salud, Ciencia y Tecnología*, Vol. 4, 2024, 13 págs.

En esencia, podría afirmarse que la conducta que se sanciona logra que terceros hostiguen o acosen a la víctima mediante la humillación y el ridículo, frecuentemente por haber incluido el autor del delito la información de la víctima —incluido su rostro— en sitios web de contacto, a menudo de naturaleza sexual.

En lo que al presente estudio concierne, cabe notar que el delito de usurpación de imagen en redes sociales (o en otros medios de difusión pública) tiene el potencial de entrar en interacción con el delito de usurpación de estado civil[11]. De hecho, el delito de usurpación de imagen en redes sociales, páginas de contacto o cualquier medio de difusión pública, supone el castigo de una suerte de suplantación momentánea de la identidad consistente en el empleo de una imagen, incluso en una única ocasión (de ahí la caracterización de «momentánea»), y sea o no íntima[12]. El hurto de datos de identificación de otra persona seguido de su uso indebido para suplantarla, aunque sea momentáneo, constituiría el primer paso para provocar una perturbación más grave en la vida de la víctima en forma de escenarios de acoso, hostigamiento o humillación (resultado típico requerido en el delito de usurpación de imagen). En suma, parece que los problemas concursales que derivan del delito de usurpación de estado civil y del novedoso delito de usurpación de imagen podrían ir apareciendo en la práctica judicial más pronto que tarde.

El estudio que sigue tratará de aclarar qué podemos esperar de la interacción futura entre el delito de usurpación de imagen (art. 172 ter.5 CP) y el delito de usurpación de estado civil (art. 401 CP) en el ámbito digital. Antes bien, merece la pena detenernos en la incidencia de este último delito según cifras oficiales, lo cual nos puede dar una idea no sólo de la actividad de registro policial, sino de la trazabilidad de tales incidentes —potencialmente delictivos— dentro del sistema judicial. De esta forma, se verá la curiosa discrepancia que existe entre hechos conocidos desde instancias policiales y el número de condenas recaídas en sede judicial. Acto seguido, acudiremos a examinar las escasas resoluciones condenatorias recaídas en España, observando de cerca las constelaciones de casos y la finalidad detrás de cada suplantación de identidad. Será entonces, una vez realizado el análisis anterior, cuando estemos en disposición de avanzar otras consideraciones jurídico-penales de interés (p.ej.: bien jurídico protegido, elementos típicos que conforman el delito, concurso de delitos, etc.). Este estudio cerrará, a modo de reflexión final, con una recapitulación de las ideas más destacadas recogidas en el mismo.

[11] Díaz López, J.A. / Martínez de Abreu, D., *Nuevo delito de «funa» y suplantación de identidad online.* Legal Today, 27 de junio de 2023.

[12] Sánchez Benítez, C., *Tratamiento jurídico-penal del acoso en España. Especial referencia a las Leyes Orgánicas 4/2022, de 12 de abril y 10/2022, de 6 de septiembre*, BOE, Madrid, 2023, p. 50. De hecho, en 2021, la Fiscalía de Cáceres aludía no sólo a la necesidad de disponer de un tipo delictivo relativo a la suplantación de identidad online, sino también a una conducta mucho más específica (y, según entendemos, con cierta autonomía propia): *«Específicamente debería tipificarse la creación de cuentas o perfiles con los datos personales o las imágenes del rostro de otro, dejando fuera aquellas conductas puntuales que ni tienen capacidad de causar perjuicio alguno a la persona cuya identidad se suplanta, ni es esa la intención de su autor, o que, por las características de las acciones, carezcan de virtualidad para generar error sobre la identidad de la persona que realmente está actuando a través de la red»*. Fiscalía de la Comunidad Autonoma de Extremadura, *Memoria 2022 (Ejercicio 2021)*, p. 134.

II. El desconcierto de las cifras oficiales

Desde el año 2013 no ha dejado de crecer el número de incidentes de usurpaciones de estado civil de los que han tenido conocimiento las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, ya sea a través de un hecho denunciado o de una investigación policial. Si en 2013 el número de incidentes se situaba en 1.601, en 2022 alcanzó la cifra de 12.509, lo que supone un incremento del 681 %.

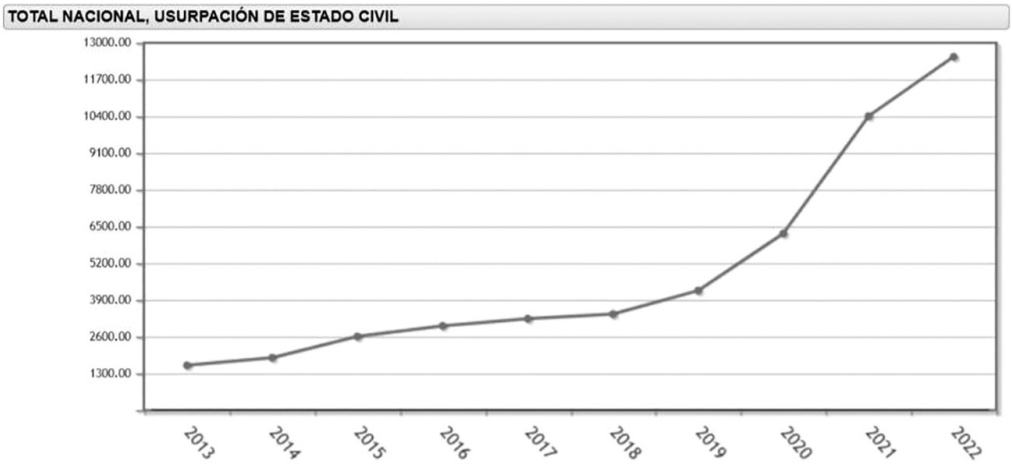


Figura 1. Evolución del número total de incidentes policiales relativos a la usurpación de estado civil a nivel nacional.
Fuente: Sistema Estadístico de Criminalidad, Ministerio del Interior.

Sin obviar la existencia de casos no detectados (cifra negra), parece evidente que existe una tendencia al alza en cuanto a hechos conocidos se refiere, sea a través de denuncia o por actuación —preventiva o de investigación— policial. Posiblemente, dicho crecimiento se deba a una mayor concienciación ciudadana sobre este tipo de delincuencia, o de mecanismos más eficaces para la persecución, detección y denuncia del delito.

Ahora bien, la razón principal que parece estar detrás del incremento de las denuncias es la de una errónea categorización de muchos incidentes a nivel policial. No en vano, es sabido que las estadísticas policiales siguen criterios que pueden diferir de los establecidos por jueces y tribunales para el delito en cuestión[13]. En una lectura entre líneas, a ello parece que apunta la Fiscalía de la Comunidad Foral de Navarra (2022): *«(…) [N]os encontramos con casos particularmente sangrantes en los que la sensación de tener*

[13] En esta línea de entendimiento, véase: Solari-Merlo, M.N., *La identidad…, ob. cit.*, p. 119; Solari-Merlo, M.N., «Suplantación…, ob. cit., p. 138.

las manos atadas para proceder a la persecución de determinados delitos produce una enorme frustración tanto a los Juzgados de Instrucción y a la Fiscalía, como a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, que dan traslado al Juzgado de múltiples denuncias presentadas ante los Juzgados por estos hechos que son archivadas, dado que se trata de perfiles falsos en los que no se hace otra cosa que utilizar imágenes ya publicadas en la red social donde se crea el perfil o en otra distinta y contactar con las amistades de esta persona, a quien se crea un error por la identidad de esta persona (piensan que es la persona que conocen pero resulta no serlo). Al no existir otra actividad, no existe tipo penal que recoja esta conducta, por lo que no procede sino el archivo de la causa, dando una sensación de indefensión a la víctima y de impunidad al autor de los hechos»[14]. Esta explicación contribuye a una mejor comprensión de la figura anterior, donde se observa un incremento de hechos conocidos que no hace sino distorsionar la realidad del fenómeno delictivo de la suplantación de identidad. Se trata, recordemos, de incidentes potencialmente delictivos catalogados como tales por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

En claro contraste, el número de condenas recaídas ha sido muy modesto. En 2013, fueron 92 las personas condenadas, exactamente el mismo número que lo fueron en 2022. Lejos de grandes variaciones, si bien puede destacarse una caída del 35 % que tuvo lugar en 2020 (71 condenados) respecto a 2019 (109 condenados), la fluctuación ha sido mínima a lo largo de los años.

Figura 2. Evolución del número total de condenados adultos por el delito de usurpación de estado civil a nivel nacional.

Fuente: INE. Información procedente del Registro Central de Penados, Ministerio de Justicia.

[14] Fiscalía de la Comunidad Foral de Navarra, *Memoria 2022 (Ejercicio 2021)* (2022), pp. 134-139.

En otras palabras, a pesar de haberse detectado un número más que significativo de incidentes, parece claro que la relevancia penal de los mismos se estaría viendo muy comprometida. Esto tiene que ver, como se verá a lo largo del presente estudio, con una serie de condicionantes jurisprudenciales que lastran la aplicabilidad del delito en cuestión en el ámbito digital. De hecho, los incidentes penalmente relevantes conocidos por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad tienen que ver, en una proporción muy elevada, con el entorno online. En cambio, como se irá viendo, las condenas por la comisión del delito de usurpación de estado civil en el ciberespacio resultan anecdóticas.

En suma, se estaría produciendo una especie de «cuello de botella». Esto se refleja bien si hacemos uso del año 2022 para imaginar una suerte de trazabilidad de los incidentes de usurpación de estado civil. Si en ese año se alcanzó la cifra de 12.509 incidentes o hechos conocidos por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, los procedimientos por delitos de usurpación de estado civil incoados ascendieron a 5.799[15], mientras que sólo 92 personas recibieron sentencias condenatorias. Con todas las cautelas necesarias, los datos anteriores reflejan que, de los incidentes inicialmente conocidos por la policía, el 46,36 % conllevó la incoación de un procedimiento penal, mientras que solo el 0,73 % de los incidentes alcanzaron resoluciones condenatorias por el delito de usurpación de estado civil.

En cuanto al delito de usurpación de imagen, por lo novedoso de su incorporación al art. 172 ter CP, no disponemos aún de cifras. No obstante, esto servirá de excusa para especular más adelante acerca de su potencial y posible incidencia futura.

III. Estudio de la casuística basada en condenas: constelaciones de casos

A continuación, se propone realizar una radiografía de las resoluciones condenatorias —como se verá, marcadamente excepcionales— que han trascendido en torno a dos tipologías delictivas emparentadas, si no directamente relacionadas, con el castigo de la suplantación de identidad en Internet. Es decir, se busca conocer mejor la casuística punible del fenómeno delictivo de las suplantaciones de identidad online a través de las diferentes resoluciones condenatorias recaídas sobre el delito de usurpación de estado civil (art. 410 CP) y el delito de usurpación de imagen (art 172 ter.5 CP). No obstante, por lo novedoso de este último delito, la falta de resoluciones condenatorias nos obliga a imaginar y aportar ejemplos de casos que podrían llegar a canalizarse a través del delito de usurpación de imagen.

Asimismo, se acumularán razones que sirvan para entender la exigua aplicabilidad práctica que merecen tales tipos delictivos en el ámbito digital. Como se verá, se lucha únicamente contra la periferia de un fenómeno delictivo mucho más amplio.

[15] Fiscalía General del Estado, *Memoria elevada al Gobierno de S.M. presentada al inicio del año judicial por el Fiscal General del Estado Excmo. Sr. Don Álvaro García Ortiz* (2023), p. 1082.

III.1. **Delito de usurpación de estado civil (art. 401 CP)**

Además de dudosa, la aplicabilidad que ha merecido el delito de usurpación de estado civil (art. 401 CP) en el entorno comisivo online es muy escasa, a juzgar por los pronunciamientos judiciales en sentido condenatorio que se vislumbran de tarde en tarde[16]. Aun así, se pueden observar dos constelaciones de casos. La primera tiene que ver con aquellas suplantaciones de identidad que constituyen el paso previo (*input fraud* o fraude de entrada)[17] a la realización de actividades fraudulentas de tipo económico (*output fraud* o fraude de salida[18]; p.ej.: delito continuado de estafa). En estos casos, como se verá, la sentencia condenatoria se alcanza siempre vía conformidad del acusado. El segundo bloque de casos, aunque claramente marginal, apunta a una suplantación de identidad no como medio para alcanzar otro delito, sino como consecuencia de la comisión de éste (p.ej.: hacer la ficción de que, tras la comisión de un delito de sangre con resultado de muerte, la víctima sigue con vida). A todo ello nos referiremos en las líneas que siguen.

III.1.1. ***Actividades fraudulentas de tipo económico (output fraud) previa suplantación de identidad (input fraud)***

El móvil principal de las suplantaciones de identidad, una vez obtenida alguna información identificativa previa, suele estar ligado a fines económicos[19]. Es importante señalar que el delito de usurpación de estado civil no requiere que se cause ningún perjuicio —patrimonial o no— a la persona suplantada. Ahora bien, de producirse, estaríamos ante un concurso de delitos entre la infracción falsaria y, en su caso, la infracción patrimonial.

A continuación, examinaremos las sentencias condenatorias localizadas —sea a través de bases de datos jurídicas o, subsidiariamente, a través de repositorios digitales

[16] Desde 2014, según la búsqueda jurisprudencial realizada por Solari Merlo en la base de datos de Aranzadi, solo se habrían registrado ocho casos juzgados por delitos de usurpación del estado civil mediante las TIC: SAP de Pontevedra 23/2015, de 5 de mayo; AAP de Valladolid 78/2017, de 22 de febrero; AAP de Madrid 553/2018, de 14 de septiembre; SAP de León 28/2019, de 18 de enero; SAP de Zaragoza 99/2019, de 25 de marzo; SAP de Madrid 260/2020, de 9 de junio; AAP de Madrid 1231/2020, de 8 de julio; y SAP de Álava 132/2021, de 31 de mayo. Sin embargo, ninguna de las resoluciones antedichas evidenciaría que haya existido un fallo condenatorio. Solari-Merlo, M.N., *La identidad…, ob. cit.*, pp. 118-119.

[17] Ampliamente, véase Wall, D.S., *Cybercrime. The transformation of crime in the digital age (2nd ed.)*, Polity Press, Cambridge/Hoboken, 2024, pp. 87-92.

[18] Wall, D.S., *Cybercrime…, ob. cit.,* pp. 92-93.

[19] En detalle, véase Martínez Galindo, G., «Suplantación…, ob. cit., pp. 206-208.

de prensa— relacionadas con la comisión del delito de usurpación de identidad para la realización posterior de una actividad fraudulenta de tipo económico.

En primer lugar, por su interés, se trae a colación la **Sentencia del Juzgado de lo Penal Núm. 15 de Sevilla, de 14 de noviembre de 2023**. Sin que conste cómo (medio empleado) ni cuándo (momento exacto) tuvo lugar la sustracción de la imagen a color del Documento Nacional de Identidad (DNI) de un empresario sevillano, ese modo de proceder habría precipitado numerosas denuncias por estafa en las que dicha imagen era aportada para lograr identificar al supuesto estafador. Los fraudes denunciados tendrían que ver con anuncios de compraventa a través de *Milanuncios* y *Wallapop* en los que el empresario ofertaba el alquiler de apartamentos vacacionales, la venta de jilgueros o videoconsolas, etc. Tal y como se ha informado, la mayoría de las cantidades sustraídas oscilarían entre los 100 y 400 euros[20]. Tras alcanzar un pacto con la Fiscalía y la acusación particular, la condenada por el delito de usurpación de estado civil habría reconocido que suplantó la identidad del empresario en al menos quince ocasiones durante el año 2017. El juez, finalmente, condena a la acusada a seis meses de prisión por un delito de usurpación de estado civil[21].

Un caso similar es el de la **Sentencia del Juzgado de lo Penal Núm. 3 de Burgos 177/2019, de 16 de mayo**. No obstante, a diferencia del caso anterior, aquí se sabe que la persona suplantada, actuando de buena fe y con la intención de comprar una consola que había visto anunciada en la página web de *Milanuncios.com*, envió su documento de identidad a las acusadas. Esto permitió que, una vez en posesión del DNI, las acusadas lo utilizaran en su propio beneficio. De esta manera, pusieron diversos productos a la venta en Internet utilizando la identidad de la persona suplantada. Tras la venta de dichos productos y una vez recibido el dinero de las respectivas compras, no entregaban los productos a los compradores. Las acusadas serían condenadas, con la conformidad de su defensa y ratificada por ellas mismas, a una pena de 9 meses de prisión cada una por sendos delitos de usurpación de estado civil.

[20] Aunque en este caso las víctimas se dieron cuenta de las pérdidas patrimoniales al no recibir el producto comprado o el servicio contratado, muchas otras víctimas suelen ser estafadas por cantidades ínfimas, casi intrascendentes. De hecho, la percepción de ser víctima puede ser tan baja en la «escala de victimización» de un individuo que puede que ni siquiera se dé cuenta de lo estafado. Estas cantidades podrían estar por debajo del umbral que la policía «tomaría en serio» en sus rastreos rutinarios. Todo ello da buena muestra de la cifra negra detrás de este tipo de criminalidad de índole económica, así como de la suplantación de identidad que está en la sombra, es decir, aquella que sirve de cauce para consumar el delito de estafa. David, M., *Networked crime. Does the digital make the difference?*, Bristol University Press, Bristol, 2023, p. 149.

[21] Véase: Muñoz, J., *Condenada por usurpar 15 veces la identidad de un empresario sevillano para realizar estafas por internet*. Diario de Sevilla, 14 de noviembre de 2023; Díaz, C., *Víctima de su DNI*. Diario de Sevilla, 19 de septiembre de 2017.

Otro ejemplo de condena fue la **SAP de Almería 183/2019, de 3 de mayo**. En este caso fueron dos los acusados que, actuando de común acuerdo, utilizaron el nombre y el DNI de otra persona con la intención de obtener un enriquecimiento patrimonial ilícito, aprovechándose de la coincidencia del nombre de uno de ellos con el de la persona suplantada. Así, contrataron varias líneas de telefonía móvil y fija a través de Internet, sin intención de asumir los gastos que se fueran generando. Ante los impagos referidos, las compañías telefónicas acabarían reclamando a la persona suplantada sumas elevadas de dinero. Este mismo *modus operandi* fue seguido también contra una segunda persona, si bien consta que ésta no habría reclamado nada como perjudicado. Los acusados fueron condenados, vía sentencia de conformidad, por el delito continuado de usurpación de estado civil a una pena de 6 meses de prisión para cada uno.

En suma, como se ha dicho, estamos ante casos de suplantaciones de identidad que constituyen el paso previo a la realización de actividades fraudulentas de tipo económico (p.ej.: delito continuado de estafa). Aún más, las diversas estrategias empleadas por los infractores en Internet parecen apuntar en una única dirección: el uso reiterado, no consentido y fraudulento del DNI de la persona afectada, muchas veces siendo sustraído de muy diferentes formas no siempre fáciles de rastrear.

Al referirnos a «uso», tal y como viene exigiendo la jurisprudencia, estaríamos aludiendo a un *uso público de los derechos y acciones de la persona suplantada*. Es decir, no basta con arrogarse una identidad ajena, sino que el autor debe presentarse ante terceros con la intención de ejercer los derechos y acciones que normalmente corresponderían a esa persona, como si de ella misma se tratara (entre otras, véase la SAP de Burgos 202/2013, de 30 de abril [FJ 3]). Esto último enlaza con el hecho de que la *usurpación sea completa en sí misma*, es decir, que el suplantador se haga pasar por el suplantado en todas sus facetas y a todos los efectos, como si fuera la misma persona (entre otras, véase el AAP de Toledo 53/2009, de 26 marzo [FJ 2]). Sobre la *reiteración en el uso de tales derechos y acciones*, ello tiene que ver con mantener la ficción de manera continua y persistente en el tiempo (entre otras, véase la STS 669/2009, de 1 de junio [FJ 2]), si bien retomaremos este punto en el siguiente apartado. Por último, el autor ha tenido que emplear como propios, cuando menos, el nombre y apellidos de la víctima, a modo de elementos configuradores —entre otros muchos— del estado civil de una persona. Si bien lo anterior es un mínimo, se viene exigiendo el uso de algún que otro elemento adicional de la víctima que pueda individualizarla lo suficiente (p.ej.: el *nickname* en una red social)[22].

[22] Ampliamente, sobre esta concatenación de requisitos jurisprudenciales superpuestos, nos remitimos a lo contenido en Gordon Benito, I., «Suplantaciones de identidad online. Claves (re)interpretativas del delito de usurpación de estado civil», *La Ley Penal*, Núm. 143, 2020 [La Ley 4151/2020].

III.1.2. *Suplantaciones de identidad tras la comisión del delito principal*

Tratándose de casos marcadamente excepcionales, más si cabe si el delito principal (y previo a la suplantación de identidad) conecta con un delito grave (p.ej.: homicidio/asesinato), un ejemplo reciente lo encontramos en la **SAP de Sevilla 13/2023, de 23 de noviembre**.

El acusado (25 años), encontrándose en el domicilio de Estepa (Sevilla) que había compartido con su expareja (17 años) tras el nacimiento del hijo en común, tuvo una fuerte discusión con la víctima que culminó en una agresión sexual con penetración vaginal. Posteriormente, con la intención de acabar con la vida de su expareja, o al menos siendo consciente y aceptando la posibilidad de que esto ocurriera, el acusado se abalanzó sobre ella por la espalda, impidiéndole cualquier tipo de defensa. Inmediatamente, le rodeó el cuello con un cordón y aplicó presión suficiente como para provocar la muerte de la víctima por estrangulamiento. Tras descuartizar el cadáver y repartir sus restos por diferentes sitios de la localidad, dejando alguno incluso en el lugar de los hechos, el acusado pasa a suplantar su identidad para *«hacer creer a la familia de la víctima, que se encontraba viva y desaparecida»* (FJ 6). Esta suplantación de identidad ocurre el 3 de junio de 2021, horas después de todo lo acontecido en la tarde-noche del 2 de junio. En concreto, el agresor utilizó el móvil de la víctima para, haciéndose pasar por ella, enviar mensajes a su madre y hermana vía *Facebook Messenger* para contarles que se había ido a Badajoz con un chico del que se había enamorado. También les pidió que se hicieran cargo de su hijo hasta su regreso.

La SAP de Sevilla 13/2023, de 23 de noviembre, está fundamentada en el veredicto del jurado popular que declaró culpable al exnovio de la víctima por los delitos de asesinato, agresión sexual, profanación de cadáver y usurpación de estado civil, condenándolo a prisión permanente revisable. Dejando a un lado el delito principal por el que la Fiscalía (delito de homicidio del art. 138.1 CP) o la acusación particular (delito de asesinato del art. 139.1 y 4 CP, en relación con el art. 140.2 CP) interesaban condena, la Fiscalía no consideró los hechos como constitutivos de un delito de usurpación de estado civil (art. 401 CP). Sí lo hizo, en cambio, la acusación particular, ejercida por la familia de la víctima.

En primer lugar, aunque la resolución condenatoria analizada no aborda expresamente este aspecto, tanto doctrina como jurisprudencia están divididas acerca de si el estado civil de una persona fallecida puede ser usurpado. Como punto de encuentro, se podría admitir que, desde una perspectiva político-criminal, es conveniente castigar estos casos para evitar que el tráfico social o jurídico se vea afectado por una sensación de inseguridad permanente.

Lo que sí se menciona en la resolución condenatoria es que no se trata de una usurpación puntual o momentánea, sino de una usurpación completa en sí misma, considerando su ejecución y la permanencia de las consecuencias. Poco importa que la usurpación fuera ejecutada *«únicamente en dos actos de suplantación»*. De hecho, lo

verdaderamente relevante es *«la magnitud de la confusión generada a terceros con la suplantación, y no el número de actos realizados para provocarla»*. En otras palabras, se confirma que el acusado realizó una usurpación *«tendencialmente definitiva»* ante terceros, en la medida que *«no era preciso ningún otro acto de usurpación para provocar la confusión pretendida»* (FJ 6). Ello, entre otras cuestiones, pondría en evidencia que estamos ante un delito de mera actividad.

Tras el recurso interpuesto por la Fiscalía[23], el TSJ de Andalucía confirmó la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Sevilla, rechazando asimismo los argumentos alegados por la defensa[24].

A modo de reflexión final, entre otros aspectos jurídico-penales de interés, cabe afirmar que la invocación ocasional de una identidad ajena (ficción esporádica), generalmente, no constituirá delito de usurpación de estado civil. Y ello a pesar de que la SAP de Sevilla 13/2023, de 23 de noviembre, reconozca que puede haber situaciones —según entendemos, excepcionales— donde la magnitud de la confusión generada justifique considerar la usurpación como suficiente para constituir delito. Lo más normal seguirá siendo la absolución o la inadmisión de recurso. Por ejemplo, se ha llegado a sostener que unos mensajes publicados en una red social durante el mes de mayo, incluso aunque la usurpación sea completa en el marco de esa concreta red social, no cumplirían con el estándar de persistencia necesario para ser considerados relevantes[25].

Por otro lado, si bien la SAP de Sevilla 13/2023, de 23 de noviembre, confirma que habría existido una «intensa afectación» al bien jurídico protegido, no explicita nada más al respecto. Según entendemos, el interés que merece protección, al menos en su proyección digital, debería coincidir con la veracidad identitaria de cada uno de los miembros o usuarios que, habiéndose arrogado una personalidad ajena mediante actos que así lo atestigüen suficientemente, quiebren con sus acciones y/u omisiones las expectativas de seriedad, autenticidad y confianza que debieren haber prevalecido en la

[23] Rivera, R., *La Fiscalía recurre la prisión permanente revisable al asesino de Rocío y pide que se repita el juicio*. Cadena SER Andalucía Centro, 27 de diciembre de 2023.

[24] Rivera, R., *El TSJA confirma la prisión permanente revisable para el condenado por el crimen machista de Rocío*. Cadena SER Andalucía Centro, 30 de abril de 2024.

[25] En concreto, en el AAP de Segovia 46/2010, emitido el 25 de marzo de 2010, se dispuso lo siguiente: *«(…) con esa creación de un perfil suplantador no se realizó ninguna otra conducta atributiva de la personalidad ajena, ni tuvo otra trascendencia que la limitada al foro de contactos en que se actuaba, por lo que no existió la completa asunción de la personalidad de la víctima, aunque esa asunción pudiera ser total en el marco limitado del Tuenti. De la misma forma, tampoco cabe atribuir una persistencia de dicha conducta pues como se aprecia de los mensajes subidos a la red, éstos se desarrollaron básicamente en el transcurso del mes de mayo, sin que quepa equiparar que el perfil continuase abierto con que la denunciada hiciesen uso de él, que es lo que constituye el elemento esencial de la usurpación»* (FJ 4).

interacción mutua o con terceros, sea ésta del tipo que sea (p.ej.: realizar contratos de compraventa, publicar posts en redes sociales, chatear con otros usuarios, etc.).

III.2. **Delito de usurpación de imagen en redes sociales, páginas de contacto u otros medios de difusón pública (art. 172 ter.5 CP)**

Aunque integrado en el art. 172 ter CP relativo al acoso, el carácter *sui generis* del delito de usurpación de imagen deviene de que, *a priori*, no precisaría de las notas de insistencia y reiteración tan comúnmente asociadas al delito de acoso. Así lo entienden, entre otros, Sánchez Benítez[26] o Roig Torres[27]. A su vez, esta última hace énfasis en el encuadre del precepto en el capítulo relativo a las coacciones[28], siendo así que los actos que se lleven a cabo habrán de revestir entidad suficiente como para afectar significativamente a la libertad de obrar de la víctima[29]. Más allá de lo molesto que pueda resultar para alguien que un tercero haga uso no consentido de su imagen para realizar anuncios o abrir perfiles falsos en redes sociales, páginas de contacto o cualquier medio de difusión pública, la afectación suficiente debe venir referida al libre proceso de formación de la voluntad, y no sólo al hecho de llevar a término dicha voluntad ya alcanzada (STS 554/2017, de 12 de julio [FJ 4]). Esto enlazaría con el resultado típico que exige el propio apartado quinto del art. 172 ter CP: ocasionar a la víctima una situación de acoso, hostigamiento o humillación[30]. Lo anterior debe quedar abarcado por el dolo —siquiera eventual— del autor, quien asume con su forma de actuar la posibilidad de ocasionar tales estados en la víctima[31]. Asimismo, como se ha mencionado, estos son estados sobrevenidos y limitantes que impiden a la víctima decidir y actuar como lo haría normalmente en otras circunstancias. Realizada la conducta, de no alcanzarse

[26] Sánchez Benítez, C., *Tratamiento jurídico-penal…, ob. cit.,* pp. 50-51.

[27] Roig Torres, M., *El delito de acoso…, ob. cit.*, pp. 315-316.

[28] Nótese que el AAP de Cantabria 219/2023, de 23 de mayo (FJ 2), señala que el art. 172 ter.5 del Código Penal tipifica como delito conductas que anteriormente podrían haber recibido atención bajo el delito de coacciones.

[29] Cómo se verá en el apartado IV *infra*, otra opción pasa por sondear el derecho a la propia imagen como bien jurídico protegido. Así lo entiende Sánchez Tomás, J.M., «Coacciones», en Francisco Javier Álvarez García (dir.) / Arturo Ventura Püschel (coord.), *Tratado de Derecho penal. Parte especial I. Delitos contra las personas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, pp. 872-873. En contra, véase Solari-Merlo, M.N., *La identidad…, ob. cit.*, p. 145.

[30] Ampliamente, siendo muy crítica con estos conceptos (acoso, hostigamiento y humillación) que enlazan con el resultado típico exigido, véase Sanmartín García-Osorio, M.E., «La suplantación…, ob. cit., pp. 28-29.

[31] Roig Torres, M., *El delito de acoso…, ob. cit.*, p. 317.

el resultado típico[32], entonces el delito de usurpación de imagen se castigaría en grado de tentativa.

Como uno puede imaginarse, no faltan voces que apuestan por una interpretación sistemática del apartado quinto que obligue a una lectura del delito de usurpación de imagen en sintonía con las «estructuras típicas y consumativas» del delito acoso[33]. Ahora bien, un aspecto —poco discutido— sería proyectar en el delito de usurpación de imagen (art. 172 ter.5 CP) las notas de insistencia y reiteración[34] del tipo básico de acoso (art. 172 ter.1 CP), y otro —mucho más discutido— sería el de hacer lo propio con la grave alteración del normal desarrollo de la vida cotidiana de la víctima[35] que demanda el tipo básico. Este debate abierto en la doctrina española alcanza, en lo que a este estudio interesa, una notable incidencia en la práctica judicial. Dependiendo de si se considera necesario o no[36] el resultado típico de una grave alteración en la vida cotidiana, el potencial aplicativo del delito de usurpación de imagen variará considerablemente.

De precisarse tal requisito, un caso claro —aunque poco frecuente— sería el que trascendió en marzo de 2023, cuando se detuvo a un hombre en La Rioja por suplantar la identidad del directivo de la empresa donde éste trabajaba para así acosarlo y difamarlo en redes sociales. Según se informó, la incesante cantidad de llamadas telefónicas que recibía a todas horas *«complicaba gravemente su vida familiar»*, mientras que la gran cantidad de mensajes injuriosos o calumniosos que se iban publicando en Internet contra su persona habrían llegado a *«repercutir de manera importante en su entorno laboral, temiendo por su integridad física y la de su familia, además de haber sido señalado como pederasta y por fomentar el odio contra el colectivo gitano»*[37]. Visto lo visto, y

[32] Según otra corriente de opinión, podría entenderse que el hecho de ocasionar a la víctima una «situación de acoso, hostigamiento o humillación» supondrá una condición objetiva de punibilidad. Es decir, estaríamos ante una causa que determinaría la exclusión de la pena, sin que tenga mayor impacto esta cuestión en sede de tipicidad. Muñoz Conde, F., *Derecho penal. Parte especial (25.ª ed.)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 173.

[33] Véase Carpio Briz, D., «Artículo 172 ter», en Mirentxu Corcoy Bidasolo / Santiago Mir Puig (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Reformas LLOO 1/2023, 3/2023 y 4/2023 (2.ª ed.)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, pp. 795-796.

[34] Al requerirse por parte del acosador una actividad intrusiva insistente y reiterada, ello supone comprobar que se ha dado *«una reiteración de acciones de la misma naturaleza —un continuum— que se repite en el tiempo»* (STS 554/2017, de 12 de julio [FJ 4]). Precisamente, son las características propias de Internet las que facilitan la concurrencia de las exigencias de reiteración e insistencia requeridas por el tipo básico. Véase Fiscalía General del Estado, *Memoria…, ob. cit.*, p. 862.

[35] Al requerirse que se produzca una grave alteración de la vida cotidiana de la víctima, ello supone tener que verificar —caso por caso— que estamos ante *«algo cualitativamente superior a las meras molestias»* (STS 554/2017, de 12 de julio [FJ 4]).

[36] No lo entienden necesario, entre otros: Roig Torres, M., *El delito de acoso…, ob. cit.*, p. 316; Sánchez Tomás, J.M., «Coacciones…, ob. cit., p. 874.

[37] La Rioja, *Detenido por suplantar la identidad de su excompañero de empresa para difamarle en las redes sociales*. La Rioja, 7 de marzo de 2023.

suponiendo que se hiciera uso público de la imagen de la víctima, parece que estamos ante un caso flagrante reconducible al delito de usurpación de imagen. Es decir, un supuesto en el que se verifica una afección de la confianza y seguridad exigible en el ámbito de las relaciones personales, sociales y profesionales[38].

Al margen de todo lo anterior, el delito de usurpación de imagen abarca no sólo el uso no autorizado de la imagen de otra persona para la creación de perfiles en redes sociales, sino también hacer ese mismo uso para *«realizar anuncios»*. En otras palabras, se usa la imagen de la víctima para dar a entender que ésta pretende que terceras personas se pongan en contacto con ella (anuncios falsos), sea para el fin que sea. Este sería el caso de mostrar a la víctima como persona interesada en determinado tipo de productos o servicios, estando abierta a ser contactada por eventuales vendedores de los mismos.

Lógicamente, para alcanzar la situación de acoso, hostigamiento o humillación en la víctima que demanda el delito de usurpación de imagen, el ejemplo debería ser «extremo», más si cabe de precisarse la grave alteración en la vida cotidiana de la víctima. Este último condicionante convertiría al nuevo delito de usurpación de imagen en una figura penal marcadamente testimonial. No obstante, según entendemos, un ejemplo podría ser el siguiente. Una persona, asumiendo el rostro plenamente identificable de otra (es decir, la víctima), se dedica a poner en diferentes foros y comunidades de usuarios que la persona cuya identidad se arroga[39] estaría interesada en compartir piso en el centro de la ciudad, facilitando su número de teléfono para aquellos interesados. No obstante, según se indica en el propio anuncio, el compañero de piso no debería ser de raza negra, porque, a su modo de ver, los negros desprenden un olor muy fuerte a cuero, con independencia de su higiene. Lógicamente, anuncios de estas características asociados a la foto de la víctima y con el móvil como reclamo para aquellos interesados, pueden derivar en una situación de acoso hostigamiento y humillación a la persona suplantada. Ello será provocado más bien por las reacciones que puedan tener las personas que vean el anuncio y llamen al teléfono que en él aparece, o por la exposición pública —acompañada de insultos— del rostro de la persona que aparece en el anuncio.

[38] En esta línea, véase Sanmartín García-Osorio, M.E., «La suplantación…, ob. cit., pp. 22-23.

[39] Ahora bien, nótese que este aspecto puede resultar controvertido, ya que el dolo de autor en el delito de usurpación de imagen o de funa podría no venir referido, en sentido estricto, a suplantar a la víctima. Así lo hacen notar Díaz López / Martínez de Abreu, quienes entienden que el autor puede no buscar que otros crean que la verdadera persona detrás del anuncio falso sea la que aparece en la imagen. Ni tan siquiera los usuarios de Internet —es decir, aquellos que *funan* y que, en definitiva, serán quienes generen la situación de acoso, humillación u hostigamiento a la víctima— necesitarían convencerse de que la persona que realiza el anuncio lo hace de forma voluntaria o que el anuncio realmente pertenece a esa persona. Aun con todo, de iniciarse un acoso, humillación u hostigamiento hacia la víctima, podrían colmarse las exigencias típicas del delito de funa. Díaz López, J.A. / Martínez de Abreu, D., *Nuevo delito…, ob. cit.*

IV. A VUELTAS CON LA POSIBLE INTERACCIÓN ENTRE EL DELITO DE USURPACIÓN DE ESTADO CIVIL Y EL DELITO DE USURPACIÓN DE IMAGEN

El delito de usurpación de estado civil del art. 401 CP no estaba originariamente pensado para su aplicación al ámbito digital, si bien habrá casos puntuales —a pesar de todas las dificultades de adecuación típica[40], debido a la construcción eminentemente jurisprudencial del delito— en los que pueda llegar a proyectarse en dicho ámbito. El delito de usurpación de imagen (art. 172 ter.5 CP), por su parte, está pensado preferentemente —que no exclusivamente[41]— para conductas que tengan lugar en el ciberespacio. No obstante, su redacción no ha lugar a dudas cuando incorpora la alusión a *«cualquier medio de difusión pública»* como cláusula de cierre, que invita a pensar que también será posible su aplicabilidad en el mundo analógico (p.ej.: reproducción del rostro de la víctima en anuncios que se hacen en prensa escrita, como puedan ser periódicos, revistas y boletines impresos en papel y en circulación). En suma, parece claro que ambos delitos guardan en común la posibilidad de manifestarse en el entorno comisivo online.

Respecto al interés jurídico protegido en el delito de usurpación de imagen, resulta fácil identificarlo como la libertad de obrar de la víctima, debido al encuadre que tiene el precepto en el capítulo relativo a las coacciones. Si bien el encuadre es el que es, al menos formalmente, lo cierto es que genera no pocas dudas y críticas. Por ello, siguiendo a Sánchez Tomás, el bien jurídico protegido bien podría ser —o, si se quiere, a modo de *desiderátum*— el derecho a la propia imagen. En su opinión, «(…) bastará con que *ex ante* y conforme a criterios de normalidad intersubjetiva la imagen utilizada permita una plena identificación de la víctima en atención a la singularidad e individualización de lo reproducido»[42]. Aspectos como la voz o el nombre deberían quedar fuera de lo que el art. 172 ter.5 CP aspira a tutelar. Tampoco importaría que la imagen estuviese distorsionada o pixelada, si ello no impide la plena identificación del rostro de la persona. Cuestión más controvertida sería, sin duda, el uso de avatares como forma de representación visual de uno mismo, lo cual puede no ser del todo fiel a la realidad. Sea como fuere, la creación de perfiles falsos en redes sociales no siempre tiene como objetivo establecer contacto con otras personas. En muchos casos, estos perfiles pueden ser utilizados simplemente para difundir imágenes que, por su naturaleza, puedan generar una situación

[40] Dando noticia de esta problemática general, véase Romeo Casabona, C.M., «El ciberespacio como lugar de comisión del delito: algunos conceptos básicos», en Marta García Mosquer, Virxilio Rodríguez Vázquez, Miguel Díaz y García Conlledo, Diego-M. Luzón Peña (dirs.), *Libro Homenaje al Profesor Javier de Vicente Remesal por su 70.º aniversario*, BOE, Madrid, 2024, p. 182.

[41] De diferente opinión parece ser la Fiscalía General del Estado, que entiende que el art. 172 ter.5 CP solo puede cometerse a través de las TIC. Véase Fiscalía General del Estado, *Memoria…, ob. cit.*, p. 862.

[42] Sánchez Tomás, J.M., «Coacciones…, ob. cit., p. 872.

de humillación a la víctima[43]. En otras palabras, no se precisa de la realización de actos de interacción entre usuarios que evidencien un estado de la suplantación más avanzado. Ello, qué duda cabe, no sería suficiente para integrar el delito de usurpación de estado civil, por cuanto no se cumple con la intención o el propósito de ejercer públicamente los derechos y acciones que cabría esperar del suplantado (elemento subjetivo del injusto[44], siguiendo lo recogido en la STS 1220/1991, de 26 de marzo [FJ 1]).

Por todo lo anterior, dado que entendemos que se protegen intereses jurídicos muy diferentes, como sería el caso de la fe pública o la veracidad identitaria (delito de usurpación de estado civil *ex* art. 401 CP) y el derecho a la propia imagen, superpuesto a la necesaria afección al derecho a la libertad de obrar[45] (delito de usurpación de imagen *ex* art. 172 ter.5 CP), nos encontramos ante un concurso de delitos.

Ahora bien, el concurso de delitos solo se daría si se cumplieran todos los requisitos jurisprudenciales construidos alrededor del delito de usurpación de estado civil. En concreto: i) que se haga uso público de los derechos y acciones del usurpado, es decir, que el autor se presente ante otras personas con una identidad ajena y tenga la intención de ejercer los derechos y acciones que se esperaría de esa persona; ii) que se mantenga la ficción de manera continua y persistente en el tiempo, sin que acciones puntuales o circunstanciales sean suficientes; iii) que se usurpe completamente la identidad de alguien, es decir, que el suplantador se haga pasar por el suplantado a todos los efectos, como si de tal persona se tratara; y (iv) que el autor haya tenido que emplear como propios, además de la imagen de la persona suplantada que requiere el art. 172 ter.5 CP, otros elementos considerados innegociables, tales como el nombre y apellidos de la víctima, así como algún otro elemento adicional de su identidad que le individualice lo suficiente (p.ej.: el *nickname* en una red social).

Asimismo, se precisaría que el autor de ambos delitos hubiera buscado o se hubiera conformado con crear la situación objetiva de acoso, hostigamiento o humillación en la víctima que demanda el delito de usurpación de imagen. La única duda parece venir de la necesidad de que deba o no probarse la alteración del normal desarrollo de la vida cotidiana de la víctima que demanda el tipo básico de acoso, no así el delito de usurpación de imagen. La exégesis de la norma penal, haciendo extensible este elemento

[43] Sánchez Tomás, J.M., «Coacciones…, ob. cit., pp. 872-873.

[44] En contra de su consideración como elemento subjetivo del injusto, si bien es un tema que divide tanto a la doctrina como a la jurisprudencia, véase Faraldo Cabana, P., «Suplantación de identidad y uso de nombre supuesto en el comercio tradicional y electrónico», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Núm. 3, 2010, p. 87.

[45] En este sentido, coincidimos con Sanmartín García-Osorio cuando argumenta lo siguiente sobre el delito contemplado en el art. 172 ter.5 CP: «(…) permanecerán atípicas conductas que sin llegar a afectar la libertad de obrar (…) sean lesivas tanto para el libre desarrollo de la personalidad como para la confianza y seguridad en el ámbito de las relaciones personales, profesionales y sociales». Sanmartín García-Osorio, M.E., «La suplantación…, ob. cit., p. 31.

del tipo básico de acoso al tipo *sui generis* de acoso (es decir, al delito de usurpación de imagen), es lo que marcará la diferencia entre su poca o nula incidencia en la lucha contra la suplantación de identidad online.

V. Conclusión

Es evidente que habrá suplantaciones de identidad (p.ej.: uso no autorizado de la imagen de otra persona, creando un perfil apto para que la víctima sea humillada *de facto*) que, no alcanzando los requisitos típicos exigidos por el delito de usurpación de estado civil, no queden impunes. En este sentido, el delito de usurpación de imagen cubriría un pequeño —por no decir, minúsculo— espacio dentro del vacío legal existente. Y es que no podemos obviar que el descubierto sigue siendo excesivamente generoso, por lo que la solución pasa por la creación de un tipo penal autónomo para la suplantación de identidad online. Un tipo-específico que sea equilibrado, es decir, que evite tanto el castigo por exceso (sobreinclusión casuística) como el limbo legal al que hoy día parece que nos vemos abocados en esta materia. El delito de usurpación de imagen es lo más parecido a un parche en una superficie que hace aguas por agujeros mucho mayores, sin que el ordenamiento penal español —al menos, conforme a su regulación vigente— esté en condiciones de remediarlo.

Precisamente, como propuesta de *lege lata* que ya se adelantó en su día[46], somos de la opinión de que es posible reorientar la interpretación jurisprudencial del art. 401 CP, flexibilizando algunos de sus requisitos —construidos durante décadas por nuestros jueces y tribunales— cuando la conducta se manifieste a través de Internet. A este respecto, cabe notar que la usurpación completa es un requisito inherente y necesariamente derivado del de permanencia. Así, toda usurpación, debido a la necesidad de prolongarse en el tiempo para ser penalmente relevante, implica que quien inicialmente solo usurpaba, por ejemplo, el nombre, se vea obligado a usurpar otros elementos identitarios adicionales. Es decir, en el mundo offline resulta poco menos que inviable para el sujeto activo mantener la usurpación del nombre como único elemento que vaya a generar error en terceros. Sin embargo, en el ámbito virtual, hay una mayor probabilidad de que los actos consistan en una usurpación de mínimos y por un período más o menos prolongado. Internet debe entenderse como un entorno en el que la usurpación total no siempre será necesaria para mantener la ficción, lo que exige una relectura de este y del resto de requisitos que lastran la aplicabilidad del art. 401 CP al entorno online.

Por lo demás, tanto el delito de usurpación de estado civil como el delito de usurpación de imagen podrían derivar en un concurso de delitos en casos excepcionales y

[46] Véase Gordon Benito, I., «Suplantaciones…, ob. cit., basándonos en Díaz López, J.A., *El delito de usurpación del estado civil*, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 133-156 y 170. En contra, véase Martínez Galindo, G., «Suplantación…, ob. cit., pp. 215 y ss.

de una gravedad acorde a tal excepcionalidad. La sanción penal del delito de usurpación de estado civil, cuando proceda, no será suficiente para abarcar la total significación antijurídica del comportamiento de acoso punible *ex* art. 172 ter.5 CP. Igualmente, el bien jurídico protegido difiere entre ambos delitos. Por un lado, tendríamos la fe pública en el caso del delito de usurpación de estado civil (art. 401 CP), entendida ésta como la veracidad identitaria de cada uno de los miembros o usuarios que, habiéndose arrogado una personalidad ajena mediante actos que así lo atestigüen suficientemente, quiebren con sus acciones y/u omisiones las expectativas de seriedad, autenticidad y confianza que debieren haber prevalecido en la interacción mutua o con terceros, independientemente del tipo de interacción (p.ej.: realizar contratos de compraventa, publicar posts en redes sociales, chatear con otros usuarios, etc.). Por otro lado, encontramos el derecho a la propia imagen, superpuesto a la necesaria afección al derecho a la libertad de obrar, en el caso del delito de usurpación de imagen (art. 172 ter.5 CP).

El delito de usurpación de imagen, como se ha podido comprobar, recibe tal denominación por las reacciones —hostiles, humillantes, hirientes, etc.— que puedan tener terceras personas sobre la víctima, cuya imagen se ha tenido que ver previamente detentada y usada en redes sociales, páginas de contacto, o cualquier otro medio de difusión pública. Tales reacciones tendrán que ser de una entidad tal que, además de su reiteración y persistencia, así como de ocasionar el resultado típico exigido (acoso, hostigamiento y humillación), alteren gravemente el normal desarrollo de la vida cotidiana de la víctima. Si bien la aplicabilidad de este delito se reduce considerablemente, solo de esta manera se logrará asegurar que la conducta pueda ser apta para afectar mínimamente al bien jurídico protegido. El ejemplo del directivo de una empresa cuya identidad se suplanta en La Rioja (caso real), o el de la persona cuyo contacto aparece en foros de Internet asegurando que está interesada en compartir piso (caso imaginario), referidos en el Apartado III.2 *supra*, podrían anticipar ya qué tipo de casos deberían quedar cubiertos por el nuevo delito de usurpación de imagen.

VI. Bibliografía

Carpio Briz, David, «Artículo 172 ter», en Mirentxu Corcoy Bidasolo / Santiago Mir Puig (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Reformas LLOO 1/2023, 3/2023 y 4/2023 (2.ª ed.)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, pp. 790-796.

David, Matthew, *Networked crime. Does the digital make the difference?*, Bristol University Press, Bristol, 2023.

Díaz, Cristina, *Víctima de su DNI*. Diario de Sevilla, 19 de septiembre de 2017. Disponible en: https://www.diariodesevilla.es/sevilla/Victima-suDNI_0_1174083005.html [última consulta: 13/08/2024].

Díaz López, Juan Alberto, *El delito de usurpación del estado civil*, Dykinson, Madrid, 2010.

— Martínez de Abreu, David, *Nuevo delito de «funa» y suplantación de identidad online.* Legal Today, 27 de junio de 2023. Disponible en: https://www.legaltoday.com/practica-juridica/derecho-penal/penal/nuevo-delito-de-funa-y-suplantacion-de-identidad-online-2023-06-27/ [última consulta: 13/08/2024].

Faraldo Cabana, Patricia, «Suplantación de identidad y uso de nombre supuesto en el comercio tradicional y electrónico», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Núm. 3, 2010, pp. 73-134.

Fiscalía de la Comunidad Autónoma de Extremadura, *Memoria 2022 (Ejercicio 2021)* (2022). Disponible en: https://www.fiscal.es/memorias/memoria2022/FISCALIA_SITE/recursos/fiscalias/superiores/extremadura.pdf [última consulta: 13/08/2024].

Fiscalía de la Comunidad Foral de Navarra, *Memoria 2022 (Ejercicio 2021)* (2022). Disponible en: https://www.fiscal.es/memorias/memoria2022/FISCALIA_SITE/recursos/fiscalias/superiores/navarra.pdf [última consulta: 13/08/2024].

Fiscalía General del Estado, *Memoria elevada al Gobierno de S.M. presentada al inicio del año judicial por el Fiscal General del Estado Excmo. Sr. Don Álvaro García Ortiz* (2023). Disponible en: https://www.fiscal.es/memorias/memoria2023/FISCALIA_SITE/recursos/pdf/MEMFIS23.pdf [última consulta: 13/08/2024].

— *Memoria elevada al Gobierno de S.M. presentada al inicio del año judicial por el Fiscal General del Estado Excmo. Sr. Don Eduardo Torres-Dulce Lifante* (2014). Disponible en: https://www.fiscal.es/memorias/memoria2014/FISCALIA_SITE/recursos/pdf/MEMFIS14.pdf [última consulta: 13/08/2024].

Flores Mendoza, Fátima, «Respuesta penal a la suplantación de identidad. Especial consideración a los fraudes de identidad digital», en Carlos María Romeo Casabona / M.ª Ángeles Rueda Martín (eds.), *Derecho penal, ciberseguridad, ciberdelitos e inteligencia artificial. Volumen I. Ciberseguridad y ciberdelitos*, Comares, Granada, 2023, pp. 395-421.

Gordon Benito, Iñigo, «Identidad virtual detentada: el nuevo delito de funa (art. 172 ter.5 CP) y el inoperante delito de usurpación de estado civil (art. 401 CP)», *Revista de Derecho y Proceso Penal*, Núm. 75.

— «Suplantaciones de identidad online. Claves (re)interpretativas del delito de usurpación de estado civil», *La Ley Penal*, Núm. 143, 2020 [LA LEY 4151/2020].

La Rioja, *Detenido por suplantar la identidad de su excompañero de empresa para difamarle en las redes sociales*. La Rioja, 7 de marzo de 2023. Disponible en: https://www.larioja.com/la-rioja/sucesos/detenido-suplantar-identidad-exjefe-guardia-civil20230307100624-nt-20230307100807-nt.html [última consulta: 13/08/2024].

Martínez Galindo, Gemma, «Suplantación de identidad digital: hacia una necesaria tutela penal», *Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público*, Vol. 72/1, 2024.

Martínez-Líbano, Jonathan / Yeomans-Cabrera, María-Mercedes, «Scale of Fear of Funa in Social Networks (FFSN): construction and psychometric properties», *Salud, Ciencia y Tecnología*, Vol. 4, 2024.

Muñoz, Jorge, *Condenada por usurpar 15 veces la identidad de un empresario sevillano para realizar estafas por internet*. Diario de Sevilla, 14 de noviembre de 2023. Disponible en: https://www.diariodesevilla.es/juzgado_de_guardia/sentencias/Condenada-identidad-empresario-realizar-internet_0_1847815527.html [última consulta: 13/08/2024].

Muñoz Conde, Francisco, *Derecho penal. Parte especial (25.ª ed.)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

Poster, Mark, *Information please: culture and politics in the age of digital machines*, Duke University Press, Durham, 2006.

Rivera, Raquel*, El TSJA confirma la prisión permanente revisable para el condenado por el crimen machista de Rocío*. Cadena SER Andalucía Centro, 30 de abril de 2024. Disponible en: https://www.andaluciacentro.com/sevilla/estepa/43245/el-tsja-confirma-la-prision-permanente-revisable-para-el-condenado-por-el-crimen-machista-de-rocio [última consulta: 13/08/2024].

— *La Fiscalía recurre la prisión permanente revisable al asesino de Rocío y pide que se repita el juicio*. Cadena SER Andalucía Centro, 27 de diciembre de 2023. Disponible en: https://www.andaluciacentro.com/sevilla/estepa/estepa/40686/la-fiscalia-recurre-la-prision-permanente-del-asesino-de-rocio-y-pide-que-se-repita-el-juicio [última consulta: 13/08/2024].

Roig Torres, Margarita, *El delito de acoso del artículo 172 ter del Código penal. Las reformas de las Leyes Orgánicas 10/2022, de 6 de septiembre y 1/2023, de 28 de febrero*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 311-318.

Romeo Casabona, Carlos María, «El ciberespacio como lugar de comisión del delito: algunos conceptos básicos», en Marta García Mosquer, Virxilio Rodríguez Vázquez, Miguel Díaz y García Conlledo, Diego-M. Luzón Peña (dirs.), *Libro Homenaje al Profesor Javier de Vicente Remesal por su 70.º aniversario*, BOE, Madrid, 2024, pp. 173-187.

Sánchez Domingo, M.ª Belén, «Robo de identidad personal a través de la manipulación o el acceso ilegítimo a sistemas informáticos, ¿necesidad de una tipificación específica?», *Revista General de Derecho Penal*, Núm. 26, 2016, p. 34.

Sánchez Tomás, José Miguel, «Coacciones», en Francisco Javier Álvarez García (dir.) / Arturo Ventura Püschel (coord.), *Tratado de Derecho penal. Parte especial I. Delitos contra las personas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, pp. 781-882.

Sanmartín García-Osorio, M.ª Eugenia, «La suplantación de identidad digital. Especial referencia al artículo 172 ter.5 del Código penal», *Revista General de Derecho Penal*, Núm. 41, 2024.

Solari-Merlo, Mariana N., *La identidad digital ante el Derecho penal*, Aranzadi, Pamplona, 2023.

— «Suplantación de identidad digital: ¿necesidad de criminalización?», *Cuadernos de Política Crimina*l, Núm. 136, pp. 125-163.

— «Encaje jurídico penal de las conductas de suplantación de identidad digital», en Pere Simón Castellano / Alfredo Abadías Selma (coords.), *Cuestiones penales a debate*, J.M. Boch Editor, Barcelona, 2021, pp. 405-429.

Verdugo Guzmán, Silvia, «Reformas penales en los delitos relativos al descubrimiento y revelación de secretos desde el Decreto 3096/1973 a la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre», en Víctor Martínez Patón / Gemma Martínez Galindo (dirs.), *Cincuenta reformas penales. Análisis de las reformas del Código penal de 1995 desde la perspectiva del populismo punitivo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, pp. 397-438.

Wall, David S., *Cybercrime. The transformation of crime in the digital age (2.nd ed.)*, Polity Press, Cambridge/Hoboken, 2024.

25

LA DIFUSIÓN NO CONSENTIDA DE MATERIAL ÍNTIMO O MANIPULADO: UNA APROXIMACIÓN A NUEVAS RESPUESTAS JURÍDICAS

Cristina Guisasola Lerma
Catedrática de Derecho Penal
Universidad de Valencia

SUMARIO: I. En la frontera de los ciberdelitos y la ia: nuevos debates legislativos. II. El delito del art. 197.7 cp: problemas interpretativos y aplicativos del a la luz de la reciente jurisprudencia del ts. III. Propuestas de tipificación de los casos de elaboración y difusión de *deepfake* sexual. IV. Identificación y prevención: apuntes para una propuesta de decálogo de actuación ante víctimas de ciberviolencia. V. Bibliografía.

I. En la frontera de los ciberdelitos y la ia: nuevos debates legislativos

Recibir la triste noticia del fallecimiento de Carlos Romeo Casabona en el momento en que se preparaba con tanta ilusión el *Liber Amicorum* en su honor fue como una sobrecogedora tormenta de verano. Pese a su condición de Catedrático Emérito, continuaba desarrollando una excelsa actividad investigadora, habiendo estado particularmente activo en los últimos meses, viajando y participando en diversos Congresos internacionales, según me cuentan sus discípulos.

En mi caso, fue su labor como experto en organismos internacionales la que dio origen a una colaboración que, con el tiempo, se transformó en una entrañable relación académica. Concretamente, en el año 2017, siendo yo investigadora principal de un proyecto I+D sobre el expolio de bienes culturales, recibí comunicación del Ministerio de Cultura informándome de que el profesor Casabona formaba parte del Comité encargado de la elaboración del borrador del Convenio del Consejo de Europa sobre delitos relativos a los bienes culturales. A partir de ese momento, mantuvimos un primer encuentro en Madrid junto con el equipo del proyecto, al que siguieron nuevas ocasiones de colaboración. Entre ellas, cabe destacar su participación en la inauguración del Congreso final del proyecto, celebrado en nuestra Universidad, así como su contribución a la monografía colectiva publicada por Tirant lo Blanch. En 2023, ya en

vigor el conocido como Convenio de Nicosia, coincidimos en un congreso internacional celebrado en Riga (Letonia), donde ambos presentamos nuestros respectivos informes sobre dicho instrumento. La última ocasión en que tuve el placer de verlo fue en la Facultad de Valencia, adonde se desplazó para contemplar el Santo Cáliz de nuestra Catedral, movido por su estrecha vinculación con la historia medieval, objeto de su tercera tesis doctoral, defendida en mayo 2024 en la Facultad de Historia de la Universidad de Zaragoza, en un acto multitudinario al que asistieron numerosos colegas y discípulos. Por todo ello, y en sintonía con el mensaje de agradecimiento que él mismo dirigió a familiares y amigos con motivo del cuarenta aniversario de su trasplante de riñón, quisiera ahora corresponderle expresando mi más sincero reconocimiento: no solo por haberme propuesto para colaborar como experta en el citado Convenio, sino, sobre todo, por habernos honrado con su afecto y su cercanía.

Para este contribución, he escogido un tema vinculado con su último libro colectivo *Derecho Penal, ciberseguridad, ciberdelitos e inteligencia artificial,* el cual me envió personalmente en febrero del 2024: tal y como ponen de manifiesto tanto Romeo como la coeditora, la profesora Rueda Martí, la generalización de las TIC y la aparición de los sistemas de inteligencia artificial han permitido ampliar nuevos escenarios delictivos y nuevos riesgos penales que involucran diversos bienes jurídicos. Como señalaba Romeo[1], a la vulnerabilidad del ciberespacio y el riesgo en el contexto de las TIC como medio para realizar ataques a diversos bienes jurídicos se unen comportamientos delictivos en los entornos de la inteligencia artificial, que abren nuevos debates legislativos sobre el uso de la IA y el ámbito penal, como se recoge en la Tercera Parte de su citada monografía.

Lo cierto es que, tal y como se constata en la Memoria de la FGE 2025, el desplazamiento de la actividad delictiva al entorno digital sigue creciendo y junto a los delitos de descubrimiento y revelación de secretos, así como de sexting, previstos en el artículo 197 CP, se detecta la comisión de otros tipos delictivos como amenazas de difusión de datos íntimos, coacciones, acoso u hostigamiento, colocación de programas espías o vejaciones e injurias. También resultaba significativo en este sentido el informe 2023 sobre evolución de la ciberdelincuencia en España publicado por el Ministerio del Interior, que ya ponía de relieve el creciente uso de *deepfakes* en la comisión de ciberdelitos sexuales, particularmente en la creación de contenidos falsificados con el fin de explotar sexualmente a menores o dañar la reputación de individuos. Además, se mencionaba el uso de esta tecnología para realizar suplantaciones de identidad, que facilitan el acoso sexual virtual y el chantaje.

[1] Romeo Casabona, C., «El ciberespacio como lugar virtual y legal de comisión del delito. Necesidades de nuevas respuestas jurídicas», en *Derecho Penal, ciberseguridad, ciberdelitos e inteligencia artificia*l, Volumen I Granada 2023, p. 3 y ss

Por todo lo expuesto, en la presente contribución se abordará una de las manifestaciones delictivas de ciberviolencia con un marcado componente sexual, en la que cerca del noventa por ciento de las víctimas son mujeres. Se trata del delito de difusión no consentida de imágenes o grabaciones obtenidas con el consentimiento de la víctima, cuando la divulgación menoscabe gravemente su intimidad, tipificado en el artículo 197.7 del Código Penal, comúnmente conocido como delito de sexting. Este tipo penal ha experimentado modificaciones sustanciales con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 10/2022, de garantía integral de la libertad sexual.

Junto al análisis doctrinal y jurisprudencial que suscita dicho precepto, se examinará igualmente la discusión actual en torno a la tipificación penal de los supuestos de difusión inconsentida de contenidos sexuales falsificados mediante técnicas de inteligencia artificial o deepfakes. Estas conductas, conforme a lo dispuesto en la Directiva (UE) 2024/1385 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica deben ser consideradas delictivas por su potencial afectación a múltiples bienes jurídicos. Todo ello exige articular respuestas integradas en el ámbito jurídico-penal y en el plano preventivo, en coherencia con los compromisos europeos de protección de las víctimas de violencia digital y de género.

En este contexto, resulta especialmente relevante el Proyecto de Ley Orgánica para la protección de las personas menores de edad en los entornos digitales, actualmente en tramitación parlamentaria, que incorpora medidas específicas orientadas a prevenir y sancionar la exposición de los menores a contenidos sexuales o violentos, así como la utilización de herramientas de inteligencia artificial para la creación y difusión de material manipulado o falso que afecte a su integridad y dignidad.

II. El delito del art. 197.7 CP: problemas interpretativos y aplicativos del a la luz de la reciente jurisprudencia del TS

Como es sabido, antes de la reforma de 2015, la difusión no consentida de imágenes o videos íntimos se consideraba una conducta atípica o de difícil encaje penal, siendo únicamente objeto de tutela por la vía civil de protección al honor y a la intimidad (LO 1/1982). El detonante de la reforma penal fue el conocido caso de la ex concejala Olvido Hormigos, el cual tuvo gran repercusión mediática pues fue archivado por el Juzgado de 1.º Instancia en 2013, con la legislación entonces vigente, porque había habido consentimiento en el envío a su amante de su video íntimo (aunque no en la difusión). El caso puso de manifiesto la necesidad de adaptar los tipos penales a las nuevas formas de ataques a la intimidad por vía digital, donde la rapidez o casi inmediatez en la posible difusión supone un incremento de la afección al bien jurídico.

El vocablo «sexting» viene siendo utilizado para referirse al delito previsto en el art. 197.7.del CP; ahora bien, dicho término anglosajón resulta de la fusión de los términos «sex» y «*texting*» referido pues a la acción verbal acuñada para el envío a través de

SMS de imágenes de contenido sexual protagonizadas por el emisor del mismo en una relación de confianza. Definido pues de esa manera es una práctica lícita y habitual, si atendemos a estudios recientes llevados a cabo tanto con adolescentes como con adultos[2]. Por tanto en el ámbito del Derecho Penal estamos ante una conducta atípica. El conocido como «delito de sexting» se refiere a la conducta típica posterior, esto es, la difusión inconsentida de dichas imágenes íntimas por parte del receptor. Dicha difusión (y no el sexting realizado por la víctima) es lo que recibe el reproche penal. De ahí que se vienen proponiendo otras nomenclaturas para el delito del art.197.7, como las de «sexting secundario» o «sexting de tercero» para el caso de quien recibe dichas imágenes y las difunde a terceros.

El precepto fue reformado por LO 10/2022, de 6 de septiembre de garantía integral de la libertad sexual, ley que, además de centrarse en las agresiones sexuales, pretendió dar respuesta a determinados supuestos de violencias sexuales en el ámbito digital.

Así las cosas y atendiendo a su regulación vigente[3] se sancionan dos tipos de conductas en el delito del 197.7 CP:

La primera es la recogida en su primer párrafo, la del receptor inmediato o destinatario de la imagen o grabación que, tras obtenerla con la anuencia del sujeto pasivo, la difunde sin su consentimiento, menoscabando gravemente la intimidad del sujeto pasivo. El precepto contempla diversas modalidades: «difundir, revelar o ceder» a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales sin consentimiento de la víctima, obtenidas en su domicilio o en cualquier lugar fuera del alcance de terceros, pero todas ellas confluyen en la conducta genérica de una divulgación que menoscabe gravemente la intimidad de esa persona.

No obstante, cabe plantearse la siguiente pregunta: ¿tiene la misma relevancia penal la conducta de «revelar», esto es, exhibir o mostrar esas imágenes o audiovisuales a

[2] Rodriguez López, S., «Del sexting al doxting. Novedades en el tratamiento penal de la difusión no consentida de imágenes o vídeos íntimos», en *Reformas penales y Estado de Derecho*, Valencia 2024, p. 276.

[3] Art. 197.7. Será castigado con una pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a doce meses el que, sin autorización de la persona afectada, difunda, revele o ceda a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales de aquélla que hubiera obtenido con su anuencia en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros, cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona.

Se impondrá la pena de multa de uno a tres meses a quien habiendo recibido las imágenes o grabaciones audiovisuales a las que se refiere el párrafo anterior las difunda, revele o ceda a terceros sin el consentimiento de la persona afectada (reforma de 2022)

En los supuestos de los párrafos anteriores, la pena se impondrá en su mitad superior cuando los hechos hubieran sido cometidos por el cónyuge o por persona que esté o haya estado unida a él por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, la víctima fuera menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, o los hechos se hubieran cometido con una finalidad lucrativa.

un tercero/os, que la de difundirlas? De entrada parece que no, pero lo cierto es que el legislador asimila las acciones de revelar, difundir o ceder a terceros a los efectos de entender consumada la conducta típica, siempre que supongan un menoscabo grave de la intimidad[4]. Sobre el particular se pronunció afirmativamente la SAP Almería 76/2018, de 14 febrero al considerar que la conducta de «mostrar» dichas imágenes menoscabó gravemente la intimidad de la perjudicada: «*como apunta el juzgador, aun cuando la perjudicada accediera a que el ahora acusado le hiciera un video mientras aquella le practicaba una felación, utilizando a tal fin el teléfono de la propia mujer… ello no implica en absoluto que le autorizara también a difundir dicha grabación videográfica, que mostró al testigo, compañero de trabajo de aquellos y su difusión, sin el consentimiento de la persona afectada, lesiona gravemente su intimidad aunque, como es el caso, se haya mostrado a una sola persona a quien se facilitó su visionado, pues el tipo penal no requiere su difusión masiva o a una diversidad de destinatarios. Es obvio que el acusado ha vulnerado la intimidad de la denunciante ya que su conducta ha ido dirigida a dar a conocer ciertas imágenes de contenido sexual y, por ende, de su esfera estrictamente intima, que la denunciante no había autorizado que trascendiera a otra u otras personas distintas de las que protagonizan el vídeo, y de lo cual era conocedor el acusado. Se entiende que esta vulneración de la intimidad es grave, dado el contenido explícito de las imágenes (realizando una determinada práctica sexual) que se ha dirigido a revelar un aspecto muy íntimo de la denunciante*»[5].

En cuanto al sujeto activo, la Fiscalía General del Estado se pronunció en su Circular 3/2017 considerando que se trata de un delito especial propio pues únicamente podía serlo, atendiendo al tenor literal de ese momento, aquel que ha obtenido la imagen o grabación directamente del titular de la intimidad. Sin embargo, siguiendo a la doctrina y jurisprudencia mayoritaria consideramos que es sujeto activo tanto quien obtiene la imagen grabándola como quien la obtiene lícitamente del receptor, dado que este fue el sentido político-criminal de la reforma. A título de ejemplo la STS 669/2022 que anuló la absolución por la AP Oviedo y condenó a 2.100 euros de multa, 500 euros de indemnización, así como no comunicarse con la víctima o acercarse a menos de 500 metros durante 2 años, al acusado que recibió de la mujer con la que había mantenido una relación sentimental, una foto suya con los pechos descubiertos y en la cama, difundiéndola a una amiga de la mujer, con groseros comentarios añadidos. Para el TS: «*No es tampoco necesario… que la fotografía haya sido captada por el acusado, basta, por el contrario que a éste le haya sido "remitida voluntariamente por la víctima", siendo el modo de obtención algo accidental, y por otro lado, tal sistema de remisión es el más habitual*»… «*El núcleo de la acción típica consiste, no en obtener sino en difundir*

[4] STS 70/2020 de 24 de febrero (Tol 526535)

[5] FJ.º 6.º (TOL 6811023)

las imágenes obtenidas con la aquiescencia de la víctima y que afecten gravemente a su intimidad».[6]

La segunda conducta castigada desde la reforma del CP por LO 10/2022 es la cometida por los terceros receptores a las que se haya reenviado la imagen o grabación audiovisual, los cuales las redifunden a otros, sin consentimiento de la víctima. Hasta ese momento según la jurisprudencia mayoritaria la redifusión no determinaba responsabilidad penal y se derivaba a la protección civil. En la actualidad, este tipo atenuado se castiga con una pena multa de 1 a 3 meses (delito leve) no contemplándose la pena alternativa del tipo básico. La nueva regulación parece criminalizar la participación en la cadena de difusión, pese a las dificultades de orden procesal para su persecución, jugando pues un papel más simbólico que real[7]. El problema, en todo caso, se minora en la medida en que el delito se persigue únicamente a instancia de parte, si bien en supuestos de distribuciones masivas (viralización del mensaje) las posibilidades técnicas reales y procesales de proceder a imputaciones delictivas de carácter masivo son muy reducidas. Cabe traer a colación el caso de la trabajadora de IVECO que acabó con su suicidio tras la difusión en su empresa de un video sexual, asunto que quedó sobreseído por el Juzgado de lo penal al no poder identificar al autor del delito de descubrimiento y revelación de secretos y contra la integridad moral, ni existir pruebas de la extorsión[8].

Otro de los elementos clave del delito del 197.7 es su objeto material: «imágenes o grabaciones audiovisuales», las cuales deben haber sido obtenidas en un domicilio o en un lugar excluido del alcance de la mirada de terceros. En cuanto a su contenido, del tenor literal no se desprende que se trate de imágenes o grabaciones de marcado carácter sexual, aunque habitualmente las tiene (STS 70/2020 de 24 de febrero)[9]. Por su parte el Tribunal Supremo no parece admitir los archivos de audio, pues siempre alude a fotografías e imágenes; sin embargo, la Circular FGE de 2017 permitía su inclusión, entendiendo que el tipo abarca «*tanto los contenidos perceptibles únicamente por la*

[6] En contra los 2 votos particulares de la sentencia, para quienes: «…, *el envío a un tercero de una foto íntima de una persona, que se obtiene por el remisor porque dicha persona se la ha entregado voluntariamente, sin precisarse el contexto de obtención, no cae dentro del tipo del artículo 197.7 CP. Lo que no empece que algunas de estas conductas divulgadoras, dadas las concretas circunstancias del caso, pudieran ser constitutivas de un delito contra la integridad moral del artículo 173 CP».* En sede doctrinal, comparte dicha conclusión pues respetando la literalidad «sólo parece acoger expresamente la primera de las conductas», Jareño Leal, A., «El derecho a la imagen íntima y el Código penal. La calificación de los casos de elaboración y difusión del *deepfake* sexual» en *RECPC* 26-09 (2024), p. 25.

[7] Fernández Teruelo, J., «Algunos apuntes sobre el nuevo tipo penal de redifusión o difusión en cadena de conductas de sexting, incorporado a nuestro código penal por la lo 10/2022, de 6 de septiembre» en *Libro Homenaje al prof. Javier de Vicente Remesal*, p. 845.

[8] Idoiga / Alonso, «Image-based Abuse: Debate and Reflections on the "Iveco Case"», in *Journal of Interpersonal Violence*, Vol. 37, 2020.

[9] Tol 77912129.

vista, como los que se captan conjuntamente por el oído y la vista y también aquellos otros que, aun no mediando imágenes, pueden percibirse por el sentido auditivo»; lo cierto es que la reforma 10/2022 no ha aclarado dicha cuestión.

Dichas imágenes o grabaciones audiovisuales deben haber sido tomadas en un marco espacial de carácter reservado, circunstancia ésta que el tipo penal concreta en «*obtenidas en un domicilio o en un lugar excluido del alcance de la mirada de terceros*». Pues bien, el concepto de domicilio ha sido objeto de numerosa doctrina jurisprudencial, sin embargo la fórmula «en un lugar excluido de la mirada de terceros» plantea problemas interpretativos[10]. A este respecto resulta pertinente mencionar el caso Maruxaina (2019), en el que varias mujeres fueron grabadas sin su consentimiento mediante cámaras de visión nocturna mientras orinaban entre coches o mantenían relaciones sexuales en un contexto festivo, imágenes que posteriormente fueron difundidas en páginas web pornográficas. Inicialmente, el procedimiento fue sobreseído al considerar que los hechos no afectaban a la intimidad por haberse producido en la vía pública. No obstante, en 2021 la Audiencia Provincial de Lugo ordenó la reapertura del caso, apoyándose en la doctrina del Tribunal Constitucional y reconociendo que las víctimas actuaban bajo una expectativa razonable de privacidad, al tratarse de un espacio utilizado habitualmente de forma reservada. En la actualidad, el procedimiento continúa en fase de tramitación, con recursos planteados por la defensa del investigado y diligencias pendientes de valoración pericial respecto a la posible implicación de otros sospechosos.

En cuanto a los medios de difusión de las imágenes, pueden ser muy variados (redes sociales, WhatsApp, mail, SMS o similares). A modo de ejemplo, la STS 693/2023, de 27 de septiembre y la STSJ 24/07/2024[11] se pronuncian afirmativamente acerca de si constituye un delito contra la intimidad el hecho de publicar en el estado del whatsap fotos íntimas de alguien de contenido sexual sin su consentimiento. En el primer caso la acusada, con ánimo de vulnerar la intimidad de la víctima publicó dos fotografías de partes íntimas de la misma que había conseguido desconociéndose su procedencia. Si bien el Juzgado de lo penal la condenó como autora de un delito del 197.1, se interpuso recurso de apelación contra dicha sentencia, el cual fue desestimado. Seguidamente, frente a dicha sentencia se interpuso recurso de casación ante el TS por indebida aplicación de dicho precepto, el cual consideró que resultando descrita solo la conducta de revelación y no la de apropiación, resultaba plenamente subsumible en el art.197.7 CP,

[10] Fue tildada por el Consejo Fiscal de forzada y demasiado coloquial si bien ajustada a lo dispuesto en Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen. De acuerdo con la Circular de la FGE lo que el legislador parece que ha pretendido con esta expresión es dejar constancia de que las imágenes que posteriormente se difunden tenían en origen, un carácter estrictamente privado.

[11] Comentario de Gutiérrez Mayo, E., «En jurisprudencia tuit analizamos a publicación de fotos íntimas en el estado de WhatsApp», en *El Derecho.com*

casando, anulando la primera y dictando otra condenatoria por este último delito con una pena de 3 meses de multa.

Finalmente, el tipo del 197.7 requiere que se ocasione un resultado, en concreto, un daño «grave» a la intimidad de la víctima. Una de las cuestiones más problemáticas es la interpretación del concepto normativo «gravedad». La Circular 3/2017 de la Fiscalía viene a decir que la gravedad del ataque a la intimidad no se puede determinar de forma general, sino que la autoridad judicial tendrá que atender al caso concreto y a las circunstancias que concurran, para lo cual se tendrá en cuenta el contenido de la grabación, la situación y condiciones en las que se realizó e incluso las circunstancias de la persona objeto de la misma. Sobre esta cuestión ha tenido ocasión de pronunciarse el Tribunal Supremo en la citada sentencia 699/2022, en la que se condenó al acusado por enviar sin consentimiento una fotografía de su ex pareja parcialmente desnuda, con el pecho al descubierto, circunstancia considerada por la mayoría de los magistrados como suficiente para vulnerar gravemente su intimidad ("el desnudo, parcial o total, es una expresión inequívoca de la intimidad personal"). No obstante, resulta de interés, a mi juicio, el voto particular, en el que se formulan algunas consideraciones respecto de la doctrina mayoritaria del Tribunal Supremo. En concreto, se sostiene que el menoscabo grave de la intimidad debe venir determinado no solo por el contenido de la imagen, sino también por el alcance de su difusión. En el caso analizado, la imagen fue remitida únicamente a una amiga de la víctima, lo que lleva a sus firmantes —posición que comparto— a poner de relieve que la interpretación mayoritaria reduce de forma significativa el espacio para reconocer supuestos de menor entidad lesiva o incluso de atipicidad.

En este sentido, el ámbito de difusión adquiere una relevancia decisiva para valorar el menoscabo de la intimidad, presentando una entidad cualitativamente distinta en supuestos como el enjuiciado en la STSJ de Castilla-La Mancha 68/2024, de 24 de julio, en el que se aprecia un grave atentado contra la intimidad de la víctima. En dicha resolución se condenó al acusado que, sin consentimiento ni conocimiento de su expareja, difundió en redes sociales (Instagram y Facebook) imágenes íntimas de contenido sexual obtenidas durante una relación previa, que además fueron remitidas por WhatsApp a familiares y conocidos e incorporadas a su estado, haciéndolas accesibles a la totalidad de sus contactos.

Por lo que se refiere al régimen punitivo el legislador ha previsto para la primera modalidad de conducta del 197.7 una pena alternativa de prisión de 3 meses a 1 año o multa de 6 a 12 meses, pena menor a los tipos recogidos en los otros apartados del art. 197, al entender es menos reprochable[12]. Las víctimas tendrán derecho a solicitar,

[12] El marco penológico en los restantes tipos delictivos contra la intimidad parte de la pena de un año de prisión como límite mínimo, aunque resulta superior a la prevista para el de injurias graves por los que se venía castigando (castigado con pena de multa).

una indemnización íntegra a cargo de los autores por los daños y perjuicios derivados de estos delitos.

A su vez el precepto contempla tres tipos cualificados alternativos en su último apartado: atendiendo al primero de ellos se impondrá la pena en su mitad superior cuando los hechos se hayan cometido por el cónyuge o persona que esté/haya estado unida por análoga relación de afectividad. Por tanto, se incluyen los casos donde tras una ruptura de una relación afectiva, se difunden imágenes íntimas a modo de despecho o venganza (*revenge porn*); se dejan fuera los supuestos que se puedan cometer, por ejemplo, tras una relación esporádica[13], pudiendo quizás aplicarse la agravante genérica de abuso de confianza. Por tanto, no es agravación específica de género, sino doméstica.

El segundo de los tipos cualificados permite incrementar la pena cuando la víctima es menor de edad o persona con discapacidad necesitada de especial protección, reforzando así la tutela de su intimidad en supuestos de mayor vulnerabilidad.

Ahora bien, este subtipo agravado plantea diversas cuestiones problemáticas. En primer lugar, si el consentimiento del menor o de la persona con discapacidad necesitada de especial protección no es válido, tampoco resultará aplicable el tipo básico, lo que impide, en consecuencia, la operatividad del subtipo agravado. En este punto, comparto la posición de Rodríguez López, quien propone tomar como referencia la edad de 16 años —edad de consentimiento sexual— a efectos de determinar la posible aplicación de esta agravación.

Por otro lado, se suscita una problemática concursal con el delito de pornografía infantil del art. 189 CP. Siguiendo el criterio de la Fiscalía General del Estado en su Circular 3/2017, en aquellos supuestos en los que el contenido difundido a terceros pueda ser calificado como material pornográfico conforme a la definición del art. 189.1 CP, Tejada de la Fuente sostiene la posible concurrencia con el delito de distribución de pornografía infantil, previsto en el apartado segundo del citado precepto. En tales casos, entiende aplicable el art. 77.2 CP, al apreciarse un concurso ideal, dado que la conducta no solo lesiona la intimidad de la persona afectada —cuya imagen se difunde sin su consentimiento—, sino que incide asimismo en un bien jurídico distinto, cual es el normal desarrollo y la indemnidad de los menores de edad, considerados en su dimensión colectiva[14]. Otro sector doctrinal opta por un concurso de normas[15] y no de delitos al entender que la conducta del 197.7 cuando recae sobre menores e incapaces está implícita en la de pornografía infantil, pues la distribución de contenidos porno-

[13] Galan Muñoz, A., *Los ciberdelitos en el ordenamiento español*, 2019, p.106.

[14] Tejada de la Fuente, E., «Art.197 CP» en *Comentarios al CP*, T.I, Valencia 2023, p. 1386; de igual opinión, Fernández Teruelo, ob. cit., p. 909.

[15] Pérez Conchillo, E., *Intimidad y difusión de sexting no consentido*, Valencia 2018, p. 90; Rodríguez López, ob. y loc. cit. y Galán Muñoz, ob. y loc. cit.

gráficos conllevará y castigará también el ataque que produce a la intimidad del menor la no autorizada difusión.

En aquellos supuestos en los que el consentimiento del menor se haya obtenido mediante engaño o embaucamiento, dicha anuencia carece de validez. En estos casos, resultaría de aplicación el art. 183.2 CP, que sanciona al que, a través de medios tecnológicos, contacte con un menor de dieciséis años y lleve a cabo actos dirigidos a embaucarle para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes de tal naturaleza en las que aparezca un menor. No obstante, si además el autor llega a recibir el material, resultará de aplicación exclusivamente el art. 189 CP, en virtud del principio de consunción[16].

Finalmente el último tipo cualificado del 197.7 permite incrementar la pena cuando se lleva a cabo la conducta con una finalidad lucrativa, por ejemplo, quien sube las imágenes a una plataforma como Onlyfans, para obtener un rédito económico. No se refiere a los supuestos de exigencia de dinero (sextorsión) que entrarían en el delito de amenaza condicional o chantaje (171.2 CP).

III. Propuestas de tipificación de los casos de elaboración y difusión de *deepfake* sexual

Los avances en las tecnologías de la imagen y de manera significativa la irrupción de la inteligencia artificial generativa[17] están generando retos jurídicos de distinto alcance a nivel transnacional, entre ellos los diversos usos problemáticos de las ultrafalsificaciónes, por ejemplo, las llevadas a cabo con propósitos desinformativos, para cometer delitos contra el patrimonio o para la creación de imágenes sexuales no consentidas[18], en las que nos vamos a centrar.

EL Reglamento (UE) 2024/1689 de 13 de junio, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (conocido como Ley de Inteligencia Artificial (IA Act) define en su art. 3.60) como *deepfake* o ultrafalsificación el «*contenido de imagen, audio o vídeo generado o manipulado por una IA (inteligencia artificial)*

[16] Guisasola Lerma, «Intimidad y menores…», en *Menores y redes sociales*, 2016, p. 305.

[17] Esta se integra por modelos avanzados de aprendizaje automático que se entrenan para generar nuevos datos, como texto, imágenes o audio, lo que la diferencia de modelos predictivos o comparativos tradicionales, Miró-Llinares: «Inteligencia artificial, delito y control penal: nuevas reflexiones y algunas predicciones sobre su impacto en el derecho y la justicia penal», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 100, 2022, pp. 174-183.

[18] En la línea de otros estudios, Santisteban Galarza, M., «La criminalización de las ultrafalsificaciones (con especial atención a las implicaciones de la normativa europea de servicios digitales e inteligencia artificial)», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.a Época, n.º 31 (enero 2024): 211-249; Romeo Casabona, «La desinformación en el ciberespacio» en *Derecho penal, ciberseguridad*, T.II, ob. cit., p. 29 y ss.

que se asemeja a personas, objetos, lugares u otras entidades o sucesos reales y que puede inducir a una persona a pensar erróneamente que son auténticos o verídicos».

A su vez en el art. 50.4 establece el deber de transparencia, al señalar que: «Los responsables del despliegue de un sistema de IA que genere o manipule imágenes o contenidos de audio o vídeo que constituyan una ultrafalsificación harán público que estas imágenes o contenidos han sido generados o manipulados de manera artificial».

En el ámbito de nuestro estudio, el uso más generalizado de las ultra falsificaciones es la creación de pornografía, afectando casi exclusivamente a mujeres, lo que conduce a plantearse si la regulación penal actual es suficiente o si requiere introducir algunos cambios para su adaptación a nuevas formas de criminalidad que permitan ofrecer una protección eficaz frente a dichas conductas.

En línea con este objetivo nos centraremos en primer lugar en analizar si cabe incriminar en el art.197.7 CP la elaboración y difusión no consentida de *deepfakes* sexuales. Como se ha avanzado, en las ultrafalsificaciones sexuales se suele utilizar el rostro de una persona, extraído normalmente de imágenes que circulan abiertamente en las redes sociales y se intercambia con el de otras, frecuentemente de actrices o actores en escenas sexuales/pornográficas. Por ello comparto con JAREÑO LEAL que es indudable que el mero hecho de utilizar, manipular y difundir el rostro de una persona sin su consentimiento vulnera, como mínimo, la facultad de disposición de su imagen, reuniendo los parámetros necesarios para merecer la protección civil que ofrece la LO 1/1982 (art.7, párrafo 5). Como advierte la STC 27/2020, 24 de febrero[19] la autorización para una concreta publicación se presta en un momento determinado con un concreto fin, lo que implica que el usuario de una red social que publica una fotografía solo consiente ser observado en el lugar que él ha elegido, en absoluto implica un consentimiento para la utilización de la imagen en otros contextos.

El caso de los menores de Almendralejo abrió en nuestro país un debate sobre si las conductas llevadas a cabo tenían encaje con la regulación penal actual: quince menores utilizaron en 2023 aplicaciones de IA para manipular imágenes de menores, a partir de los rostros originales de las chicas, que obtenían de los perfiles de sus redes sociales, superponiéndoles imágenes de otros cuerpos femeninos desnudos; dichas fotografías manipuladas fueron posteriormente compartidas a través de grupos de WhatsApp y portales como Only Fans y diversas páginas pornográficas. El Juzgado de Menores de Badajoz el 20 de junio de 2024 dictó sentencia de conformidad, declarando a los quince menores responsables de veinte delitos de pornografía infantil y otros veinte delitos contra la integridad moral por manipular y difundir imágenes de niñas generadas con IA, imponiéndoles la medida de libertad vigilada durante un año. Además paralelamente al proceso penal, la Agencia Española de Protección de Datos impuso, mediante

[19] TOL7.868.050.

resolución de noviembre de 2025, una multa de 2.000 € (reducida a 1.200 € por pronto pago) al creador y difusor de las imágenes artificiales de cuerpos desnudos. Se trata de la primera sanción dictada por una autoridad de protección de datos en la Unión Europea por la difusión de un *deepfake.*

Lo cierto es que la principal diferencia de la difusión inconsentida de las *deepfake* sexuales con las conductas típicas del 197.7, analizadas en el epígrafe anterior, es que en el caso de las *deepfakes* no se trata de la obtención de imágenes íntimas sino de su creación artificial a partir de imágenes públicas o privadas, por tanto el hecho de que dicho cuerpo no se corresponda con la identidad real impide hablar de vulneración de la intimidad y por consiguiente, los *deepfake* sexuales, como creaciones virtuales, no parecen subsumibles en el delito del 197.7 del CP[20].

Excluida la lesión de la intimidad, no cabe duda de que se trata de comportamientos que pueden resultar ofensivos para otros bienes jurídicos, dependiendo de las características concretas del hecho.

¿Podría tener cabida la difusión de los *deepfake* sexuales en el delito incorporado por Ley 10/2022 en el apartado 5.º del art.172 ter? Este castiga al que, sin consentimiento del titular utilice la imagen de una persona para abrir perfiles falsos en redes sociales o páginas de contacto, ocasionándole una situación de acoso, hostigamiento o humillación. Pues bien, aunque el Preámbulo se refiere en términos generales a que se pretende dar respuesta a las violencias sexuales cometidas en el ámbito digital, parece que se trata de una figura creada principalmente para sancionar lo que se conoce como ciberacoso, *cyberstalking,* si bien no limita la conducta a los anuncios de carácter sexual [21]. Por tanto no se trata de proteger la imagen íntima de una persona[22] sino que el bien jurídico protegido en este delito es la libertad de obrar, al encontrarse ubicado entre las coacciones. Es necesario pues que, con la conducta descrita se cree una situación de acoso u hostigamiento que procederá de la actuación de terceros que en respuesta a los anuncios o a través de los perfiles falsos creados contacten con la víctima, afectando

[20] De esta opinión también Devis Matamoros, A., «Algunas claves del castigo penal del deepfake de naturaleza sexual» en IberCONect 2023; asimismo, Simó Soler, si bien considera que podría añadirse un nuevo apartado, referente al modo de generación de contenido audiovisual: «Retos jurídicos derivados de la inteligencia artificial generativa. *Deepfakes* y violencia contra las mujeres como supuesto de hecho» en *Indret* 2.2023, p.506; en la misma dirección, Santisteban, ob. cit., p. 14.

Para Jareño Leal «solo la representación de la verdad puede dañar el bien jurídico intimidad». Distinto sería, como dice la autora, el supuesto de la difusión de imágenes o videos sexuales reales donde la manipulación sea, por ejemplo, cubrir los rostros pero identificando por su nombre a la persona; este supuesto sí encajaría en el 197.7 CP, en «El derecho a la imagen íntima y el Código penal», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 26-09 (2024).

[21] Roig Torres, M., *El delito de acoso del art 172 ter*, Valencia, 2024, p. 317.

[22] Para Jareño Leal a los efectos de este precepto basta con utilizar una imagen de carácter neutro, ob. cit., p. 21.

a su libertad de obrar de forma significativa. En todo caso, de acuerdo con la cláusula concursal del precepto (172 ter 3.), podrían apreciarse concursos con otros delitos, por ejemplo, puede aparecer la lesión al honor si la imagen simulada con IA, con los datos de contacto personal, se inserta en una página pornográfica, o de contactos sexuales.

Es evidente por lo expuesto que las ultrafalsificaciones pornográficas encajan en el fenómeno más amplio de la ciberviolencia contra las mujeres. Como señala MIRÓ, muchos estados consideran que las falsificaciones profundas relacionadas con el sexo pueden ser sancionadas con arreglo a sus códigos penales, si bien cabe destacar, la variedad de delitos diferentes que, en cada ordenamiento jurídico, se consideran aplicables a estos casos[23]. Atendiendo a dicha realidad la *Directiva (UE) 2024/1385 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica* establece definiciones armonizadas de los delitos relacionados con determinadas formas de ciberviolencia y pretende garantizar que este tipo de conductas no queden impunes en los Estados miembros.

Entre ellas, especialmente la Directiva destaca las conductas de hacer accesibles mediante las TIC imágenes, vídeos o material similar que representen actividades sexualmente explícitas o partes íntimas de una persona sin su consentimiento, por su especial perjuicio al ser conductas de fácil, rápida y amplia distribución y perpetración, y por su naturaleza íntima. De esta forma, el art. 5 de la norma considera que debe regularse penalmente en los Estados miembros la «difusión no consentida de material íntimo o **manipulado**»[24], esto es, no solo la difusión ilícita de imágenes, vídeos, o materiales similares, sino también la «producción, la manipulación o la alteración» —por ejemplo, a través de IA, de dicho material que haga que parezca que una persona está realizando actividades sexuales, en la medida en que se haga accesible posteriormente al público

[23] Miró-Llinares, Tudorel Toader & Santisteban Galarza (eds.), *Criminalisation of AI-related offences* (International Colloquium, Bucharest, Romania, June 2023).

[24] Artículo 5: Difusión no consentida de material íntimo o manipulado.

1. Los Estados miembros garantizarán que sean punibles como delito las ss conductas intencionadas: a) hacer accesible al público, mediante TIC, imágenes, vídeos o materiales similares que representen actividades sexualmente explícitas o las partes íntimas de una persona sin su consentimiento, cuando sea probable que tal conducta le cause graves;

b) producir, manipular o alterar y, posteriormente, hacer accesible al público, mediante TIC, imágenes, vídeos o materiales similares, haciendo que parezca que una persona está practicando actividades sexualmente explícitas, sin el consentimiento de dicha persona, cuando sea probable que tal conducta cause graves daños a esa persona;

c) amenazar con cometer las conductas mencionadas en las letras a) o b) con el fin de coaccionar a una persona para que realice o acceda a que se realice determinado acto o se abstenga de realizarlo.

2. El apartado 1, letras a) y b), del presente artículo no afecta a la obligación de respetar los derechos, libertades y principios a los que se refiere el artículo 6 del TUE y se aplica sin perjuicio de los principios fundamentales relacionados con la libertad de expresión, de información y de las artes, tal como se aplican en el Do de la Unión o nacional.

mediante TIC sin el consentimiento de esa persona—. En aras de una protección eficaz de las víctimas de estas conductas, se considera que incluso debe regularse la amenaza de realizar dichas conductas para que acceda a un acto o se abstenga de realizarlo.

En suma, la Directiva (UE) 2024/1385 obliga a todos los Estados miembros a tipificar y sancionar penalmente la divulgación inconsentida de contenidos sexuales, tanto reales como manipulados mediante inteligencia artificial o «deepfakes». El texto establece un plazo máximo de transposición que expira el 14 de junio de 2027, dentro del cual los Estados deberán adaptar su legislación penal y procesal a las obligaciones derivadas de esta norma, garantizando así la protección efectiva de las víctimas y la persecución de estas nuevas formas de violencia digital.

Admitida la necesidad de sancionar penalmente estas conductas y de dar cumplimiento a las exigencias derivadas del Derecho europeo, en el ámbito nacional se promovieron dos iniciativas legislativas orientadas a la regulación de las denominadas ultrafalsificaciones. Por un lado, la Proposición de Ley Orgánica de regulación de las simulaciones de imágenes y voces de personas generadas por medio de inteligencia artificial, presentada el 13 de octubre de 2023 por el Grupo Parlamentario Plurinacional SUMAR (en adelante, PLO), que, no obstante, fue posteriormente retirada por acuerdo de la Mesa del Congreso de los Diputados el 15 de marzo de 2024. Por otro lado, el Proyecto de Ley Orgánica para la protección de las personas menores de edad en los entornos digitales, actualmente en tramitación, que incorpora disposiciones orientadas a prevenir y sancionar el uso de tecnologías digitales y de inteligencia artificial cuando éstas pongan en riesgo la integridad, la dignidad o la privacidad de los menores.

De forma sucinta, cabe señalar que la PLO planteaba la modificación del CPl mediante la introducción de un nuevo artículo 208 bis, en virtud del cual se consideraría delito de injurias «la acción que, sin autorización y con ánimo de menoscabar el honor, la fama, la dignidad o la propia estimación de una persona, recrease mediante sistemas automatizados, software, algoritmos o inteligencia artificial su imagen corporal o su voz para su difusión pública». Asimismo, la iniciativa planteaba la reforma del artículo 211 del CP para incluir expresamente que las imágenes o voces artificiales difundidas a través de redes sociales se considerarían injurias realizadas con publicidad.

Desde la doctrina, Jareño Leal valoró positivamente la propuesta, al entender que se trata de escenas que pueden resultar objetivamente ofensivas para el honor de la persona afectada y, por tanto, encuadrables en el delito de injurias graves[25]. No obstante, la autora advertía la necesidad de reflexionar con mayor detenimiento sobre algunos aspectos de política criminal presentes en el texto. En particular, señalaba la previsión que permitiría la elaboración de deepfakes cuando exista una «advertencia de su condición de imagen

[25] Jareño Leal, M. (2024), Ultrafalsificaciones e injurias: una aproximación desde el Derecho Penal, *Revista de Derecho Penal y Criminología,* n.º XX.

generada artificialmente», lo que excluiría la responsabilidad civil. Sin embargo, la propuesta no aclara el alcance que esa advertencia podría tener para la configuración del tipo penal de injurias graves. Con acierto, Jareño Leal recuerda que el uso de la imagen de una persona sin su consentimiento no puede considerarse irrelevante desde el punto de vista civil, aun cuando se indique expresamente que se trata de un contenido generado mediante inteligencia artificial, de conformidad con la doctrina sentada por la STC 27/2020, según la cual la mera reproducción de la imagen sin autorización es ilícita, pues solo su titular ostenta la facultad de decidir quién y cuándo puede hacerlo. La autora añade que la difusión irreversible propia de los entornos digitales puede generar un daño psicológico significativo en la víctima, especialmente si se trata de menores, pudiendo llegar a producir lesiones psíquicas tipificadas en los artículos 147.1 y 147.2 del Código Penal, causadas con dolo eventual o incluso directo, cuando el propósito del deepfake sexual sea humillar, avergonzar o angustiar a la persona afectada.

Ahora bien, los procesos de criminalización planteados en el ámbito nacional no pueden desarrollarse al margen de la regulación comunitaria, existiendo diferencias sustanciales entre la PLO y lo dispuesto en la Directiva (UE) 2024/1385. Como ha destacado Santisteban, la divergencia más significativa entre ambas propuestas de reforma radica en que la primera presenta un ámbito de aplicación mucho más amplio respecto de las características del contenido generado[26]. Mientras que la Directiva circunscribe el objeto de la ultrafalsificación a la representación de una persona realizando actividades sexualmente explícitas o mostrando partes íntimas de su cuerpo, la PLO se mostraba indiferente al carácter sexual o no de la representación, siempre que esta sea idónea para lesionar el honor de la víctima. Asimismo, el texto de la PLO no contemplaba el sesgo de género ni lo abordaba como circunstancia agravante, manteniendo una respuesta penal uniforme para todos los supuestos. Finalmente, la previsión exclusiva de una pena de multa para las conductas tipificadas en el nuevo artículo 208 bis resulta contraria a lo establecido en el artículo 10.4 de la Directiva, que impone a los Estados miembros la obligación de sancionar con penas de prisión de al menos un año las infracciones contempladas en sus artículos 5, 6, 7 (párrafo primero, letras a), b) y d)) y 8.

Tras la sucinta revisión de la Proposición de Ley, finalmente retirada, corresponde centrar el análisis en el **Proyecto de Ley Orgánica para la protección de las personas menores de edad en los entornos digitales**, publicado el 10 de abril de 2025, actualmente en fase de tramitación parlamentaria (fase de informe en Comisión).

La norma proyectada, con el propósito de otorgar una protección reforzada a la actividad de los menores en el ámbito digital, introduce diversas modificaciones legislativas, entre las que destaca la incorporación del tratamiento penal de las denominadas

[26] Santisteban, M. (2024), Inteligencia artificial y Derecho penal: retos de la Directiva (UE) 2024/1385, *Revista Española de Derecho Europeo,* n.º 58.

ultrafalsificaciones de contenido sexual, término que alude a vídeos, fotografías o audios que, sin ser reales, aparentan serlo gracias a la manipulación avanzada de imágenes o sonidos mediante sistemas de inteligencia artificial. Este nuevo delito se integra dentro del capítulo de los cometidos **contra la integridad moral**, diferenciándolo de los delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen o el honor.

Entre las reformas previstas en el Código Penal orientadas a reforzar la protección frente a los nuevos delitos tecnológicos, el Proyecto contempla cuatro tipos de modificaciones, recogidas en la disposición final segunda.

En primer lugar, se introduce la pena de alejamiento de los entornos virtuales, con el fin de reforzar la prevención general y especial en materia de criminalidad digital.

En segundo lugar, como hemos adelantado, se aborda expresamente el tratamiento penal de las ultrafalsificaciones mediante la creación de un nuevo artículo 173 bis, que sanciona con pena de prisión de uno a dos años «a quienes, sin autorización de la persona afectada y con ánimo de menoscabar su integridad moral, difundan, exhiban o cedan su imagen corporal o audio de voz generada, modificada o recreada mediante sistemas automatizados, software, algoritmos, inteligencia artificial o cualquier otra tecnología, de modo que parezca real, simulando situaciones de contenido sexual o gravemente vejatorias». Asimismo, se prevé la imposición de la pena en su mitad superior «cuando el material ultrafalsificado se difunda a través de un medio de comunicación social, internet o mediante el uso de tecnologías, de modo que se hiciera accesible a un elevado número de personas en el espacio virtual».

En este contexto, resulta significativo que el pre-legislador incluya expresamente el «audio de voz» como objeto material del delito, evidenciando una concepción amplia del material íntimo susceptible de protección penal, que, sin embargo, no ha sido trasladada al art. 197.7 CP, cuya redacción sigue sin contemplar expresamente los archivos sonoros pese a las posibilidades abiertas por el Derecho europeo[27].

En esta misma línea cabe insistir en que la difusión de ultrafalsificaciones en el ciberespacio constituye, en la práctica, el modo habitual de comisión, lo que agrava notablemente la lesividad de la conducta por la dificultad de distinguir entre contenido falso y real, dada la sofisticación de las tecnologías empleadas y el elevado grado de verosimilitud alcanzado.

Desde el punto de vista técnico, el Proyecto opta por sancionar la difusión de ultrafalsificaciones de contenido sexual (las denominadas deepfakes pornográficas) o especialmente vejatorio en el ámbito de los delitos contra la integridad moral. El pre-

[27] En esta dirección, Lloria García: en Agustina/Lloria: *Violencia sexual digital: ¿Cómo prevenir y castigar de forma efectiva y proporcionada la revelación de imágenes íntimas compartidas. Propuestas de reforma del art.197.7 CP,* 2026, p.159.

legislador razona que, en virtud del principio de consunción, tales supuestos abarcan no solo las lesiones a la integridad moral, sino también los ataques al honor, pues debe considerarse no solo la afectación a la autoestima, sino la cosificación e instrumentalización de la persona, con frecuencia mujeres, niñas, niños y jóvenes, tratados como meros objetos de consumo. Se destaca, además, que la motivación de estas conductas no siempre responde al animus iniuriandi, pudiendo obedecer también al ánimo de lucro, especialmente cuando las imágenes se difunden a través de plataformas o aplicaciones de contenido pornográfico.

Por ello, el *deepfake* sexual puede afectar de manera concurrente derechos fundamentales como el honor y la integridad moral. No debe olvidarse que, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la integridad moral constituye una manifestación directa de la dignidad humana y de la inviolabilidad de la persona, lo que implica la proscripción de cualquier uso instrumental de un ser humano y el derecho a ser tratado como persona y no como objeto (STS 181/2023, de 15 de marzo).

Junto al ánimo de menoscabar la integridad moral de la persona afectada, el tipo penal exige que la difusión de la imagen o audio ultrafalsificado se realice sin su autorización, resultando irrelevante que la creación inicial de la imagen corporal o de la voz se haya obtenido con o sin consentimiento.

Tanto el Dictamen 7/2024 del Consejo Económico y Social como el emitido por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial en noviembre de 2024 valoran positivamente la inclusión de una regulación específica sobre esta materia. No obstante, este último sugiere —en coherencia con lo previsto en el artículo 11 de la Directiva (UE) 2024/1385, relativo a las circunstancias agravantes— la incorporación de un subtipo agravado cuando la víctima sea menor de edad o persona con discapacidad, o cuando el autor sea el cónyuge o persona unida a la víctima por una relación de afectividad análoga. Con todo, la Directiva va más allá al considerar que, siempre que no formen parte de los elementos constitutivos del delito, debe considerarse circunstancia agravante la comisión reiterada tanto de delitos de violencia contra las mujeres como de violencia doméstica.

En tercer lugar, dado que la ley tiene como objetivo específico tutelar los intereses de los niños, niñas y adolescentes, y existe una gran preocupación en relación con el acceso de los menores a contenidos pornográficos que pueden afectar a su desarrollo en la esfera afectivo sexual, se prevé la modificación del artículo 186 del CP, con la finalidad de mejorar la protección del bien jurídico libertad sexual de los menores.

En cuarto lugar, en línea con el objetivo indicado, y tomando en consideración la incidencia de los supuestos de enmascaramiento de la propia identidad en este ámbito, también se introducen diferentes tipos agravados en los artículos 181, 182, 183, 185, 186, 188 y 189 que tienen que ver con el uso de identidades falsas a través de la tecnología, que facilitan la comisión de delitos contra las personas menores de edad.

IV. Identificación y prevención: apuntes para una propuesta de decálogo de actuación ante víctimas de ciberviolencia

La complejidad de los nuevos riesgos expuestos en el ciber espacio requieren de una respuesta integral y coordinada, que incluya no solo su represión sino también la articulación de medidas que prevengan y sirvan de ayuda a las víctimas de ciber violencia[28]. Constatada dicha necesidad, y en el marco de la colaboración entre la Conselleria de Justicia de la Generalitat Valenciana y la Universidad Jaume I —a través del Convenio para el desarrollo de trabajos y/o estudios de investigación en materia de víctimas de delitos—, elaboramos en 2024 un decálogo de actuación frente a la ciberviolencia, concebido como instrumento de apoyo para las Oficinas de Atención a las Víctimas de la Comunidad Valenciana, actualmente pendiente de publicación.

En esta línea, y tomando como referencia el *Protocolo de actuación para la detección e intervención con víctimas de violencia de género digital,* editado por el Ministerio de Igualdad y el Gobierno de La Rioja en 2022, así como el citado PLO para la protección de menores en los entornos digitales, diseñamos un procedimiento de actuación específico para las víctimas del delito previsto en el art. 197.7 CP, estructurado, a grandes rasgos, en las siguientes fases:

1.ª Fase: Información y asesoramiento.

Los técnicos/as de *Oficina de Asistencia a las Víctimas de Delitos* (OAVD) realizan sus funciones en tres ámbitos: social, psicológica y jurídico.

a) Toma de contacto y detección: el área social será la encargada del primer contacto con la posible víctima y le dará la información inicial para identificar:

— el tipo/s de violencia digital que está siendo sometida la víctima,
— y las evidencias digitales que serán de utilidad para poder demostrar el hecho.

Asimismo se deberá de informar que en ningún caso la víctima deberá de:

- Eliminar conversaciones de WhatsApp ni fotografías, videos o archivos de audio
- Formatear ordenador, portátil o móvil
- Desinstalar aplicaciones móviles
- Cambiar de dispositivo móvil sin hacer antes una copia de seguridad
- Borrar correos electrónicos

b) Una vez la víctima decide denunciar (atendiendo al requisito de perseguibilidad, art. 201 CP) el área jurídica toma las riendas del protocolo, indicándole los pasos a realizar:

[28] *Cfr.* la Guía publicada por Naciones Unidas y UNICEF, *A Guide for Women and Girls to prevent and respond to cyberviolence*, November 2021.

- Se abrirá un expediente donde se recogerán todos aquellos aspectos jurídicos respecto al caso de violencia de género digital que la víctima ha manifestado verbal o documentalmente
- Se recopilará toda aquella documentación, información y evidencias digitales a aportar en los posibles procedimientos judiciales en apoyo a la mujer, informándola de la forma correcta de recopilar y custodiarlas con garantías procesales.
- Firmarán un acuerdo de confidencialidad

Cuando la víctima presente dispositivos para analizar, se deberá firmar un acta de recepción de ellos, así como de cualquier documento digital.

Cuando el delito se esté cometiendo a través de una red social, se deberá de firmar el acta de acceso a redes sociales para indicar que la víctima ha dado su consentimiento para poder acceder a sus perfiles sociales para realizar la comprobación.

Al igual que el apartado anterior, si se tiene que acceder al correo de la víctima es necesaria la respectiva acta donde se acredita el consentimiento de la víctima para acceder a sus cuentas.

- La víctima interpondrá la denuncia, adjuntando las respectivas evidencias digitales para su análisis, incluso si es necesario acompañada, no sin antes explicarle cómo será el procedimiento judicial[29].

Al presentar la denuncia se puede solicitar una orden de protección, que confiere a la víctima un estatuto integral de protección que, en el orden penal, comprenderá principalmente entre otras medidas la prohibición de comunicación, que se remitirá a la autoridad competente para hacerla efectiva.

Asimismo, atendiendo a la Directiva europea se dice que, además de la formulación de denuncias de forma presencial, los Estados miembros deben ofrecer la posibilidad de formular denuncias en línea o mediante otras TIC accesibles y seguras para la denuncia de violencia contra las mujeres y violencia doméstica, «al menos en lo que respecta a los ciberdelitos de difusión no consentida de material íntimo o manipulado, el ciberacecho, el ciberacoso y la incitación a la violencia o al odio por medios cibernéticos. Es preciso que las víctimas puedan cargar material relacionado con su denuncia, como capturas de pantalla de la presunta conducta violenta.

2.ª Fase: Extracción y análisis de la evidencia digital

El análisis y la extracción de la evidencia digital —que servirá de soporte para una denuncia por violencia de género digital— ya sea de un teléfono móvil, ordenador o cualquier dispositivo digital deberá de realizarse bien por un perito informático acreditado o por el cuerpo de seguridad especializado.

[29] Así como solicitar la tramitación la asistencia de justicia gratuita a quienes corresponda.

En caso de que el organismo correspondiente de la Fuerza y Cuerpo de Seguridad cuente con los medios para realizar el análisis de evidencias digitales, se deberán presentar junto con la denuncia. En caso contrario, se deberá contratar a un perito informático para el análisis de dichas evidencias.

Un perito judicial debe afrontar todas sus investigaciones y elaborar un Informe siguiendo unos procedimientos y principios en el análisis de evidencias digitales y ratificaciones de sus actuaciones, para evitar una posible manipulación de la evidencia o bien dar la posibilidad de que se impugne la prueba en un proceso judicial. En una denuncia de violencia de género digital es primordial la preservación y análisis de la evidencia digital, para que no pueda ser invalidada en sede judicial.

3.ª Fase: prevención y protección:

Asesorar sobre medidas de protección para evitar volver a ser víctima de violencia de género digital y como solicitar el derecho del olvido a las plataformas de redes sociales y a la Agencia Española de Protección de Datos

A fin de garantizar que las víctimas de los delitos de ciberviolencia puedan ejercer eficazmente su derecho a la eliminación del material ilícito relacionado con esos delitos, la Directiva señala que los Estados miembros deben fomentar la cooperación en materia de autorregulación entre los prestadores de servicios intermediarios pertinentes. Por su parte, en relación con la protección de la intimidad de la víctima, se señala que los Estados miembros se asegurarán de que, en los procesos penales, las pruebas que hagan referencia a la conducta sexual pasada de la víctima o a otros aspectos de su intimidad relacionados con esa conducta solo se admitan cuando resulten pertinentes y necesarias.

4.ª Formación.

a) De conformidad con lo dispuesto en el artículo 83 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, el sistema educativo deberá garantizar la formación del alumnado en un uso responsable, seguro y respetuoso de los medios digitales. Este aprendizaje deberá realizarse en un marco que promueva el respeto a la dignidad humana, a los valores constitucionales y a los derechos fundamentales, asegurando así que el entorno educativo contribuya a la prevención de conductas lesivas derivadas del uso inadecuado de las tecnologías de la información y la comunicación.

En coherencia con dicho mandato, el actual Proyecto de Ley Orgánica para la protección de las personas menores de edad en los entornos digitales refuerza la dimensión educativa y preventiva de la respuesta institucional frente a los riesgos tecnológicos. Junto a las previsiones de carácter penal, el Proyecto incorpora medidas orientadas a fomentar la alfabetización digital, la sensibilización sobre los riesgos de la exposición en redes sociales y la detección temprana de situaciones de acoso o manipulación en línea. De este modo, la norma proyectada no se limita a establecer un marco sancionador, sino que aspira a promover una cultura digital segura y basada en el respeto a la dignidad y a la integridad de los menores, en consonancia con los objetivos establecidos por la Unión Europea en materia de protección digital y derechos fundamentales.

b) Realización de campañas o programas de concienciación específicos dirigidos al público desde una edad temprana. En concreto, mantener las acciones formativas incluidas en el Plan director, como charlas, visitas y actividades de variada tipología en centros educativos impartidas por agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, recogiendo medidas adicionales específicas para combatir los riesgos detectados en el nuevo contexto digital y los derivados del aumento de la discriminación y las violencias sexuales y de género. En este nuevo escenario, y en el caso de la amenaza digital, los agentes también fomentarán las actividades que refuercen la cultura de la prevención, la protección y el desarrollo de competencias digitales ligadas a la ciberseguridad desde edades tempranas, involucrando tanto a las familias como a la comunidad educativa.

En suma, la atención a las víctimas de ciberviolencia exige una coordinación eficaz tanto a nivel interno como externo. En el plano interno, la Consejería de Justicia debe garantizar la adecuada armonización de los servicios y recursos disponibles, impulsando la formación continua y especializada de los profesionales que integran las Oficinas de asistencia a las víctimas. En el plano externo, resulta esencial fortalecer la cooperación con la Fiscalía, los órganos judiciales, la abogacía y los cuerpos de seguridad, de modo que se asegure una respuesta ágil y eficaz orientada a la protección integral de las víctimas y a la persecución efectiva de los responsables.

Esta coordinación ha de ser fluida, sostenida y de carácter multidisciplinar, incorporando no solo a los operadores jurídicos, sino también a expertos en tecnologías de la información, psicología y trabajo social, con el fin de ofrecer un abordaje integral que garantice el respeto de los derechos de las víctimas y su pleno acceso a la justicia en entornos digitales cada vez más complejos.

V. Bibliografía

Comes Raga, I., «La protección penal de la intimidad a través de la difusión inconsentida del sexting ajeno», en *La Ley Penal* n.105, 2013.

Carrasco Andrino, M.ª / Moya Fuentes, M.ª / Otero González, P., «Delitos contra la intimidad: art.197.4 bis», en *Estudio crítico del Anteproyecto de reforma del CP,* 2013.

Devis Matamoros, A., «Algunas claves del castigo penal del deepfake de naturaleza sexual», en *IberCONnect,* 2023.

Diallo, A., *A Guide for Women and Girls to prevent and respond to cyberviolence*, November 2021.

Fernández Teruelo, J., «Algunos apuntes sobre el nuevo tipo penal de redifusión o difusión en cadena de conductas de sexting, incorporado a nuestro código penal por la lo 10/2022, de 6 de septiembre», en *Libro Homenaje al profesor Javier de Vicente Remesal*, 2024.

Galan Muñoz, A., *Los ciberdelitos en el ordenamiento español*, Barcelona 2019.

García Pérez, O., «La interpretación del artículo 197.7 del Código Penal por la Fiscalía general del estado y la jurisprudencia», en *Libro Homenaje al profesor Remesal*, 2024.

Guisasola Lerma, C., «Intimidad y menores: consecuencias jurídico-penales de la difusión del sexting sin consentimiento tras la reforma del CP operada por LO 1/2015», en *Menores y redes sociales*, Valencia, 2016.

Gutierrez Mayo, E., *Delitos informáticos paso a paso*, Galicia 2021.

— «En jurisprudencia tuit analizamos a publicación de fotos íntimas en el estado de WhatsApp», en *El Derecho.com*

Idoiga, N. / Alonso, I., «Image-based Abuse: Debate and Reflections on the «Iveco Case», in *Journal of Interpersonal Violence*, Vol.37, 2020

Jareño Leal, A., «El derecho a la imagen íntima y el Código penal. La calificación de los casos de elaboración y difusión del *deepfake* sexual», en *RECPC* 26-09 (2024).

León Alapont, J., «Comentarios a la proyectada reforma del CP prevista en el APLO para la protección de los menores en entornos digitales», en *Diario La Ley*, sep. 2024.

Lloria García: en Agustina/Lloria: *Violencia sexual digital: ¿Cómo prevenir y castigar de forma efectiva y proporcionada la revelación de imágenes íntimas compartidas. Propuestas de reforma del art.197.7 CP,* 2026, p. 159.

Miró-Llinares, F. / Duvac, C. / Toader, T. / Santisteban Galarza, M. (eds.) *Criminalization of AI-related offences* (International Colloquium, Bucharest, Romania, June 2023.

Pérez Conchillo, E., *Intimidad y difusión de sexting no consentido*, Valencia 2018.

Rodriguez López, S., «Del sexting al doxting. Novedades en el tratamiento penal de la difusión no consentida de imágenes o vídeos íntimos», en *Reformas penales y Estado de Derecho*, Valencia 2024.

Roig Torres, M., *El delito de acoso del art 172 ter del CP: las reformas de las LO 10/2022 y 17/2023*, Valencia 2024.

Romeo Casabona, C., «El ciberespacio como lugar virtual y legal de comisión del delito. Necesidades de nuevas respuestas jurídicas», en *Derecho Penal, ciberseguridad, ciberdelitos e inteligencia artificia*l, Volumen I Granada 2023.

Santisteban Galarza, M., «La criminalización de las ultrafalsificaciones (con especial atención a las implicaciones de la normativa europea de servicios digitales e inteligencia artificial», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, enero 2024.

Simó Soler, E., «Retos jurídicos derivados de la inteligencia artificial generativa. Deepfakes y violencia contra las mujeres como supuesto de hecho», en *Indret* 2.2023.

Tejada de la Fuente, E., «Art.197 CP», en *Comentarios al CP*, T.I, Valencia 2023.

26

SOBRE LA SUBSIDIARIEDAD DEL DELITO DE DEFRAUDACIÓN TRIBUTARIA EN LA PREVENCIÓN DEL FRAUDE FISCAL

José Ulises Hernández Plasencia
Profesor Titular de Derecho Penal
Universidad de La Laguna

SUMARIO: I. Introducción. II. La justificación del delito de defraudación tributaria. III. La accesoriedad de la intervención penal. IV. ¿Es mínima la intervención del derecho penal en materia tributaria?

I. Introducción

Se ha señalado que el fraude fiscal representa un ataque contra el orden económico de un país, que proviene del incumplimiento de deberes, el principal de ellos de rango constitucional consistente en contribuir al sostenimiento de las cargas públicas según la capacidad económica, constituyendo una manifestación de insolidaridad y que produce un perjuicio al Erario público dado que vendría a incidir en el procedimiento de recaudación de los tributos frustrando la realización de sus fines[1]. Hace tiempo se ha destacado que este tipo de fraude ha alcanzado en determinados sectores unas cuotas de criminalidad preocupantes[2], que la delincuencia tributaria causa estragos de invaluable

[1] En tal sentido se expresa la Exposición de Motivos de la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal, cuando señala que «*El fraude fiscal es un fenómeno del que se derivan graves consecuencias para la sociedad en su conjunto. Supone una merma para los ingresos públicos, lo que afecta a la presión fiscal que soportan los contribuyentes cumplidores; condiciona el nivel de calidad de los servicios públicos y las prestaciones sociales; distorsiona la actividad de los distintos agentes económicos, de tal modo que las empresas fiscalmente cumplidoras deben enfrentarse a la competencia desleal de las incumplidoras; en definitiva, el fraude fiscal constituye el principal elemento de inequidad de todo sistema tributario*».

[2] Chico de la Cámara, P., *El delito de defraudación tributaria tras la Reforma del Código Penal por la LO 5/2010. Reflexiones críticas y propuestas de lege ferenda*, 2012, p. 22.

perjuicio para la economía de un país y amenaza su propia estructura[3], o que constituye una de las causas de la crisis económica[4], por lo que no resulta extraña la presencia del Derecho penal para castigar algunas conductas defraudatorias orientadas a desvirtuar la realidad de la situación tributaria del contribuyente. Según la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2024, en el año 2023 se recibieron de la Administración tributaria 157 expedientes por delito fiscal, todos ellos judicializados, en los que la deuda denunciada supone un montante de 849.524.167,20 euros, habiéndose dictado en ese año 139 sentencias firmes, de las cuales fueron condenatorias 113 y por conformidad el 31,86 %. También se ha constatado, a través de las Memorias anuales de la Agencia Tributaria, el descenso vertiginoso desde 2011 (1.014) a 2022 (184) del número de denuncias por delito de fraude fiscal.

La línea política de prevención y lucha contra el fraude fiscal, dado que el mantenimiento y desarrollo del *Estado del Bienestar* requiere de suficiencia económica[5] y que el sistema tributario, conforme a los principios constitucionales, es uno de los instrumentos que debe procurarlos, ha derivado en diversas acciones legislativas[6], al margen de las reformas de las normas jurídico-tributarias y jurídico-penales. El Preámbulo de la Ley 34/2015, de 21 de septiembre, que modifica la Ley General Tributaria, indica que «*son dos las autoridades del Estado que intervienen ante una defraudación tributaria de naturaleza delictiva, la administrativa y la judicial, actuando cada una de ellas en*

[3] Linares, M.ª B., *El delito de defraudación tributaria. Análisis dogmático de los artículos 305 y 305 bis del Código Penal español*, 2020, p. 76. Según el Informe de marzo de 2013 de la Organización Profesional de los Inspectores de Hacienda del Estado, que alude a la existencia de numerosos estudios de organismos e instituciones nacionales e internacionales, se ha cuantificado el fraude fiscal en torno a un 20 % del PIB, https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&opi=89978449&url=https://inspectoresdehacienda.es/wp-content/uploads/filr/3731/140313_problemas_lucha_fraude_agencia.pdf&ved=2ahUKEwiD3bOw2_qJAxVGBdsEHVuUGhYQFnoECBcQAQ&usg=AOvVaw3sOdTnaN1RnpSu4wplaO82. El Sindicato de Técnicos del Ministerio de Hacienda en 2020 cifró el fraude fiscal anual en 91.600 millones de euros, https://www.gestha.es/index.php?seccion=actualidad&num=737.

[4] Carretero Sánchez, A., «La nueva reforma de los delitos contra la hacienda pública: un paso firme contra el fraude fiscal», *Diario La Ley*, núm. 8027, 2013, p. 9.

[5] Fitor Miró, J. C., *Delito fiscal. Un análisis criminológico*, 2018, p. 61, considera que el daño importante que ocasiona el fraude fiscal, de no producirse, propiciaría la aplicación efectiva de casi todos los recursos necesarios para el mantenimiento del Estado del Bienestar.

[6] Primero en 2005 el Plan de Prevención y lucha contra el fraude fiscal (modificado en 2008), lo que llevó aparejado un reforzamiento de los medios de la Administración tributaria, así como un eficaz y coordinado sistema sancionatorio de las infracciones tributarias, y últimamente con la Ley 11/2021, de 9 de julio, de medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal, que establece nuevos criterios para la elusión fiscal y modifica varias normas tributarias, de trasposición de la Directiva (UE) 2016/1164, del Consejo, de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior, de modificación de diversas normas tributarias y en materia de regulación del juego, por la que se llega a modificar hasta diecinueve leyes tributarias.

el ámbito que le es propio»[7], como se plasma, después de 2012[8], en el número 5 del art. 305 CP[9], permitiendo que la liquidación tributaria no quede paralizada a pesar de la existencia de indicios de fraude fiscal constitutivo de delito, de modo que, salvo que excepcionalmente se adopten medidas cautelares, la incoación de una causa judicial que puede terminar en una sentencia condenatoria no impide que, paralelamente, se tramite e incluso se haya ejecutado la liquidación tributaria que hubiera dado lugar al hecho indiciariamente constitutivo de delito[10].

Al legislador, por la profusa y compleja regulación tributaria, siempre le ha parecido adecuada la armonización de la legislación penal con aquélla, y la configuración del delito fiscal ha venido casi siempre precedida de modificaciones legales tributarias. Porque el papel de la Administración tributaria en los delitos contra la Hacienda Pública no es menor. Aunque se suprimiera la prejudicialidad administrativa y constituya un delito público perseguible de oficio, la Administración tributaria es quien en la gran mayoría de los casos suele ofrecer la *notitia criminis*[11], dando cuenta al Ministerio Fiscal, además de que emite informes[12] al juez penal y, autónomamente, según se acaba de indicar, liquida la deuda tributaria que puede conllevar sanción penal. La actividad de recaudación de tributos, como es lógico, no está encomendada a los jueces y tribunales penales. Sin embargo, atendiendo a la regulación del delito de defraudación tributaria resulta casi imposible deslindar del mismo la idea de recaudación.

[7] Los problemas que presenta el delito fiscal los atribuye a la confluencia del Derecho tributario y el Derecho penal Espejo Poyato, I., *Administración tributaria y jurisdicción penal en el delito fiscal*, 2013, p. 317.

[8] Cuando se reforma el Código penal mediante la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre.

[9] Quizás sería más adecuado que los dos primeros párrafos de ese precepto se excluyeran de la regulación penal y se establecieran en la Ley General Tributaria, pues su sustancia jurídica es netamente administrativa.

[10] El propio Preámbulo de la Ley 34/2015 destaca que *«…es importante significar la preferencia del orden penal en dos aspectos: por una parte, corresponde al juez penal la posibilidad de suspender las actuaciones administrativas de cobro, permitiendo de ese modo el acceso a una justicia cautelar frente a la ejecutividad de la liquidación tributaria; por otra, la preferencia del orden penal queda respetada con el obligado ajuste final de la liquidación tributaria a los hechos que el juez penal declare probados cuando juzgue y se pronuncie, a los efectos de la imposición de una pena, sobre la existencia y cuantía de la defraudación*».

[11] V. Bonshoms Guzmán, J., «Inspectores y Fiscales: investigar y perseguir la defraudación tributaria en España», *InDret*, 4.2024, pp. 268 y ss.; Espejo Poyato, I., *Administración tributaria y jurisdicción penal*…, ob. cit., pp. 125 y ss. Precisamente el Título VI de la Ley General Tributaria va dedicado a las actuaciones y procedimientos de aplicación de los tributos en supuestos de delito contra la Hacienda pública, v. Ribes Ribes, A., «Actuación de la Administración tributaria en supuestos de delito», en *Aspectos penales y tributarios* (dirs. Eduardo Demetrio Crespo y José Alberto Sanz Díaz-Palacios), 2019, pp. 233 y ss.

[12] Que, según la última jurisprudencia, aunque no unánime, tienen el carácter de prueba pericial, v. SSTS 833/2023, de 15 de noviembre y 523/2024, de 3 de junio.

La intervención del Derecho penal en materia de fraude fiscal apenas se cuestiona[13], tratándose de un tipo de criminalidad que afecta a un interés público esencial. Y aunque inicialmente tal intervención resultara totalmente inocua para la lucha contra el fraude fiscal[14], la doctrina y la jurisprudencia no ponen en cuestión la existencia del delito de defraudación tributaria, aunque sí variados aspectos de su regulación. En lo que sigue se tratará de explorar si el delito de defraudación tributaria, teniendo en cuenta las distintas posturas que se mantienen con respecto al bien jurídico protegido y la regulación jurídico-tributaria que le sirve de soporte, así como su propia regulación penal, está ineludiblemente enderezado a evitar el fraude fiscal o si prima más el apoyo al logro de los objetivos de la política fiscal, o a ambas cosas; es decir, si la regulación penal está más comprometida o al mismo nivel con revertir el fraude fiscal ya detectado, promoviendo un comportamiento de signo contrario (*prevención especial adelantada*), que en prevenir la comisión de la infracción penal, y si ello contribuye o refuerza verdaderamente la protección del bien jurídico tutelado, o si viene a funcionar como una vía de escape, una segunda oportunidad, para que el propio defraudador diluya su responsabilidad tributaria en el ámbito penal. En definitiva, si la amenaza penal tiene un *plus* frente a la potestad sancionatoria de la Administración pública, porque en realidad las sanciones administrativas carecieran de suficiente cualidad disuasoria o supusieran un escaso reproche frente a la gravedad de la defraudación, teniendo en cuenta que la actividad inspectora de la Administración tributaria se encuentra ante una imposibilidad material de reconducir todos los fraudes fiscales, de modo que el Derecho penal, con sus instrumentos, entonces podría funcionar como anzuelo para hacer aflorar el fraude fiscal y poner al día en sus obligaciones tributarias a los defraudadores.

II. La justificación del delito de defraudación tibutaria

No suele plantearse directamente en la doctrina la justificación de la intervención penal en el delito de defraudación tributaria. Pérez Royo[15], por el contrario, ha defendido la existencia de los delitos tributarios en el carácter secundario del Derecho penal[16], en cuanto que éste vendría a proteger el orden tributario que estuviera reglamentado

[13] Sí, desde un principio y de plano, Quintano Ripollés, A., *Tratado de la Parte Especial del Derecho penal. Infracciones patrimoniales sobre el propio patrimonio, daños y leyes especiales*, tomo III, 1965, pp. 828 y ss.

[14] V. Polaino Navarrete, M., «El delito fiscal. Secuencias fallidas de una reforma penal», en *Estudios Penales*, 1988, pp. 149 y ss.

[15] Pérez Royo, F., *Los delitos y las infracciones en materia tributaria*, 1986, pp. 65 y s.

[16] *Cfr.* sobre la crítica a este principio Cerezo Mir, J., *Curso de Derecho penal español. Parte General, I, Introducción*, 6.ª ed., 2004, pp. 68 y s.

en la órbita jurídico-administrativa[17]. Frente a ello, ya Quintano Ripollés se opuso a la incriminación de estas infracciones, aparte de porque no consideraba reprobables socialmente las conductas de fraude fiscal, para evitar contribuir a la inflación normativa del Derecho penal, pues no sería explicable desde el principio de *ultima ratio* y generarían lamentables dilaciones para su enjuiciamiento criminal[18]. En esta línea, Silva Sánchez ha evidenciado la *administrativización* del Derecho penal en los delitos contra la hacienda pública, lo que estaría injustificado porque la conducta defraudatoria aisladamente considerada carece de peligro o lesividad para el bien jurídico protegido, que sólo se alcanzarían con el efecto sumativo del resto de conductas tributarias fraudulentas[19]. También Queralt Jiménez ha apuntado que, si el Derecho penal interviene en materia tributaria, a pesar de los formidables medios con que cuenta la administración tributaria estatal, no es por el perjuicio concreto que el defraudador cause a la Hacienda Pública, sino por el volumen general del fraude[20]. Sánchez-Ostiz Gutiérrez, sin embargo, tras señalar a la legislación penal como sierva de la política tributaria, se pregunta si todas las conductas constitutivas de delito fiscal debieran ser merecedoras del reproche penal[21].

Lo que profusamente sí se ha venido cuestionando es la forma en que se ha ido configurando el delito de defraudación tributaria, que toma como pivote lo dispuesto en art. 31 CE, la obligación de todos a contribuir al sostenimiento de los gastos públicos, según capacidad económica y a través de un sistema tributario justo, igualitario y progresivo. Este deber constitucional, no obstante, no se estima por sí solo apto para figurar en dicho delito como bien jurídico digno de tutela por el Derecho penal[22].

[17] Utiliza, sin embargo, dicho principio o el de intervención mínima Pérez Royo, F., «El estado del arte de la aplicación del delito fiscal en España (con especial referencia al tratamiento de la simulación, fraude de ley y delito fiscal en la doctrina de la Sala Segunda del Supremo y una apostilla final sobre la STC de 10 de mayo de 2005)», *Diario La Ley*, núm. 6281, 24 de junio de 2005, p. 6, para excluir del Derecho penal los supuestos de fraude de ley en el ámbito del delito fiscal.

[18] Quintano Ripollés, A., *Tratado…*, ob. cit., p. 831.

[19] Silva Sánchez, J. M.ª, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2.ª ed., 2001, p. 128.

[20] Queralt Jiménez, J. J., *Derecho penal español. Parte especial*, 7.ª ed., 2015, p. 810.

[21] Sánchez-Ostiz Gutiérrez, P., *La exención de responsabilidad penal por regularización tributaria*, 2002, pp. 186 y ss.; el mismo, «Consideraciones sobre la evolución de la política criminal frente al fraude fiscal», en *Derecho penal de la empresa* (Mirentxu Corcoy Bidasolo dir., Raquel Lara González coord.), 2002, pp. 255 y ss.

[22] *Cfr.*, no obstante, Fernández Bermejo, D., *El delito fiscal en el Código Penal español*, 2021, p. 54; Boix Reig, J., «Aspectos de la nueva regulación del delito fiscal», en *Delitos socioeconómicos en el nuevo Código penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, Escuela Judicial/Consejo General del Poder Judicial, 1996, p. 267. Y, por ejemplo, la STS 182/2014, de 11 marzo, pomposamente expresando que «*cualquier fraude tributario supone un grave atentado contra los principios constitucionales que imponen la real y leal contribución al sostenimiento de los servicios sociales y las cargas públicas. Frente a esta concepción del bien jurídico protegido, algunos sectores doctrinales desvían la esencia de la lesión hacia un delito semejante a los patrimoniales cuyo sujeto pasivo es la Hacienda Pública. Es cierto que al*

Y así, con carácter general, el debate científico sobre el delito de defraudación tributaria, que casi representa un compendio de la dogmática jurídico-penal, desde hace tiempo se ha centrado en variados aspectos técnicos (bien jurídico, conducta activa u omisiva, causas de exclusión de la tipicidad, sujetos y autoría, objeto material, resultado, consumación, excusas o atenuantes, etc.), sin obviar los político-criminales vinculándolos principalmente a la eficacia de este delito (la regularización tributaria y atenuaciones), pero no respecto de su propia existencia[23]. Es innegable que si existe este delito es porque, básicamente y aunque no sea suficiente, también debe existir un interés jurídico que proteger que merece otorgarle la categoría de bien jurídico-penal y, en consecuencia, si se ha convertido en una infracción penal ésta necesariamente debiera responder, en este caso, a una mejor y eficaz protección que la que se le estaría proporcionando desde el marco jurídico-administrativo.

Y es en el análisis del bien jurídico protegido en el delito de defraudación tributaria en el que pueden encontrarse respuestas nucleares a la idoneidad de la intervención penal. A la hora de determinar el bien jurídico en este delito cabe advertir que inicialmente se parte de realizar dos diferenciaciones; por un lado, los diversos patrimonios que protege el CP, como el de los delitos patrimoniales, cuyo sujeto pasivo es el individuo[24], y el patrimonio al que se refiere el delito de defraudación tributaria, que no sería uno más de aquéllos[25], indicándose que a éste están asociadas finalidades públicas y a aquel no[26], si bien, también desde la primera perspectiva, podría considerarse que al patrimonio privado le están asociadas finalidades que, aunque sean individuales[27], no son siempre menos importantes que las públicas en sus respectivos contextos.

---

final el perjuicio es económico, pero no puede olvidarse que la justificación de la pena específica, radica en la inadmisible vulneración de los principios de solidaridad tributaria inexcusables en una sociedad democrática. Frente a una discutible optimización fiscal basada en manejos y artificios que, en cierto modo, tiene una cobertura o amparo en la complejidad de las normas tributarias, no se puede compartir o tolerar los fraudes y las trampas cuya única finalidad es eludir el pago de las cuotas generadas y debidas» (subrayado añadido).

[23] V. Martínez-Buján Pérez, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte Especial*, 7.ª ed., 2023, pp. 77 y ss.; Ferré Olivé, J. C., *Tratado de los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social*, 2018, pp. 42 y s., 109 y ss.; De la Mata Barranco, N., «El delito fiscal del art. 305 CP después de las reformas de 2010, 2012 y 2015: algunas cuestiones, viejas y nuevas, todavía controvertidas», *Revista General de Derecho Penal*, 26, 2016, pp. 4 y ss.

[24] O también el Estado, la economía nacional, como defendieron Rodríguez Devesa, J. M./ Serrano Gómez, A., *Derecho penal español. Parte especial*, 18.ª ed., 1995, pp. 576 y s.

[25] *Cfr.* Quintano Ripollés, *Tratado…*, ob. cit., pp. 829 y s.

[26] V. Linares, M. B., *El delito de defraudación tributaria*…, ob. cit., pp. 104 y ss.

[27] Pueden advertirse en el patrimonio individual finalidades públicas, incluso de carácter constitucional, como la propiedad (art. 33.2 CE), y delitos que las protegen (art. 289 CP). Resulta sorprendente por ello que el patrimonio privado pudiera estar mejor protegido que el público frente a conductas fraudulentas, v. en tal sentido Echavarría Ramírez, R., «Consideraciones sobre el bien jurídico penalmente

Por otro lado, también suele diferenciarse en este delito, con carácter metodológico, un bien jurídico mediato[28] de otro de carácter inmediato. Como bienes jurídicos mediatos —aunque a veces inmediatos—, advirtiendo o no previamente de su falta de operatividad para la interpretación del tipo penal, se han mencionado el patrimonio de la Hacienda pública[29], las funciones del tributo[30], la actividad financiera desarrollada en el marco del orden público económico de las haciendas públicas[31] o la función tributaria[32]. En realidad, es poco convincente la invocación en este delito de un bien jurídico mediato, reconociéndose que no cumple con la función dogmática que le es propia, cuando tampoco se protege ese bien jurídico *mediato* a través de otras figuras delictivas; por ello parece más conveniente aludir a la *ratio legis*, a la que no debe equipararse aquél. No obstante, se le ha atribuido utilidad al bien jurídico mediato precisamente para justificar la intervención penal en esta materia[33].

La insatisfacción, sin embargo, por la falta de precisión del objeto de protección del delito fiscal, ha conducido a la doctrina a un proceso de concreción del bien jurídico. Se ha generalizado la tendencia de puntualizar más el bien jurídico cuando se le califica como inmediato. En lo que respecta a éste, la doctrina mantiene una larga discrepancia a pesar de que el Código penal ubica el delito de defraudación tributaria, con título y rúbrica propios, a continuación de los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico. Las posturas doctrinales sobre ese bien jurídico suelen agruparse en unas de orientación patrimonial y otras de orientación funcional, aunque resulta difícil no encontrar en ambas, como a veces se reconoce por sus propios defensores, matices patrimoniales y funcionales[34]. Se ha considerado mayoritaria[35] en nuestra doctrina la tesis que postula que el delito de defraudación tributaria protege el interés de carácter

---

protegido por el delito de defraudación tributaria del art. 305 C. P español», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 16:04, 2014, pp. 33 y s.

[28] Ya Bacigalupo Zapater, E., «El delito fiscal en España», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, núm. 56, 1979, p. 82, señalaba que el legislador adelantó la protección penal del Erario público convirtiendo en delictivas conductas que sólo atacan su integridad de forma mediata.

[29] Rodríguez Mourullo, G., *Presente y futuro del delito fiscal*, 1974, p. 53.

[30] Martínez-Buján Pérez, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, 7.ª ed., 2023, p. 784.

[31] Ferré Olivé, J. C., «El bien jurídico protegido en los delitos tributarios», *Revista Penal*, núm. 33, 2014, p. 100.

[32] Pérez Royo, F., *Los delitos y las infracciones…*, ob. cit., pp. 65 y s.

[33] Así Ferré Olivé, *El bien jurídico*…, ob. cit., p. 101.

[34] V. Linares, M. B., *El delito de defraudación tributaria*…, ob. cit., pp. 86 y ss. Sobre las concretas opiniones doctrinales v. González Uriel, D., *El delito de defraudación tributaria*, 2022, pp. 59 y ss.

[35] Así lo estiman Martínez-Buján Pérez, C., *Derecho penal económico y de la empresa…*, ob. cit., p. 781; Ferré Olivé, J. C., *El bien jurídico*…, p. 93; Echavarría Ramírez, R., *Consideraciones sobre el bien jurídico*…, ob. cit., pp. 11 y ss.

patrimonial perteneciente a la Hacienda pública, lo que se cohonesta con los sujetos pasivos que vienen expresamente enunciados en el art. 305.1 CP al mencionar las haciendas estatal, autonómica, foral o local. Y así, se ha indicado que lo que se trata de tutelar es el patrimonio de la Hacienda Pública, concretado en la recaudación tributaria[36], o específicamente el interés patrimonial de la Hacienda pública concretado en la necesidad de obtener recursos públicos tributarios en la fase de liquidación de los tributos[37]; pero también en la capacidad recaudatoria de las haciendas públicas[38] o en la funcionalidad de la Hacienda pública en sus vertientes de ingresos y gastos públicos[39]; asimismo, se afirma que el bien jurídico lo constituye la efectividad del crédito tributario[40] o la determinación tributaria del *quantum debeatur*[41].

Lo que para algunos autores serían bienes jurídicos mediatos, para otro sector doctrinal, sin embargo, constituirían los bienes jurídicos inmediatos del delito de defraudación tributaria, poniendo más el acento en la funcionalidad de la propia Hacienda o del tributo que en el propio patrimonio público o contenido patrimonial del mismo. En esta dirección apuntan las tesis que consideran bien jurídico protegido la función tributaria o las funciones del tributo[42], materializadas en la efectiva realización de las previsiones de recaudación tributaria de acuerdo con la normativa reguladora de cada

[36] Ayala Gómez, I., *El delito de defraudación tributaria: artículo 349 del Código penal*, 1988, p. 104; Martínez-Buján Pérez, C., *Los delitos contra la hacienda pública y la seguridad social*, 1995, p. 25; Morales Prats, F., «Título XIV. De los delitos contra la Hacienda pública y contra la Seguridad Social», en *Comentarios al Código penal español* (dir. Gonzalo Quintero Olivares), t. II, 2016, p. 550 En tal sentido se expresa STS 952/2006, de 6 de octubre, cuando dice que «*Es indudable, pues, que el bien jurídico protegido no es exclusivamente el patrimonio estatal, afectado indirectamente, sino la perturbación ocasionada a la actividad recaudatoria del mismo, como presupuesto básico para cubrir patrimonialmente imperiosas necesidades públicas*». *Cfr.* Echavarría Ramírez, R., *Consideraciones sobre el bien jurídico*…, ob. cit., pp. 31 y s., señalando que el tipo penal no se refiere al patrimonio, sino que se vincula al tributo, con el que no puede identificarse.

[37] Martínez-Buján Pérez, C., *Derecho penal económico y de la empresa*…, ob. cit., p. 781. Le sigue González Uriel, D., *El delito*…, ob. cit., p. 114.

[38] Queralt Jiménez, J. J., *Derecho penal español*…, ob. cit., p. 804.

[39] Muñoz Conde, F., *Derecho penal. Parte Especial*, 25.ª ed. (revisada y puesta al día con la colaboración de Carmen López Peregrín), 2023, p. 1036. También Boix Reig, J., *Aspectos de la nueva regulación*…, ob. cit., p. 264; Sola Reche, E., «Delitos contra la Hacienda pública y contra la Seguridad Social», en *Derecho penal. Parte especial* (coords. Carlos Romeo Casabona, Esteban Sola Reche y Miguel Ángel Boldova Pasamar), 2023, p. 532. *Cfr.* Echavarría Ramírez, *Consideraciones sobre el bien jurídico*…, ob. cit., p. 31.

[40] Octavio de Toledo y Ubieto, E., «Los objetos de protección en los delitos contra las haciendas públicas», en *Delitos e infracciones contra la Hacienda Pública* (dir. Emilio Octavio de Toledo y Ubieto), 2009, p. 82; García Novoa, C., «Facturas falsas y delito fiscal», en *Aspectos penales y tributarios* (dirs. Eduardo Demetrio Crespo y José Alberto Sanz Díaz-Palacios), 2019, p. 184. *Cfr.* sin embargo Martínez-Buján Pérez, C., *Derecho penal económico y de la empresa*…, ob. cit., p. 782.

[41] Ferré Olivé, J. C., *El bien jurídico*…, ob. cit., p. 104.

[42] Que expresó el Tribunal Supremo en STS de 27 de diciembre de 1990 (caso Lola Flores).

tributo individual integrante del sistema tributario[43] o materializadas en el cumplimiento de los deberes de cada tributo singular en el marco de la relación jurídico-tributaria y cuyo fundamento último está en el art. 31 CE[44].

Cabe observar que, en primer lugar, en ese proceso de concreción del bien jurídico, se trata de designar la cualidad patrimonial que resulta afectada por la acción típica o la funcionalidad del tributo que porta el interés que protege el delito. Es apreciable, por otro lado, que la determinación del bien jurídico tiende a contextualizarse en un momento temporal, en el de la liquidación de los tributos o de la recaudación, tendente a que sea apto para vincularse de forma directa con las diversas modalidades típicas previstas en el art. 305.1 del CP. Y también, finalmente, es perceptible que algunos bienes jurídicos, en aras de dotarles de esa mayor concreción posible, se exprese por algunos autores con una larga y poco frecuente descripción, algunas de ellas, sin embargo, difícilmente captable y graduable, como ocurre con las funciones del tributo materializadas en «la efectiva realización de las previsiones de recaudación…» o el «interés patrimonial de la Hacienda pública… (que) se concreta en la necesidad de obtener recursos públicos tributarios», que, de nuevo, pueden incluso hasta confundirse con la *ratio legis* del delito. Pero incluso, aunque se ponga el foco en la función o funcionalidad de los tributos, el componente patrimonial emerge cuando luego se concreta en la previsión de recaudación, que alude a emolumentos patrimoniales, y si aquellas se vinculan al solo cumplimiento de deberes tributarios no puede desdeñarse el propio esencial fin económico del tributo.

Lo que esencialmente persigue la regulación tributaria es la obtención de recursos económicos, utilizando para ello, como meros instrumentos jurídicos, los deberes tributarios que impone a los ciudadanos; pero tal empresa puede verse comprometida por el eventual incumplimiento de estos y, con ello, la satisfacción del crédito tributario que se ampara en ese deber constitucional del ciudadano de contribuir al sostenimiento de las cargas públicas según su capacidad económica. En definitiva, tal como ya señalaba Rodríguez Mourullo, «*está, por ello, fuera de duda que el interés del Erario público en que los tributos se satisfagan cabalmente, representa hoy un valor social de primer rango, merecedor, en su caso, de protección jurídico-penal*»[45]. Y como sostenía Octavio de Toledo y Ubieto, la infracción penal que constituye el delito fiscal se vincula con preservar los posibles créditos tributarios. Pero estos no dejan de existir por más que el sujeto activo del delito simule su situación tributaria y eluda su pago, así que, no es propiamente el crédito tributario[46], que permanece inmutable frente a la conducta de

[43] Gracia Martín, L., *La infracción de deberes contables y registrales tributarios en Derecho penal*, 1990, p. 78.

[44] Echavarría Ramírez, R., *Consideraciones sobre el bien jurídico*…, ob. cit., p. 37.

[45] Rodríguez Mourullo, G., *Presente y futuro*…, ob. cit., p. 28.

[46] Martínez-Buján Pérez, C., *Derecho penal económico y de la empresa*…, ob. cit., p. 782, rechaza este posicionamiento con base en que no se diferenciaría ese bien jurídico del protegido en el

fraude fiscal, sino la satisfacción del mismo, surgiendo el delito cuando el contribuyente oculte o simule en un determinado momento su realidad, que sería la conducta típica materializada como objeto de la prohibición penal, pero no el objeto de la protección. Lo que se pretende encumbrar, para protegerse como bien jurídico en el delito fiscal, es la satisfacción de los créditos tributarios surgidos de obligaciones de la misma naturaleza, y no tanto la transparencia, la honradez o la solidaridad del contribuyente en el cumplimiento de sus deberes tributarios[47]. Creo que ese es el núcleo fundamental en el que radica lo que el delito de defraudación tributaria pretende proteger, no siendo óbice que el crédito tributario, como tal, pueda ser objeto de protección a través de otras figuras delictivas y que éstas no se encuentren ordenadas sistemáticamente.

Así que, como se ha visto, una justificación del delito de defraudación tributaria podría residir en que no existe un bien jurídico protegido, sino dos! Pero, aparte de la apelación a bienes jurídicos mediatos e inmediatos, la dimensión de la protección penal que se dispensa al bien jurídico pasa por recorrer otros aspectos de la figura delictiva para efectivamente analizar y comprobar si certifican o enmiendan la tutela del mismo tal como se ha caracterizado, por si los criterios político-criminales que fluyen en esos aspectos están alineados o resultan contradictorios *ad intra*, de lo que nos ocupamos a continuación.

III. La accesoriedad de la intervención penal

El delito de defraudación tributaria constituye una infracción penal menos grave que se castiga con una penalidad dual, prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo de la cuantía defraudada, que debe exceder de ciento veinte mil euros (art. 305.1 CP), convirtiéndose en grave si aquélla excediera de seiscientos mil euros, se hubiera cometido en el seno de una organización o grupo criminal, se haya ocultado o dificultado la identidad o el patrimonio del obligado tributario o del responsable del delito o la determinación de la cuantía defraudada mediante el uso de personas físicas o jurídicas interpuestas, negocios o instrumentos fiduciarios o paraísos fiscales o territorios de nula tributación (art. 305 bis CP). Debe tenerse en cuenta que el círculo de sujetos activos del delito es fácticamente reducido, tomando en consideración la capacidad económica de los contribuyentes que estarían en disposición de defraudar de modo típico a las haciendas públicas en dichas cuantías y de que es un delito muy complejo,

---

delito de alzamiento de bienes, por referirse el uno a la fase de liquidación del tributo y el otro a la de su recaudación. Estimo, sin embargo, que son exigencias típicas las que determinan una u otra fase y la entrada en acción de cada delito, sin que necesariamente deban adosarse al propio bien jurídico para que quede singularmente concretado.

[47] Podrían identificarse varios niveles, comenzando por el deber impuesto en el art. 31 CE de contribuir al Fisco con un sistema tributario justo, igualitario y progresivo; un segundo nivel, de establecimiento de deberes tributarios encaminados a la satisfacción de los tributos; y un tercer nivel, en sede típica del art. 305.1 CP, de protección del pago de los tributos.

se requieren conocimientos especializados para su comisión en gran número de casos y que el delito no es de decisión y ejecución espontáneas, sino algo elaborado.

No será objeto de análisis aquí la intervención accesoria punible en estos delitos, sino el sentido que pueden tener algunos aspectos de la regulación del delito de defraudación tributaria para otorgar al Derecho penal un papel complementario o auxiliar en la lucha contra el fraude fiscal que es lo que, primariamente y desde su ámbito, protegería el bien jurídico tutelado criminalizando determinadas conductas de los contribuyentes[48].

Y, desde ese punto de vista, es constatable que la regulación del delito fiscal no es, aunque no tendría por qué serlo, *totalmente* intimidatoria, sino quizás *casi* contradictoria con tal característica. Y ello podría advertirse cuando, en parte, se deja al sujeto activo del delito posibilidades para neutralizar o aminorar notoriamente las consecuencias jurídicas de su fraude, sin perjuicio de que su conducta pueda aportar alguna utilidad[49]. Según estipulan los apartados 4 y 6 del art. 305 CP, la responsabilidad penal por el delito de defraudación tributaria puede quedar saldada o sensiblemente atenuada disponiendo de un bien que habitualmente posee el defraudador: el dinero[50]. Esa eventual responsabilidad penal podría concebirse por parte de algunos infractores como un riesgo más, presente en su actividad profesional o empresarial, que más adelante podría enervar dejando impoluta su conducta falsaria y fraudulenta.

Y en efecto, últimamente, para un sector doctrinal, el fraude fiscal con relevancia delictiva podría quedar como ni siquiera producido si se regularizara la situación tributaria antes de que se emprendieran las investigaciones o comprobaciones indicadas en el art. 305.4 CP, por cuanto de la dicción del último inciso del art. 305.1 CP (*salvo que hubiere regularizado su situación tributaria en los términos del apartado 4 del presente artículo*) y de lo expuesto en la Exposición de Motivos de la Ley 7/2012, de 27 de diciembre[51], cabría considerar como causa de exclusión de la tipicidad la conducta posterior

[48] Por tanto, si el Derecho penal puede legitimarse en un Estado Social en cuanto su intervención demuestra utilidad para proteger el bien jurídico, v. Mir Puig, S., *Derecho penal. Parte general*, 15.ª ed., 2015, 10.ª ed., p. 127.

[49] *Cfr.* Iglesias Río, M. A., «Las cláusulas de regularización tributaria y relativas a las subvenciones de los arts. 305.4 y 308.4 del Código penal», en *Delitos e infracciones contra la Hacienda Pública* (dir. Emilio Octavio de Toledo y Ubieto), 2009, p. 293, quien defiende que la regularización tributaria cumple una función intimidatoria ante potenciales delincuentes, arguyendo que «*quien no autorregulariza su situación a tiempo y es descubierto, deberá soportar el castigo penal*».

[50] Porque conduce a una monetización del Derecho penal rechaza frontalmente la pena de multa Ferrajoli, L., *El paradigma garantista. Filosofía crítica del Derecho penal*, 2018, p. 194.

[51] Cuando alude a que se trata de «*configurar la regularización de la situación tributaria como el verdadero reverso del delito de manera que, con la regularización, resulte neutralizado no sólo el desvalor de la acción, con una declaración completa y veraz, sino también el desvalor del resultado mediante el pago completo de la deuda tributaria y no solamente de la cuota tributaria como ocurre actualmente*», y dos párrafos más abajo tajantemente vuelve a establecer que «*En coherencia con esta nueva configuración legal de la regularización tributaria como el reverso del delito que neutraliza completamente el*

del defraudador[52]. Iglesias Río, en términos parecidos a dicha exposición de motivos, ya consideraba que «*desde la perspectiva preventivo general, en su versión positiva, el proceso de autorrectificación anula el desvalor de la acción y de resultado y restablece la vigencia de la norma jurídica, hasta el punto de eliminar la necesidad de pena*»[53]. Los problemas que plantea esta tesis doctrinal, sin embargo, hacen óptima la tesis tradicional de la excusa absolutoria[54]. Pues, por ejemplo, siguiendo tal planteamiento, que el infractor, máxime si su situación tributaria fuera compleja, tendría un cierto margen para deliberadamente defraudar a la Hacienda pública y, con posterioridad, ganando tiempo y más recursos económicos —incluso derivados de los defraudados—, aniquilar o borrar tanto la propia defraudación como los otros delitos instrumentales de ésta que haya podido cometer, lo que evidenciaría cierto derrotismo del Derecho penal, aplicando aquí un principio político-criminal muy pragmático y *iusprivativista*: en lugar de la sanción, la reparación[55]. Morales Prats estima que la regularización tributaria responde a una fórmula de equilibrio entre la satisfacción de las necesidades recaudatorias de la Administración tributaria y que el Derecho penal no se convierta en un puro instrumento de recaudación fiscal, consiguiéndose esto último al exigir que la regularización sea voluntaria[56].

Sin embargo, no interesa aquí tanto la naturaleza jurídico-penal de la regularización[57], pues el valor dogmático de lo expresado en la exposición de motivos de una ley es prácticamente nulo[58], sino el valor político-criminal que el legislador parece dejar

---

desvalor de la conducta y el desvalor del resultado, se considera que la regularización de la situación tributaria hace desaparecer el injusto derivado del inicial incumplimiento de la obligación tributaria y así se refleja en la nueva redacción del tipo delictivo que anuda a ese retorno a la legalidad la desaparición del reproche penal. Esta modificación se complementa con la del apartado 4 relativa a la regularización suprimiendo las menciones que la conceptuaban como una excusa absolutoria».

[52] Iglesias Río, M. A., *Las cláusulas de regularización tributaria*…, ob. cit., p. 293. V. también Muñoz Cuesta, F. J., «La reforma del delito fiscal operada por LO 7/2012, de 27 de diciembre», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 11, marzo 2013, p. 4; De la Mata Barranco, *El delito fiscal*…, ob. cit., p. 31.

[53] Iglesias Río, M. A., *Las cláusulas de regularización tributaria*…, ob. cit., p. 293. V. también Muñoz Cuesta, F. J., «La reforma del delito fiscal operada por LO 7/2012, de 27 de diciembre», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 11, marzo 2013, p. 4.

[54] Sobre las diferentes posibilidades interpretativas v. Ferré Olivé, J. C., *Tratado*…, ob. cit., pp. 296 y ss.

[55] Por eso se preguntan Serrano González de Murillo, J. L. / Merino Jara, I., «Pasado, presente y futuro de las regularizaciones tributarias en Derecho penal», *Diario la Ley*, núm. 8052, 27 de marzo de 2013, p. 16, que, si sólo se atiende al carácter reparador del perjuicio, por qué no se establece esta exención de responsabilidad para todos los delitos patrimoniales.

[56] Morales Prats, F., *Título XIV. De los delitos*…, ob. cit., p. 587.

[57] V. Sánchez-Ostiz Gutiérrez, P., *La exención de responsabilidad penal*…, ob. cit., pp. 151 y ss.; Linares, M.ª B., *El delito de defraudación tributaria*…, ob. cit., pp. 310 y ss.

[58] Una interpretación literal de precepto puede darse por válida si se circunscribe a que no será castigado con la pena el delito de defraudación tributaria cometido si, tras defraudar, se regulariza la situación tributaria cumpliéndose determinadas condiciones.

entrever al motivar la reforma de la regularización tributaria, queriendo eliminar cualquier atisbo de dañosidad social al fraude fiscal regularizado, que tendría la virtualidad para neutralizar la pena desde la consumación del delito hasta un período relevante de tiempo —cinco o diez años en que prescribe el delito— si no resulta descubierto, que es lo que todo defraudador pretende *ab initio* de su conducta delictiva. Es poco comprensible que la dañosidad social de una conducta delictiva quede eliminada a instancia y por obra de su autor pudiendo haber transcurrido tanto tiempo desde su ejecución, salvo que tenga una utilidad mayor que la imposición de la pena, que no sería la del Derecho penal para prevenir el fraude fiscal[59], que quedó materializado con la lesión del bien jurídico, sino una ajena y propia de la Administración tributaria, si bien la conducta postdelictiva se alinea con el bien jurídico que apuntábamos protege el art. 305.1 CP, que es el de la satisfacción del crédito tributario[60].

La excusa absolutoria prevista en el art. 305.4 CP[61] tiene, además, un alcance extraordinario, pues como cualquier otra no se limita a excluir la responsabilidad penal por el delito cometido, sino que además de dejar impune el delito fiscal también lo hace con otros delitos instrumentales que haya podido realizar el infractor para cometer aquél (irregularidades contables y falsedades)[62]. Lógicamente, la apuesta político-criminal es muy intensa al incentivar con ese *plus* la regularización tributaria, de manera que el defraudador quede penalmente impoluto[63]. El beneficiario de esta excusa absolutoria, en relación con otros delincuentes y otros beneficiarios de otras excusas, pese a cometer una proliferación de delitos dolosos, incluso graves, en los que se manifiesta su persistencia criminal, queda dispensado de castigo penal con tanta generosidad como la suya que supone desprenderse a favor de la Hacienda pública de cierta cantidad de dinero con posterioridad al momento en que lo exigía la norma jurídico-tributaria[64]. Si se relaciona la conducta defraudadora en lo que representa sólo para el bien jurídico que se ha lesionado, quizás podría no considerarse de una entidad mayor, pues al fin se termina

[59] V. Serrano González de Murillo, J. L. / Merino Jara, I., *Pasado, presente y futuro*…, ob. cit., p. 15; Sola Reche, E., *Delitos contra la Hacienda pública*…, ob. cit., p. 553.

[60] *Cfr.* Iglesias Río, M. A., *Las cláusulas de regularización tributaria*…, ob. cit., p. 293, concibe la autodenuncia como un mecanismo complementario de protección posterior del bien jurídico.

[61] Naturaleza jurídica que otorga a la regularización tributaria la mayoría de la doctrina, v. Linares, M. B., *El delito de defraudación tributaria*…, ob. cit., pp. 322 y ss. Como causa de levantamiento de la pena Martínez-Buján Pérez, C., *Derecho penal económico*…, ob. cit., pp. 821 y ss.

[62] Que tratan de limitarse al delito contable y a la falsedad en documento privado, v. Muñoz Conde, *Derecho penal*…, ob. cit., p. 1045.

[63] V. Iglesias Río, M. A., *Las cláusulas de regularización tributaria*…, ob. cit., p. 285.

[64] Incluso opera para fraudes tributarios de naturaleza administrativa (no superan los ciento veinte mil euros), v. críticamente Martínez-Buján Pérez, C., *Derecho penal económico*…, ob. cit., pp. 824; González Uriel, D., *El delito*…, ob. cit., p. 242; Sola Reche, E., *Delitos contra la Hacienda pública*…, ob. cit., pp. 554 y s.

satisfaciendo el crédito tributario, lo que tal vez puede comprenderse también desde la óptica de la falta de lesividad de la conducta defraudatoria considerada aisladamente. Pero si en el mismo ámbito de impunidad se incluye la lesión de otros bienes jurídicos involucrados es difícil llegar a semejante conclusión[65].

Tampoco la mencionada excusa absolutoria es la única oportunidad con que cuenta el infractor tributario para diluir su eventual responsabilidad criminal. Cuando el riesgo de que sea descubierta la conducta constitutiva de delito fiscal se ha hecho efectivo, el CP le provisiona la posibilidad de que su responsabilidad quede suavizada de forma notable, rebajándosele sustancialmente las penas previstas para el delito de defraudación tributaria cometido si, precisamente, también estuviera dispuesto a satisfacer el crédito tributario y lo hiciera. A tenor de lo dispuesto en el art. 305.6 CP, considerado incluso como instrumento de *prevención* del fraude fiscal[66], el autor del delito fiscal que abona la deuda tributaria y reconoce los hechos ante la autoridad judicial antes de que transcurran dos meses desde la primera citación judicial como investigado, que alcanza también a los partícipes en el delito si colaboran activamente, es merecedor de una atenuación de su responsabilidad penal. Claramente, para Dopico Gómez-Aller, dicho precepto penal deja en manos del defraudador comprar su impunidad[67], pues a la postre la pena privativa de libertad del delito fiscal quedaría por debajo de los dos años posibilitando la suspensión de su ejecución, ya que generalmente en estos casos suele tratarse de delincuentes primarios, ocurriendo, asimismo, con la cuantía de la pena de multa, lo que disolvería los posibles efectos de la prevención general positiva, pero también los atinentes a la prevención general negativa, puesto que el autor de la infracción penal es consciente de que seguramente su delito no comportará la ejecución de la pena de prisión y bastando sólo con pagar una multa del tanto defraudado o reducida a la mitad o en una cuarta parte, que además resulta aplicable al crimen organizado[68].

Bien es cierto que la atenuación prevista en el art. 305.6 CP no es obligatoria[69], sino facultativa para el Juez o Tribunal y que, en efecto, puede que no se aplique pese a concurrir los requisitos que exige. Además, en estos casos, si se aplicara esta atenuación

[65] *Cfr.* Iglesias Río, M. A., *Las cláusulas de regularización tributaria*…, ob. cit., pp. 292, aprecia valor preventivo-especial, como autorresocialización, en el comportamiento regularizador de la excusa absolutoria.

[66] Espejo Poyato, I., *Administración tributaria y jurisdicción penal*…, ob. cit., p. 408. *Cfr.* Fernández Bermejo, *El delito fiscal*, ob. cit., p. 187; Ferré Olivé, J. C., *Tratado*…, ob. cit., p. 555, Muñoz Conde, *Derecho penal*…, ob. cit., p. 1046.

[67] Es revelador ya el título de su trabajo Dopico Gómez-Aller, J., «La superatenuación por regularización tardía y la compra de la impunidad. Motivos para una derogación», en *El delito fiscal. Aspectos penales y tributarios* (dirs. Eduardo Demetrio Crespo y José Alberto Sanz Díaz-Palacios), 2019.

[68] Dopico Gómez-Aller, J., *La superatenuación*…, ob. cit., pp. 52 y ss. En el mismo sentido Martínez Pérez, *Derecho penal económico*…, ob. cit., pp. 330 y s.

[69] Críticamente por no serlo Morales Prats, *Título XIV. De los delitos*…, ob. cit., p. 611.

implicaría que el abono de las cantidades defraudadas fueran aquellas que la Administración tributaria le hubiera liquidado —se está a comienzos de la investigación judicial—, pudiendo suceder incluso que en tal período de dos meses lo único que cabría acreditar es que el investigado reconozca ante la autoridad judicial los hechos, porque anteriormente ya habría abonado las cuantías defraudadas a la Administración tributaria; por tanto, al margen del paralelo o posterior proceso penal, pues aquélla es soberana para recaudar dicha deuda tributaria según dispone el apartado 5 del art. 305 CP. Por ello, la finalidad de esta atenuación, tras la reforma del art. 305 CP operada en 2012, no puede decirse que funcione siempre como instrumento recaudatorio, aunque tenga además ese efecto, sino que funcione como vía aprovechable para obtener una recompensa. Al margen de ello, esa rebaja penal puede comportar costes (económicos) que no se sabe si compensarán al promocionar para el futuro un potencial fraude fiscal de mayor cuantía[70]. De ahí que se abogue por la derogación de esta atenuación privilegiada del delito de defraudación tributaria por considerarse una monetización de la pena[71]. Quizás, también atenuados, podría tener en estos casos ciertos efectos de prevención general la imposición rebajada de las penas, lo cual es difícil de medir, pero no es tan dudoso que la condena por delito de defraudación tributaria suponga perjuicios futuros en el condenado que conlleven un relevante descrédito personal o profesional, y ejemplos de ello ya sí se han verificado en la práctica[72]. A los efectos de prevención especial, en un gran número de casos ya se aplica la suspensión de la ejecución de la pena de prisión[73] por no aparecer necesaria en la evitación de futuros delitos. En consecuencia, por sí solo habla que en el caso concreto corresponda a la pena rebajada impuesta, que no se ejecuta, la prevención del fraude fiscal; sin embargo, la satisfacción del crédito tributario también quedaría colmada con este comportamiento postdelictivo.

Todo ello al margen y sin perjuicio de que, no existiendo excusa absolutoria o la atenuación, quedarían todavía oportunidades de carácter sustantivo y procesal, habituales en la práctica, para que la penalidad del delito de defraudación tributaria se vea también sustancialmente rebajada acudiendo conjuntamente a la reparación de daño (art. 21.5.ª CP) y al expediente de la conformidad procesal y, cuando no —o sumada—, por la

[70] Así Dopico Gómez-Aller, J., *La superatenuación*…, ob. cit., p. 56. También Serrano González De Murillo, J. L. / Merino Jara, I., *Pasado, presente y futuro*…, ob. cit., p. 16.

[71] Dopico Gómez-Aller, J., *La superatenuación*…, ob. cit., p. 63.

[72] Con iniciales peticiones de penas graves de prisión por varios delitos de defraudación tributaria que luego fueron rebajadas muy cualitativa y cuantitativamente v. STS 374/2017, de 24 de mayo (caso Messi) y SAP Madrid 53/2019, de 22 de enero (caso Cristiano Ronaldo).

[73] El propio legislador es consciente de la viabilidad de esta figura jurídica en el delito de defraudación tributaria y, pese a su innecesariedad por reiterativa de lo regulado con carácter general, salvo en algún aspecto, introdujo en 2015 el art. 308 bis en el CP al objeto de asegurar la efectividad de los abonos económicos del defraudador cuando se le conceda la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad impuesta.

apreciación de dilaciones indebidas (art. 21.6.ª CP), con la cualificación atenuatoria si correspondiera, todo lo cual, aparte de las razones de economía procesal y de resultar útil para la Administración de Justicia, también para la Administración tributaria, puede evidenciar la ganancia del infractor penal limitando su responsabilidad penal sobre el que recae la imposición de penas cortas privativas de libertad evitando su ejecución, optando por la reparación y la conformidad, esta última a veces por falta de solidez de la acusación o, desde otra perspectiva, por eliminar la mella que estos procesos penales pueden provocar en el acusado, llevándole a no correr el riesgo de una sentencia condenatoria en la que no estaría garantizada la inejecución de penas privativas de libertad que pudieran imponerse, y todo ello a costa del cumplimiento de fines preventivo-generales y especiales[74].

Por último, no es descartable que los delitos de defraudación tributaria queden fuera del alcance del ejercicio del derecho de gracia. Desde los primeros tiempos de nuestra actual democracia ha habido varias amnistías fiscales[75], con la consabida pretensión de aflorar el fraude fiscal, y también indultos[76].

Se constata, en definitiva, que junto al delito de defraudación tributaria la función de prevención del fraude tributario el Código penal también oferta seductores instrumentos para hacer aflorar el mismo, en ambos casos con la misión de que los contribuyentes satisfagan sus tributos. Pero la amenaza de la pena se relativiza si, en algún momento, se efectiviza el crédito tributario. El percutor de la sanción penal no llega a ser siquiera el incumplimiento de cualquier deber tributario, sino específicamente el del definitivo impago fraudulento del tributo, y la balanza cae en muchas ocasiones, quizás más de las deseables, del lado del infractor.

V. ¿ES MÍNIMA LA INTERVENCIÓN DEL DERECHO PENAL EN MATERIA TRIBUTARIA?

Teniendo en cuenta que en materia tributaria se establecen tanto ilícitos penales como administrativos, y al margen de que el fraude fiscal merezca el castigo del Derecho penal, cabe indagar, dado que algunas configuraciones del bien jurídico protegido apelan a las funciones tributarias y al interés económico de las haciendas públicas, si puede estimarse la intervención penal alineada con el principio de intervención mínima en algunas de sus manifestaciones de fragmentariedad, subsidiariedad o *ultima ratio*. Lo cierto es que determinar el carácter mínimo, no ya del Derecho penal, sino de una figura delictiva en particular es tarea compleja porque, debiera partirse, previamente,

[74] Sobre algunas de estas cuestiones v. Tomás y Valiente Lanuza, C., «Justicia negociada ¿a cualquier precio? Sobre las implicaciones sustantivas de la conformidad», *Indret*, 4.2024, pp. 204 y ss.

[75] La última de ellas, mediante Real Decreto-Ley 12/2012, de 30 de marzo, declarada inconstitucional por la STC 73/2017, de 8 de junio.

[76] Hasta 31 indultos en delitos fiscales, según https://civio.es/el-indultometro/buscador-de-indultos/

de lo que constituiría ese carácter mínimo, que en realidad viene también determinado por los coyunturales criterios político-criminales que, como tales, no están sujetos a un canon de la exactitud. Sin perjuicio de ello, se han realizado aproximaciones y formulado propuestas de lo que esta figura delictiva debiera criminalizar y cómo hacerlo.

Con carácter general, teniendo presente el carácter secundario y fragmentario del Derecho penal, Rodríguez Mourullo señalaba como criterios a tener en cuenta a la hora de tipificar el delito fiscal que, por debajo de determinadas cuantías, debía establecerse el ilícito administrativo (en la actualidad ciento veinte mil euros), significando que la criminalización de los atentados contra la Hacienda pública debieran ser exclusivamente dolosos, debiendo atender a los medios utilizados por el autor (específicamente simulaciones, falsedades u otros engaños) o a ciertas condiciones personales para cualificar la infracción penal o crear tipos penales especiales, pero también en supuestos de reincidencias en infracciones tributarias de carácter administrativo y, en definitiva, en términos paralelos al delito de estafa, pudiéndose utilizar tanto las penas pecuniarias como privativas de libertad y otros derechos, sin condicionar la perseguibilidad del delito a la previa acción de la Administración tributaria[77]. Desde otra perspectiva, Ferré Olivé, con base en el principio de *ultima ratio*, ha descartado la intervención penal a través del delito de defraudación tributaria si éste se configura para la tutela de derechos económicos de la Administración provenientes de una relación jurídica tributaria, al contarse con organismos especializados en la persecución de la evasión tributaria con mecanismos fiscalizadores y contundentes sistemas de ejecución y sanción[78]. Particularmente se ha resaltado que la exigencia de que la cuantía defraudada exceda de ciento veinte mil euros constituye una manifestación del principio de intervención mínima[79] y, asimismo, que la exención de responsabilidad penal por regularización tributaria prevista en el art. 305.4 CP es un exponente del principio de *ultima ratio* y su componente de subsidiariedad[80] o incluso la atipicidad de las conductas imprudentes[81]. En principio, dado que no todo fraude fiscal por razón de su cuantía puede castigarse penalmente, lo que a su vez *de facto* extiende la amenaza penal a un concreto círculo de sujetos activos, cabría entenderlo aparentemente como una intervención fragmentaria del Derecho penal[82]. E

[77] Rodríguez Mourullo, *Presente y futuro*…, ob. cit., pp. 49 y ss.

[78] Ferré Olivé, *El bien jurídico*…, ob. cit., p. 103.

[79] Ayala Gómez, I., *El delito de defraudación*…, ob. cit., p. 109; Boix Reig, J., *Aspectos de la nueva regulación*…, p. 264; Echavarría Ramírez, R., *Consideraciones sobre el bien jurídico*…, ob. cit., p. 37; Pérez Arias, J., «Delitos contra la Hacienda pública y la Seguridad Social», en Estudios sobre el Código penal reformado (dir. Lorenzo Morillas Cueva), 2015, p. 693.

[80] Iglesias Río, M. A., *Las cláusulas de regularización tributaria*…, ob. cit., pp. 291 y 315; Carretero Sánchez, A., *La nueva reforma de los delitos*…, ob. cit., p. 8.

[81] Ferré Olivé, *Tratado*…, p. 259.

[82] En el estudio Fitor Miró, J. C., *Delito fiscal*…, p. 64, en el que se analizan las causas judiciales desde 1999-2016, se arrojan como resultados que aproximadamente el 80 % de las denuncias de la AEAT

inclso, desde otra óptica, si pese a la comisión de un fraude cuantitativamente relevante para considerarlo delictivo se prescinde del castigo todavía más la intervención penal se habría restringido, pues entonces el objeto de la protección penal no alcanza a todo fraude fiscal cuantitativamente relevante[83] si se estima que sólo se dispensa a los tributos no regularizados, funcionando el Derecho penal, de este modo, como mera correa de transmisión del Derecho administrativo tributario, a costa de salvaguardar un interés que no le es propio (recaudación tributaria).

La falta de eficacia en la prevención del fraude fiscal de las figuras delictivas precursoras del actual delito de defraudación tributaria se ha evidenciado no sólo por las leyes reformadoras de éste[84], la Fiscalía General del Estado[85], el Tribunal Supremo[86] y la doctrina científica[87] cuando por ejemplo concluye Ferré Olivé que «*las múltiples reformas que se han ido sucediendo en todos los apartados que conforman el Derecho Penal Tributario ponen de manifiesto que esta materia se ha gestado y desarrollado a golpe de errores y con propósito de enmienda. Sin embargo, de esos errores poco se ha aprendido, porque los cambios legislativos más recientes son técnicamente pobres, genera confusión e incertidumbre y es dudoso que de su aplicación práctica se logre una mejor tutela de los bienes jurídicos en juego, ni mayor confianza en el Estado y en sus instituciones administrativas y jurisdiccionales, ni una mejora en la eficacia recaudatoria o punitiva*».

Como se señaló, en el año 2022 el importe defraudado en dicho período por la comisión del delito fiscal representa sólo 0,19 % de la recaudación tributaria bruta, quedando por ver si, del total de las denuncias penales por fraude fiscal que representan ese montante económico, terminan todas ellas en condenas firmes por delito de defraudación tributaria. Todo el esfuerzo en la persecución del fraude fiscal, su judicialización en el ámbito penal, no puede desembocar en que sólo sirva para que finalmente prevalezca, antes que la efectividad de las penas (inexistentes, reducidas o pactadas) lo que exigían

---

acaba en condena, el 90 % tiene lugar el fraude fiscal en el ámbito empresarial, mayoritariamente por fraude del IVA, y que sólo en el 11 % de los casos se imponen penas superiores a 2 años de prisión.

[83] Teniendo en cuenta que un sector doctrinal y el Tribunal Supremo estiman que el delito de defraudación tributaria es realizable con cuantía inferior a 120.000 euros en grado de tentativa.

[84] V., por ejemplo, la Exposición de Motivos de la Ley orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social.

[85] Como ya se puso de manifiesto con anterioridad y en la propia Circular 2/1978 de la Fiscalía General del Estado. En ésta se señala en relación con el delito fiscal que «*las deficiencias técnicas y sistemáticas de aquel precepto, su ineficacia para la represión del fraude fiscal y, en definitiva, su inoperancia práctica, demostrada por una casi absoluta falta de aplicación. Se citaba como dato significativo que el Tribunal Supremo sólo se había pronunciado sobre la aplicación del referido articulo 319 en dos sentencias, ambas del siglo XIX (5 de febrero de 1898 y 16 de julio de 1899)*».

[86] V. STS 696/1986, de 12 de mayo.

[87] Ferré Olivé, J. C., *Tratado*…, ob. cit., p. 57.

las normas tributarias antes de cometerse la conducta delictiva: el pago de los tributos. Probablemente resulte más óptimo o eficiente concentrar los medios y esfuerzos en la tutela administrativa donde esta resulte eficaz. No puede afirmarse que las estadísticas demuestran que la disminución de denuncias penales tenga como causa principal la amenaza de la pena y, a la vez que, que el fraude fiscal crece y crece. Más bien, el delito de defraudación tributaria se ha venido fortaleciendo en la función recaudatoria y no tanto en la sancionatoria[88], teniendo en cuenta la autonomía de que goza desde 2012 la Administración tributaria para liquidar y ejecutar la deuda tributaria vinculada con el delito, al margen del proceso penal[89].

Sería paradójico, y resultaría decepcionante (*defraudante*), que el propio sistema tributario o su aplicación, en lo que se refiere a la materialización de su progresividad y justicia, generara más insatisfacción social que el propio fraude fiscal constitutivo del delito; o que los potenciales defraudadores consideraran que su sacrificio tributario es injusto y les lleve a cometer el delito fiscal desinhibidos por la existencia de oportunidades para desarticular algunas de sus consecuencias negativas, o incluso quienes con apenas suficientes recursos económicos hicieran lo mismo para que éstos rindan mejor aunque sólo incurrieran en una infracción tributaria.

La función del delito de defraudación tributaria se habría relajado en su cometido, que es evitar ante todo su comisión, evitar el fraude fiscal, si su ímpetu se focaliza en que emerja el más básico fraude, pues quizás resulte más ortodoxo mantener el ejercicio del *ius puniendi* en el exclusivo ámbito sancionador administrativo. Certeramente escriben Serrano González de Murillo y Merino Jara: «*A efectos prácticos, la Hacienda Pública, con sus poderes de autotutela ejecutiva y superiores recursos y experiencia, es una recaudadora más eficaz que la de Administración de justicia, e incluso —lo cual puede resultar determinante— más ágil y rápida, lo que resulta especialmente significativo en una situación de excepcionalidad y urgencia fiscal como la actual. Que los tribunales no ofrecen un procedimiento ágil de cobro lo demuestra la ingente deuda "viva" relativa a delitos fiscales, los miles de millones en cuotas congeladas en procedimientos por delitos*»[90].

Aunque, como se ha visto, en el delito de defraudación tributaria la prevención general quede en cierta manera ensombrecida y la prevención especial casi inoperativa, no es conveniente, sin embargo, que se renuncie totalmente a la intervención penal en

[88] Boix Reig, J., Aspectos de la nueva regulación del delito fiscal, en Delitos socioeconómicos en el nuevo Código penal, Cuadernos de Derecho Judicial, Escuela Judicial/Consejo General del Poder Judicial, 1996, p. 264.

[89] Muñoz Conde, F., *Derecho penal*…, ob. cit., p. 1042, plantea duda sobre su constitucionalidad.

[90] Serrano González de Murillo, J. L. / Merino Jara, I., *Pasado, presente y futuro*…, ob. cit., p. 15. También Queralt Jiménez, J. J., *Derecho penal*…, ob. cit., pp. 810, afirmando incluso que la infracción gubernativa no es seguro que sea menos intensa que la penal.

materia tributaria, sobre todo allí donde los medios administrativos para la detección, acreditación y persecución del fraude fiscal pudieran no resultar tan capaces[91], o se ejecutara éste con concomitancia delictiva, alejando, por tanto, la andadura farragosa de la jurisdicción penal no especializada en tributos en corroborar, o no, que las liquidaciones tributarias de la Administración han sido justas y conformes a Derecho[92]. También es preciso reconocer que, aun siendo eficiente la Administración tributaria en la persecución del fraude, está lejos de reducirlo a términos casi insignificantes. La amenaza penal trata de internarse en esa imposibilidad con el fin de interpelar punitivamente más aún la conducta fraudulenta, pero, por sí sola, tampoco garantiza una sustancial disminución del fraude, pues realiza un viaje de ida (punitivo), que, a tenor de las iniciales peticiones de penas, se materializa en muy poca medida, y otro de vuelta (recaudatorio) cuando apela a la regularización tributaria y a la aplicación de una atenuación privilegiada con el fin de contribuir a las arcas públicas, renegando como instrumento útil para evitar el fraude, pero sí para aflorarlo.

V. Bibliografía

Ayala Gómez, I., El delito de defraudación tributaria: artículo 349 del Código penal, 1988.

Bacigalupo Zapater, E., «El delito fiscal en España», Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, núm. 56, 1979.

Boix Reig, J., «Aspectos de la nueva regulación del delito fiscal», en Delitos socioeconómicos en el nuevo Código penal, Cuadernos de Derecho Judicial, Escuela Judicial/Consejo General del Poder Judicial, 1996.

Bonshoms Guzmán, J., «Inspectores y Fiscales: investigar y perseguir la defraudación tributaria en España», InDret, 4.2024.

Carretero Sánchez, A., «La nueva reforma de los delitos contra la hacienda pública: un paso firme contra el fraude fiscal», Diario La Ley, núm. 8027, 2013.

Cerezo Mir, J., Curso de Derecho penal español. Parte General, I, Introducción, 6.ª ed., 2004.

Chico de la Cámara, P., El delito de defraudación tributaria tras la Reforma del Código Penal por la LO 5/2010. Reflexiones críticas y propuestas de lege ferenda, 2012.

De la Mata Barranco, N., «El delito fiscal del art. 305 CP después de las reformas de 2010, 2012 y 2015: algunas cuestiones, viejas y nuevas, todavía controvertidas», Revista General de Derecho Penal, 26, 2016.

[91] Por ejemplo, como postula Sánchez-Ostiz Gutiérrez, P., *Consideraciones*…, ob. cit., pp., 256 y s., tratándose de organizaciones criminales, empresas pantallas o paraísos fiscales, precisamente esos medios fraudulentos que actualmente dan lugar a tipos agravados.

[92] Roxin, C., *Derecho penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, t. I. (trad. Y notas de la 2.ª ed. alemana de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal), 1997, p. 66: «*En virtud de la subsidiariedad de la protección jurídicopenal de bienes jurídicos, el legislador debe estatuir una contravención allí donde una sanción no penal baste para asegurar el fin que persigue*».

Dopico Gómez-Aller, J., «La superatenuación por regularización tardía y la compra de la impunidad. Motivos para una derogación», en El delito fiscal. Aspectos penales y tributarios (dirs. Eduardo Demetrio Crespo y José Alberto Sanz Díaz-Palacios), 2019.

Echavarría Ramírez, R., «Consideraciones sobre el bien jurídico penalmente protegido por el delito de defraudación tributaria del art. 305 C. P español», Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 16:04, 2014.

Espejo Poyato, I., Administración tributaria y jurisdicción penal en el delito fiscal, 2013.

Fernández Bermejo, D., El delito fiscal en el Código Penal español, 2021.

Ferrajoli, L., El paradigma garantista. Filosofía crítica del Derecho penal, 2018.

Ferré Olivé, J. C., Tratado de los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, 2018.

— «El bien jurídico protegido en los delitos tributarios», Revista Penal, núm. 33, 2014.

Fitor Miró, J. C., Delito fiscal. Un análisis criminológico, 2018.

García Novoa, C., «Facturas falsas y delito fiscal», en Aspectos penales y tributarios (dirs. Eduardo Demetrio Crespo y José Alberto Sanz Díaz-Palacios), 2019.

González Uriel, D., El delito de defraudación tributaria, 2022.

Gracia Martín, L., La infracción de deberes contables y registrales tributarios en Derecho penal, 1990.

Iglesias Río, M. A., «Las cláusulas de regularización tributaria y relativas a las subvenciones de los arts. 305.4 y 308.4 del Código penal», en Delitos e infracciones contra la Hacienda Pública (dir. Emilio Octavio de Toledo y Ubieto), 2009.

Linares, M.ª B., El delito de defraudación tributaria. Análisis dogmático de los artículos 305 y 305 bis del Código Penal español, 2020.

Martínez-Buján Pérez, C., Derecho penal económico y de la empresa. Parte Especial, 7.ª ed., 2023.

Mir Puig, S., Derecho penal. Parte general, 10.ª ed., 2015.

Morales Prats, F., «Título XIV. De los delitos contra la Hacienda pública y contra la Seguridad Social», en Comentarios al Código penal español (dir. Gonzalo Quintero Olivares), t. II, 2016.

Muñoz Conde, F., Derecho penal. Parte Especial, 25.ª ed. (revisada y puesta al día con la colaboración de Carmen López Peregrín), 2023.

Muñoz Cuesta, F. J., «La reforma del delito fiscal operada por LO 7/2012, de 27 de diciembre», Revista Aranzadi Doctrinal, núm. 11, marzo 2013.

Octavio de Toledo y Ubieto, E., «Los objetos de protección en los delitos contra las haciendas públicas», en Delitos e infracciones contra la Hacienda Pública (dir. Emilio Octavio de Toledo y Ubieto), 2009.

Pérez Royo, F., «El estado del arte de la aplicación del delito fiscal en España (con especial referencia al tratamiento de la simulación, fraude de ley y delito fiscal en la doctrina de la Sala Segunda del Supremo y una apostilla final sobre la STC de 10 de mayo de 2005)», Diario La Ley, núm. 6281, 24 de junio de 2005.

— Los delitos y las infracciones en materia tributaria, 1986.

Polaino Navarrete, M., «El delito fiscal. Secuencias fallidas de una reforma penal», en Estudios Penales, 1988.

Queralt Jiménez, J. J., Derecho penal español. Parte especial, 7.ª ed., 2015.

Quintano Ripollés, A., Tratado de la Parte Especial del Derecho penal. Infracciones patrimoniales sobre el propio patrimonio, daños y leyes especiales, tomo III, 1965.

Ribes Ribes, A., «Actuación de la Administración tributaria en supuestos de delito», en Aspectos penales y tributarios (dirs. Eduardo Demetrio Crespo y José Alberto Sanz Díaz-Palacios), 2019.

Rodríguez Devesa, J. M. / Serrano Gómez, A., Derecho penal español. Parte especial, 18.ª ed., 1995.

Rodríguez Mourullo, G., Presente y futuro del delito fiscal, 1974.

Roxin, C., Derecho penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, t. I. (trad. Y notas de la 2.ª ed. alemana de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal), 1997.

Sánchez-Ostiz Gutiérrez, P., La exención de responsabilidad penal por regularización tributaria, 2002.

— «Consideraciones sobre la evolución de la política criminal frente al fraude fiscal», en Derecho penal de la empresa (Mirentxu Corcoy Bidasolo dir., Raquel Lara González coord.), 2002.

Serrano González de Murillo, J. L. / Merino Jara, I., «Pasado, presente y futuro de las regularizaciones tributarias en Derecho penal», Diario la Ley, núm. 8052, 27 de marzo de 2013.

Silva Sánchez, J. M.ª, La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales, 2.ª ed., 2001.

Sola Reche, E., «Delitos contra la Hacienda pública y contra la Seguridad Social», en Derecho penal. Parte especial (coords. Carlos Romeo Casabona, Esteban Sola Reche y Miguel Ángel Boldova Pasamar), 2023.

Tomás y Valiente Lanuza, C., «Justicia negociada ¿a cualquier precio? Sobre las implicaciones sustantivas de la conformidad», Indret, 4.2024.

27

VIOGÉN COMO HERRAMIENTA ALGORÍTMICA DE PROTECCIÓN FRENTE A LA VIOLENCIA DE GÉNERO. ANÁLISIS DE IMPACTO DESDE LA PERSPECTIVA PROCESAL PENAL*

ARANTZA LIBANO BERISTAIN**
Profesora Agregada de Derecho Procesal
Universidad Autónoma de Barcelona

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EVALUACIÓN DEL RIESGO EN SUPUESTOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO. PARTICULARIDADES DEL SISTEMA VIOGÉN. III. VIOGÉN, INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y *MACHINE LEARNING*. IMPLICACIONES DEL REGLAMENTO DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL. IV. ÁMBITOS DE MEJORA DEL SISTEMA VIOGÉN. V. TOMA EN CONSIDERACIÓN PRELIMINAR DE EVENTUALES CUESTIONES PROCESALES IMPLICADAS POR EL USO DEL SISTEMA VIOGÉN. VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Desde el punto de vista normativo, el Sistema de Seguimiento Integral en los casos de violencia de género (en adelante, Sistema VioGén)[1] es producto del decisivo impulso legislativo derivado de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (en adelante, LO 1/2004). A partir de

* El presente trabajo se enmarca en el Grupo de Investigación Reconocido, Consolidado y Financiado «Retos del Derecho Procesal» (2021SGR00991) de la AGAUR y en los siguientes dos Proyectos I+D: «Nuevos retos tecnológicos del derecho probatorio» (PID2020-115304GB-C21) financiado por MCIN, AEI; y, «El Derecho penal ante los retos actuales de la Biomedicina» (PID2022-136743OB-IOO) financiado por MCIN, AEI y por FEDER Una manera de hacer Europa.

** En agradecimiento al Profesor Romeo Casabona del que tanto he aprendido a lo largo de estos años. El Profesor Romeo fue un zaragozano universal, un académico entregado, pero, sobre todo, una gran persona.

[1] En fase de corrección de pruebas finales del presente trabajo, se hizo pública por parte del Ministerio del Interior y del Ministerio de Igualdad del Gobierno de España la puesta en marcha del nuevo Sistema VioGén 2 y el Protocolo para la Valoración y Gestión Policial del Nivel de Riesgo de Violencia de Género y Seguimiento de los casos a través del sistema VioGén 2 (Protocolo 2025). Asimismo, el trabajo fue entregado para publicación con fecha anterior a la promulgación de la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia.

dicha fundamental norma, la violencia de género se define como aquella violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia (*ex* art. 1.1 LO 1/2004). La referida violencia de género comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad, así como la violencia que con el objetivo de causar perjuicio o daño a las mujeres se ejerza sobre sus familiares o allegados menores de edad por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia (art. 1 apartados 3 y 4 LO 1/2004). Por otro lado, la mencionada Ley Orgánica viene a establecer medidas de protección integral cuya finalidad es prevenir, sancionar y erradicar esta violencia y prestar asistencia a las mujeres, a sus hijos menores y a los menores sujetos a su tutela, o guarda y custodia, víctimas de esta violencia (art. 1.2 LO 1/2004).

De acuerdo con la Instrucción 7/2016 de la Secretaría de Estado de Seguridad[2] la información relevante, en el marco de la violencia de género, para concretar el grado de riesgo por parte de la policía así como para determinar el nivel de protección a adoptar incluye los factores referidos a la violencia sufrida por la víctima, las relaciones mantenidas con el agresor, los antecedentes del propio agresor y su entorno, las circunstancias familiares, sociales, económicas y laborales de la víctima y del agresor y la retirada de denuncias, la reanudación de la convivencia y la renuncia de la víctima al estatuto de protección concedido.

Decisiva importancia en lo relativo a la puesta en funcionamiento del Sistema VioGén ostentan los artículos 31 y 32 LO 1/2004. En este sentido, y de acuerdo con el referido artículo 32 LO 1/2004, «los poderes públicos elaborarán planes de colaboración que garanticen la ordenación de sus actuaciones en la prevención, asistencia y persecución de los actos de violencia de género, que deberán implicar a las administraciones sanitarias, la Administración de Justicia, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y los servicios sociales y organismos de igualdad».

En cumplimiento de las disposiciones anteriores, el 26 de julio de 2007 se puso en funcionamiento el Sistema de Seguimiento Integral en los casos de Violencia de Género (Sistema VioGén), de la Secretaría de Estado de Seguridad del Ministerio del Interior, siendo sus finalidades[3]:

[2] Instrucción 7/2016, de 8 de julio de 2016, de la Secretaría de Estado de Seguridad, por la que se establece un nuevo protocolo para la valoración policial del nivel de riesgo de violencia de género (Ley Orgánica 1/2004) y de gestión de la seguridad de las víctimas.

[3] Dirección General de Coordinación y Estudios-Secretaría de Estado de Seguridad (Ministerio del Interior, Gobierno de España), *Sistema de seguimiento integral en los casos de violencia de género (Sistema VioGén). Datos estadísticos*, octubre 2024.

- Aglutinar a las diferentes instituciones públicas que tienen competencias en materia de violencia de género.
- Integrar toda la información de interés que se estime necesaria.
- Realizar valoraciones policiales del riesgo.
- Atendiendo al nivel de riesgo, realizar seguimiento y protección a las víctimas en todo el territorio nacional.
- Proporcionar a la víctima un «Plan de Seguridad Personalizado» con medidas de autoprotección.
- Efectuar una labor preventiva, emitiendo «Notificaciones Automatizadas», cuando se detecte alguna incidencia o acontecimiento que pueda poner en peligro la integridad de la víctima.

En consecuencia, los usos previstos de la herramienta abarcan la protección a las víctimas, la prevención de infracciones penales relacionadas con la violencia doméstica y de género y el tratamiento penitenciario a los agresores, persiguiendo como aspecto complementario fines estadísticos y asistenciales.

Desde el punto de vista de su configuración técnica[4], el Sistema VioGén constituye una aplicación web integrada en la red SARA (Sistemas de Aplicaciones y Redes para las Administraciones) que tiene la consideración de fichero policial por cuanto contiene datos relativos a víctimas, autores y otras personas relacionadas con el ámbito de delitos de violencia de género, y que por tanto, está declarado como tal ante la Agencia Española de Protección de Datos quedando en la actualidad primariamente sometido a la Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo, de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales. La entrada en funcionamiento del fichero de datos de carácter personal de la Secretaría de Estado de Seguridad del Ministerio del Interior se produjo el 26 de julio de 2007 (Orden INT/1911/2007, de 26 de junio derogada por Orden INT/1202/2011, de 4 de mayo).

Son competentes para introducir y modificar datos en el Sistema VioGén, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, las Administraciones Penitenciarias, las Delegaciones y Subdelegaciones del Gobierno, los órganos judiciales del orden penal, los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, las Unidades de Valoración Forense Integral de los Institutos de Medicina Legal del Ministerio de Justicia y de las Comunidades Autónomas, el Ministerio Fiscal, los Servicios Asistenciales de las diferentes Administraciones Públicas, los Puntos de Coordinación de las Órdenes de Protección de

[4] J.J. López Ossorio / J.M. Muñoz Vicente / A. Andrés Pueyo / M. Pastor Bravo, *Guía de aplicación del formulario VFR$_{5.0}$-H en la valoración forense del riesgo*, Área de violencia de género, estudios y formación-Gabinete de coordinación y estudios-Ministerio del Interior-Gobierno de España, 2020, p. 4.

violencia doméstica y de género y las Oficinas de Atención a la Víctima del delito de las Comunidades Autónomas en relación con las materias de su competencia y en su ámbito territorial. Los datos proceden de las denuncias presentadas ante las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, de los atestados policiales, de las resoluciones dictadas por los órganos judiciales y penitenciarios y de los expedientes que cursen los diferentes servicios y órganos que presten asistencia a las víctimas. No obstante, en el marco del Sistema VioGén los casos únicamente pueden ser registrados y la evaluación de riesgo solamente puede ser realizada por parte de los agentes autorizados de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado competentes[5], siendo la base normativa para ello en la actualidad el artículo 282 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, LECrim) que recoge la valoración policial individualizada del riesgo para toda víctima. En definitiva, a través del Sistema VioGén se consigue la integración de diferentes servicios públicos implicados en la lucha contra la violencia de género[6] pues incorpora a más de 30.000 usuarios con diferentes niveles de privilegio[7].

Desde el punto de vista de su funcionalidad, VioGén constituye un algoritmo integrado en una aplicación web dirigido a la evaluación del riesgo de violencia de género y estructurado en torno a dos formularios: VPR (Valoración Policial del Riesgo) y el VPER (Valoración Policial de Evolución del Riesgo).

Actualmente, rige en materia de Valoración Policial del Riesgo de violencia de género la Instrucción 4/2019, de la Secretaría de Estado de Seguridad, por la que se establece un nuevo protocolo para la valoración policial del nivel de riesgo de violencia de género (Ley Orgánica 1/2004), la gestión de la seguridad de las víctimas y seguimiento de los casos a través del sistema de seguimiento integral de los casos de violencia de género (Sistema VioGén)[8]. En virtud del anterior se establece una valoración dual de riesgo (Protocolo dual), existiendo dos formularios en el marco del Sistema VioGén. Por un lado, el $VPR_{5.0}$-H que es el destinado a cumplimentarse por parte de los agentes policiales cuando se presenta denuncia por primera vez; y, por otro lado, el $VPER_{4.1}$ que sirve para determinar la evolución del riesgo a lo largo del tiempo. En relación con este último, se

[5] Para una ampliación sobre el proceso de valoración del riesgo en el marco del sistema VioGén, B. Sánchez López, «La diligencia policial de valoración del riesgo de violencia de género en el sistema VioGén», *Foro*, vol. 22, 1, 2019, pp. 119 y ss.

[6] Cabe poner de manifiesto que, tanto el País Vasco como Cataluña, disponen de sus propias herramientas de evaluación del riesgo en casos de violencia de género (EPV-R-Escala de Previsión del Riesgo de Violencia Grave contra la Pareja —versión Revisada— integrada en la plataforma EBA —*Etxekoen eta Emakumeen Babesa*— en el caso de Euskadi y RVD-BCN —*Protocol de Valoració del Risc de Violència de Parella contra la Dona*— en Cataluña) por lo que los cuerpos policiales de dichas Comunidades Autónomas no utilizan los formularios VPR (Valoración Policial del Riesgo) o VPER (Valoración Policial de Evolución del Riesgo).

[7] Éticas, *The external audit of the VioGén System*, 2022, p. 10.

[8] J.J. López Ossorio / J.M. Muñoz Vicente / A. Andrés Pueyo / M. Pastor Bravo, *Guía de aplicación del formulario $VFR_{5.0}$-H en la valoración forense del riesgo, Área de violencia de género*, cit., p. 5.

distinguen dos formularios específicos: el $VPER_{4.1}S$ (Sin incidente) en el caso de que no exista constancia de ningún incidente desde la presentación de la denuncia inicial y la consiguiente cumplimentación del $VPR_{5.0}$-H. Por otro lado, el VPER-C (Con incidente) procede a aplicarse cuando se presenta una nueva denuncia o incidente violento.

Cuando la policía tiene conocimiento de un incidente relacionado con la violencia de género comienza un proceso administrativo en el que el agente competente inicia una investigación y cumplimenta un formulario online con la víctima (VPR 5.0 integrado por 35 indicadores divididos en 5 categorías). Con base en lo anterior, se obtienen 5 niveles de riesgo: no apreciado, bajo, medio, alto y extremo. El resultado de la valoración se comunicará a la Autoridad Judicial y, en su caso, al Ministerio Fiscal, en un informe que se incluirá en las diligencias y que recogerá la información sobre los principales factores de riesgo apreciados y otras circunstancias determinantes en la valoración. En definitiva, cada nivel de riesgo conlleva ciertas medidas policiales de protección de la víctima y los menores eventualmente afectados. De esta forma, se proporciona un Plan de Seguridad Personalizado (PSP) con medidas de autoprotección[9], que se obtiene directamente del Sistema VioGén, las cuales se podrán ir actualizando según sea preciso.

El momento en el que se procede a cumplimentar el VPER dependerá del nivel de riesgo asignado en la primera evaluación. Si no existen incidentes que exijan una re-evaluación anterior, los casos clasificados como de riesgo extremo se re-evalúan antes de las 72 horas, aquellos catalogados como de riesgo alto antes de los 7 días, mientras que en los casos de riesgo medio dicho lapso máximo pasa a ser de 30 días y los de riesgo bajo antes de los 60 días[10].

Por otro lado, procede poner de manifiesto que en el marco del Sistema VioGén se han implementado diferentes mejoras técnicas desde su puesta en funcionamiento en el año 2007. En particular, cabe mencionar debido a su relevancia protectora, la introducción en 2019 de un nuevo protocolo policial para valorar el riesgo de las víctimas de violencia de género orientado a la mejora de la predicción de reincidencia de nuevos episodios de violencia, así como a la identificación y puesta en conocimiento de la autoridad judicial y del Ministerio Fiscal de los casos que presentan un riesgo de especial relevancia susceptibles de evolucionar en violencia más grave, como el asesinato de la mujer. El protocolo policial introducido en 2019 tenía igualmente como objetivo detectar los casos con menores a cargo de la víctima en posible situación de vulnerabilidad[11].

[9] Adjuntos II y III, Instrucción 7/2016, de 8 de julio de 2016, de la Secretaría de Estado de Seguridad, por la que se establece un nuevo protocolo para la valoración policial del nivel de riesgo de violencia de género (Ley Orgánica 1/2004) y de gestión de la seguridad de las víctimas.

[10] Digital Future Society, *Algorithms in the public sector: four case studies of ADMS in Spain,* Barcelona*,* 2022, p. 24; Éticas, *The external audit of the VioGén System*, cit., p. 13.

[11] RTVE.ES, «Entra en vigor un nuevo protocolo policial para valorar el riesgo de las víctimas de violencia de género», 13 marzo 2019.

Coherentemente con lo anterior, desde la Instrucción 4/2019 (que consagra el Protocolo vigente), se distinguen dos categorías de casos de particular importancia por la gravedad de las consecuencias que pueden implicar para las hipotéticas víctimas. Por un lado, los denominados «casos de especial relevancia» integrados por aquellos en los que, tras la práctica de la valoración policial del riesgo, se detecta una especial combinación de indicadores que aumentan de manera significativa la probabilidad de que el agresor ejerza sobre la víctima violencia muy grave o letal. En segundo lugar, los «casos con menores en situación de riesgo» suponen que, tras la práctica de la valoración policial del riesgo a la víctima, y existiendo menores a su cargo, se detecta una especial combinación de indicadores que apuntan a que la violencia ejercida por el agresor sobre la víctima podría extenderse a otras personas cercanas a esta, especialmente hacia los menores a su cargo. Las dos situaciones anteriormente referidas (casos de especial relevancia y con menores en situación de riesgo) únicamente pueden darse en casos con riesgo medio, alto o extremo[12]. Tanto en los casos de especial relevancia, como en los de menores en situación de riesgo (así como en aquellos con menores en situación de vulnerabilidad), el sistema VioGén genera una diligencia automatizada que se adjunta al informe de valoración policial del riesgo y al atestado, al objeto de recomendar a la autoridad judicial y fiscal la práctica de evaluación adicional experta en el ámbito forense.

En definitiva, gracias al Sistema VioGén se procede a la elaboración de un plan de seguridad personalizado para las víctimas de violencia de género con medidas relevantes de protección a las mismas[13]. Dichos planes han sido objeto de recomendación tanto por parte de agencias internacionales (UNODC[14]) como de organizaciones independientes (WAVE[15]), habiendo sido implementados en diferentes formatos en países como Suecia, Canadá o Nueva Zelanda[16].

[12] Dirección General de Coordinación y Estudios-Secretaría de Estado de Seguridad (Ministerio del Interior, Gobierno de España), *Sistema de seguimiento integral en los casos de violencia de género (Sistema VioGén). Datos estadísticos*, octubre 2024.

[13] J.L. González-Álvarez / J.J. López-Ossorio / C. Urruela & M. Rodríguez-Díaz, «Integral Monitoring System in Cases of Gender Violence. VioGén System», *Behavior & Law Journal,* 4(1), 2018, p. 31.

[14] United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC), *Manual sobre respuestas policiales eficaces ante la violencia contra la mujer*, Nueva York, 2010, p. 96.

[15] Women Against Violence Europe (WAVE), *Protect II. Competencias para la Evaluación del Riesgo y la Gestión de la Seguridad para la protección de Víctimas de Alto Riesgo*, Viena, 2012, pp. 119 y ss.

[16] Así lo ponen de manifiesto, J.L. González-Álvarez / J.J. López-Ossorio / C. Urruela & M. Rodríguez-Díaz, «Integral Monitoring System in Cases of Gender Violence. VioGén System», cit., p. 38.

II. Evaluación del riesgo en supuestos de violencia de género. Particularidades del sistema viogén

La evaluación del riesgo constituye un procedimiento que exige atender a una metodología. En este sentido, y sin particularizar aún en la esfera de la violencia de género, cabría hacer referencia a 3 métodos de actuación[17]: la valoración clínica no estructurada, la evaluación actuarial y el juicio profesional estructurado[18].

En primer lugar, la valoración clínica no estructurada ha merecido críticas, pues al depender la evaluación del riesgo de la experiencia y juicio intuitivo del profesional actuante, se estima que se encuentra sujeta a importantes limitaciones sobre todo vinculadas a la presencia de sesgos o de valoraciones meramente subjetivas del encargado de la peritación.

Con respecto a la evaluación del riesgo exclusivamente actuarial la misma se caracteriza por la sencillez del procedimiento basado en el registro de los factores asociados a la violencia que se categorizan numéricamente y que se ponderan de acuerdo a un conjunto de reglas matemáticas, garantizando la objetividad, transparencia y sistematización del procedimiento. En definitiva, se procede a una estimación automática obtenida con base en unas combinaciones matemáticas fundadas en la puntuación asignada al sujeto en función de los diferentes factores de riesgo que integran el instrumento[19].

Por último, el juicio profesional estructurado constituye la metodología que integra en mayor medida la valoración clínica y la actuarial, correspondiéndose al juicio de un profesional que se apoya en un instrumento validado para la modalidad de violencia objeto de análisis[20].

[17] Consejo Médico Forense, *Protocolo de valoración forense urgente del riesgo de violencia de género*, Ministerio de Justicia-Secretaría General Técnica, Madrid, 2020, pp. 14 y s.

[18] Éticas, *The external audit of the VioGén System*, cit., pp. 8 y 9.

[19] Así se pone de manifiesto en Consejo Médico Forense, *Protocolo de valoración forense urgente del riesgo de violencia de género*, cit., p. 15, donde se establece que «los métodos actuariales puros presentan importantes dificultades, ya que solo demuestran exclusivamente la fuerza asociativa existente entre un factor de riesgo y la probabilidad de producir un comportamiento violento, pero no ofrecen una explicación en términos causales».

[20] Como pone de manifiesto Urruela Mora siguiendo a Pujol Robinat / Puig Bausili, en España o en Alemania los métodos más extendidos de valoración de la peligrosidad criminal/riesgo de violencia en el marco del proceso penal son los juicios clínicos (no estructurados y estructurados). En nuestro país, habitualmente dicha pericia se lleva a cabo en tres fases: 1) evaluación psiquiátrico-forense con estudio de la biografía, historia previa detallada de episodios de violencia, exploración psicopatológica, psicometría; 2) historia delictiva detallada; 3) historia socio-familiar (antecedentes familiares, abuso o maltrato infantil, etc.). A partir de dichos elementos y con base en la experiencia del experto se lleva a cabo la determinación de la peligrosidad criminal. A. Urruela Mora, «Instrumentos actuariales de evaluación del riesgo de violencia y justicia penal. ¿Hacia la configuración de la peligrosidad criminal como eje de la intervención penal?», en F. Miró Llinares / J.L. Fuentes Osorio (dirs.), *El derecho penal ante lo empírico*, Marcial

En su configuración actual, VioGén constituye un sistema actuarial puro que infiere el riesgo a partir de la concurrencia de determinados factores objeto de ponderación, lo cual no obsta para que en el contexto forense su empleo pueda realizarse en el marco de un juicio profesional estructurado.

III. VIOGÉN, INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y *MACHINE LEARNING*. IMPLICACIONES DEL REGLAMENTO DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL

Como ponen de manifiesto González-Prieto *et al.*[21], en el mundo real el riesgo de comisión de determinados hechos delictivos puede ser evaluado mediante el uso de modelos matemáticos y computacionales, habiéndose demostrado que la modelización clásica resulta precisa en relación con aquellos delitos que presentan un componente espacial relevante, tales como la delincuencia juvenil o el robo. No obstante, este tipo de métodos resulta menos adecuado para el estudio de otro tipo de crímenes que no presentan dicho factor espacial relevante como en el caso de la violencia de género, por lo que, en relación con estos últimos, nuevas metodologías computacionales englobadas bajo el concepto de *machine learning* —un campo de la Inteligencia Artificial (en adelante, IA)— constituyen una alternativa esencial[22].

Si bien VioGén se configuró como un sistema actuarial que utiliza modelos estadísticos para inferir riesgos de reincidencia futura en la esfera de la violencia de género, existen propuestas de modelización basadas en el *machine learning* utilizando el método del centroide más próximo o un modelo híbrido que combinaría el actual con el del centroide más próximo[23]. Asimismo, y de acuerdo con la información hecha pública por el propio Ministerio de Interior del Gobierno de España[24], cabría deducir que ciertos procesos internos del Sistema VioGén utilizan *machine learning*. En este sentido, se ha puesto de manifiesto que, hasta fechas recientes, los algoritmos matemáticos de los dos

---

Pons, Madrid, 2022, pp. 349 y ss.; A. Pujol Robinat / L. Puig Bausili, «Concepto de peligrosidad criminal: evolución histórica del concepto», *Cuadernos de Política Criminal*, 94, 2008, pp. 279 y ss.

[21] Á. González-Prieto / A. Brú / J.C. Nuño / J.L. González-Álvarez, «Machine learning for risk assessment in gender-based crime», *arXiv: Computers and Society*, 2021, p. 1.

[22] Para una delimitación teórica entre el paradigma de IA conocido como «good old-fashioned AI» (GOFAI) y el paradigma basado en el aprendizaje automático (*machine learning*), A. Perin, «La `Inteligencia Artificial´ en la justicia penal ante el principio de responsabilidad personal», en C.M. Romeo Casabona / M.Á. Rueda Martín (eds.), *Derecho Penal, ciberseguridad, ciberdelitos e inteligencia artificial, Volumen II. Inteligencia artificial y responsabilidad penal*, Comares, Granada, 2023, pp. 84 y s.

[23] Éticas, *The external audit of the VioGén System*, cit., pp. 6 y 16 y s.; Á. González-Prieto, A. Brú, J.C. Nuño, J.L. González-Álvarez, «Hybrid machine learning methods for risk assessment in gender-based crime», *Knowledge-Based Systems*, 260, 2023, pp. 1 y ss.

[24] La Moncloa (Web oficial del Presidente del Gobierno y del Consejo de Ministros), «Interior recurre a la tecnología de inteligencia artificial para mejorar la valoración policial de riesgo en casos de violencia de género», Interior, 15-12-2020.

formularios de valoración policial del riesgo de reincidencia del Sistema VioGén (VPR y VPER) se actualizaban mediante la selección de muestras de casos y el análisis manual de algunos indicadores de riesgo, tras su seguimiento durante varios años. No obstante, el Ministerio del Interior anunció en 2020 la incorporación del software de la empresa SAS Iberia destinado a integrar tecnología de analítica avanzada e inteligencia artificial con el fin de automatizar el análisis de una mayor cantidad de datos de criminalidad, combinados incluso con datos de fuentes abiertas, lo que ayudaría a ponderar mejor los algoritmos, identificando nuevos indicadores de riesgo, y en periodos de tiempo mucho más cortos. Además, se trataría de algoritmos más sensibles a la evolución de la criminalidad y mejoraría con ello la predicción de aquellos casos en los que fuera previsible que se produjeran agresiones reincidentes.

Como es sabido, uno de los grandes desarrollos normativos producidos en el seno de la Unión Europea en el año 2024 viene integrado por la aprobación del Reglamento de Inteligencia Artificial (en adelante, Reglamento IA)[25].

De verificarse dichos desarrollos técnicos cabría integrar VioGén en la definición de sistema de IA[26] que acuña el Reglamento IA (art. 3.1) determinando la aplicación en su esfera de lo dispuesto en dicho texto[27]. Por otro lado, el Reglamento IA se funda en una aproximación basada en el nivel de riesgo que implican los distintos sistemas de IA, diferenciándose a dichos efectos entre prácticas de IA inaceptables (y como tal, prohibidas), aquellas que suponen un riesgo alto, las de riesgo limitado (ya que para ciertos sistemas de IA, con independencia de su clasificación como de alto riesgo, se

[25] Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y por el que se modifican los Reglamentos (CE) n.º 300/2008, (UE) n.º 167/2013, (UE) n.º 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 y (UE) 2019/2144 y las Directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Inteligencia Artificial).

[26] «Sistema de IA: un sistema basado en una máquina que está diseñado para funcionar con distintos niveles de autonomía y que puede mostrar capacidad de adaptación tras el despliegue, y que, para objetivos explícitos o implícitos, infiere de la información de entrada que recibe la manera de generalizar resultados de salida, como predicciones, contenidos, recomendaciones o decisiones, que pueden influir en entornos físicos o virtuales». En virtud de lo anterior, una de las principales características de los sistemas de IA es su capacidad de inferencia. Por otro lado, los sistemas de IA están diseñados para funcionar con distintos niveles de autonomía, lo que significa que pueden actuar con cierto grado de independencia con respecto a la actuación humana y tienen ciertas capacidades para funcionar sin intervención humana.

[27] La definición de IA fue objeto de controversia a lo largo de los trabajos preparatorios del Reglamento de IA, existiendo dos posiciones alternativas (una favorable a una definición más amplia que coincidía con la propuesta inicial de la Comisión de 2021) y otra más estricta que fue la que finalmente se impuso en la versión final del texto. G. Lazcoz Moratinos / A. Urruela Mora / I. de Miguel Beriain, «La Propuesta de Reglamento "Ley de Inteligencia Artificial": análisis de su posible impacto en la utilización de sistemas automatizados en el ámbito del Derecho Penal», en C.M. Romeo Casabona / M.Á. Rueda Martín (eds.), *Derecho Penal, ciberseguridad, ciberdelitos e inteligencia artificial, Volumen II. Inteligencia artificial y responsabilidad penal*, cit., pp. 160 y s.

establecen determinados requisitos de transparencia, así cuando concurre un riesgo claro de manipulación) y los de riesgo mínimo (que simplemente deberán ser conformes con la legislación vigente)[28].

En relación con el Sistema VioGén y a la luz de lo dispuesto en el propio Reglamento IA resulta palmaria su inclusión como sistema de alto riesgo. Particularmente ilustrativo resulta lo dispuesto en el Considerando 59 del Reglamento IA cuando establece que, dado su papel y su responsabilidad, las actuaciones de las autoridades garantes del cumplimiento del Derecho que implican determinados usos de los sistemas de IA se caracterizan por un importante desequilibrio de poder y pueden dar lugar a la vigilancia, la detención o la privación de libertad de una persona física, así como tener otros efectos negativos sobre los derechos fundamentales consagrados en la Carta. En particular, si el sistema de IA no está entrenado con datos de buena calidad, no cumple los requisitos adecuados en términos de rendimiento, de precisión o de solidez, o no se diseña y prueba debidamente antes de introducirlo en el mercado o ponerlo en servicio, es posible que señale a personas de manera discriminatoria, incorrecta o injusta. Además, podría impedir el ejercicio de importantes derechos procesales fundamentales, como el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial, así como el derecho a la defensa y a la presunción de inocencia, sobre todo cuando dichos sistemas de IA no sean lo suficientemente transparentes y explicables ni estén suficientemente bien documentados. No debe ignorarse el impacto del uso de herramientas de IA en los derechos de defensa del sospechoso, en particular, la dificultad de obtener información significativa sobre el funcionamiento de dichos sistemas y la consiguiente dificultad para impugnar sus resultados ante los tribunales, especialmente por parte de las personas físicas investigadas.

De manera coherente con lo anterior, al establecer las reglas de clasificación de los sistemas de IA de alto riesgo, el artículo 6 apartado 2 Reglamento IA remite a su Anexo III, que en su apartado 6.º integra los sistemas de IA de garantía del cumplimiento del Derecho en los cuales indefectiblemente se encuadraría el Sistema VioGén.

La caracterización de VioGén como sistema de alto riesgo implica el cumplimiento de una serie de exigencias derivadas del propio Reglamento: así, la existencia de un sistema de gestión de riesgos, la gobernanza de datos (fundamental para el control de sesgos), documentación y registro, la transparencia y la comunicación de la información a los responsables del despliegue, la supervisión humana, junto con la precisión, solidez

[28] Cuatrecasas, *Un marco jurídico pionero para la inteligencia artificial*, Julio 2024, p. 10, disponible en: https://www.cuatrecasas.com/es/spain/propiedad-intelectual/art/reglamento-ia-guia-practica (último acceso: 12 diciembre 2024).

y la ciberseguridad[29]. Como ponen de manifiesto Lazcoz / Urruela / De Miguel[30] ello provocaría una necesaria reforma del sistema en varios aspectos, entre los que destacan, por un lado, la obligación de examinar los posibles sesgos en los conjuntos de datos de entrenamiento, validación y prueba del sistema en la medida en que puedan afectar negativamente a los derechos fundamentales o dar lugar a algún tipo de discriminación prohibida en el derecho de la Unión Europea y, consecuentemente, determinar las medidas adecuadas para detectar, prevenir y mitigar los sesgos referidos (art. 10(2)(f) y (g) Reglamento IA), lo que obligaría a la revisión de los datos históricos sobre los que opera VioGén. Por otro lado, la obligación de que el supervisor humano pueda decidir, en cualquier situación concreta, no utilizar el sistema de IA de alto riesgo o desestimar, invalidar o revertir la información de salida que este genere (art. 14(4)(d) Reglamento IA), exigiría la revisión de la forma en la que se implementa el sistema por los agentes y la medida en que pueden modificar o desestimar los resultados del mismo. Ello deriva de la constatación avalada por diferentes estudios de que, actualmente, en un 95 % de los casos los agentes no interfieren en la evaluación algorítmica del riesgo que formula VioGén, por lo que dicho sistema funciona *de facto*, como un sistema plenamente automatizado con una inconsistente supervisión humana afectada por un evidente sesgo de automatización[31]. En este sentido, el considerando 73 Reglamento IA resulta plenamente de aplicación cuando dispone que, en relación con los sistemas de IA de alto riesgo, las personas físicas a quienes se haya encomendado la supervisión humana deben poseer las competencias, la formación y la autoridad necesarias. No obstante, dicha exigencia no se encuentra garantizada en relación con los agentes policiales y autoridades judiciales llamados a interactuar con los resultados suministrados por el Sistema VioGén.

Por último, y sin ánimo de exhaustividad, existe un ulterior derecho que entraría en juego en este punto de aplicar el Reglamento IA al Sistema VioGén, cual es el derecho a obtener una explicación de decisiones tomadas individualmente con base en dicha herramienta (art. 86 Reglamento IA)[32]. Ello implica que las personas afectadas deben tener derecho a obtener una explicación cuando la decisión de un responsable del des-

[29] Explicitaban dichas exigencias en relación con la Propuesta de Reglamento de IA, G. Lazcoz Moratinos / A. Urruela Mora / I. de Miguel Beriain, «La Propuesta de Reglamento `Ley de Inteligencia Artificial: análisis de su posible impacto en la utilización de sistemas automatizados en el ámbito del Derecho Penal», cit., p. 164.

[30] G. Lazcoz Moratinos / A. Urruela Mora / I. de Miguel Beriain, «La Propuesta de Reglamento "Ley de Inteligencia Artificial": análisis de su posible impacto en la utilización de sistemas automatizados en el ámbito del Derecho Penal», cit., p. 161.

[31] *Ibidem*, p. 160.

[32] Para un desarrollo conceptual de las implicaciones del referido derecho a la explicación, C.M. Romeo Casabona, «Inteligencia artificial, predictividad y justicia penal», en C.M. Romeo Casabona / M.Á. Rueda Martín (eds.), *Derecho penal, ciberseguridad, ciberdelitos e inteligencia artificial. Volumen II. Inteligencia artificial y responsabilidad penal*, cit., p. 133.

pliegue se base principalmente en los resultados de salida de un determinado sistema de IA de alto riesgo en el caso de que dicha decisión produzca efectos jurídicos negativos, por ejemplo, en sus derechos fundamentales. Dicha explicación debe ser clara y significativa, y servir de base para que las personas afectadas puedan ejercer sus derechos.

IV. Ámbitos de mejora del sistema VioGén

Cabe comenzar por poner de manifiesto la importancia del Sistema VioGén en aras de la consecución de los objetivos fijados en la LO 1/2004. En concreto, la puesta a disposición no sólo de los agentes de la autoridad (esfera policial), sino asimismo de otros actores públicos relevantes (destacadamente, Judicatura y Ministerio Fiscal) de un instrumento validado de evaluación del riesgo de violencia de género, resulta clave al objeto de la adopción de medidas preventivas destinadas a evitar una futura re-victimización. En definitiva, la importancia del Sistema VioGén en la consecución de objetivos tuitivos de las mujeres víctimas de violencia de género queda, a nuestro juicio, fuera de toda duda.

No obstante, y partiendo del dato anterior, resulta necesario dar un paso más en el análisis de dicha herramienta con la finalidad de detectar potenciales ámbitos de mejora de la misma, así como a fin de identificar contextos en los que su utilización puede requerir de especiales salvaguardas.

Una primera objeción formulada por los diferentes grupos de trabajo que han auditado la herramienta es su falta de transparencia[33], sin que se haya autorizado hasta el momento una evaluación externa del sistema. Cabe poner de manifiesto que han sido los propios expertos implicados en la creación y/o desarrollo de la herramienta los que, mediante la publicación de trabajos científicos han venido a validar científicamente dicho instrumento. Si bien dicha labor merece una valoración positiva por lo que tiene de aportar información sobre VioGén, ello no resulta en modo alguno equivalente al acceso al sistema por parte de auditores externos.

Un segundo aspecto que ha sido puesto de manifiesto en las auditorías externas realizadas al Sistema VioGén, en particular en la llevada a cabo por la Fundación Éticas[34], es la falta de integración, por parte de los desarrolladores del referido instrumento, de la perspectiva de las mujeres que han sufrido violencia de género, en la configuración, implementación y mejora de la herramienta, estableciéndose que un 80 % de las víctimas de dicha violencia que han utilizado VioGén formulan consideraciones negativas acerca

[33] Éticas, *The external audit of the VioGén System*, cit., pp. 31; L. Martínez Garay (coord.) *et al.*, *Three predictive policing approaches in Spain: Viogén, RisCanvi and Veripol. Assessment from a Human Rights Perspective*, Universitat de València, Valencia, 2022, p. 59.

[34] Éticas, *The external audit of the VioGén System*, cit., pp. 30 y s.

de él[35]. Incluso, de acuerdo con dicho estudio, se pone de manifiesto que la totalidad de los profesionales del Derecho implicados en la defensa de violencia de género que accedieron a responder a un cuestionario sobre VioGén expresaron una baja confianza en el mismo. Dichos datos ponen de manifiesto, sin duda alguna, que a pesar del enorme valor del referido instrumento de valoración del riesgo en este ámbito de cara a evitar futuras re-victimizaciones, existen importantes esferas de mejora, en particular en lo atinente al incremento de la confianza de las usuarias en la herramienta. Ello exigirá, sin duda alguna, una integración de la perspectiva de las mujeres que han sufrido dicha violencia al objeto de la puesta en práctica de futuros desarrollos del sistema.

Un aspecto estrechamente vinculado con el anterior es el derivado del hecho de que las personas encargadas de cumplimentar los formularios sobre la base de los cuales se llevará la evaluación del riesgo por parte de VioGén son funcionarios de policía cuya competencia para determinar —y eventualmente parametrizar— la presencia de determinados factores que inciden en la conducta violenta puede resultar harto limitada[36]. Nos referimos a cuestiones como la presencia de trastornos psico-patológicos o de actitudes o distorsiones cognitivas en el agresor y en la víctima tendentes a justificar la referida violencia. Como ponen de manifiesto González Álvarez *et al.*[37], lo anterior implica que la evaluación policial del riesgo nunca puede ser perfecta, por lo que dichas limitaciones deberían ser subsanadas mediante la intervención de otros expertos, tales como los psicólogos forenses y penitenciarios, que están formados en mucho mayor grado que los agentes de policía para llevar a cabo tal actividad de evaluación. No obstante, ello exigiría el incremento sustancial de los medios humanos con particular capacitación para la referida evaluación psicológica (psicólogos forenses y penitenciarios) en todo el territorio nacional, lo cual hasta la fecha no se ha explicitado como una prioridad en la agenda política en el marco de la lucha contra la violencia de género en España.

Una ulterior cuestión que requerirá de oportuna reflexión en relación con el Sistema VioGén se vincula a la determinación de si dicha herramienta presenta un sesgo, relacionado con la posibilidad de que la herramienta tienda a asignar a las mujeres nacidas fuera de España un menor riesgo del que correspondería en función de la tasa de violencia de género que realmente sufren. Así lo apuntan Martínez Garay *et al.*, basándose en el dato de que el número de casos inactivos dentro de VioGén correspondientes a

[35] Los datos estadísticos suministrados por la Fundación Éticas son los siguientes: se entrevistó a un total de 31 mujeres que sufrieron violencia de género y accedieron al Sistema VioGén. El 48 % de las mujeres entrevistadas valoraron negativamente su experiencia con el sistema, el 32 % destacaron tanto aspectos negativos como positivos, y sólo un 19 % evaluaron de manera positiva su experiencia general con el Sistema VioGén. Éticas, *The external audit of the VioGén System*, cit., pp. 19 y 30.

[36] Así lo ponen de manifiesto, J.L. González Álvarez / J.J. López Ossorio / C. Urruela Cortés / M. Rodríguez Díaz, «Integral Monitoring System in Cases of Gender Violence. VioGén System», cit., p. 37.

[37] *Ibidem*.

mujeres nacidas en otros países es tres veces superior al de mujeres nacidas en España, estandarizado por población[38]. Si bien, como apunta el mencionado sector doctrinal, dicha desproporción podría explicarse al menos parcialmente por factores como el peso del turismo en nuestro país, se requieren ulteriores trabajos de profundización en este punto[39].

Por último, procede desde un punto de vista eminentemente técnico, poner de manifiesto siguiendo a González-Prieto *et al.*[40], las importantes limitaciones de la predicción del riesgo en la esfera de la violencia de género como consecuencia de las características intrínsecas del problema a analizar. Ello implica que la implementación de cualquier medida a resultas del Sistema VioGén va a ser generadora de cambios comportamentales de los diferentes actores (agresor y víctima); no obstante, a diferencia de lo que ocurre en otros ámbitos (así, la investigación biomédica) no es posible aquí (por obvias razones éticas y legales) establecer un grupo control sobre el que no se interviene para evaluar la mejora de la seguridad de las mujeres a resultas de la puesta en práctica del protocolo.

En definitiva, partiendo del indudable valor intrínseco de la herramienta en la lucha contra la violencia de género, son numerosas las esferas vinculadas a la misma, susceptibles de reflexión y mejora que merecen ser tomadas en consideración de cara a futuros desarrollos del Sistema VioGén.

V. Toma en consideración preliminar de eventuales cuestiones procesales implicadas por el uso del sistema viogén

Desde un punto de vista estrictamente normativo, una herramienta de predicción del riesgo de reincidencia de las características del Sistema VioGén plantea diversos órdenes de cuestiones que merecen una oportuna toma en consideración. Por razones de extensión nos limitaremos en este punto a destacar la problemática vinculada al posible acceso al proceso penal de los resultados obtenidos por dicha herramienta (en particular, la predicción de riesgo de comisión de un nuevo acto de violencia contra la mujer por parte de un pasado agresor). Con respecto al eventual empleo de las predic-

[38] L. Martínez Garay (coord.) *et al.*, *Three predictive policing approaches in Spain: Viogén, RisCanvi and Veripol. Assessment from a Human Rights Perspective*, cit., p. 33. Como se pone de manifiesto en dicho trabajo, si se toma en consideración que la prevalencia de violencia de género en sus diferentes formas es mayor entre las mujeres nacidas fuera de España, resulta cuanto menos sorprendente que en tal grupo el número de casos inactivos sea mucho mayor que respecto de las mujeres nacidas en España.

[39] Consideraciones críticas de similar tenor se han formulado con respecto a la herramienta utilizada para la evaluación del riesgo de violencia de género por parte de la *Ertzaintza* en la Comunidad Autónoma Vasca, N. Bellio, «Basque Country: how an algorithm to assess the risk of gender-based violence sees people from «different cultures», *Algorithm Watch*, 30 marzo 2023, disponible en: https://algorithmwatch.org/en/basque-country-gender-violence-algorithm/ (último acceso: 12 diciembre 2024)

[40] Á. González-Prieto / A. Brú / J.C. Nuño / J.L. González-Álvarez, «Machine learning for risk assessment in gender-based crime», cit., p. 9.

ciones de riesgo suministradas por VioGén en el marco del procedimiento penal, ello abre importantes interrogantes necesitadas de una adecuada ponderación.

En primer lugar, procede colegir que el uso primario de la herramienta se vincula con la implementación de medidas policiales de protección de la mujer víctima de violencia de género. Como pone de manifiesto la ya mencionada Instrucción 4/2019, de la Secretaría de Estado de Seguridad, el objetivo de los sucesivos Protocolos de valoración policial del riesgo de la mujer en los casos de violencia de género no es otro que el de establecer, desde el mismo momento en que los agentes policiales conocen un caso de violencia de género, cuál es la intensidad y las circunstancias del nivel de riesgo de nueva violencia que soporta la mujer víctima para, en su virtud, implementar medidas policiales de protección y asistencia a la misma. Analizado desde esta perspectiva, se pone de manifiesto que la herramienta cumple en este plano esencialmente funciones tuitivas de las mujeres víctimas de violencia de género, permitiendo la puesta en marcha de medidas de protección que, en general, recaen sobre la víctima (así, por ejemplo, a partir del nivel medio de riesgo estimado se incluyen entre las medidas de tipo operativo el control de la víctima en el domicilio, lugar de trabajo y en los centros escolares de los menores en horarios de entrada y salida[41]), y que, en el caso del agresor suponen, a lo sumo, injerencias de intensidad baja o moderada (pudiendo ir, por ejemplo, desde la simple comunicación a aquél de que su caso de violencia de género se encuentra sometido a control/protección policial y eventual información acerca del contenido y alcance de las medidas judiciales/orden de protección acordadas en los niveles de riesgo bajo, al control intensivo de movimientos hasta que el agresor deje de ser una amenaza inminente para la seguridad de la víctima en los casos de riesgo extremo). Con base en lo anterior, cabe compartir la consideración realizada por Martínez Garay *et al.*[42] en este punto, quienes ponen de manifiesto que, partiendo de la asunción de que el Sistema VioGén ha sido configurado de manera deliberada para maximizar su sensibilidad (lo cual queda avalado por los resultados de los estudios empíricos sobre la herramienta), es decir, detectar el mayor número posible de casos en los que la víctima resultará de nuevo agredida con la finalidad de evitar la desprotección de mujeres en riesgo, la importante tasa de falsos positivos que dicha dinámica genera resultaría asumible a un nivel estrictamente policial. Por el contrario, la utilización del Sistema VioGén en el contexto judicial requiere una toma en consideración más ponderada por los indudables

[41] Dicha vigilancia es ocasional en el nivel de riesgo medio, frecuente en el nivel de riesgo alto y una protección permanente en el nivel de riesgo extremo, en virtud de lo dispuesto en el Anexo 1 (medidas policiales de protección a adoptar para cada nivel de riesgo) de la Instrucción 4/2019, de la Secretaría de Estado de Seguridad.

[42] L. Martínez Garay (coord.) *et al.*, *Three predictive policing approaches in Spain: Viogén, RisCanvi and Veripol. Assessment from a Human Rights Perspective*, cit., pp. 57 y s.

efectos que el acceso a sus resultados puede ostentar en términos de afección a derechos fundamentales de la persona investigada.

A la luz del arsenal de medidas cautelares personales existentes en el proceso penal (detención, prisión preventiva y libertad provisional) y, particularmente en la esfera de la violencia de género (orden de protección *ex* art. 544ter LECrim[43]), cabría tomar en consideración el impacto de una herramienta como el Sistema VioGén en este ámbito. Se trata de una cuestión que ya se ha planteado como hipótesis en el seno de la doctrina[44], barajando la incidencia que la introducción de sistemas algorítmicos o de instrumentos basados en la IA —y destacadamente el propio Sistema VioGén— podrían ostentar en el marco del procedimiento de adopción de medidas cautelares personales y, en su caso, la determinación de las garantías aplicables.

Debemos partir de la existencia de dos tipos de presupuestos de las medidas cautelares personales: el *periculum in mora* y el *fumus boni iuris*[45]. No obstante, por su

[43] Acerca de su naturaleza jurídica, R. Borges Blázquez, «Algoritmización de la concesión de medidas cautelares en el proceso penal para la protección de víctimas de violencia de género. ¿Es capaz VioGén de interpretar el "periculum in mora"?», *Actualidad jurídica Iberoamericana*, n.º 21, 2024, pp. 386 y s. quien las integra en el marco de la prevención terciaria, constituyendo medidas dirigidas a evitar que se vuelva a producir una nueva agresión, una vez que se han producido otras agresiones previas. S. Barona Vilar, «Las medidas cautelares», en *Derecho jurisdiccional III. Proceso penal* (con J. Montero Aroca / J.L. Gómez Colomer / I. Esparza Leibar / J.F. Etxeberria Guridi), 27.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 276 y ss. establece el fundamento de las medidas cautelares en el proceso penal en la garantía efectiva del cumplimiento de la sentencia condenatoria, si bien admite la existencia de medidas que, aun cuando se denominan cautelares, se dirigen a otros fines no cautelares, entre las que incluye aquellas orientadas a la prevención de posibles futuros delitos cometidos por el inculpado (medidas preventivas). Argumentación similar en A.M. Neira Pena, «Inteligencia artificial y tutela cautelar. Especial referencia a la prisión provisional», *Revista Brasileira de Direito Processual Penal,* vol. 7, n. 3, 2021, p. 1913. En sentido análogo, el profesor Ramos Méndez estima que la necesidad de garantizar la sujeción de una persona al juicio penal es lo único que autoriza la medida cautelar de tipo personal, F. Ramos Méndez, *Enjuiciamiento criminal. Decimotercera lectura constitucional*, Barcelona, Atelier, 2022, p. 233.

[44] A. Planchadell Gargallo, «Inteligencia artificial y medidas cautelares», en S. Barona Vilar (edt.), *Justicia algorítmica y neuroderecho: una mirada multidisciplinar*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 389 y ss.; R. Borges Blázquez, «Algoritmización de la concesión de medidas cautelares en el proceso penal para la protección de víctimas de violencia de género. ¿Es capaz VioGén de interpretar el "periculum in mora"?», cit., pp. 384-407; A.M.ª Neira Pena, «Inteligencia artificial y tutela cautelar. Especial referencia a la prisión provisional», cit., pp. 1897-1933.

[45] Siguiendo al profesor Asencio Mellado y partiendo de la definición de la medida cautelar personal como aquella resolución, normalmente judicial, mediante la cual en el curso de un proceso penal, se limita la libertad de movimientos del imputado con la finalidad de asegurar la celebración del juicio oral y eventualmente la sentencia que en su día se pronuncie, el «periculum in mora» supondría la existencia de un concreto peligro justificado legalmente como legitimador de la restricción/privación de libertad con base en una serie de motivos (riesgo de fuga del investigado, peligro de ocultación de pruebas o de manipulación de las existentes y riesgo de reiteración delictiva). Por el contrario, el «fumus boni iuris» exige que el sujeto pasivo de la resolución tenga la condición de investigado, lo que se cumplirá cuando

propia naturaleza, el segundo no es susceptible de algoritmización ya que se refiere a la previa comisión de un hecho con caracteres delictivos, siendo que los algoritmos se proyectan sobre la predicción de hechos futuros[46]. Como pone de manifiesto Neira Pena, el *fumus boni iuris* debe ser valorado por el Juez pues constituye un juicio de imputación reforzado (juicio provisional sobre la atribución de responsabilidad al encausado por un determinado hecho), por lo que se funda en la reconstrucción del pasado, valorando jurídicamente los hechos investigados, y no se orienta a predecir el futuro ni a la asignación de probabilidades a hechos inciertos, que es lo propio de la IA.

Por el contrario, el *periculum in mora* constituye, con base en los motivos en los que se funda, un ámbito particularmente propicio para el recurso auxiliar a sistemas predictivos de naturaleza algorítmica eventualmente fundados en IA y el *machine learning*[47]. Si particularizamos dicha afirmación en relación con el Sistema VioGén, su carácter predictivo de nuevos actos de violencia de género lo convertirían en especialmente idóneo para coadyuvar a la determinación del riesgo de reiteración delictiva, uno de los fundamentos sobre los que se asienta el citado *periculum in mora*. No obstante, se imponen una serie de limitaciones al uso tanto de este como de otros sistemas algorítmicos o fundados en IA, en el marco del proceso de adopción de medidas cautelares personales en el curso del proceso penal. En primer lugar, debería proscribirse la posibilidad de que una herramienta basada en IA y *machine learning* decida con carácter unilateral y vinculante sobre la imposición de una medida cautelar y ello por exigencias del artículo 24.2 de la Constitución Española, así como del propio Reglamento IA —y, coherentemente con lo anterior, del resto de legislación aplicable en materia de protección de datos[48]— que impone la necesaria supervisión humana en relación con el despliegue de los sistemas de IA de alto riesgo (entre los que se encuentran, indefectiblemente,

---

concurra el grado de sospecha que la Ley preceptúa para cada tipo de medida cautelar. J.M. Asencio Mellado, «Medidas cautelares personales (I)», *Derecho Procesal Penal*, 3.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, pp. 319 y s.

[46] R. Borges Blázquez, «Algoritmización de la concesión de medidas cautelares en el proceso penal para la protección de víctimas de violencia de género. ¿Es capaz VioGén de interpretar el "periculum in mora"?», cit., pp. 391 y s.; A.M. Neira Pena, «Inteligencia artificial y tutela cautelar. Especial referencia a la prisión provisional», cit., p. 1908.

[47] A.M. Neira Pena, «Inteligencia artificial y tutela cautelar. Especial referencia a la prisión provisional», cit., p. 1909; R. Borges Blázquez, «Algoritmización de la concesión de medidas cautelares en el proceso penal para la protección de víctimas de violencia de género. ¿Es capaz VioGén de interpretar el "periculum in mora"?», cit., p. 391.

[48] Artículo 22 Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos); artículo 14 LO 7/2021, de 26 de mayo, de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales.

los empleados por parte de las autoridades garantes del cumplimiento del Derecho). Como pone acertadamente de manifiesto la profesora Neira Pena[49], dichos sistemas en el marco de la justicia penal en general y de la cautelar en particular deben ser usados exclusivamente como complementos o apoyo a las decisiones judiciales, implementándose sistemas *human-in-command*[50].

Por otro lado, y bajo el presupuesto anteriormente establecido, la integración de las referidas herramientas en el proceso de adopción de medidas cautelares personales requeriría previsión legal expresa con determinación concreta de los eventuales usos de los referidos sistemas (tipo de riesgos a los que se vincula su empleo), límites y garantías de contradicción[51]. En este sentido, como señala Neira Pena[52], cuestión fundamental es la importancia de la motivación de las resoluciones judiciales de imposición de medidas cautelares personales que, en cuanto suponen restricciones de derechos fundamentales, deben garantizar el derecho a los recursos, el contenido básico de la tutela judicial efectiva, el derecho de defensa y el principio de contradicción.

Las consideraciones anteriores adquieren plena vigencia en relación con el eventual empleo de VioGén para la adopción de medidas cautelares personales en el marco del proceso penal. Resulta, en definitiva, necesario proceder a una profunda reflexión sobre la forma en la que dicha herramienta impacta ya en la actualidad en la adopción de medidas cautelares en el marco de los procesos por violencia de género, así como en relación con las garantías a establecer para una eventual institucionalización del uso del mencionado sistema en dicho marco[53].

[49] A.M. Neira Pena, «Inteligencia artificial y tutela cautelar. Especial referencia a la prisión provisional», cit., p. 1922.

[50] En sentido análogo, la profesora De Hoyos Sancho pone de manifiesto la exigencia de necesaria intervención humana (del Juez) en la adopción de la decisión final (resolución judicial en sentido estricto) y de la posibilidad de «acción judicial efectiva» contra la decisión judicial basada en sistemas IA. Véase M. de Hoyos Sancho, «El libro blanco sobre inteligencia artificial de la Comisión europea: reflexiones desde las garantías esenciales del proceso penal como «sector de riesgo», *Revista Española de Derecho Europeo*, 76, 2020, p. 35.

[51] R. Borges Blázquez, «Algoritmización de la concesión de medidas cautelares en el proceso penal para la protección de víctimas de violencia de género. ¿Es capaz VioGén de interpretar el "periculum in mora"?», cit., p. 398; A.M. Neira Pena, «Inteligencia artificial y tutela cautelar. Especial referencia a la prisión provisional», cit., pp. 1920 y ss.

[52] A.M. Neira Pena, «Inteligencia artificial y tutela cautelar. Especial referencia a la prisión provisional», cit., pp. 1923 y s.

[53] A dichos efectos, particularmente relevantes resultan las consideraciones críticas formuladas por el profesor Nieva Fenoll en relación con la evaluación del riesgo y la IA de cara a la eventual imposición de medidas cautelares en el proceso penal. J. Nieva Fenoll, *Inteligencia artificial y proceso judicial*, Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 63 y ss. (en especial, en relación con el riesgo de reiteración delictiva, pp. 66 y ss.).

VI. Bibliografía

Asencio Mellado, J.M., «Medidas cautelares personales (I)», *Derecho Procesal Penal*, 3.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024.

Barona Vilar, S., «Las medidas cautelares», en *Derecho jurisdiccional III. Proceso penal* (con J. Montero Aroca / J.L. Gómez Colomer / I. Esparza Leibar / J.F. Etxeberria Guridi), 27.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

Bellio, N., «Basque Country: how an algorithm to assess the risk of gender-based violence sees people from «different cultures», *Algorithm Watch*, 30 marzo 2023, disponible en: https://algorithmwatch.org/en/basque-country-gender-violence-algorithm/ (último acceso: 12 diciembre 2024).

Borges Blázquez, R., «Algoritmización de la concesión de medidas cautelares en el proceso penal para la protección de víctimas de violencia de género. ¿Es capaz VioGén de interpretar el "periculum in mora"?», *Actualidad jurídica Iberoamericana*, n.º 21, 2024.

Consejo Médico Forense, *Protocolo de valoración forense urgente del riesgo de violencia de género*, Ministerio de Justicia-Secretaría General Técnica, Madrid, 2020.

Cuatrecasas, *Un marco jurídico pionero para la inteligencia artificial*, Julio 2024, disponible en: https://www.cuatrecasas.com/es/spain/propiedad-intelectual/art/reglamento-ia-guia-practica (último acceso: 12 diciembre 2024).

De Hoyos Sancho, M., «El libro blanco sobre inteligencia artificial de la Comisión europea: reflexiones desde las garantías esenciales del proceso penal como «sector de riesgo», *Revista Española de Derecho Europeo*, 76, 2020.

Digital Future Society, *Algorithms in the public sector: four case studies of ADMS in Spain,* Barcelona*,* 2022.

Dirección General de Coordinación y Estudios-Secretaría de Estado de Seguridad (Ministerio del Interior, Gobierno de España), *Sistema de seguimiento integral en los casos de violencia de género (Sistema VioGén). Datos estadísticos*, octubre 2024.

Éticas, *The external audit of the VioGén System*, 2022.

González Álvarez, J.L. / López Ossorio, J.J. / Urruela Cortés, C. / Rodríguez-Díaz, M., «Integral Monitoring System in Cases of Gender Violence. VioGén System»*, Behavior & Law Journal,* 4(1), 2018.

González-Prieto, Á. / Brú, A. / Nuño, J.C. / González-Álvarez, J.L., «Machine learning for risk assessment in gender-based crime», *arXiv: Computers and Society*, 2021.

— «Hybrid machine learning methods for risk assessment in gender-based crime», *Knowledge-Based Systems*, 260, 2023.

Lazcoz Moratinos, G. / Urruela Mora, A. / De Miguel Beriain, I., «La Propuesta de Reglamento "Ley de Inteligencia Artificial": análisis de su posible impacto en la utilización de sistemas automatizados en el ámbito del Derecho Penal», en C.M. Romeo Casabona / M.Á. Rueda Martín (edts.), *Derecho Penal, ciberseguridad, ciberdelitos e inteligencia artificial, Volumen II. Inteligencia artificial y responsabilidad penal*, Comares, Granada, 2023.

López Ossorio, J.J. / Muñoz Vicente, J.M. / Andrés Pueyo, A. / Pastor Bravo, M., *Guía de aplicación del formulario VFR$_{5.0}$-H en la valoración forense del riesgo*, Área de violencia de género, estudios y formación-Gabinete de coordinación y estudios-Ministerio del Interior-Gobierno de España, 2020.

Martínez Garay, L. (coord.) *et al.*, *Three predictive policing approaches in Spain: Viogén, RisCanvi and Veripol. Assessment from a Human Rights Perspective*, Universitat de València, Valencia, 2022.

Neira Pena, A.M., «Inteligencia artificial y tutela cautelar. Especial referencia a la prisión provisional», *Revista Brasileira de Direito Processual Penal,* vol. 7, n.º 3, 2021.

Nieva Fenoll, J., *Inteligencia artificial y proceso judicial*, Marcial Pons, Madrid, 2018.

Perin, A., «La 'Inteligencia Artificial' en la justicia penal ante el principio de responsabilidad personal», en C.M. Romeo Casabona / M.Á. Rueda Martín (edts.), *Derecho Penal, ciberseguridad, ciberdelitos e inteligencia artificial, Volumen II. Inteligencia artificial y responsabilidad penal*, Comares, Granada, 2023.

Planchadell Gargallo, A., «Inteligencia artificial y medidas cautelares», en S. Barona Vilar (edt.), *Justicia algorítmica y neuroderecho: una mirada multidisciplinar*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

Pujol Robinat, A. / Puig Bausili, L., «Concepto de peligrosidad criminal: evolución histórica del concepto», *Cuadernos de Política Criminal*, 94, 2008.

Ramos Méndez, F., *Enjuiciamiento criminal. Decimotercera lectura constitucional*, Atelier, Barcelona, 2022, p. 233.

Sánchez López, B., «La diligencia policial de valoración del riesgo de violencia de género en el sistema VioGén», *Foro*, vol. 22, 1, 2019.

United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC), *Manual sobre respuestas policiales eficaces ante la violencia contra la mujer*, Nueva York, 2010.

Urruela Mora, A., «Instrumentos actuariales de evaluación del riesgo de violencia y justicia penal. ¿Hacia la configuración de la peligrosidad criminal como eje de la intervención penal?», en F. Miró Llinares / J.L. Fuentes Osorio (dirs.), *El derecho penal ante lo empírico*, Marcial Pons, Madrid, 2022.

Women Against Violence Europe (WAVE), *Protect II. Competencias para la Evaluación del Riesgo y la Gestión de la Seguridad para la protección de Víctimas de Alto Riesgo*, Viena, 2012.

28

ASPECTOS PROCESALES DE LA IDENTIFICACIÓN POR EL ADN EN EL PROCESO PENAL ESPAÑOL*

Tomás López-Fragoso Álvarez
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad de La Laguna

SUMARIO: I. Introducción. II. Concepto y naturaleza jurídica. III. La obtención de la muestra biológica del investigado. III.1. La previsión legislativa. IV. La obtencción de la muestras biológicas del lugar del crimen. V. El reconocimiento pericial. V.1. Laboratorios homologados. VI. Derecho de defensa del investigado en la instrucción. VII. El informe pericial. VIII. La prueba de análisis del adn y el derecho de defensa de los acusados. IX. Valoración de la prueba de adn. X. Bases de datos de perfiles de adn.

I. Introducción

A grandes rasgos el análisis de adn como pericia científica consiste en obtener, analizar y valorar dos tipos de muestras biológicas. Generalmente, una muestra recogida del lugar del crimen (locus delicti), del cuerpo de la víctima o de determinados terceros (muestra dubitada), y la otra del cuerpo del investigado (muestra indubitada). Realizado el análisis del adn se obtiene el perfil genético de ambas muestras, perfiles que han de compararse para poder concluir el reconocimiento pericial afirmando la exclusión o no correspondencia entre los perfiles genéticos, o en su inclusión y entonces en la probabilidad de que la muestra dubitada corresponda al investigado. Los datos obtenidos con las operaciones técnicas (el reconocimiento de las muestras) ofrecerán a los peritos los elementos de comparación necesarios para poder concluir con un informe sobre la coincidencia entre los marcadores genéticos de las muestras dubitadas e indubitadas, y entonces afirmarán la probabilidad de la identificación, o, por el contrario, con su no

* Esta publicación es parte del proyecto de I+D+i de Generación de Conocimiento, titulado *Sostenibilidad ambiental, social y económica de la administración de justicia. Retos de la Agenda 2030. (SOST JUST 2030)*, con referencia PID2021-126145OB-I00, financiado por MCIN/ AEI.

coincidencia, esto es, la exclusión del investigado como sujeto del que provienen las muestras halladas en el locus delicti.

II. Concepto y naturaleza jurídica

El análisis del ADN en el proceso penal constituye una técnica pericial científica que tiene por finalidad obtener un indicio para identificar y/o reconocer a una persona como autora de un delito en la fase de instrucción y asegurar determinadas fuentes de prueba para convencer al Tribunal sentenciador, mediante el informe pericial presentado en el juicio oral, de tal autoría o de la inocencia, y que, normalmente, se basará en un reconocimiento pericial practicado como prueba anticipada, que exige restringir los derechos fundamentales a la integridad física y/o a la intimidad personal o a la autodeterminación informativa. El análisis del ADN en el proceso penal debe abordarse desde dos perspectivas jurídicas diversas: a) la obtención de la muestra biológica indubitada del imputado, y b) su introducción como fuente de prueba en el proceso mediante el oportuno medio probatorio. Desde la primera perspectiva el problema radica en la obtención de una fuente de prueba sin vulneración de los derechos fundamentales. El análisis del ADN en el proceso penal español puede exigir, y normalmente así sucederá, la limitación del derecho a la integridad física del artículo 15 CE. Dicha técnica pericial ha de confrontar un vestigio biológico recogido del lugar en que se produjo el hecho delictivo o del propio cuerpo de la víctima del delito, con una muestra indubitada proveniente del imputado, lo cual exigirá, en la mayoría de las ocasiones, una intervención corporal para la obtención de la muestra biológica indubitada perteneciente a dicho imputado. En todo caso, sea necesaria o no dicha intervención corporal, esta técnica pericial afectará al derecho a la intimidad personal del imputado. La intimidad podrá verse limitada tanto en la obtención de la muestra indubitada del cuerpo del imputado, en el sentido de intimidad corporal, según sea la zona del cuerpo que sea necesario afectar para la obtención de la muestra, como también, sin necesidad de obtener la muestra biológica del cuerpo del imputado, en el sentido de la intimidad informativa, sea en su ámbito de confidencialidad —por ejemplo, mediante la utilización de datos médicos—, sea en el ámbito de la intimidad informativa si fuera el caso de utilizar bases de datos genéticas. Evidentemente, la restricción de los derechos fundamentales a la integridad física y a la intimidad exigirá el cumplimiento de concretas e importantes garantías, como son la necesidad de su previsión legislativa, la jurisdiccionalidad de tales medidas, la gravedad de los delitos investigados, y el cumplimiento de la legalidad procesal (proceso iniciado, sospechas fundadas de la participación delictiva del imputado, resolución judicial motivada que justifique la necesidad y la idoneidad del análisis genético), garantías todas ellas que se engloban en el respeto del principio de proporcionalidad. Desde la perspectiva de la introducción de la fuente de prueba en el proceso, la cuestión más relevante, y la de más difícil solución, radica en determinar si el análisis del ADN posee una naturaleza investigadora o probatoria, o cumple con ambas funciones. En

definitiva, la determinación de la naturaleza jurídica del análisis del ADN pone de relieve dos de sus principales características procesales. En primer lugar, que la misma supone una medida instrumental restrictiva de un derecho fundamental, factor que desempeña un papel esencial a la hora de interpretar su régimen jurídico. En segundo término, la propia especialidad de esta pericia, en relación con el resto de medidas restrictivas de derechos fundamentales, la dotan de unas características propias que se manifiestan en que la misma puede discurrir a través de todas las fases de un proceso penal: es un acto de constatación objetiva a la hora de encontrar vestigios biológicos del locus delicti, es inspección ocular, es aseguramiento de fuente de prueba, exige la realización de complejas y especializadas técnicas de laboratorio, produce unas conclusiones periciales que pueden producir efectos investigadores y, por último, y en su caso, han de introducirse sus resultados en el acto del juicio oral como medio de prueba pericial. En fin, la técnica pericial del análisis del ADN desempeña una función probatoria, no es en sí misma un medio de prueba, sino una fuente de prueba, o, más exactamente, una operación técnica cuyo objeto exige el análisis del ADN del investigado que puede crear elementos de prueba, que habrán de ser introducidos en el juicio oral mediante determinados medios de prueba. En todas estas fases, si es que se llegan a alcanzarse todas ellas, se ha de garantizar el derecho de defensa de los imputados, bien como puro derecho de defensa, bien como derecho de contradicción, y en ambos supuestos tanto en la etapa instructora como en la de enjuiciamiento.

III. La obtención de la muestra biológica del investigado

En principio, al constituir el ADN la base genética de la vida de cualquier ser humano, su análisis afectará a importantes derechos fundamentales de la persona reconocida en la CE de 1978. Por la propia naturaleza biológica del ADN, y por la necesidad de obtener del cuerpo de las personas las muestras genéticas para poder realizar su análisis, los derechos fundamentales que podrán verse restringidos son dos: el derecho a la integridad física y moral, con prohibición de los tratos inhumanos o degradantes ex artículo 15 CE; y el derecho a la intimidad ex artículo 18 CE.

III.1. La previsión legislativa

En la actualidad, tanto el artículo 129 bis 2, apartado segundo de Código Penal, como la Disposición adicional 3.ª de la LO 10/2007, en relación con el artículo 520.6 c) LECrim según redacción de la LO 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la LECrim, permiten hacer cumplir la orden judicial de obtención de una muestra indubitada de material biológico —mediante un frotis bucal—, del cuerpo del investigado, utilizando la policía judicial la fuerza física, mínima y necesaria, ante la negativa injustificada del obligado por la resolución judicial a soportar su obtención.

Sin embargo, para el análisis de ADN en el proceso penal no siempre será necesario realizar una intervención corporal, ni siquiera leve, puesto que, como hemos indicado,

los datos genéticos necesarios para la realización de tal análisis pueden existir ya en la historia médica del investigado. La cuestión al respecto consiste en determinar si el juez puede obtener esta información sin consentimiento del investigado. El artículo 11.2 d) de la LO 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, no exige el consentimiento del interesado «cuando la comunicación que deba efectuarse tenga por destinatario al Defensor del Pueblo, el Ministerio Fiscal o los Jueces o Tribunales o el Tribunal de Cuentas, en el ejercicio de las funciones que tiene atribuidas…» Aquí la coerción física se sustituye por coerción jurídica para el cumplimiento de una obligación procesal que no necesita el uso de la *vis compulsiva*.

Respecto a los datos médicos, consten éstos en ficheros automatizados o no, el TEDH tiene declarado que la confidencialidad de los datos médicos puede decaer en el caso de la persecución de los autores de infracciones penales cuando los intereses colectivos posean mayor importancia que los del afectado (caso Z. contra Finlandia). Para el Consejo de Europa los datos genéticos —datos sensibles o de protección privilegiada— pueden, excepcionalmente, ser cedidos siempre que tal posibilidad esté prevista por la Ley interna y constituya una medida necesaria en una sociedad democrática con el fin de reprimir una determinada infracción penal. Los principios del Derecho Europeo permiten tal adquisición, pero siempre que se cumpla con los requisitos dimanantes del articulo 8.2 CEDH. La Recomendación (92) 1 del Consejo de Europa señala que «las muestras obtenidas de personas vivas con fines médicos, y la información extraída de tales muestras, no deben ser utilizadas con el fin de investigar o perseguir delitos, salvo en circunstancias previstas expresamente por el derecho interno».

IV. La obtencción de la muestras biológicas del lugar del crimen

El descubrimiento y recuperación de las muestras genéticas del lugar en que se cometió el delito constituyen actos que se incardinan en la diligencia de inspección ocular de los artículos 326 y siguientes de la LECrim. De esta regulación hay que destacar dos garantías que cobran especial interés cuando se trata de vestigios biológicos que por su naturaleza están sometidos a un importante riesgo de contaminación y deterioro, sin olvidar que estos vestigios pueden tener un tamaño diminuto, lo que dificulta su hallazgo, y a pesar de ello contener información biológica. La LECrim. establece el monopolio judicial para realizar la inspección ocular y recoger, en su caso, los efectos del delito (arts. 326 y 334) y, además, exige que estas diligencias se extiendan «por escrito en el acto mismo de la inspección ocular, y serán firmadas por el Juez instructor, el Fiscal, si asistiere al acto, el Secretario y las personas que se hallen presentes» (art. 332). Dados los problemas técnicos señalados, la propia LECrim. dispone que el juez pueda servirse de la ayuda de peritos para apreciar adecuadamente la relación de las muestras con el delito (art. 336) o «sobre las pruebas de cualquier clase que… se hubieren recogido» (art. 339). Además se garantiza el derecho de defensa de los imputados, puesto que, de existir éstos en el momento de la inspección ocular, habrá de comuni-

cárseles la práctica de la diligencia, a la que podrán asistir y manifestar lo que a su juicio sea de interés (arts. 333 y 336). Ahora el párrafo 3.ª del artículo 326 LECrim. admite que el Juez se sirva de la Policía Judicial o del Médico Forense para que adopte «las medidas necesarias para que la recogida, custodia y examen de… muestras (biológicas) se verifique en condiciones que garanticen su autenticidad…» Cabe considerar que por motivos reales de urgencia la recogida de las muestras biológicas del locus delicti pueda realizarla los agentes de policía judicial. La validez de esta actuación policial depende, en primer lugar, de que la policía actúe a prevención de la actuación judicial. En este sentido, hay que considerar que existen partes del atestado policial «como pueden ser… la constancia del cuerpo, los efectos o los instrumentos del delito, el hallazgo de droga, armas, documentos o cualquier objeto, los croquis sobre el terreno, las fotografías en él obtenidas y la comprobación de la alcoholemia, entre otras, que encajan por definición en el concepto de prueba preconstituida o anticipada» (STC de 13 de oct. 1992). No ha de confundirse, sin embargo, el aseguramiento de las fuentes de prueba con una auténtica prueba anticipada, puesto que el que la policía esté obligada a recoger y custodiar fuentes de prueba no significa que las diligencias se conviertan en actos de prueba. Para ello «se hace preciso que la Policía judicial haya de intervenir por estrictas razones de urgencia o de necesidad, pues, no en vano la Policía judicial actúa en tales diligencias <<a prevención>> de la Autoridad judicial (art. 284)» (STC 303/1993, de 25 de octubre). Cuando tales condiciones de la urgencia o de la necesidad de asegurar las fuentes de prueba no se presentan ha de cumplirse con las garantías de la inspección ocular según la LECrim. «Una vez desaparecidas tales razones de urgencia, ha de ser el Juez de Instrucción quien, previo cumplimiento de los requisitos de la prueba sumarial anticipada, pueda dotar al acto de investigación sumarial del carácter jurisdiccional (art. 117.3 CE) de acto probatorio (…). Desaparecidas las expresadas razones de urgencia, la falta de intervención judicial y la ausencia de contradicción en la ejecución del registro del vehículo de los inculpados privan de valor probatorio al resultado de esta actuación policial» (STC 303/1993). La STS 2.ª 14 abr. 1997 aplica esta doctrina del TC a un caso de recogida de una muestra biológica, en concreto a una «prueba de ADN con relación a una colilla de un cigarrillo encontrado en un cubo de agua en la casa donde se cometió el robo con homicidio», y, por el incumplimiento de las citadas normas de la LECrim., admite el motivo de casación alegado por la defensa, puesto «que, salvo las razones de urgencia antes referidas, que aquí no existieron, es a la Autoridad judicial a quien corresponde la práctica de actuaciones que tienen un propio y verdadero contenido procesal y a las que la actuación del Secretario como fedatario público (arts. 281 y 473 LOPJ) confiere autenticidad documental (…) La Policía tenía que haber dado cuenta al Juzgado del hallazgo de la huella y de la colilla, para que ésta hubiera acudido allí a verificarlo con la correspondiente actuación procesal. No había urgencia para tal recogida. La actuación de la Guardia Civil al respecto, sin intervención judicial, no puede constituir prueba de que realmente tal huella y tal colilla de cigarrillo estuvieran en el lugar del delito». En todo caso, el propio acto de

descubrimiento, recogida y almacenamiento de las muestras biológicas constituye, dadas las características de los vestigios genéticos, en sí mismo una actuación pericial, más exactamente consiste en la primera etapa de la pericia del ADN. De una adecuada actuación en este momento depende la posibilidad y/o la fiabilidad del reconocimiento pericial. Se han de cumplir determinadas normas técnicas, no pudiendo considerarse que los policías actúan como verdaderos peritos, al menos que no en todo caso y para cualquier miembro de los distintos cuerpos policiales conocen éstos, y así pueden cumplir, la lex artis requerida. Como mínimo han de cumplirse las reglas que al respecto se establezcan, y así las que se contenían en la Orden Ministerial de 8 de noviembre de 1996, tanto para la recogida, como para el almacenamiento y envío de las muestras a los laboratorios forenses del ADN. De igual importancia, para la defensa del investigado es la necesidad de realizar una correcta «cadena de custodia» de dichas muestras. La jurisprudencia se ocupa también de un supuesto a caballo entre la obtención de muestras biológicas del cuerpo del sospechoso (muestra indubitada) y su recogida del lugar del crimen (muestra dubitada), y, a saber, aquél en el que las muestras biológicas son indubitadas, en tanto que se sabe a quién pertenecen, pero que, sin embargo, se obtienen por ser «expulsadas» voluntariamente por el sospechoso, o sea, sin que se haya dictado un auto judicial de sometimiento a una intervención corporal para obtener una muestra biológica. Ejemplos del supuesto al que nos referimos los encontramos en los casos en los que el sospechoso expulsa saliva por un escupitajo, o deja muestras en un vaso del que ha bebido, o deja cabellos —con raíz— en una almohada, etc. En un primer momento el Tribunal Supremo entendió que «la intervención de la competente Autoridad Judicial, en principio y por regla general, es obligada en estos casos, no pudiendo ser sustituida por la actuación policial, salvo que existan las mencionadas razones de urgencia» (STS 2.ª 19 abril 2005), esto es, que la recogida y envío de la muestra para su análisis a un laboratorio exige de la intervención del juez de instrucción. Pero, inmediatamente después, cambia el Supremo su doctrina, y en la sentencia de la Sala 2.ª de 14 de octubre de 2005 afirma «como pone de relieve el propio recurrente no nos encontramos ante la obtención de muestras corporales realizada de forma directa sobre el sospechoso, sino ante una toma subrepticia derivada de un acto voluntario de expulsión de materia orgánica realizada por el sujeto objeto de investigación, sin intervención de métodos o prácticas invasivas sobre la integridad corporal. En estos casos, no entra en juego la doctrina consolidada de la necesaria intervención judicial para autorizar, en determinados casos, una posible intervención banal y no agresiva. La toma de muestras para el control, se lleva a cabo por razones de puro azar y a la vista de un suceso totalmente imprevisible. Los restos de saliva escupidos se convierten así en un objeto procedente del cuerpo del sospechoso pero obtenido de forma totalmente inesperada. El único problema que pudiera suscitarse es el relativo a la demostración de que la muestra había sido producida por el acusado, circunstancia que en absoluto se discute por el propio recurrente, que sólo denuncia la ausencia de intervención judicial». Esta última doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo es confirmada ahora por el Acuerdo del Pleno de

la Sala 2.ª del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2006: «posibilidad de recoger [por la policía judicial] restos genéticos o muestras biológicas abandonadas por el sospechoso sin necesidad de autorización judicial».

V. El reconocimiento pericial

V.1. Laboratorios homologados

Los peritos que pueden realizar análisis de ADN son en principio los señalados por la LOPJ en sus artículos 497 y siguientes, y especialmente el Instituto Nacional de Toxicología, que constituye el «centro de referencia» para la práctica de estas pericias científicas, y, en su caso, los Institutos de Medicina Legal. También se pueden admitir aquellos laboratorios que cumplan con las «Normas para la aplicación de polimorfismos genéticos (ADN) a las pericias médico-legales». Los órganos jurisdiccionales deberán tener en cuenta, en cada proceso en el que se pretenda realizar un análisis de ADN, determinadas recomendaciones internacionales, y en concreto las emanadas del ISHF, el GEISHF y el EDNAP. En la actualidad en nuestro país el órgano responsable es la Comisión Nacional para el uso forense del ADN, regulado por el Real Decreto 1977/2008, de 28 de noviembre, por el que se regula la composición y funciones de la Comisión Nacional para el uso forense del ADN, reformado por el Decreto 851/2015, de 28 de septiembre, organismo al que la Disposición final 4.ª de la LO 15/2003 le reconoce la competencia para «la acreditación de los laboratorios facultados para contrastar perfiles genéticos en la investigación y persecución de delitos y la identificación de cadáveres, el establecimiento de criterios de coordinación entre ellos, la elaboración de los protocolos técnicos oficiales sobre la obtención, conservación y análisis de las muestras, la determinación de las condiciones de seguridad en su custodia y la fijación de todas aquellas medidas que garanticen la estricta confidencialidad y reserva de las muestras, los análisis y los datos que se obtengan de los mismos, de conformidad con lo establecido en las leyes».

VI. Derecho de defensa del investigado en la instrucción

Cuando se prevea de antemano la imposibilidad de realizar el análisis pericial y de presentar el informe pericial en la etapa de juicio oral, el investigado habrá de poder ejercer su derecho de defensa, ahora como derecho de contradicción, en la instrucción. Se cumplen así los presupuestos de una prueba anticipada y se permite tal práctica del medio de prueba pericial en la fase de instrucción como auténtica anticipación probatoria. No ha de considerarse, por lo tanto, que nos encontramos ante un supuesto de prueba preconstituida, si por tal entendemos aquellas diligencias instructoras que por causas independientes a la voluntad de las partes no puedan reproducirse en el juicio oral ex artículo 730 LECrim. La prueba anticipada se diferencia de la preconstituida en cuanto a sus respectivos presupuestos, principalmente, por el dato de su previsibilidad o su

imprevisibilidad. Cuando el hecho de la imposibilidad de la reproducción de la prueba sea previsible no podrá acudirse a la solución de la prueba preconstituida, sino a la prueba anticipada —prueba de las mismas características jurídicas que la hubiera tenido que practicarse en el plenario, salvo la inmediación—. Por el contrario, si la imposibilidad es imprevisible entonces la solución descansa en la prueba preconstituida, esto es, en la lectura del informe pericial en el juicio oral para su posible contradicción por los acusados. La distinción entre prueba preconstituida y prueba anticipada, y su relación en ambos casos con la actividad probatoria propia de la etapa de enjuiciamiento, encuentra su más clara —y compleja— aplicación en las pruebas periciales científicas. Aquí habrá que diferenciar entre estas manifestaciones probatorias teniendo en cuenta las propias fases de la pericia, y así la fase del reconocimiento y la fase de informe, para poder concluir cuándo nos encontramos ante puros actos de investigación instructora, ante la preconstitución de la prueba, ante una prueba anticipada, o, por último, ante un medio de prueba practicado en su lugar y momento jurídicamente propio: la fase de plenario del juicio oral.

VII. El informe pericial

Respecto a la pericia que tiene por objeto un análisis de ADN nos encontramos con dos problemas diversos. Hay que distinguir el contenido complejo en que se descompone tal pericia: el reconocimiento pericial y las conclusiones a las que llegan los peritos o informe pericial. En la pericia se ha de distinguir entre la labor que realizan los peritos en la instrucción y la que prestan en el plenario del juicio oral. Como decimos la pericia se descompone normalmente en dos fases: el reconocimiento y el informe pericial. En principio ambas fases periciales pueden realizarse tanto en la instrucción como en el juicio oral. Mientras que en la instrucción los peritos realizan el reconocimiento y presentan su informe para los fines propios de esta fase investigadora —averiguar o comprobar hechos que permitan sostener la acusación y preparar la defensa o concluir en un sobreseimiento—, en la etapa enjuiciadora la pericia se realizará para convencer al juez de la veracidad de los hechos alegados por las partes. En relación con las pericias científicas, como es el caso de la identificación por el ADN, podría admitirse —y, en algunos casos así se habrá de hacer— que en el juicio oral se practique por los peritos un reconocimiento sobre las muestras de ADN obtenidos en la instrucción y, en consecuencia, se presenten las conclusiones a las que llegan los peritos mediante su informe ante el órgano judicial en contestación a las preguntas de las partes y, en su caso, del propio juez. En la práctica, sin embargo, esta no debe ser la regla general por evidentes razones operativas que ocasionarían la necesidad de suspender las sesiones del plenario para poder efectuar el reconocimiento pericial. En estos casos, y siempre en consideración a la posibilidad que tuvo el investigado de ejercitar su derecho de defensa en la instrucción respecto al reconocimiento pericial, parece aconsejable, cuando se estime que la contradicción que ha de reconocérsele al acusado así lo exija, admitir una prueba anticipada dentro del juicio oral y antes del plenario ex artículo 657.3 LECrim., con lo cual se garantizarían

el derecho de contradicción del acusado y el principio de concentración de las sesiones del plenario del juicio oral ex artículo 744 LECrim. Lo normal será la inconveniencia de practicar el reconocimiento pericial en el juicio oral, en primer lugar, y principalmente, para evitar su necesaria suspensión, y también porque si se adoptan las necesarias garantías no será necesario ni pertinente la repetición de las operaciones técnicas de análisis del ADN. Estas garantías no son otras que considerar este análisis como prueba anticipada, en el sentido de posibilitar la intervención del acusado en la pericia realizada en la instrucción, nombrando a sus propios peritos, no tanto para un nuevo análisis, cuanto para poder participar en el reconocimiento que efectúa el laboratorio nombrado por el juez instructor. Respecto del informe pericial hay que tener en cuenta otras circunstancias. Las conclusiones que presentan los peritos en la instrucción se hacen bajo la forma de un documento, mientras que en el juicio oral se exige la práctica de un medio de prueba personal: las declaraciones de los peritos. Esto no es sólo una distinción formal, sino que descansa en la propia naturaleza de medio probatorio y, por lo tanto, en la manera de llevarse a cabo y en la valoración que de tal práctica puede realizar el juzgador. No es lo mismo leer un documento, por mucho que se someta el mismo a contradicción, que poder interrogar a los peritos que realizaron el reconocimiento y que ahora presentan sus conclusiones. La misma diferencia se presenta si comparamos la lectura de los documentos en que constan las declaraciones de un testigo con su declaración oral mediante un interrogatorio cruzado de ambas partes. Es más, se presentan mayores diferencias en la pericia cuando ésta tiene por objeto conclusiones basadas en anteriores análisis técnicos que exigen conocimientos de un alto grado de especialización. Las partes podrán pedir explicaciones a los peritos sobre determinadas circunstancias que no constan en el documento pericial presentado en la instrucción: v.g., técnica empleada (si se trata de una RFLP o de una PCR, por qué se escogió una técnica y no otra, cuáles son las ventajas e inconvenientes de cada técnica, etc.); población de referencia utilizada (si se tuvo en cuenta, p. ej., la raza del acusado); problemas de degradación o contaminación con las que se encontró el perito (si no se presentó ninguno de tales problemas, si se presentaron cómo se superaron); diferencia en el modo probabilístico de presentar las conclusiones (si el perito lo hace en términos de simple probabilidad o de frecuencia), etc. Estos problemas los acomete el derecho anglosajón de una manera distinta al derecho continental europeo. Ello se debe, principalmente, al sistema adversarial, según el cual los peritos (expert witness [testigo experto]) son propuestos por las partes para el juicio y se considera, en consecuencia, que los expertos no van a ser neutrales y que los informes que han de ser valorados por el juez «derivan de la contradicción dialéctica de diversos expert witness y del interrogatorio que se practique a través de la cross examination». En los sistemas procesales penales de corte acusatorio el tribunal juzgador habrá de estimar probados o no los hechos alegados por las partes privadas y por el Ministerio Fiscal mediante las pruebas obtenidas en la fase de investigación e introducidas en el juicio oral mediante sus propios peritos, y de la contraposición en el juicio de los informes periciales de cada parte formará su convicción el juez o los jurados.

VIII. La prueba de análisis del ADN y el derecho de defensa de los acusados

Según nuestro sistema de justicia penal los investigados podrán participar, nombrando a sus propios peritos, en el reconocimiento pericial que se realiza en la instrucción como prueba anticipada. También podrán, ahora como acusados, contradecir el informe pericial que se introduce en el juicio oral como pericia documentada, y, en este último caso, bien solicitando la comparecencia de los peritos que realizaron el informe, bien presentando otros peritos para contradecirlo. También habrá de considerarse, según cada caso concreto, la posibilidad de admitir la práctica de un contraanálisis a instancia de los investigados o de los acusados, y, así, en la fase de instrucción como prueba anticipada o en el juicio oral normalmente también como prueba a practicar antes del plenario, todo ello según las particulares circunstancias de cada supuesto y, en general, en consideración a la posibilidad con la que ha contado la defensa para participar en el reconocimiento pericial practicado en la instrucción. Si bien es cierto que la LECrim. no reconoce al investigado el derecho a un contraanálisis en la instrucción, no cabe admitir que tampoco pueda proponer una nueva prueba pericial en el juicio oral. Si se considera, como hemos señalado, la conveniencia de realizar el análisis por peritos propuestos por la defensa antes del plenario, y así también en la instrucción, habrá de acudirse a la prueba anticipada, esto es, se ha de reconocer al acusado la posibilidad de presentar una pericia que contradiga la que utiliza la acusación, si bien por razones operativas parezca conveniente acudir a la solución de la prueba anticipada. En fin, la presencia de los peritos en el juicio oral nunca será innecesaria, como nos lo demuestran los casos en que así se admite por los Tribunales, en cuyas sentencias se puede comprobar que, cuando ello sucede, los peritos contribuyen a formar la convicción del juzgador de manera más objetiva. Entendemos que el análisis del ADN en el proceso penal supone un auténtico medio de prueba personal, y, así, el perito ha de considerarse como medio de prueba y no como un auxiliar del juez en la fase de juicio oral. El sentido más importante de esta distinción —perito como medio de prueba o como auxiliar del juez— descansa en la garantía del derecho de contradicción. La preocupación de garantizar la contradicción a las partes del proceso es la que lleva al derecho anglosajón a considerar al perito como «testigo experto». En todo caso, no cabe basar la naturaleza de la pericia como actividad de consulta del juez en la posibilidad que éste tiene de nombrar a los peritos de oficio. Tanto sean nombrados, como debe ser la regla (arts. 656 y 728 LECrim.), a instancia de la parte que pretenda convencer al juez de la veracidad de sus afirmaciones de hecho, como cuando la prueba pericial se practique ex officio por el juez (art. 729.2 LECrim.), con el fin de adquirir el conocimiento de la verdad material de los hechos, habrá de reconocerse a las partes el derecho a contradecir los informes periciales que se presenten en el plenario, adquiriendo el juez su convencimiento sobre la base del interrogatorio cruzado a que las partes y el propio juez sometan a los peritos.

IX. Valoración de la prueba de adn

La prueba pericial de análisis del ADN, una vez superado el juicio de admisibilidad por no violar ningún derecho fundamental en su obtención ni tampoco haber desconocido las garantías procesales para su introducción en el juicio oral, habrá de ser valorada por el juez sentenciador. Los jueces no han de pretender convertirse en científicos, pero sí han de poseer un conocimiento adecuado de la técnica pericial para poder realizar la función jurídica que les corresponde: criticar el informe pericial como peritus peritorum. El peligro de no contar nuestros jueces con esos conocimientos básicos radica, por lo tanto, en el hecho de que sin ellos no podrán cumplir con la condición más trascendental de la función jurisdiccional, como es la obtención de su libre convencimiento. El presentar los peritos su informe pericial exponiendo las probabilidades de coincidencia entre las indubitadas y las dubitadas, se acerca a las antiguas reglas de valoración legal de las pruebas. Este resurgimiento de las pruebas legales, cuando de valoración de informes periciales científicos se trata, encuentra su causa, precisamente, en el desconocimiento judicial de las bases científicas de tales pruebas y de los problemas que la aplicación forense puede presentar. Así sucede, por ejemplo, en Suecia, donde se defiende por la doctrina que el legislador fije expresamente unos parámetros de valor probatorio para valorar estas pruebas científicas —v.g., coincidencia «probable», «presumible, etc., o, más en general, mediante valores porcentuales tout court—, para eliminar toda posible subjetividad judicial para valorar pruebas de las que desconoce su auténtico valor. La libre valoración de la prueba, o, en los términos literales del artículo 741 LECrim., la apreciación en conciencia de las pruebas practicadas en el juicio, no puede seguir utilizándose como un estándar jurídico que, lejos de un auténtico principio procesal, esconde un mero expediente formal para fundamentar una convicción judicial falta de toda garantía y de su posible control. El resultado del análisis de ADN producirá un indicio y no constituye una prueba directa del delito, ni de la autoría o participación en él del acusado. Indicio de indudable valor, pero siempre, como es propio de su naturaleza, prueba indirecta del hecho que se pretende acreditar. La motivación de la sentencia respecto a la valoración que el juzgador realice de este indicio ha de cumplir los criterios que la jurisprudencia exige para admitir la prueba indiciaria en el proceso penal. El análisis del ADN es en sí mismo una prueba probabilística. Si es verdad que se desea alcanzar esa «etapa científica» en la valoración de la prueba, habrá de realizarse una valoración según reglas científicas que derivan del cálculo de probabilidades. El análisis genético exigiría, para su fiabilidad, que el juez ofreciera a los peritos la «probabilidad a priori», pero esto en la práctica no se cumple. En todo caso, lo que no podrá dejarse de cumplir por el juzgador es efectuar un cálculo de la «probabilidad a posteriori», o sea, valorar el indicio que arroja el análisis del ADN a la luz de los otros indicios que han de concurrir para poder admitir como probado el hecho que se presume acaecido según el indicio biológico. Por ejemplo: se analiza un pelo obtenido del lugar en el que se cometió un homicidio. El resultado del reconocimiento pericial concluye

con la coincidencia entre los marcadores genéticos obtenidos del pelo y de la muestra biológica del acusado. Este hecho puede significar mucho o no tener mayor relevancia según las circunstancias, y, así, según otra serie de indicios, que se presenten en el caso. Si el acusado no tiene motivo alguno que explique la aparición del cabello en el locus delicti, la coincidencia producirá un indicio de gran valor. Por el contrario, si el acusado visita con asiduidad ese lugar, el indicio perderá toda su virtualidad probatoria. Mayor convicción cabrá adquirir de este indicio si, además, se produce el denominado «doble vínculo», a saber: además del pelo obtenido del lugar del crimen se obtiene una mancha de sangre del pantalón que fue recuperado del domicilio del acusado, la cual, una vez analizada, da como resultado la coincidencia entre los marcadores genéticos de dicha mancha y la sangre de la víctima. Aun logrando convencer al juez el valor indiciario que el resultado del análisis genético produce, el hecho objeto del proceso penal —en nuestro caso, la participación del acusado en el delito— habrá de estimarse probado cuando concurran otros indicios. Pero, desde la otra perspectiva de la prueba del indicio genético en sí mismo considerado, su resultado siempre será también probabilístico, puesto que, cuando la pericia concluye con la coincidencia entre los marcadores genéticos de las muestras dubitadas e indubitadas, habrá de someterse tal resultado a un estudio estadístico poblacional que nos indique cómo de raro sea esa coincidencia y, así, qué probabilidad de una coincidencia al azar existe. La prueba de ADN posee, por un lado, una gran ventaja sobre la hasta ahora considerada reina de la prueba indiciaria para demostrar la participación de una persona en un hecho delictivo: la dactiloscopia. La «huella genética» deja su rastro en casi cualquier superficie y su información puede obtenerse de muestras microscópicas y tras un largo periodo de tiempo. Pero, por otro lado, la «huella dactilar», correctamente analizada, produce un resultado en caso de coincidencia de mucho menor riesgo de coincidencia fortuita, hasta el punto que se afirma que tal coincidencia lofoscópica no puede considerase, al menos en los términos matemáticos asumibles para la convicción jurídica, como una conclusión de probabilidad.

X. Bases de datos de perfiles de ADN

La LO 10/2007, de 8 de octubre, de Base de Datos policial de identificadores obtenidos a partir del ADN, introduce en España una base de datos policial que integrará los ficheros de ADN a cargo de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

Su finalidad es:

- La investigación y averiguación de determinados delitos
- La identificación de restos cadavéricos o la averiguación de personas desaparecidas.

Datos incluidos en la Base de datos:

- Perfiles de ADN obtenidos de muestras biológicas del sospechoso de un delito
- Perfiles de ADN obtenidos de restos cadavéricos

Para la investigación de delitos:

- Sólo se incluirán los datos sobre ADN no codificante, esto es, cuya información sólo sirva para identificar a los responsables criminales

Presupuesto para la obtención de datos de ADN:

- Las muestras indubitadas deben pertenecer al sospechoso, detenido o investigado de un delito grave, en especial, que afecte a la vida, la libertad, la indemnidad o la libertad sexual, la integridad de las personas, el patrimonio siempre que fuesen realizados con fuerza en las cosas, o violencia o intimidación en las personas, así como en los casos de la delincuencia organizada
- El sospechoso debe prestar su consentimiento, o, en caso contrario, será necesario un auto judicial motivado

Laboratorios acreditados:

- Los laboratorios que realicen los análisis biológicos deberán ser acreditados por la Comisión Nacional para el uso forense del ADN y deberán superar controles periódicos de calidad

Uso y cesión de los datos contenidos en la Base de datos:

- Los datos podrán ser utilizados por las Unidades de Policía Judicial de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, entendiendo por tales las Unidades respectivas de la Policía y de la Guardia Civil; por los Jueces y Magistrados y por los Fiscales
- Los datos podrán cederse a: las Autoridades Judiciales, Fiscales o Policiales de terceros países de acuerdo con lo previsto en los convenios internacionales ratificados por España y que estén vigentes, o a las Policías Autonómicas con competencia estatutaria para la protección de personas y bienes y para el mantenimiento de la seguridad pública, que únicamente podrán utilizar los datos para la investigación de los delitos enumerados en la letra a) del apartado 1 del artículo 3 de la Ley o al Centro Nacional de Inteligencia, que podrá utilizar los datos para el cumplimiento de sus funciones relativas a la prevención de tales delitos

Cancelación de los datos:

- Los perfiles de ADN se conservarán en la Base de datos sin superar el tiempo señalado en la Ley para la prescripción del delito o el tiempo señalado en la Ley para la cancelación de antecedentes penales, si se hubiese dictado sentencia condenatoria firme, o absolutoria por la concurrencia de causas eximentes por falta de imputabilidad o culpabilidad, salvo resolución judicial en contrario o en todo caso se procederá a su cancelación cuando se hubiese dictado auto de sobreseimiento libre o sentencia absolutoria por causas distintas de las mencionadas, una vez que sean firmes dichas resoluciones. En el caso de sospechosos no imputados, la cancelación de los identificadores inscritos se producirá transcurrido el tiempo señalado en la Ley para la prescripción del delito.

29

DE LOS DELITOS INFORMÁTICOS A LA CIBERDELINCUENCIA Y A LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL: UN RECORRIDO SOCIAL, TÉCNICO Y ACADÉMICO*

Jon López Gorostidi
Profesor de Derecho penal
Universidad de Deusto

SUMARIO: I. Introducción. II. Las primeras manifestaciones de la delincuencia informática: el uso ilícito de tarjetas de crédito. III. La criminalidad informática ante las tecnologías de la información y la comunicación antes del cambio de siglo. IV. La protección penal de los datos reservados de carácter personal. V. La democratización de internet y la irrupción del cibercrimen. VI. El derecho penal ante el desarrollo social, tecnológico y económico. VII. Libertad de expresión en la red y derecho penal. VIII. El desafío de la inteligencia artificial. IX. Legado y perspectivas futuras. X. Bibliografía.

I. Introducción

Constituye para mí un verdadero honor contribuir con este texto al homenaje del Profesor Romeo Casabona. No obstante, resulta compleja la elección de una temática o perspectiva que trate de ser reflejo, al menos de una manera parcial, de su trayectoria académica que esta obra trata de reconocer y celebrar. Asumo, por tanto, el reto de poder aportar mi mirada y que esta, junto con otras, puedan aglutinar varias perspectivas que ofrezcan una fiel imagen de una andadura académica y personal envidiable y al alcance de muy pocos.

Así, en lo que sigue trato de centrar mi texto en el fenómeno criminal de la ciberdelincuencia, algo que siguiendo la estela del Profesor me ha mantenido ocupado en

* El presente trabajo ha sido elaborado en el marco del Proyecto de Investigación «DERPEBIO: El Derecho Penal ante los retos actuales de la Biomedicina» (Ref. PID2022-136743OB-I00 / Convocatoria Proyectos de Generación de Conocimiento 2022) financiado por: MCIN, AEI y FEDER Una manera de hacer Europa, así como en el del Módulo Jean Monnet «EU-Biolaw: European Biolaw as a toolbox to promote EU values» (Ref. 101176018 / Con- vocatoria ERASMUS-JMO-2024-HEI-TCH-RSCH) financiado por la Comisión Europea.

mis labores investigadoras en estos mis primeros años de andadura académica. No en vano, como se desprende de esta contribución, un recorrido por algunas de las aportaciones científicas más relevantes sobre esta temática del Profesor Romeo Casabona por sí solo proporciona un itinerario muy completo de cómo el Derecho ha tratado de dar una respuesta lo más certera posible a los avances que la tecnología y los movimientos sociales le han propuesto, puesto que desde los primeros textos jurídicos en esta materia ha sido sin lugar a dudas una de las figuras referentes en la misma.

Huelga apuntar, por tanto, que una de las principales razones por las que mis primeras contribuciones a la doctrina académica se hayan centrado en los ciberdelitos y su estudio no es sino el camino marcado por el Profesor con sus sugerentes textos, tan adelantados a su tiempo. Esta inspiración se vio, a su vez, culminada con la defensa de mi tesis doctoral sobre esta misma temática (en la cual el Profesor Romeo Casabona ejerció de presidente del tribunal evaluador) y la oportunidad de publicar el número 141 de sus Estudios de Derecho Penal y Criminología en la Editorial Comares con la obra *Ciberdelincuencia: proporcionalidad y bienes jurídicos protegidos,* prologado por él mismo y por su discípulo y mi maestro el Profesor Emilio J. Armaza.

Recuerdo con especial cariño una tarde en la que los tres tuvimos la oportunidad de compartir sobre las primeras ideas de mis estudios doctorales en su domicilio, y siempre le estaré agradecido por la cordialidad y la naturalidad con la que nos recibió aquel día y accedió encantado a despachar y poner en común estas impresiones iniciales. Pienso que el recuerdo de esa tarde es un buen reflejo de su apertura y generosidad, y tan solo espero que las siguientes líneas logren contribuir, como digo, a representar al menos una pequeña parte de su brillante andadura académica.

II. Las primeras manifestaciones de la delincuencia informática: el uso ilícito de tarjetas de crédito

Nos acercábamos al final de la década de los 80 y el Profesor publicaba unas de sus primeras obras sobre delincuencia informática: en particular, sobre la utilización abusiva de tarjetas de crédito para manipular cajeros automáticos[1]. En ellas, caracterizaba unas de las primeras manifestaciones del fenómeno de la criminalidad informática, en un punto en el que aún no podíamos describir este fenómeno con la visión de su conexión por redes e Internet, sino como la manipulación, alteración, borrado o daño a sistemas interactuando directamente con ellos desde un plano físico.

[1] Romeo Casabona, Carlos María, «Delitos cometidos con la utilización de tarjetas de crédito, en especial cajeros automáticos», en Poder Judicial, núm. extra 9, Madrid, 1989, pp. 109-132 y Romeo Casabona, Carlos María, «La utilización abusiva de tarjetas de crédito», en Actualidad Financiera, núm. 41, Madrid, 1987, pp. 2036-2051.

Así, planteaba las primeras soluciones de lo que a partir del año 2010 constituyó la falsedad de tarjetas de los arts. 399 bis y ter de nuestro Código Penal, y ponía sobre la mesa la disyuntiva entre la posibilidad de su consideración de un delito de daños a sistema informático, un delito de hurto o robo, o un delito de estafa, desde una interpretación extensiva del concepto engaño.

Todo ello desde una exposición brillante de cómo para aquel entonces vaticinaba que los sistemas informáticos, sus aplicaciones y sus consiguientes manipulaciones constituirían en un futuro afectaciones de lesión o peligro a los dos primeros bienes jurídicos que se dibujarían como relevantes en la delincuencia informática: el patrimonio, primero, y la intimidad, entendida como la información contenida en los datos, después.

III. La criminalidad informática ante las tecnologías de la información y la comunicación antes del cambio de siglo

Este fenómeno alcanzó una nueva significación unos pocos años más tarde, cuando los usos sociales tendían a que las tecnologías de la información se constituyeran como un potente elemento, que cambiaba drásticamente la forma en la que los ciudadanos nos comunicábamos e íbamos a estar conectados en un futuro. En *Poder informático y seguridad jurídica*[2] se sientan las bases para el estudio de estos avances de la técnica y de su repercusión en el contexto social de la época y de las repercusiones penales del poder de la información[3].

En concreto, el Profesor exponía aún al borde del cambio de década y cuando todavía no disfrutábamos de un terminal informático en los hogares y ni mucho menos de acceso a la red, propuestas de protección de la intimidad de los datos generados por la informática y cómo esta constituía un factor criminógeno en el tráfico económico y empresarial.

Analizaba en primer lugar, la figura del fraude informático, su regulación en ese momento puntual y proponía una reforma concreta, tras haber analizado los diferentes elementos del tipo, como las manipulaciones y sus diferentes manifestaciones. Tras ello, llevaba a cabo un recorrido por las diferentes posibilidades de calificación penal para lo que llamaba manipulación de datos informatizados, analizando virtudes y defectos del encaje de estas conductas primarias en los delitos de hurto, estafa, apropiación indebida o falsedad documental, siendo estas las manifestaciones del Derecho penal patrimonial

[2] Romeo Casabona, Carlos María, *Poder informático y seguridad jurídica. La función tutelar del Derecho penal ante las nuevas tecnologías de la información,* Fundesco, Madrid, 1988.

[3] También en Romeo Casabona, Carlos María, «Las nuevas tecnologías de la información: un nuevo desafío para el Derecho», en Telos: cuadernos de comunicación e innovación, núm. 15, Madrid, 1988, 131-137 o Romeo Casabona, Carlos María, «Tendencias actuales sobre las formas de protección ante las nuevas tecnologías»en Poder Judicial, núm. 31, Madrid, 1993, pp. 163-204.

de la época. También estudiaba la problemática desde una perspectiva político-criminal con recurso al Derecho comparado continental y anglosajón.

También guardaba espacio para incluir uno de los primeros trabajos sobre lo que denominó «agresiones a los sistemas o elementos informáticos», donde incluía las primeras suertes de espionaje informático, piratería, sabotaje y daños a sistemas. En este apartado reunía también propuesta de reforma en paralelo a lo que hoy en día son los delitos de daños informáticos, los delitos de descubrimiento y revelación de secretos o contra la propiedad intelectual.

IV. La protección penal de los datos reservados de carácter personal

Tras el cambio de siglo, cuando el uso de sistemas informáticos conectados en red era una realidad en el día a día de la población, la academia comenzaba a ser verdaderamente consciente del riesgo que uso de sistema conectados podía reportar a la intimidad por medio del acceso a datos informáticos. En este sentido, el Profesor Romeo Casabona no se quedaba atrás con varias contribuciones[4] en relación con los datos de carácter personal al tiempo que se aprobaba en España la Ley Orgánica 15/1999 y se dictaban las primeras Sentencias del Tribunal Constitucional donde reconocía la protección de datos como derecho fundamental por medio de una interpretación actualizada del 18. 4 de la Constitución.

Demandaba así una protección penal de las comunicaciones a través de redes telemáticas, siendo consciente ya en ese momento de la variedad del objeto material del delito y de su relación en los supuestos de envío de mensajes en red de su relación con el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones. Asimismo, identificaba diversas modalidades de comisión desde la interceptación de los mensajes, hasta su bloqueo o borrado o difusión o desviación a un tercer destinatario. También guardaba espacio para las manifestaciones de voluntad y el tipo subjetivo, subrayando la importancia del dolo en estos supuestos y, por descontado, el papel del consentimiento en estos casos. Por último, escribía las primeras notas sobre la importancia del conocimiento y la prevención para luchar contra estos ilícitos incipientes y garantizar su persecución y enjuiciamiento.

Además, planteaba en estas aportaciones doctrinales por primera vez una de las disyuntivas en relación con la delincuencia informática y la ciberdelincuencia que arrastramos hasta nuestros días: la relativa a si es necesaria la protección de bienes jurídicos informáticos para garantizar y fundamentar la protección penal de la crimi-

[4] Romeo Casabona, Carlos María, «La protección penal de la intimidad y de los datos personales», en Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal, núm. 2, Madrid, 2003, pp. 73-104 o Romeo Casabona, Carlos María, «La intimidad y los datos de carácter personal como derechos fundamentales y como bienes jurídicos penalmente protegidos», en *Estudios jurídicos en memoria de José María Lidón*, Echano Basaldua (coord.), Universidad de Deusto, Bilbao, 2002, pp. 513-536.

nalidad informática. En este sentido, proponía que la protección de datos que deriva en la intimidad podría ser un buen sustento para esta tarea tras, como decimos, su previo reconocimiento como derecho fundamental.

Es importante añadir, además, que cobró especial relevancia para su análisis la información y los datos contenidos en las comunicaciones por medio de correo electrónicos, que por aquellos años comenzaban a ser cada vez más populares tanto en el plano personal, como en el ámbito profesional, conteniendo información sensible con valor y contenido económico, además de relacionado con la intimidad[5].

Queda por tanto claro que el Profesor supo adelantarse a su tiempo y ser una de las primeras voces autorizadas entre la doctrina para analizar estos avances que la técnica proponía al ámbito jurídico y a los que, no sin dificultades, era capaz de dar una respuesta. Ahora bien, tampoco se quedó atrás en la aportación de comentarios a la más reciente Ley Orgánica, 3/2018, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, con aportaciones sobre el artículo 4. 1 del RGPD[6].

V. La democratización de internet y la irrupción del cibercrimen

Tras esto, sufrimos un acusado cambio de paradigma según avanzaba la primera década de los años 2000, en la medida en la que la red comenzaba a copar cada vez más aspectos de nuestra vida y, en paralelo, los ciudadanos alojábamos en la misma medida más valores y bienes jurídicos en la red. Un gran diagnóstico preliminar de este proceso lo constituye una de las obras de referencia en materia de cibercrimen en habla hispana como es la publicación del año 2006 coordinada por el Profesor Romeo Casabona *El cibercrimen: nuevos retos jurídico-penales, nuevas respuestas político-criminales*[7].

Esta obra es un magnífico directorio de las líneas de trabajo en relación con la ciberdelincuencia que se dibujaron en su momento y mantienen su eco hasta nuestros días, contando con algunos de los mayores expertos en la materia. No en vano, desde ese momento se inicia un periodo de resignificación de la delincuencia informática y del concepto (más concreta y englobado por el primero) de la ciberdelincuencia o cibercrimen. En paralelo a que los ciudadanos hemos ido trasladando más parcelas de nuestra vida a la red, también lo han hecho nuestros valores y, en consecuencia, han

[5] Romeo Casabona, Carlos María, «La protección penal de los mensajes de correo electrónico y de otras comunicaciones de carácter personal a través de Internet», en Derecho y Conocimiento, núm. 2, Huelva, 2002, pp. 123-149.

[6] Romeo Casabona, Carlos María, «Datos personales (comentario al artículo 4.1 RGPD)», en *Comentario al Reglamento General de Protección de Datos y a la Ley Orgánica de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales*, Troncoso Reigada (dir.), Thomson Reuters, Pamplona, 2021, pp. 573-589.

[7] Romeo Casabona, Carlos María, *El cibercrimen: nuevos retos jurídico-penales, nuevas respuestas político-criminales*, Editorial Comares, Granada, 2006.

seguido esta pista los cibercriminales. Así, ha sido tarea del Derecho penal, en general, y de la ciberdelincuencia, en particular, de tratar de ajustarse y de dar respuesta a este dinámico fenómeno, hasta el punto en el que podemos concluir que ningún bien jurídico escapa ya de las posibilidades de creación de lesión o peligro en el ciberespacio. Los operadores jurídicos hemos tratado, siguiendo la estela de esta obra, de responder de la mejor manera posible a las preguntas sobre si la legislación vigente da una respuesta ajustada y proporcional a esta nueva realidad, si es necesaria la protección de bienes jurídicos de carácter cibernético en la red, si las normas de autoría y participación rigen de la misma manera, si la sistemática de nuestro Código Penal sigue teniendo sentido y, en términos generales, si las reglas dogmáticas generadas para la delincuencia tradicional son también válidas para la criminalidad en el ciberespacio.

En concreto, se analiza la evolución de los delitos informáticos a la ciberdelincuencia, se analiza la problemática de la relativización espacial y temporal de los ciberdelitos en relación a su ley aplicable, se avanza en la protección de datos de carácter personal, se abordan cuestiones sobre la propiedad intelectual del software, se esbozan los primeros apuntes sobre la validez de pruebas tecnológicas y se incluyen voces sobre la necesidad de armonización de legislaciones a nivel estatal para garantizar el éxito en la persecución de los cibercrímenes, en la línea de lo expuesto en el Convenio de Budapest. A su vez, desde un enfoque de parte especial, se avanza en la identificación y definición de figuras típicas en la red como los daños informáticos y la, en ese momento novedosa, denegación de servicio, y las primeras formas de creación y difusión de pornografía infantil y ciberterrorismo.

VI. El derecho penal ante el desarrollo social, tecnológico y económico

Con el cambio de década, la doctrina se centra en continuar en observancia de los cambios sociales para continuar ajustando su respuesta a las novedades tecnológicas y a las nuevas formas de organización industrial y empresarial, como elementos que modifican antiguos riesgos y generan nuevos peligros cuya respuesta debe proporcionar el Derecho. Así, las obras colectivas *La adaptación del Derecho penal al desarrollo social y tecnológico*[8] y *Nuevos instrumentos jurídicos en la lucha contra la delincuencia económica y tecnológica*[9]*,* publicadas en los primeros años de la segunda década de este siglo, son un estupendo paradigma de los retos a los que el legislador se enfrentaba en aquellos años.

[8] Romeo Casabona, Carlos María y Sánchez Lázaro, Fernando G., *La adaptación del Derecho penal al desarrollo social y tecnológico,* Editorial Comares, Granada, 2010.

[9] Romeo Casabona, Carlos María y Flores Mendoza, Fátima, *Nuevos instrumentos jurídicos en la lucha contra la delincuencia económica y tecnológica,* Editorial Comares, Granada, 2012.

Se trata, por tanto, de dos publicaciones que dan cuenta de las presentes y futuras transformaciones más importantes a las que el Derecho penal tuvo que enfrentarse en esos años, en lo que a sus principios básicos, la propia construcción de la teoría del delito, el sistema de consecuencias jurídicas derivadas del delito y las propias figuras típicas se refiere.

En la primera, se aborda desde un prisma de parte general la revisión de estos postulados básicos. Se analiza la política-criminal española y cómo trataba de dar respuesta a esta evolución social, se introducen los conceptos de riesgo permitido, principio de confianza y alarma social ajustados al tiempo presente y se revisan las construcciones de la teoría de la imputación objetiva y las relaciones de causalidad a la hora de depurar la responsabilidad penal en la sociedad del riesgo.

Por su parte, en el segundo volumen se estudian las figuras típicas en particular en relación con la delincuencia económica y las organizaciones criminales, la protección penal del mercado financiero, la corrupción entre particulares y su impacto a nivel internacional y, por supuesto, se dedica un capítulo a discurrir sobre la recién estrenada responsabilidad penal de las personas jurídicas.

En concreto sobre la delincuencia informática y la ciberdelincuencia, a su vez, se estudian los problemas que acarrean los delitos transfronterizos y se actualiza la composición y aplicación penal de las figuras de hacking, pornografía infantil, ciberterrorismo, ciberdelitos contra la propiedad intelectual y los derechos de autor, y las nuevas modalidades de fraude y estafa.

VII. Libertad de expresión en la red y derecho penal

Tampoco la obra del Profesor ha sido ajena a uno de los caballos de batalla más retadores que las tecnologías de la información y la comunicación han propuesto y siguen proponiendo al estudio del Derecho penal: la identificación de los límites de la libertad de expresión en la red.

En la obra *Derecho penal y libertades de expresión y comunicación en Internet*[10], se analiza con exactitud el trasladado de las limitaciones constitucional del artículo 20. 1 de nuestra norma suprema al contexto del ciberespacio. Así, se concluye que no cabe duda de que el límite de la libertad de expresión en la red debe ser exactamente el mismo que se presenta como dique de contención en el espacio físico y en relación con los delitos de expresión tradicionales: los derechos de terceros.

Pero, igualmente, nos invita a comprender y enmarcar los mensajes de potencial contenido ilícito en la red en su contexto. Y esta tarea debemos llevarla a cabo desde dos

[10] Romeo Casabona, Carlos María, «Derecho penal y libertad de expresión e información en Internet», en *Estudios de Derecho penal: en memoria del Prof. Juan José Bustos Ramírez,* Hormazábal Malarée (coord.), Editorial Ubijus, México, 2011, pp. 777-812.

planos diferenciados: en primer lugar, desde la óptica de la extraordinaria capacidad de difusión de las TIC y las posibilidades de hacer llegar los mensajes a cualquier persona, independientemente de la parte del mundo en la que se encuentre. Por tanto, los planteamientos relativos a la capacidad lesiva de estos actos de expresión online deben ser sin duda tenidos en cuenta. En un segundo plano, también nos invitaba a encuadrar los mensajes de Internet en su contexto, puesto que la red se trata de un espacio desinhibidor donde el clima de odio y enfrentamiento es más habitual que en otros espacios y este es, sin duda, también un punto a baremar en la tarea de encontrar los límites punibles del ejercicio de la libertad de expresión e información.

VIII. El desafío de la inteligencia artificial

En último lugar, huelga apuntar que el Prof. Romeo Casabona centró sus esfuerzos en los últimos años en el concienzudo estudio de los retos que la inteligencia artificial propone a las ciencias jurídicas y al Derecho penal en particular.

Son varias y complementarias las contribuciones sobre esta cuestión. En *Inteligencia artificial, derechos fundamentales y proceso penal*[11], esbozaba las primeras consideraciones doctrinales en relación a cómo la IA iba a reconfigurar ciertos derechos fundamentales como la tutela judicial efectiva, el secreto de las comunicaciones, la libertad informática y protección de datos, la intimidad o la libertad de información y comunicación, en un momento aún incipiente, donde desconocíamos los avances actuales de la IA relativos a sus capacidades y, en particular, a las posibilidades de la IA generativa. También en *Inteligencia artificial, predictividad y justicia penal*[12] planteaba la problemática de la utilización de este tipo de sistemas inteligentes para la medición de la peligrosidad criminal o la toma de decisiones a nivel judicial.

Más recientemente, en los dos volúmenes de la obra colectiva *Derecho penal, ciberseguridad, ciberdelitos e inteligencia artificial*[13], se lleva a cabo una revisión panorámica de los retos que estos conceptos proponen al Derecho penal. Resultan particularmente interesantes las aproximaciones a las posibles vulneraciones de derechos fundamentales en contextos de ciberseguridad, a la influencia de la pandemia en la aceleración del proceso de digitalización, a la disyuntiva sobre la determinación de la jurisdicción penal a cada caso, a los delitos relacionados con la protección de datos en

[11] Romeo Casabona, Carlos María, «Inteligencia artificial, derechos fundamentales y proceso penal», en Comunicaciones en propiedad industrial y derecho de la competencia, núm. 89, Instituto de Derecho y Ética industrial, Madrid, 2020, pp. 253-271.

[12] Romeo Casabona, Carlos María, «Inteligencia artificial, predictividad y justicia penal», en Cibercrimen III: inteligencia artificial, automatización, algoritmos y predicciones en el Derecho penal y procesal penal, Kiefer (coord.), Editorial B de F, Uruguay, 2020, p. 183.

[13] Romeo Casabona, Carlos María y Rueda Martín, María Ángeles (coords.), *Derecho penal, ciberseguridad, ciberdelitos e inteligencia artificial, vol. I y II*, Editorial Comares, Granada, 2023.

la red, a cuestiones sobre suplantación de identidad o delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales o el análisis de la novedosa normativa reguladora de la IA.

En concreto, el Profesor abordaba en varias contribuciones destacadas cuestiones de tanta actualidad como el delito de intrusismo informático, la protección de datos personales de salud en la UE, la desinformación o las posibilidades de atribución de responsabilidad penal a sistemas de inteligencia artificial. Llevaba a cabo, además, una caracterización del ciberespacio como nuevo espacio delictivo con distintivas características, que coexplican las especificidades de los cibercrímenes y su evolución.

También en *La atribución de responsabilidad penal por los hechos cometidos por sistemas autónomos inteligentes, robots y tecnologías conexas*[14] se trata de establecer las primeras bases para esta problemática que, lo más seguro, es que continúe dibujando nuevas aristas en los próximos años. Sobre esta cuestión, planteaba si es necesario un nuevo sistema de responsabilidad por este tipo de sistemas o si es válido el actual, planteando argumentos a favor y en contra de ambas posturas, y sobre la conveniencia o no de exigir responsabilidad a estos entes. También dibujaba unas primeras notas sobre los posibles comportamientos en clave de tipo subjetivo, sean estos dolosos o imprudentes.

IX. Legado y perspectivas futuras

En suma, si algo es latente es que el legado del Prof. Romeo Casabona, si bien hemos puesto nuestra mirada en estas líneas tan solo en una parte nimia del mismo (la relativa al estudio de la delincuencia informática), no solo es excelso, sino que la calidad y frecuencia de su actividad investigadora en la academia conllevan que en un sencillo repaso a sus contribuciones más destacadas, estemos de alguna manera recorriendo también los avances sociales y la respuesta que el Derecho ha tratado de otorgar a los mismos. De hecho, del mismo modo en el que sus obras nos sirven de fiel guía para analizar el pasado, las últimas líneas en relación con el cibercrimen y la IA son una estupenda piedra de toque para discernir dónde residirá la discusión jurídico-penal en términos político-criminales en el futuro.

No en vano, hemos comprobado cómo el Profesor no esquivó ningún reto por mucho que las cuestiones abordadas en sus contribuciones exigieran de un nivel técnico profundo en otras materias lejanas al Derecho como la tecnología, la comunicación o la informática. Ello le llevó a ser pionero en sus planteamientos y a vaticinar muchas de las cuestiones que hoy en día la doctrina discute. Así, nos invita a quienes contribuimos en esta obra homenaje a tratar de emularle, en la medida de nuestras posibilidades, y

[14] Romeo Casabona, Carlos María, «La atribución de responsabilidad penal por los hechos cometidos por sistemas autónomos inteligentes, robots y tecnologías conexas», en *Estudios político-criminales, jurídico-penales y criminológicos: libro homenaje al profesor José Luis Díez Ripollés*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 721-733.

continuar siendo un grupo de referencia a futuro, en cuestiones relacionadas con la tecnología, la bioética, el bioderecho u otras temáticas tan retadoras y dinámicas como en las que el Prof. Romeo Casabona ha sido referente todos estos años.

X. Bibliografía

Romeo Casabona, Carlos María y Flores Mendoza, Fátima, *Nuevos instrumentos jurídicos en la lucha contra la delincuencia económica y tecnológica,* Editorial Comares, Granada, 2012.

Romeo Casabona, Carlos María y Rueda Martín, María Ángeles (coords.), *Derecho penal, ciberseguridad, ciberdelitos e inteligencia artificial, vol. I y II*, Editorial Comares, Granada, 2023.

Romeo Casabona, Carlos María y Sánchez Lázaro, Fernando G., *La adaptación del Derecho penal al desarrollo social y tecnológico,* Editorial Comares, Granada, 2010.

Romeo Casabona, Carlos María, «Datos personales (comentario al artículo 4.1 RGPD)» en *Comentario al Reglamento General de Protección de Datos y a la Ley Orgánica de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales*, Troncoso Reigada (dir.), Thomson Reuters, Pamplona, 2021.

— «Delitos cometidos con la utilización de tarjetas de crédito, en especial cajeros automáticos», en Poder Judicial, núm. extra 9, Madrid, 1989.

— «Derecho penal y libertad de expresión e información en Internet», en *Estudios de Derecho penal: en memoria del Prof. Juan José Bustos Ramírez,* Hormazábal Malarée (coord.)*,* Editorial Ubijus, México, 2011.

— «Inteligencia artificial, derechos fundamentales y proceso penal», en Comunicaciones en propiedad industrial y derecho de la competencia, núm. 89, Instituto de Derecho y Ética industrial, Madrid, 2020.

— «Inteligencia artificial, predictividad y justicia penal», en Cibercrimen III: inteligencia artificial, automatización, algoritmos y predicciones en el Derecho penal y procesal penal, Kiefer (coord.), Editorial B de F, Uruguay, 2020.

— «La atribución de responsabilidad penal por los hechos cometidos por sistemas autónomos inteligentes, robots y tecnologías conexas», en *Estudios político-criminales, jurídico-penales y criminológicos: libro homenaje al profesor José Luis Díez Ripollés*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

— «La intimidad y los datos de carácter personal como derechos fundamentales y como bienes jurídicos penalmente protegidos»en *Estudios jurídicos en memoria de José María Lidón*, Echano Basaldua (coord.), Universidad de Deusto, Bilbao, 2002.

— «La protección penal de la intimidad y de los datos personales», en Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal, núm. 2, Madrid, 2003.

— «La protección penal de los mensajes de correo electrónico y de otras comunicaciones de carácter personal a través de Internet», en Derecho y Conocimiento, núm. 2, Huelva, 2002.

— «La utilización abusiva de tarjetas de crédito», en Actualidad Financiera, núm. 41, Madrid, 1987.

— «Las nuevas tecnologías de la información: un nuevo desafío para el Derecho», en Telos: cuadernos de comunicación e innovación, núm. 15, Madrid, 1988.

— «Tendencias actuales sobre las formas de protección ante las nuevas tecnologías», en Poder Judicial, núm. 31, Madrid, 1993.

— *El cibercrimen: nuevos retos jurídico-penales, nuevas respuestas político-criminales*, Editorial Comares, Granada, 2006.

— *Poder informático y seguridad jurídica. La función tutelar del Derecho penal ante las nuevas tecnologías de la información,* Fundesco, Madrid, 1988.

30

HOMICIDIO CONSENTIDO Y EUTANASIA*

JUAN PABLO MAÑALICH R.
Profesor titular de Derecho penal
Universidad de Chile

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL HOMICIDIO CONSENTIDO COMO DELITO DE PELIGRO ABSTRACTO. II.1. ¿Paternalismo indirecto como fundamento de la ilicitud del homicidio consentido? II.2. La limitación de la eficacia del consentimiento como protección general frente al peligro abstracto. III. EL HOMICIDIO CONSENTIDO BAJO LA REGULACIÓN DE LA EUTANASIA. III.1. La clasificación de las formas de eutanasia y su significación jurídico-penal. III.2. La eutanasia «pasiva» como homicidio no punible. III.2.1. *La ambigüedad de la descripción «interrupción de un tratamiento».* III.2.2. *El problema de la manipulación de mecanismos tecnológicos de salvamento.* III.2.3. *La bivalencia de la eutanasia pasiva.* II.3. La eutanasia (activa) «indirecta» como homicidio no punible. III.4. ¿La eutanasia (activa) «directa» como homicidio punible? IV. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Entre las muchas, y muy significativas, contribuciones intelectuales de Carlos María Romeo Casabona destaca su exploración de buena parte de las preguntas fundamentales que aparecen en las múltiples intersecciones de la reflexión bioética y la dogmática jurídico-penal. Al interior de este vasto campo, la cuestión de la disponibilidad sobre la propia vida, así como el tratamiento al que los sistemas de derecho penal someten la eutanasia, fueron objeto de atención preeminente de su parte[1]. En lo que sigue ofreceré,

* Agradezco a Ignacio Mac-Clure O., ayudante *ad honorem* del Departamento de Ciencias Penales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, por su colaboración en la revisión del borrador.

[1] Sobre lo uno y lo otro, véase ROMEO CASABONA, Carlos María, *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994, pp. 95 y ss., 420 y ss.; más recientemente, ROMEO CASABONA, Carlos María, «Lección 14. Toma de decisiones al final de la vida» y «Lección 15. Suicido y eutanasia», en Romeo Casabona, Carlos María (dir.), *Manual de Bioderecho*, Dykinson, Madrid, 2022, pp. 361 y ss., 387 y ss.

teniendo a la vista algunas particularidades del derecho chileno, un análisis tanto de la específica estructura del injusto exhibido por un homicidio consentido, por un lado, como del estatus jurídico-penal de comportamientos constitutivos de eutanasia cuando se los considera como posibles instancias de homicidio, por otro[2]. Con ello quisiera contribuir, modestamente, al homenaje póstumo que con este volumen se rinde a la vida y obra de Carlos Romeo Casabona.

II. El homicidio consentido como delito de peligro abstracto

II.1. ¿Paternalismo indirecto como fundamento de la ilicitud del homicidio consentido?

La proposición de que la ilicitud de un homicidio *no* resulta excluida por el consentimiento prestado por quien resulta muerto reproduce adecuadamente una constante de los ordenamientos jurídicos contemporáneos[3]. Mas ello no implica que, bajo estos mismos ordenamientos, la vida sea un bien jurídico indisponible para su titular. El consentimiento referido a la acción letal que otro ejecuta sobre quien presta ese consentimiento representa solo una de las dos modalidades que podría asumir semejante disposición: el consentimiento constituye una disposición *por delegación*, que se deja contraponer a una disposición *por mano propia*, la cual en este contexto asumiría la forma de un suicidio. En la medida en que, *de lege lata*, el suicidio no sea, como tal, objeto de prohibición jurídica, la afirmación del carácter supuestamente indisponible de la propia condición de ser vivo debería quedar descartada sin más[4]. Esto se sigue del hecho de que la prohibición del homicidio tenga que ser más precisamente formulada como la prohibición de producir la muerte de *otro* ser humano (nacido): el contenido

[2] Para ello, me permito extractar y adaptar, actualizándolas, algunas consideraciones ya formuladas en Mañalich, Juan Pablo, *Estudios sobre la parte especial del derecho penal chileno*, Thomson Reuters, Santiago, 2020, pp. 99 y ss.

[3] En referencia a la tradición del derecho penal alemán, y en perspectiva histórica, Binding, Karl, *Handbuch des Strafrechts*, Duncker & Humblot, Leípzig, 1885, pp. 718 y ss. En referencia a la tradición del derecho español, véase Bustos, Juan, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, 2.ª edición, Ariel, Barcelona, 1991, pp. 36 y ss., 40. En cuanto a la tradición del derecho penal angloamericano, véase Kadish, Sanford, «Letting Patients Die: Legal and Moral Reflections», *California Law Review*, Vol. 80, 1992, pp. 858 y ss.

[4] En lo tocante al derecho español anterior a la entrada en vigencia del CP de 1995, véase Bustos, 1991, pp. 36 y ss. En la discusión chilena, el desconocimiento de las implicaciones de la distinción entre consentimiento y autolesión como modalidades estructuralmente alternativas de disposición es especialmente claro en Ossandón, María Magdalena, «El derecho a rechazar tratamientos médicos. ¿Un reconocimiento del derecho a disponer de la propia vida?», *Derecho Público Iberoamericano*, Núm. 2, 2013, pp. 166 y ss., donde —en lo que aquí interesa— se aduce la punibilidad a la que, *de lege lata*, queda sometido el auxilio al suicidio para poner en cuestión la licitud del suicidio. En la dirección opuesta, véase Romeo Casabona, 2022, 389.

semántico de la norma en cuestión determina que entre las razones subyacentes que pudieran legitimarla sustantivamente *no* figure un principio de «paternalismo directo»[5], que es la forma de paternalismo que podría tener pertinencia tratándose de situaciones («unilaterales») de una eventual disposición por vía de autolesión.

Por ende, la dificultad consiste en dar cuenta de la restricción de la disponibilidad de la propia vida *a través de un consentimiento*[6]. Esto parecería traducirse en que el ámbito de aplicación de la prohibición del homicidio quede codeterminado por una forma de «paternalismo indirecto»[7], que es la forma de paternalismo con pertinencia ante situaciones («bilaterales») de una eventual disposición por vía de delegación. Nótese, en todo caso, que la pregunta solo se plantea en caso de que el «afectado» —esto es, la persona de cuya muerte se trata— efectivamente haya consentido, de manera autónoma, en que otro produzca su muerte. Justamente esto explica que, en cuanto aplicable en tal situación, la prohibición del homicidio no pueda entenderse exclusivamente fundada en el llamado «principio del daño»[8]. En consideración al significado exhibido por el término «daño» en la formulación de este último principio, la circunstancia de que la persona afectada preste un consentimiento no viciado en referencia al menoscabo que habrá de ser condicionado por el comportamiento de otro determina que ese menoscabo no pueda ser considerado un daño, en razón de que, al no verse *agraviada* por ese comportamiento, la persona afectada no resulte «dañada» en sentido evaluativo. De ahí que si, a pesar del consentimiento autónomamente prestado por el afectado, la preservación de la aplicabilidad de la prohibición del homicidio necesita ser explicada como fundada en un principio paternalista, este tenga que ser entendido en el sentido de un paternalismo «fuerte», y no en el sentido de un paternalismo «débil»[9].

El problema se deja ilustrar si se considera la controversia concerniente al estatus del «homicidio a requerimiento» (*Tötung auf Verlangen*), tipificado como variante privilegiada de homicidio en el § 216 del StGB. Bajo esta disposición, un consentimiento cualificado como un requerimiento expreso y serio por parte del afectado no alcanza a revertir la ilicitud de la producción de su muerte por parte de otro. Al mismo tiempo, empero, ese consentimiento cualificado da lugar a una morigeración de la gravedad

[5] Al respecto, Feinberg, Joel, *Harm to Self*, Oxford University Press, Oxford y Nueva York, 1986, pp. 8 y ss.

[6] Véase Mañalich, Juan Pablo, «*Volenti non fit iniuria*. Sobre la función y la estructura del consentimiento como categoría jurídico-penal», en Cancio *et al.* (eds.), *Libro homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2019, pp. 595 y ss.

[7] Feinberg, 1986, 9 y ss.

[8] Véase Feinberg, 1986, 10 y ss.

[9] Para esta distinción, véase Feinberg, 1986, 12 y ss., quien observa que, en razón de que el paternalismo débil podría servir de premisa para desconocer la eficacia de un consentimiento referido al menoscabo condicionado por un comportamiento ajeno si y solo si ese consentimiento *no* es «plenamente voluntario», habría que prescindir de su caracterización como un principio «limitador de la libertad».

del homicidio así constituido, que tendría que ser explicada como consecuencia de una reducción de la magnitud del injusto de semejante homicidio[10]. Todo el problema consiste en articular una explicación teóricamente adecuada de esto último.

Por un lado, cabría sostener que el hecho de que la prohibición del homicidio no deje de ser aplicable por la circunstancia de que el afectado preste un consentimiento serio y expreso se sustenta en la validación de una forma de *paternalismo indirecto*, en el sentido ya explicado. Esto a veces conduce a la tesis de que la salvaguardia de la autonomía de la decisión de terminar con la propia vida exigiría que sea el propio afectado quien ejecute la respectiva acción letal[11]. El carácter paternalista de la protección así dispensada se manifestaría en el régimen punitivo privilegiado al cual queda sometido semejante variante de homicidio. Una implicación fundamental de esta tesis ha sido explicitada por Kubiciel: la protección brindada por la prohibición del homicidio en una situación en la cual la respectiva acción letal ha sido autónomamente consentida por el afectado tendría que ser entendida como una protección *específicamente* dispensada a la vida de este[12]. Ello dejaría abierta, con todo, la viabilidad de someter el § 216 del StGB a una operación de restricción teleológica, resultante en la falta de punibilidad de la ejecución de una acción letal en una «situación de necesidad paliativa»[13].

Desde otro punto de vista, empero, que la prohibición del homicidio resulte aplicable en un caso en el que la ejecución de la correspondiente acción letal ha sido expresa y seriamente solicitada por la persona afectada, podría explicarse en términos de que lo que estaría en juego aquí sería la vida de *cualesquiera personas*. Esta concepción, pormenorizadamente articulada por Jakobs, descansa crucialmente en la posibilidad de evaluar la racionalidad de la voluntad del afectado en cuanto a no seguir viviendo[14].

[10] Véase Neumann, Ulfrid y Saliger, Frank, en Urs Kindhäuser / Ulfrid Neumann / Hans-Ullrich Paeffgen (eds.), *Strafgesetzbuch. Nomos Kommentar*, tomo III, 5.ª edición, Nomos, Baden-Baden, 2017, § 216, n.m. 2.

[11] Así, entre muchos, Kindhäuser, Urs, *Lehr- und Praxiskommentar zum Strafgesetzbuch*, Nomos, Baden-Baden, 2010, § 216, n.m. 2; críticamente al respecto, Kubiciel, Michael, *Die Wissenschaft des Besonderen Teils des Strafrechts*, Vittorio Klostermann, Fráncfort del Meno, 2013, pp. 206 y ss., desconociendo toda relevancia criteriológica a la circunstancia de que la producción de la muerte tenga lugar por mano propia.

[12] Véase Kubiciel, 2013, 194 y ss., 200 y ss., 205, quien sostiene que, ante la solicitud de la ejecución de la acción letal, su carácter prohibido *sub specie* homicidio tendría que explicarse como la consecuencia de la protección que la respectiva prohibición dispensa a la vida de quien se muestra así ya «cansado de la vida».

[13] Kubiciel, 2013, 219 y ss., 225 y ss.

[14] Véase Jakobs, Günther, *Tötung auf Verlangen, Euthanasie und Strafrechtssystem*, Verlag der bayerischen Akademie der Wissenschaften, Munich, 1998, pp. 19 y ss.; Jakobs, Günther, «Einwilligung in sittenwidrige Körperverletzung», en Andreas Hoyer / Henning Ernst Müller / Michael Pawlik / Jürgen Wolter (eds.), *Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag*, C.F. Müller, Heidelberg, 2006, pp. 516 y ss.

De ahí que también esta segunda aproximación sea compatible con una estrategia de restricción teleológica, paradigmáticamente en referencia a la situación de personas que padecen una enfermedad grave e irreversible[15].

Si bien las dos posiciones recién contrastadas pretenden reconstruir el homicidio a requerimiento como un delito de peligro abstracto, solo la primera de ellas vincula esa caracterización con la apelación a una forma de paternalismo indirecto, tal como ello ha sido advertido por Kubiciel[16]. Pero la caracterización del homicidio a requerimiento como un delito de peligro abstracto también es defendida por Jakobs[17], a pesar de que este, tomando distancia de su tratamiento más temprano del problema[18], posteriormente llegó a rechazar la invocación de un principio paternalista, en razón de que el paternalismo contradiría la «plena personalidad» predicable de quien presta autónomamente su consentimiento al menoscabo condicionado por el comportamiento de otro[19]. Como hipótesis interpretativa capaz de explicar el privilegio expresado en la penalización del homicidio a requerimiento sólo cabría, entonces, postular una subrogación —o cabría decir: «sublimación»— de la finalidad de protección atribuible a la prohibición del homicidio[20].

En lo que sigue quisiera mostrar que una y otra posición pueden plausiblemente identificar el injusto del homicidio a requerimiento con la generación de un peligro abstracto para la vida *qua* bien jurídico individual, en términos tales, sin embargo, que la divergencia entre ambas deba ser explicada a través de una diferenciación de las dos modalidades que puede exhibir la protección de un bien jurídico individual frente al peligro abstracto.

II.2. **La limitación de la eficacia del consentimiento como protección general frente al peligro abstracto**

La diferenciación recién sugerida ha sido planteada por Kindhäuser, en la forma de una distinción entre la protección «especial» y la protección «general» susceptible de ser dispensada a un bien jurídico (individual) frente al peligro abstracto, que complementa la tradicional clasificación de los bienes jurídicos en individuales y colectivos[21].

[15] Jakobs, 1998, 25 y ss.

[16] Kubiciel, 2013, 194 y ss.

[17] Jakobs, Günther, «Zum Unrecht der Selbsttötung und der Tötung auf Verlangen», en Fritjof Haft / Winfried Hassemer / Ulfrid Neumann (eds.), *Strafgerechtigkeit. Festschrift für Arthur Kaufmann*, C.F. Müller, Heidelberg, 1993, pp. 467 y ss.; Jakobs, 2006, 516 y ss.

[18] Jakobs, 1993, 467 y ss.

[19] Jakobs, 2006, 517 y ss.

[20] Jakobs, 2006, 514, 518.

[21] Kindhäuser, Urs, *Gefährdung als Straftat*, Vittorio Klostermann, Fráncfort del Meno, 1989, pp. 294 y ss. Sobre esto, también Mañalich, Juan Pablo, «Peligro concreto y peligro abstracto. Una

Según Kindhäuser, las normas de comportamiento cuyo quebrantamiento es constitutivo de un delito de peligro abstracto característicamente prohíben la afectación de condiciones heterónomas de seguridad que sirven como presupuesto de la posibilidad de disponer y aprovecharse despreocupadamente de uno o más bienes jurídicos[22]. En este contexto, por «seguridad heterónoma» cabe entender la compensación de la adopción individual de la precaución situacionalmente necesaria para poder disponer y aprovecharse, de manera no peligrosa, de bienes en el marco de lo socialmente adecuado, allí donde esa precaución o bien no puede ser adoptada por el individuo en lo absoluto, o bien traería consigo una carga desproporcionadamente gravosa para aquel. Esto descansa en la consideración de que la posibilidad de semejante disposición y aprovechamiento despreocupados de uno o más bienes jurídicos representa «una condición contextual necesaria para el aseguramiento del desarrollo personal»[23]. De esto se sigue que, tratándose de un bien jurídico individual, es necesario diferenciar su protección especial, por un lado, de su protección general, por otro, frente al peligro abstracto. La protección de un bien jurídico individual frente al peligro abstracto es *especial* cuando lo protegido es el bien en cuanto objeto de disponibilidad no peligrosa por parte de una persona determinada (o un grupo determinado de personas); su protección es *general*, en cambio, cuando se trata del aseguramiento de la posibilidad de disponer no peligrosamente del bien en interés de un conjunto indeterminado de personas[24].

La tesis que cabe extraer de lo anterior reza como sigue: la eficacia del consentimiento del titular de un bien jurídico individual como condición de cancelación situacional de una norma de comportamiento que le dispensa protección frente al peligro abstracto depende de que la protección así dispensada sea especial[25]. *A contrario sensu*, que la protección dispensada a un bien jurídico individual no decaiga situacionalmente, a pesar del consentimiento autónomamente prestado por la persona *in concreto* afectada, se explica por el carácter general de esa protección. Ello hace posible prescindir del recurso al paternalismo indirecto, precisamente porque, con cargo a la explicación recién sugerida, la protección brindada por la prohibición del homicidio en tal caso *no* se encuentra referida, en particular, a la vida del afectado.

Lo anterior exige identificar con precisión la razón capaz de sustentar la aplicabilidad situacional de la prohibición del homicidio, en la forma de una razón subyacente a esta, que a su vez sea insensible a la circunstancia de que el afectado haya consentido autónomamente en ser matado. Con arreglo a lo ya sugerido, esa razón tendría que

---

contribución a la teoría general de la parte especial», *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 48, Núm. 2, 2021, pp. 79 y ss., 90 y ss.

22 Kindhäuser, 1989, 280.

23 Kindhäuser, 1989, 279.

24 Kindhäuser, 1989, 294.

25 Kindhäuser, 1989, 294, nota 18.

consistir en el aseguramiento de condiciones heterónomas para la posibilidad de disponer y aprovecharse de la propia vida, de manera relativamente despreocupada, por parte de *cualquier* persona. La sensatez de la protección así dispensada se encuentra internamente conectada con la manera en que el interés en la propia supervivencia tiene el carácter de un «interés (general) de bienestar»: la continuidad de la propia existencia (biológica) representa un presupuesto necesario para la realización de todo interés no momentáneo que sea atribuible a una persona natural[26].

De ahí que sea comprensible que, *por defecto*, una decisión de poner término a la propia existencia no obtenga reconocimiento como condición de cancelación situacional de la prohibición que protege la vida de toda persona natural frente al comportamiento de cualquier otro agente. Esto, en consideración a la imposibilidad práctica de que sea suficientemente neutralizada la *incertidumbre* acerca de si la decisión sobre la continuidad de la existencia del afectado habrá quedado, en cada caso, efectivamente radicada en el arbitrio de este, y no más bien en el arbitrio del destinatario del consentimiento (cualificado como un requerimiento serio y expreso)[27]. La eliminación de esa incertidumbre no podría más que conseguirse por la vía de remover toda acción homicida del «espacio de juego para la acción», deónticamente delimitado, con el que cuenta cualquier persona distinta del afectado, en términos tales que la respectiva acción letal solo pueda ser lícitamente ejecutada, de propia mano, por este.

En la terminología que Jakobs toma prestada de Hegel, el peligro abstracto así tematizado sería un reflejo de la potencial falta de correspondencia entre el enjuiciamiento de la razonabilidad de la decisión desde el punto de vista del «entendimiento» (*Verstand*) del afectado, por un lado, y desde la perspectiva de la «razón» (*Vernunft*) compartida por la generalidad de los beneficiarios de la prohibición en cuestión, por otro[28]. El presupuesto crucial para semejante distinción consiste en la hipótesis de que hay circunstancias, definitorias del prospecto de vida que una persona lleva, o habrá de llevar. a partir de un determinado punto de tiempo, que son capaces de volver *objetivamente racional* una decisión *de esa misma persona* a favor de la terminación de su vida[29]. En la medida en que esas circunstancias *no* se presenten, el potencial desajuste entre entendimiento y razón amenazaría con poner en descrédito el ejercicio rutinario

[26] Feinberg, Joel, *Harm to Others*, Oxford University Press, Nueva York y Oxford, 1984, pp. 37 y ss.

[27] Jakobs, 1998, 18 y ss., 21 y ss.

[28] *Grosso modo*, se trata del contraste entre una modalidad «representacional» y «estática» (*Verstand*) y otra «conceptual» y «dinámica» (*Vernunft*) que puede mostrar el pensamiento, según la explicación ofrecida por Brandom, Robert, *Reason in Philosophy*, The Belknap Press, Cambridge (Mass.) y Londres, 2009, pp. 88 y ss.

[29] Fundamental al respecto, Kagan, Shelly, *Death*, Yale University Press, New Haven y Londres, 2012, pp. 318 y ss., 323 y ss., quien pone de relieve la importancia que para el análisis del problema adquiere el factor del tiempo, a la vez que enfatiza la necesidad de no hacer colapsar la distinción entre la *racionalidad* y la *moralidad* de la decisión favorable a la terminación de la propia vida.

de la libertad de disposición atribuida a cada titular del bien jurídico en referencia a situaciones desprovistas de la agudeza que en general acompaña a una decisión de morir a manos de otro[30].

En estos términos, la prohibición del homicidio, en cuanto reforzada por la norma de sanción del § 216 del StGB, dispensa una protección general a un bien jurídico individual. El carácter general de esta protección se manifiesta en que, tratándose de una disposición sobre la propia vida cuya drasticidad la convierte en una disposición «extrema», ella no sea reconocida como una circunstancia que suprima el carácter prohibido de la acción (ajena) a cuya ejecución se encuentra referido el consentimiento, aun cualificado como un requerimiento serio y expreso, del afectado. La preservación de la aplicabilidad de la prohibición del homicidio serviría así al aseguramiento de condiciones heterónomas que sustentan la factibilidad de una práctica rutinaria de disposiciones «menos-que-extremas» a su respecto.

De lo anterior se sigue que, bajo una norma de sanción como la formulada en el § 216 del StGB, no cabe hablar de «víctima» en alusión al afectado[31]. El reforzamiento punitivo así operado sobre la prohibición del homicidio es el reforzamiento de una norma que, en esas mismas circunstancias, *no* protege especialmente la vida de la persona que resulta muerta[32]. De ahí que un homicidio autónomamente consentido no pueda ser caracterizado como un delito de *lesión* contra la vida del afectado. Pero esto no significa que la norma de sanción que tipifica el homicidio a requerimiento refuerce punitivamente una norma de comportamiento distinta de la prohibición cuyo quebrantamiento es constitutivo de todo delito de homicidio. Antes bien, la penalización del homicidio a requerimiento como una forma privilegiada de homicidio sirve como criterio de reconocimiento de una excepción a la metarregla que confiere eficacia al consentimiento de la persona *in concreto* afectada por la ejecución de una acción que resulta en el menoscabo de un bien jurídico individual del cual esa persona es un titular singularizado[33]. La activación de esa excepción conlleva una redefinición del *foco de protección* de la norma en cuestión. En esto consiste, precisamente, el hecho de que la protección así dispensada por la prohibición del homicidio frente al peligro abstracto tenga carácter general[34].

[30] Jakobs, 2006, 519.

[31] Fundamental, Feinberg, 1984, 117 y ss., llamando la atención acerca de la necesidad de desambiguar la expresión «víctima» para así identificar un sentido congruente con la noción evaluativa de *daño*.

[32] Sternberg-Lieben, Detlev, *Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht*, Mohr Siebeck, Tubinga, 1997, p. 120.

[33] Al respecto, Mañalich, 2019, 603 y ss.

[34] Para un argumento próximo, aun cuando no idéntico, al aquí presentado, véase Ingelfinger, Ralph, *Grundlagen und Grenzbereiche des Tötungsverbots*, Carl Heymann, Colonia, 2004, pp. 213 y ss., 216.

III. El homicidio consentido bajo la regulación de la eutanasia

III.1. La clasificación de las formas de eutanasia y su significación jurídico-penal

Habiéndose ya establecido que el consentimiento autónomamente prestado por el afectado (sólo) logra redefinir el foco de protección exhibido por la prohibición del homicidio, ahora cabe poner la vista en las implicaciones de que aquello que se tematiza como «eutanasia» se corresponda con comportamientos que, desde un punto de vista jurídico-penal, se presentan como instancias de homicidio consentido. Para ello, el asunto será analizado en específica referencia a la regulación plasmada en la Ley 20.584, que es la ley chilena que «regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud»[35].

Una primera dificultad que enfrenta la reconstrucción de la regulación legal queda determinada por la insuficiente precisión con la que, en contraste con lo que ocurre en el campo de la bioética, suelen ser perfiladas y diferenciadas las formas de eutanasia susceptibles de ser sometidas a regulación jurídica[36]. La clasificación más usual se reduce a la yuxtaposición de la «eutanasia pasiva», la «eutanasia indirecta» y la «eutanasia directa»[37], cuya adecuación, empero, tiende a ser crecientemente puesta en cuestión[38]. Esta clasificación es problemática por múltiples razones, en términos que vuelven especialmente intrincada la correlación de las formas de eutanasia así tematizadas con una o más formas de homicidio eventualmente punible[39].

Por un lado, esa clasificación atiende al carácter *directo* o *indirecto* de la eutanasia en cuestión, para así producir una distinción al interior de una categoría que como tal no queda debidamente explicitada, a saber: la categoría de la eutanasia *activa*, complementaria a la categoría de la eutanasia *pasiva*. La distinción en cuestión concierne a si el acaecimiento de la muerte del paciente constituye o bien un fin —característicamente:

[35] Véase en general Wilenmann, Javier, «Lesión punible e intervención terapéutica en un incapaz de consentir en el derecho chileno», *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 44, Núm. 1, 2017, pp. 216 y ss., 219 y ss.

[36] Véase Romeo Casabona, 1994, 421 y ss. Para lo que sigue, véase Rivera López, Eduardo, *Problemas de vida o muerte. Diez ensayos de bioética*, Marcial Pons, Madrid, Barcelona y Buenos Aires, 2011, pp. 50 y ss.

[37] Véase, Torío, Ángel, «Instigación y auxilio al suicidio, homicidio consentido y eutanasia», *Estudios penales y criminológicos*, Núm. 4, 1979-80, pp. 190 y ss. En la literatura chilena, Mayer, Laura, «Autonomía del paciente y responsabilidad penal médica», *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. 37, Núm. 2, 2011, pp. 389 y ss.

[38] Al respecto, Neumann, Ulfrid, en Urs Kindhäuser / Ulfrid Neumann / Hans-Ullrich Paeffgen (eds.), *Strafgesetzbuch. Nomos Kommentar*, tomo III, 5.ª edición, Nomos, Baden-Baden, 2017, vor § 211, n.m. 98. En la discusión angloamericana, Orentlicher, David, «The Alleged Distinction between Euthanasia and the Withdrawal of Life-Sustaining Treatment: Conceptually Incoherent and Impossible to Maintain», *University of Illinois Law Review*, Núm. 3, 1998, pp. 839 y ss., 845 y ss.

[39] Véase Neumann, 2017, vor § 211, n.m. 97.

«intermedio»— perseguido por el agente, o bien solo una consecuencia no buscada, respectivamente. Por su parte, la distinción entre los conceptos de eutanasia activa y eutanasia pasiva resulta ser equívoca, en razón de la ambigüedad que exhibe el adjetivo «pasiva» en ese mismo contexto. Según una primera concepción, el carácter pasivo de la eutanasia se asociaría a la circunstancia de que el comportamiento enjuiciado consista en la omisión de una acción terapéutica capaz de preservar la vida del paciente; según otra concepción, empero, esa caracterización tendría que hacerse descansar en que el comportamiento enjuiciado consista o bien en la omisión, o bien en la interrupción de la ejecución, de semejante acción terapéutica[40]. Esto se ve agravado por la ambigüedad que, más allá de lo anterior, aqueja a la frase «interrupción de un tratamiento».

Por otro lado, la misma clasificación prescinde íntegramente del criterio resultante en la diferenciación de las categorías que en la literatura bioética se etiquetan como «eutanasia voluntaria», «eutanasia involuntaria» y «eutanasia no voluntaria». Estas se corresponden con formas de eutanasia definidas por la circunstancia de que el condicionamiento de la muerte del paciente tenga lugar, respectivamente: (a) habiendo, (b) no habiendo, pero pudiendo haber habido, o (c) no pudiendo haber una manifestación de voluntad conforme por parte del paciente[41]. La eutanasia involuntaria y la eutanasia no voluntaria tienen en común la inexistencia de una manifestación de voluntad conforme con la respectiva intervención por parte del paciente[42], en tanto que la eutanasia voluntaria y la eutanasia involuntaria tienen en común la capacidad (o «competencia») del paciente para manifestar una eventual voluntad conforme[43].

Para superar esta dificultad múltiple, puede ser conveniente definir estipulativamente el concepto (genérico) de eutanasia en los siguientes términos: por «eutanasia» cabe entender el condicionamiento de la muerte de una persona que padece una enfermedad terminal, o bien una enfermedad grave, progresiva e irreversible, a solicitud de ella, por parte de un profesional de la salud[44]. La definición así ofrecida resulta abarcadora tanto de la eutanasia activa como de la eutanasia pasiva, así como tanto de la eutanasia directa como de la eutanasia indirecta, siempre y cuando ellas exhiban el carácter de una eutanasia *voluntaria*, esto es, de una eutanasia practicada en conformidad con el «consentimiento informado» del paciente. Esta última restricción se justifica en atención

[40] Rivera López, 2011, 51.

[41] Véase Rivera López, 2011, 50 y ss.

[42] En términos lógicos, la distinción entre los conceptos de eutanasia involuntaria y eutanasia no voluntaria se corresponde con la distinción entre casos en los cuales la negación de una manifestación de voluntad conforme por parte del paciente exhibe la forma de una «negación interna» y casos en los cuales esa negación exhibe la forma de una «negación externa», respectivamente.

[43] En general sobre la relevancia del factor de la «competencia» o «incompetencia» del paciente bajo el modelo regulativo de la Ley 20.584, véase Wilenmann, 2017, 219 y ss., 223 y ss.

[44] Para una definición próxima a esta, véase Rivera López, 2011, 48 y ss., 68.

a que el foco temático de la presente indagación está constituido por la eventual falta de punibilidad del homicidio *consentido*.

III.2. **La eutanasia «pasiva» como homicidio no punible**

III.2.1. ***La ambigüedad de la descripción «interrupción de un tratamiento»***

Ya se advirtió sobre la ambigüedad que exhibe la expresión «eutanasia pasiva», que en efecto suele entenderse como designativa de comportamientos consistentes o bien en la omisión de una o más acciones constitutivas de un tratamiento eventualmente preservativo de la vida del paciente, o bien en la ejecución de una acción impeditiva de la continuidad de semejante tratamiento[45]. Esto queda prístinamente reflejado en la ambigüedad que, correspondientemente, exhibe la formulación de la premisa normativa decisiva para la fundamentación de la posible licitud de la eutanasia pasiva bajo la Ley 20.584, a saber: la consagración, en el inc. 1.º de su art. 14, del derecho de todo paciente (competente) para rechazar cualquier tratamiento terapéutico. Este se ve ulteriormente especificado, en los términos plasmados en el inc. 1.º del art. 16, en la forma de un derecho a rechazar cualquier «tratamiento que tenga como efecto prolongar artificialmente su vida, sin perjuicio de mantener las medidas de soporte ordinario». El ejercicio eficaz de este «derecho», que en terminología hohfeldiana tiene más bien el carácter de un *poder*[46], queda sometido a la condición ulterior, enunciada en el inc. 2.º del mismo art. 16, de que la omisión del tratamiento no traiga aparejado un riesgo para la salud pública.

La ambigüedad así detectada resulta del hecho de que el rechazo de un tratamiento pueda referirse o bien a un tratamiento *aún no* administrado o bien a un tratamiento *actualmente* administrado. Según cuál de estas dos clases de situaciones se vea ejemplificada por la situación en la cual se encuentra el paciente cuando este declara su rechazo del tratamiento en cuestión, la realización de la voluntad del paciente por parte del profesional de la salud podrá asumir la forma o bien de la omisión o bien de la ejecución de una acción determinada. En la medida en que la falta de administración, o de continuidad en la administración, del tratamiento resulte en la muerte del paciente, el comportamiento del profesional de la salud ejemplificará el concepto de eutanasia pasiva. El hecho de que, no obstante reconocer el poder del paciente para rechazar un tratamiento inmediatamente preservativo de su vida, el art. 14 de la ley declare, en su inc. 3.º, que «[e]n ningún caso el rechazo a tratamientos podrá tener como objetivo la aceleración artificial de la muerte, la realización de prácticas eutanásicas o el auxilio al suicidio», es indicativo de la magnitud de la confusión conceptual padecida por

[45] Así, Romeo Casabona, 2022, 409.
[46] Véase Mañalich, 2020, 109 y ss.

quienes fijaran la redacción definitiva de la disposición, pero también de una dosis no despreciable de hipocresía legislativa[47].

La explicación precedente es suficiente para advertir por qué, tanto en general como en referencia inmediata a la regulación establecida en la Ley 20.584, la distinción entre los conceptos de eutanasia activa y eutanasia pasiva *no* puede ser biunívocamente correlacionada con la distinción entre las formas de punibilidad correspondientes a un homicidio comisivo y un homicidio omisivo[48]. Si bien, en caso de resultar punible a título de homicidio, un comportamiento constitutivo de eutanasia activa lo sería en la forma de un homicidio comisivo, un comportamiento constitutivo de eutanasia pasiva podría serlo o bien en la forma de un homicidio comisivo o bien en la forma de un homicidio omisivo. En contra de lo que podría suponerse a primera vista, esto último no puede hacerse depender, sin más, de que el comportamiento eutanásicamente relevante admita ser descrito o bien como una omisión o bien como una interrupción del respectivo tratamiento. Para advertir por qué, es necesario analizar el problema haciendo uso de algunas herramientas que nos provee la teoría analítica de la acción.

III.2.2. ***El problema de la manipulación de mecanismos tecnológicos de salvamento***

Tal como ya se sugiriera, el problema descansa en la ambigüedad que exhibe la frase «interrupción de un tratamiento». Al respecto, cabe partir diferenciando aquellas situaciones en las cuales el tratamiento en cuestión consiste en la ejecución continua, sucesiva o rutinaria de una serie de acciones de la misma o de diferente índole por parte del agente (o de varios agentes), por un lado, de aquellas otras situaciones en las cuales el tratamiento consiste en el funcionamiento de algún mecanismo automatizado que necesite ser o bien solamente activado o bien, además, controlado o regulado por un agente, por otro.

Los casos del primer grupo no plantean, en principio, dificultad alguna, en razón de que la interrupción de semejante tratamiento no consistirá más que en la discontinuación o falta de reanudación de la ejecución de la acción (compleja) con cuya ejecución se identifica la administración del tratamiento. En la medida en que la falta de ejecución de la acción (compleja) constitutiva del tratamiento explique causalmente el acaecimiento de la muerte del paciente, el título de punibilidad que tendría que venir en consideración consistiría en un homicidio omisivo, dado que el profesional de la salud a quien sea imputable la no-continuación del tratamiento contará, *ceteris paribus*, como garante de la vida del paciente por el desempeño de una función de protección.

[47] Acertadamente, Zúñiga, Alejandra, «Derechos del paciente y eutanasia en Chile», *Revista de Derecho* (Valdivia), Vol. 21, 2008, pp. 118 y ss.

[48] Kubiciel, 2013, 212 y ss.

Mas semejante homicidio omisivo no resultaría punible, precisamente en virtud de su carácter de homicidio *consentido*, con arreglo a lo dispuesto en el art. 16 de Ley 20.584. Pues, al reconocer el poder del paciente que se encuentra en estado terminal para rechazar un tratamiento capaz de postergar el acaecimiento de su muerte, la disposición legal restringe el alcance de la excepción a la metarregla que hace del consentimiento una condición de cancelación situacional de la norma respectiva, que aquí consistiría en la norma de requerimiento, dirigida a quien ocupe la correspondiente posición de garante, fundante del deber cuya infracción resultaría, en caso contrario, punible a título de homicidio omisivo[49].

Los casos problemáticos son los que conforman el segundo grupo, definido por la circunstancia de que el tratamiento rechazado por el paciente se corresponda con el funcionamiento de un mecanismo susceptible de ser manipulado por algún agente, y en particular por un profesional de la salud que viniera en consideración como garante. Para ilustrar la dificultad estructural que esto entraña, distanciándonos por un momento de la fenomenología de la eutanasia, consideremos el caso siguiente, que en lo fundamental reproduce un ejemplo propuesto por Walter[50]:

> El vecino A observa cómo comienza a deteriorarse, por deshidratación, el césped de la casa de su vecino B, quien se encuentra de viaje fuera de la ciudad. A activa el regador del jardín de B, manipulando el interruptor, para después de un par de horas desactivarlo, manipulando el interruptor en la dirección opuesta. A no vuelve a activar el mecanismo de riego, lo cual lleva a que el pasto termine secándose completamente.

El caso tendría que hacer reconocible dónde radica exactamente el problema, a saber: en el impacto que el modo de funcionamiento específico de un mecanismo técnico capaz de servir como soporte al despliegue de un «curso causal salvador» puede tener en la descripción del comportamiento que funge como objeto de enjuiciamiento, desde el punto de vista de la distinción entre la *ejecución de una acción* neutralizadora del respectivo salvamento y así *productiva del menoscabo*, por un lado, y la *omisión de una acción* posibilitadora del salvamento y así *impeditiva del menoscabo* en cuestión, por otro[51]. La observación crucial a este respecto ha sido planteada por Puppe. Según esta, habría que diferenciar las siguientes dos subconstelaciones: aquella que agrupa

[49] Véase, en esta dirección, Spector, Horacio, «Suicidio médicamente asistido y autonomía», en Olbeth Hansberg / Mark Platts (compiladores), *Responsabilidad y libertad*, Fondo de Cultura Económica, Ciudad de México, 2002, p. 192.

[50] Walter, Tonio, «Positive und negative Erfolgsdelikte – Handlen und Unterlassen», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Vol. 116, 2004, p. 558.

[51] En general acerca de la correspondiente tipología de clases de acciones susceptibles de ejecución u omisión en una situación que provee la correspondiente *oportunidad* para ello, véase Mañalich, Juan Pablo, «Norma, acción y deber: el modelo del silogismo práctico», en Daniel González / Sebastián Figueroa, *Libertad, razón y normatividad. La vigencia del pensamiento de G.H. von Wright a cien años de su nacimiento*, Palestra, Lima, 2018, pp. 99 y ss.

los casos en los cuales alguien activa un mecanismo cuyo funcionamiento exige algún grado de intervención o supervisión, lo cual pudiera incluir la necesidad de que, con alguna periodicidad, el mecanismo sea desactivado y nuevamente activado; y aquella que agrupa los casos en los cuales la continuidad del funcionamiento del mecanismo no depende de despliegue de agencia alguno[52].

La distinción hace posible advertir que el criterio decisivo se refiere a la estructura misma de la respectiva acción de salvamento, lo cual es analíticamente independiente de que el potencial agente sea o no destinatario de una norma que vuelva requerida, para él, la acción de salvamento en cuestión. Si asumimos que, en el caso planteado por Walter, un riego del césped de la casa de B adecuado para hacerlo soportar las condiciones climáticas entonces presentes necesariamente tendría que haber asumido la forma de una serie de riegos, separados por correspondientes lapsos de falta de riego, entonces la acción preservativa del césped se correspondería con una acción compleja, superveniente a la ejecución de una serie de acciones de activación y desactivación sucesiva del mecanismo de riego. En tales circunstancias, el comportamiento cuya invocación haría explicable, sobre el trasfondo del correspondiente campo causal, la destrucción del césped consiste en la omisión de esa serie de riegos.

La situación sería enteramente distinta si, para mantener el césped adecuadamente hidratado, hubiese bastado con la activación inicial del mecanismo de riego, para que así este hubiera seguido funcionando de manera automatizada. En tales circunstancias, ya no tendría sentido describir la acción de salvamento del césped que A se encontraba en posición de ejecutar como consistente en una sucesión de activaciones y desactivaciones del mecanismo. La acción de salvamento que A se encontraba en posición de ejecutar se identificaría, más bien, con la activación (instantánea) del mecanismo de riego, cuyo funcionamiento automatizado habría sido mínimamente suficiente, entonces, para mantener el césped del jardín de B. Que, con posterioridad a ello, A haya ejecutado una acción consistente en la interrupción del funcionamiento del mecanismo automatizado de riego, implica que de A puede decirse que ejecutó una acción impeditiva del funcionamiento de un mecanismo automatizado que habría impedido la muerte del césped. Al interrumpir, de ese modo, el correspondiente curso salvador, A habrá *impedido el impedimento* del desenlace lesivo, lo cual determina —en los términos del llamado «efecto acordeón»— que su acción impeditiva pueda ser redescrita como una acción productiva de ese desenlace[53]. Con ello, el comportamiento de A resultaría ser, *ceteris paribus*, antinormativo bajo la prohibición del daño de cosa ajena.

[52] Puppe, Ingeborg, *Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung*, tomo II, 1.ª edición, Nomos, Baden-Baden, 2005, § 45/14, § 46/10 y ss.

[53] Véase Mañalich, Juan Pablo, *Norma, causalidad y acción*, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires y São Paulo, 2014, pp. 67 y ss.

III.2.3. *La bivalencia de la eutanasia pasiva*

El análisis precedente es enteramente extrapolable a la comparación de las dos subconstelaciones de eutanasia pasiva ya contrastadas. Tratándose de casos en los cuales el tratamiento rechazado por el paciente consista en el funcionamiento «agencialmente» controlado o regulado de un mecanismo, su falta de iniciación o su discontinuación —según si el rechazo tiene lugar antes o después del eventual comienzo del tratamiento— asumirá la forma de una *omisión* de la acción compleja cuya ejecución sería mínimamente suficiente para el funcionamiento del mecanismo. En la medida en que ello resulte en la muerte del paciente, la eutanasia pasiva así constituida se corresponderá con un potencial homicidio *omisivo*, con cargo a la posición de garante ocupada por el respectivo profesional de la salud. Y el consentimiento prestado por el paciente, en la forma de un ejercicio eficaz del poder de rechazar el tratamiento reconocido en el art. 16 de Ley 20.584, suprimirá la punibilidad de ese mismo homicidio omisivo.

En cambio, en aquellos casos en los cuales el tratamiento rechazado por el paciente consista en el funcionamiento enteramente automatizado de un mecanismo, de manera tal que la interrupción del tratamiento haya de ser identificada, sin más, con la ejecución de una acción de desactivación de su funcionamiento[54], la eutanasia pasiva así constituida se corresponderá con un potencial homicidio *comisivo*[55]. En vez de encubrir el problema auténticamente normativo que estos casos plantean a través de la curiosa tesis de que la correspondiente ejecución de la acción interruptora habría de ser «valorada» como una omisión[56], cabe sostener que la ilicitud de semejante acción letal puede en efecto resultar excluida por el consentimiento atribuible al paciente, tal como ello fuera afirmado por el BGH en su fundamental decisión recaída en el «caso Putz», de 25 de octubre de 2010[57]. Prototípicos de esta subconstelación son los casos que involucran la desactivación de un ventilador mecánico capaz de mantener artificialmente funcionando el sistema cardiorrespiratorio del paciente.

La dificultad capital que suscita la regulación establecida en la Ley 20.584 la provee la cláusula, incrustada en la primera oración del inc. 1.º de su art. 16, que restringe el alcance del ejercicio eficaz del poder del paciente para rechazar un tratamiento «que tenga como efecto prolongar artificialmente su vida», rechazo cuya implementación

[54] Claramente en esta dirección, Orentlicher, 1998, 839 y ss. Coincidentemente, Zúñiga, 2008, 122 y ss.

[55] Como aquí, Kubiciel, 2013, 212 y ss.

[56] Así, por ejemplo, Neumann, 2017, vor § 211, n.m. 126. En el contexto de la discusión doctrinal chilena, véase Ossandón, 2013, 187.

[57] BGH 2 StR 454/09. El caso involucraba el consentimiento presunto atribuible a una persona cuya muerte había sido condicionada a través de la interrupción del tratamiento.

ha de tener lugar «sin perjuicio de mantener las medidas de soporte ordinario»[58]. Con todo, en razón de que el funcionamiento de un ventilador mecánico *no* se corresponde con una medida «de soporte ordinario»[59], su desactivación admite ser identificada con la interrupción de un tratamiento susceptible de ser eficazmente rechazado por el paciente. Ello tendría que traducirse en que el consentimiento prestado por este logre revertir la punibilidad de la correspondiente eutanasia pasiva *qua* homicidio comisivo.

Es crucial no confundir la muy problemática restricción recién mencionada con la declaración expresada en la oración final del mismo inc. 1.º del art. 16 de la ley, que reproduce parcialmente lo dispuesto en el inc. 3.º de su art. 14, y que reza: «En ningún caso, el rechazo de tratamiento podrá implicar como objetivo la aceleración artificial del proceso de muerte». Tomada literalmente, esta declaración representa un auténtico oxímoron. Pues, en la medida en que el tratamiento susceptible de ser rechazado por el paciente hubiera de tener por efecto —como cabe suponer— una *retardación* artificial «del proceso de muerte», su descontinuación o interrupción ciertamente tendría que resultar, *comparativamente*, en una aceleración de ese mismo proceso, mas sin que entonces tenga sentido alguno caracterizar esta aceleración como *artificial*[60]. De ahí que, para eludir semejante resultado absurdo, la disposición legal deba ser interpretada en el sentido de que la implementación de la decisión del paciente, favorable al rechazo del tratamiento, no pueda servir como *pretexto* para perseguir intencionalmente la aceleración artificial del acaecimiento de su muerte. Con ello, la función de la declaración consiste en servir como criterio de reconocimiento de la ineficacia del consentimiento del paciente para excluir la ilicitud, y así la punibilidad, de la eutanasia (activa) directa.

El análisis así desplegado arroja la conclusión siguiente: el reconocimiento de un poder para rechazar el respectivo tratamiento a todo paciente (competente) cuyo estado de salud sea terminal determina que el consentimiento autónomamente prestado por aquel opere suprimiendo la punibilidad de la eutanasia pasiva, sea a título de homicidio omisivo, sea a título de homicidio comisivo, según cuál sea la fisonomía del comportamiento a través del cual el profesional de la salud implemente la decisión de rechazo del tratamiento.

A este respecto, cabe observar que, desde el punto de vista de la clasificación de la eutanasia como directa o indirecta, no hay razón alguna para asumir que una euta-

[58] Lo desafortunado de tal restricción fue acertadamente diagnosticado por Zúñiga, Alejandra, «La nueva Ley de Derechos del Paciente: del modelo de la beneficencia al modelo de la autonomía», *Revista Médica de Chile*, Núm. 141, 2013, pp. 123 y ss.; véase también Zúñiga, Alejandra, «La nueva ley de derechos de los pacientes: cambiando el paradigma de la relación entre el paciente, el médico y el juez», *Anuario de Derecho Público, Universidad Diego Portales*, Núm. 1, 2012, pp. 284 y ss. Sobre el rechazo que ya hace casi treinta años encontraba la distinción entre métodos «ordinarios» y «extraordinarios» en el contexto de la práctica judicial estadounidense, véase Kadish, 1992, 869 ss., con notas 60 y ss.

[59] Así, Zúñiga, 2008, 121.

[60] Véase Ossandón, 2013, 192.

nasia pasiva, susceptible de venir en consideración como un homicidio (consentido) no punible, no podría contar como «indirecta»[61]. Pues es perfectamente posible que la descontinuación o interrupción del respectivo tratamiento sea llevada a efecto, en congruencia con la voluntad del paciente, con el propósito de mitigar el padecimiento físico que el propio tratamiento pudiera irrogarle. En tal caso, la aceleración del proceso conducente a la muerte del paciente, condicionada a través de la interrupción del tratamiento, tendrá el carácter de una consecuencia no buscada, con lo cual la interrupción del tratamiento tendría que ser caracterizada como una eutanasia pasiva indirecta[62].

III.3. **La eutanasia (activa) «indirecta» como homicidio no punible**

Pero la eventual falta de punibilidad, *de lege lata*, de un posible homicidio consentido no se encuentra circunscrita a las constelaciones de eutanasia pasiva, ya examinadas. Antes bien, la regulación originalmente plasmada en la Ley 20.584 hace reconocible que, bajo condiciones que habrán de ser analizadas en lo que sigue, la falta de punibilidad de un homicidio consentido también puede quedar asociada al hecho de que este se corresponda con una eutanasia activa, en la medida en que esta exhiba la estructura de una eutanasia *indirecta*. Esto quiere decir que la punibilidad del potencial homicidio podría resultar excluida siempre que la acción resultante en una aceleración del «proceso de muerte» del paciente sea ejecutada sin el propósito de condicionar este desenlace, el cual en tal medida tendría el carácter de una consecuencia no perseguida intencionalmente.

El fundamento regulativo para este último aserto no se reduce a la declaración expresada en la oración final del inc. 1.º del art. 16, interpretada *a contrario sensu*. Semejante lectura de la declaración únicamente arroja como conclusión que la restricción así formulada solo se extiende a la eutanasia (activa) directa. Pero de esto ciertamente no se obtiene una premisa *positiva* para la falta de punibilidad de la eutanasia indirecta. Y esa premisa no podría ser identificada con el reconocimiento del poder del paciente para rechazar un tratamiento que pudiera prolongar («artificialmente») su vida. Pues esto último sólo logra fundamentar, en los términos ya esclarecidos, la falta de punibilidad de la eutanasia pasiva. La premisa positiva para la falta de punibilidad de la eutanasia (activa) indirecta, la encontramos, antes bien, en el inc. 4.º de la Ley 20.584, que reconoce a los pacientes cuyo estado de salud sea terminal el derecho a recibir «los cuidados paliativos que les permitan hacer más soportables los efectos de la enfermedad»[63]. Una ejemplificación suficientemente clara, y relevante para la praxis médica, la ofrece el suministro paliativo de morfina en dosis que, al deprimir la capacidad del funciona-

[61] Al respecto, Zúñiga, 2012, 282, donde la interrupción de un tratamiento es caracterizada como un caso de «eutanasia pasiva indirecta».

[62] Rivera López, 2011, 72; véase también Kadish, 1992, 866 y ss.

[63] Al respecto, Zúñiga, 2008, 124 y ss.

miento del sistema cardiorrespiratorio del paciente, puedan precipitar el acaecimiento de su muerte[64].

Una reconstrucción posible de la interrelación de las declaraciones contenidas en los incisos 1.º y 4.º del art. 16 de la ley, entonces, podría ser la siguiente: para que una instancia de eutanasia activa (voluntaria) no resulte punible a título de homicidio comisivo (consentido), es necesario que el dolo de homicidio que pudiera ser reconocible en el comportamiento del agente no quede cualificado en la forma de un dolo directo de primer grado[65]. Y esto podría ser ulteriormente explicado a través de la doctrina del doble efecto[66]. Ambas sugerencias resultan ser, sin embargo, algo apresuradas.

En cuanto a lo primero, no tiene sentido sostener que la variable de imputación subjetiva así tematizada hubiera de tener significación para la fundamentación «positiva» de la punibilidad del correspondiente homicidio. Más bien, se trata de una variable con relevancia para la *negación de la exclusión de su punibilidad* que pudiera fundarse en el consentimiento prestado por el afectado en consideración a su estado de salud: para que, satisfaciéndose las demás condiciones necesarias para ello, la ejecución de una acción (simple o compleja) resultante en la aceleración de la muerte del paciente no resulte punible *qua* homicidio, ese desenlace necesita no haber sido intencionalmente perseguido por el agente. Y en cuanto al segundo punto: aun cuando parecería factible explicar el sometimiento de la permisibilidad de la correspondiente acción letal a la condición de que ella no sea ejecutada con el propósito de dar muerte al paciente, sería infundado vincular semejante explicación con el pretendido impacto que la intencionalidad que acompaña a un comportamiento pudiera tener, *por mor de sí misma*, en la permisibilidad de este. Pues hay buenas razones para negar toda plausibilidad a la postulación de semejante impacto[67].

Como ha sugerido Spector, la relevancia que la distinción entre un objetivo buscado y una consecuencia meramente prevista por el agente adquiere en relación con el estatus moral y jurídico de la eutanasia no se explica por su supuesta importancia intrínseca, sino por la manera en que esa distinción puede servir como una guía de política regulativa[68]. Reformulando este hallazgo, cabe decir que la función de la distinción consiste en proveer un dispositivo heurístico para la identificación de medios o métodos cuya utilización o aplicación se muestra característicamente conectada con

[64] Zúñiga, 2008, 115 y ss.; véase también Rivera López, 2011, 52, 61 y ss.

[65] Véase Neumann, 2017, vor § 211, n.m. 99.

[66] Al respecto, Miranda, Alejandro, «El principio del doble efecto y su relevancia en el razonamiento jurídico», *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 35, Núm. 3, 2008, pp. 487 y ss., 502 y ss., 508 y ss.

[67] En el plano de la filosofía moral, fundamental Bennet, Jonathan, «Morality and Consequences», en Sterling McMurrin (eds.), *The Tanner Lectures on Human Values*, Vol. 2, University of Utah Press, Salt Lake City, 1981, pp. 95 y ss.; véase también Scanlon, Thomas, *Moral Dimensions*, The Belknap Press, Cambridge (Mass.) y Londres, 2008, pp. 12 y ss., 20 y ss.

[68] Véase Spector, 2002, 199 y ss. En la misma dirección, Orentlicher, 1998, 848 y ss.

la ejecución de acciones cuya aceptabilidad pudiera depender no de la intención que eventualmente acompañe su ejecución, sino más bien de la *razón* por la cual, también característicamente, un agente ejecuta una cierta acción valiéndose del respectivo medio o método. Esto resulta especialmente pertinente en el contexto aquí considerado, dado que la regulación legal inequívocamente perfila la supresión o la disminución del padecimiento sufrido por el paciente cuyo estado es terminal como la única razón capaz de volver permisible una acción resultante en una anticipación del acaecimiento de su muerte[69].

Para esclarecer el punto, puede ser útil imaginar dos situaciones alternativas en las cuales el médico tratante pudiera, en congruencia con una declaración de voluntad autónomamente emitida por el paciente, ejecutar una acción resultante en una aceleración del «proceso de muerte» de este: en la primera situación, el médico administra al paciente múltiples dosis, progresivamente más intensas, de morfina; en la segunda, le administra una única dosis de cianuro. Una regulación que, como la plasmada en el art. 16 de la Ley 20.584, sujeta la permisibilidad de la eutanasia activa a la condición de que el agente no persiga el objetivo de acelerar artificialmente la muerte del paciente tendría que traducirse en que solo en la primera de las dos situaciones la producción de ese resultado no resulte punible a título de homicidio comisivo.

Pero sería ingenuo, o hipócrita, asumir que ello habría de ser últimamente explicado por la circunstancia de que quien administra una serie de dosis conjuntamente letales de morfina a una persona que padece los efectos de una enfermedad terminal nunca podría buscar intencionalmente la aceleración de su muerte. Mejor aspectada se encontraría una explicación que, como ya se ha sugerido, discriminara entre la administración de morfina y la administración de cianuro en consideración a que, *objetivamente*, la morfina es una sustancia cuyas propiedades la hacen susceptible de ser aptamente administrada en la ejecución de una acción a favor de la cual pueda esgrimirse la eliminación o la morigeración del sufrimiento corporal del paciente como (única) *razón* legitimadora. Y para simplificar el proceso de deliberación de quien pudiera estar llamado a orientar su comportamiento por esta última razón, la regulación legal formula la condición negativa referida a la intención susceptible de ser perseguida a través de la acción respectiva, cuya satisfacción tendría que traducirse en que el agente se resuelva a hacer uso de un medio o método congruente con la guía de su comportamiento provista por esa misma razón. Esto explica, entonces, que *de lege lata* la falta de punibilidad de una eutanasia activa *qua* homicidio comisivo dependa de que ella exhiba la forma de una eutanasia indirecta.

[69] El punto es hecho por Kubiciel, 2013, 224 y ss., teniendo a la vista el contexto regulativo alemán. En referencia al derecho estadounidense, véase Orentlicher, 1998, 851 y ss.

III.4. **¿La eutanasia (activa) «directa» como homicidio punible?**

Es incierto, con todo, que la regulación así descrita vaya a conservar su vigencia en el futuro próximo, en atención al debate legislativo actualmente en curso acerca del proyecto de ley «sobre muerte digna y cuidados paliativos», que busca hacer permisible, y por implicación no punible, la eutanasia (activa) directa[70]. Ello se expresa, en lo inmediato, en la propuesta de supresión del párrafo final del inc. 1.º del art. 16 de la Ley 20.584, lo cual tendría que resultar en que, con cargo a la modificación proyectada, el rechazo del tratamiento respectivo sí pueda «implicar como objetivo la aceleración artificial del proceso de muerte» del paciente. Este giro regulativo se ve implementado a través de la propuesta de un complejo articulado que habría de quedar incorporado bajo un nuevo parágrafo 3.º a ser incluido en el Párrafo 7.º del Título II de la misma ley, cuyo epígrafe reza: «Del derecho a no padecer dolores o sufrimientos intolerables, a evitar la prolongación artificial de la vida y a solicitar la asistencia médica para morir».

Que el proyecto persigue volver permisible la eutanasia directa, resulta indiscutible si se repara en la definición que en él se contiene del concepto de *asistencia médica para morir*: por tal habría de entenderse, en lo que ahora interesa[71], «la administración, por parte de un profesional de la salud, de una sustancia a una persona que lo haya requerido y que cause su muerte, siempre indicada por orden médica y supervisada por un médico cirujano». En la medida en que la administración de la sustancia deba entenderse motivada por la solicitud, manifestada por el paciente, de que se ponga término a su vida, lo esperable será que la acción consistente en administrar la sustancia letal sea ejecutada, por el destinatario de la solicitud, con el propósito de producir ese mismo resultado[72]. La eliminación de la cláusula del inc. 1.º del art. 16, ya mencionada, habría de tener el efecto de no condicionar la permisión de la acción letal a que ella sea ejecutada sin el propósito de matar al paciente.

[70] El cual representa el resultado de la refundición de cuatro proyectos de ley, correspondientes a los boletines N.º 7.736-11, N.º 9.644-11, N.º 11.577-11 y N.º 11.475-11. La versión aquí considerada es la fijada por el Oficio N.º 16.490, de 20 de abril de 2021.

[71] Cabe tener en cuenta que el mismo art. 16 A agrega que, «[a]asimismo, se entenderá que la asistencia médica para morir puede comprender la prescripción y dispensación, por parte de un médico, de una sustancia a una persona que la haya requerido, de manera que ésta se la pueda autoadministrar causando su propia muerte, siempre bajo supervisión médica en el momento de dicha administración». Esto supone extender la noción legal de asistencia médica para morir para llevarla a cubrir comportamientos constitutivos de auxilio al suicidio; al respecto, Mañalich 2020, pp. 150 y ss., aunque en referencia a una versión anterior del proyecto de ley en cuestión.

[72] Esto no es más que una aplicación del axioma de que la racionalización de una acción implica especificar esa acción como intencional bajo una descripción que es congruente con la razón que la explica; véase Brandom, Robert, *Making it Explicit*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1994, pp. 243 y ss., 253 y ss.

La condición de cuya satisfacción dependería la habilitación para solicitar una «asistencia médica para morir», según lo declarado en el art. 16 A propuesto, consiste en que a la persona solicitante haya sido «diagnosticado […] un problema de salud grave e irremediable». Esto se daría cuando su estado de salud consista o bien en el padecimiento de una «enfermedad terminal», entendida como «aquella condición en la que una persona presenta una enfermedad incurable, irreversible y progresiva, sin posibilidades de respuesta a los tratamientos curativos y con un pronóstico de vida limitado», o bien en «una enfermedad o dolencia seria e incurable», que lleve aparejada «una disminución avanzada e irreversible de sus capacidades», siempre que su estado de salud le ocasione «sufrimientos físicos persistentes e intolerables y que no puedan ser aliviados en condiciones que considere aceptables».

El proyecto de ley incorpora una regulación exhaustiva de los presupuestos de la solicitud susceptible de ser formulada por el paciente, que incluye una especificación de las condiciones de «competencia» que necesitarían satisfacerse para que aquel pueda solicitar eficazmente la asistencia médica para morir, tanto en lo relativo a su edad como en lo tocante al estado de sus facultades mentales[73]. Especial significación adquiere, en este contexto, la muy detallada reglamentación, plasmada en el articulado ubicado bajo el nuevo parágrafo 4 propuesto, de los llamados «documentos de voluntad anticipada». De acuerdo con los términos del proyecto, la asistencia para morir prestada a favor de un paciente que actualmente se encuentre «en un estado de inconsciencia o de privación de facultades mentales» pasaría a ser lícita, siempre que el estado en cuestión sea «irreversible» y el paciente haya manifestado anticipadamente su decisión de recibir esa asistencia en caso de llegar a estar en la condición en que la que ahora se encuentra[74].

La propuesta regulativa así (apenas) reseñada en sus aspectos centrales es representativa de la tendencia que Romeo Casabona asociaba a la adopción de un modelo de «eutanasia burocratizada»[75], lo cual se ve reflejado en el espesor de las condiciones procedimentales fijadas en los arts. 16 C a 16 E, que el proyecto asimismo propone introducir. Según nuestro homenajeado, tal burocratización traería ínsito el riesgo de añadir «sufrimiento al sufrimiento que precisamente se pretende eliminar definitivamente», por cuanto el «propósito garantista» que la anima «puede llegar a convertirse

[73] En lo concerniente a la edad del paciente, el art. 16 B propuesto exige, en su letra c), que se trate de alguien «mayor de 18 años», sin que ello admita «excepción alguna».

[74] Según lo dispuesto en el art. 16 I propuesto, por «documento de voluntad anticipada» habría que entender «un acto por el cual una persona capaz y mayor de edad expresa su decisión futura de recibir asistencia médica para morir, en caso de que padezca un problema de salud grave e irremediable, de acuerdo con los requisitos y formas establecidos en la ley, y se viere impedido de invocar su derecho por encontrarse en un estado de inconsciencia o de privación de facultades mentales, ambos de carácter irreversible».

[75] Romeo Casabona, 2022, 399 (negritas suprimidas).

en el peor enemigo para la aplicación de [la] ley» en cuestión[76]. Es de esperar que, en caso de que la iniciativa legislativa chilena logre materializarse, su implementación no termine dando razón, en este punto al menos, al maestro Romeo Casabona.

IV. Bibliografía

Bennet, Jonathan, «Morality and Consequences», en Sterling McMurrin (eds.), *The Tanner Lectures on Human Values*, Vol. 2, University of Utah Press, Salt Lake City, 1981, pp. 45-116.

Bidning, Karl, *Handbuch des Strafrechts*, Duncker & Humblot, Léipzig, 1885.

Brandom, Robert, *Making it Explicit*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1994.

— *Reason in Philosophy*, The Belknap Press, Cambridge (Mass.) y Londres, 2009.

Bustos, Juan, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, 2.ª edición, Ariel, Barcelona, 1991.

Feinberg, Joel, *Harm to Others*, Oxford University Press, Nueva York y Oxford, 1984.

— *Harm to Self*, Oxford University Press, Oxford y Nueva York, 1986.

Ingelfinger, Ralph, *Grundlagen und Grenzbereiche des Tötungsverbots*, Carl Heymann, Colonia, 2004.

Jakobs, Günther, «Zum Unrecht der Selbsttötung und der Tötung auf Verlangen», en Fritjof Haft / Winfried Hassemer / Ulfrid Neumann (eds.), *Strafgerechtigkeit. Festschrift für Arthur Kaufmann*, C.F. Müller, Heidelberg, 1993, pp. 459-472.

— *Tötung auf Verlangen, Euthanasie und Strafrechtssystem*, Verlag der bayerischen Akademie der Wissenschaften, Munich, 1998.

— «Einwilligung in sittenwidrige Körperverletzung», en Andreas Hoyer / Henning Ernst Müller / Michael Pawlik / Jürgen Wolter (eds.), *Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag*, C.F. Müller, Heidelberg, 2006, p. 507-520.

Kadish, Sanford, «Letting Patients Die: Legal and Moral Reflections», *California Law Review*, Vol. 80, 1992, pp. 857-888.

Kagan, Shelly, *Death*, Yale University Press, New Haven y Londres, 2012.

Kindhäuser, Urs, *Gefährdung als Straftat*, Vittorio Klostermann, Fráncfort del Meno, 1989.

— *Lehr- und Praxiskommentar zum Strafgesetzbuch*, Nomos, Baden-Baden, 2010.

— Neumann, Ulfrid y Paeffgen, Hans-Ullrich (eds.), *Strafgesetzbuch. Nomos Kommentar*, tomo III, 5.ª edición, Nomos, Baden-Baden, 2017.

Kubiciel, Michael, *Die Wissenschaft des Besonderen Teils des Strafrechts*, Vittorio Klostermann, Fráncfort del Meno, 2013.

Mañalich, Juan Pablo, *Norma, causalidad y acción*, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires y São Paulo, 2014.

— «Norma, acción y deber: el modelo del silogismo práctico», en Daniel González / Sebastián Figueroa, *Libertad, razón y normatividad. La vigencia del pensamiento de G.H. von Wright a cien años de su nacimiento*, Palestra, Lima, 2018b, pp. 89-122.

— «*Volenti non fit iniuria*. Sobre la función y la estructura del consentimiento como categoría jurídico-penal», en Cancio *et al.* (eds.), *Libro homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2019, pp. 595-608.

— *Estudios sobre la parte especial del derecho penal chileno*, Thomson Reuters, Santiago, 2020.

[76] Romeo Casabona, 2022, 399 (negritas suprimidas).

— «Peligro concreto y peligro abstracto. Una contribución a la teoría general de la parte especial», *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 48, Núm. 2, 2021, pp. 79-100.

Mayer, Laura, «Autonomía del paciente y responsabilidad penal médica», *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. 37, Núm. 2, 2011, pp. 371-413.

Miranda, Alejandro, «El principio del doble efecto y su relevancia en el razonamiento jurídico», *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 35, Núm. 3, 2008, pp. 485-519.

Orentlicher, David, «The Alleged Distinction between Euthanasia and the Withdrawal of Life-Sustaining Treatment: Conceptually Incoherent and Impossible to Maintain», *University of Illinois Law Review*, Núm. 3, 1998, pp. 837-860.

Ossandón, María Magadalena, «El derecho a rechazar tratamientos médicos. ¿Un reconocimiento del derecho a disponer de la propia vida?», *Derecho Público Iberoamericano*, Núm. 2, 2013, pp. 153-204.

Romeo Casabona, Carlos María, *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994.

— *Manual de Bioderecho*, Dykinson, Madrid, 2022.

Puppe, Ingeborg, *Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung*, tomo II, 1.ª edición, Nomos, Baden-Baden, 2005.

Rivera López, Eduardo, *Problemas de vida o muerte. Diez ensayos de bioética*, Marcial Pons, Madrid, Barcelona y Buenos Aires, 2011.

Scanlon, Thomas, *Moral Dimensions*, The Belknap Press, Cambridge (Mass.) y Londres, 2008.

Spector, Horacio, «Suicidio médicamente asistido y autonomía», en Olbeth Hansberg / Mark Platts (compositores), *Responsabilidad y libertad*, Fondo de Cultura Económica, Ciudad de México, 2002, pp. 181-203.

Sternberg-Lieben, Detlev, *Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht*, Mohr Siebeck, Tubinga, 1997.

Torío, Ángel, «Instigación y auxilio al suicidio, homicidio consentido y eutanasia», *Estudios penales y criminológicos*, Núm. 4, 1979-80, pp. 169-202.

Walter, Tonio, «Positive und negative Erfolgsdelikte – Handlen und Unterlassen», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Vol. 116, 2004, pp. 555-584.

Wilenmann, Javier, «Lesión punible e intervención terapéutica en un incapaz de consentir en el derecho chileno», *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 44, Núm. 1, 2017, pp. 209-233.

Zúñiga, Alejandra, «Derechos del paciente y eutanasia en Chile», *Revista de Derecho* (Valdivia), Vol. 21, 2008, pp. 111-130.

— «La nueva ley de derechos de los pacientes: cambiando el paradigma de la relación entre el paciente, el médico y el juez», *Anuario de Derecho Público, Universidad Diego Portales*, Núm. 1, 2012, pp. 273-288.

— «La nueva Ley de Derechos del Paciente: del modelo de la beneficencia al modelo de la autonomía», *Revista Médica de Chile*, Núm. 141, 2013, pp. 123-124.

31

IL DIRITTO PENALE COME STRUMENTO DI TUTELA DEI DIRITTI DEI MIGRANTI: UN'UTOPIA O UN OBIETTIVO DA PERSEGUIRE?

Luca Masera
Professore ordinario di diritto penale
Università degli Studi di Brescia (Italia)

SOMMARIO: I. Premessa. II. La decisione della Cassazione penale che punisce i respingimenti verso la Libia: il caso *Asso 28*. III. Il caso *Vos Thalassa* e la legittima difesa di chi si oppone al respingimento verso la Libia. IV. Il caso *Matammud* e i procedimenti penali a carico degli autori di violenze e torture nei campi di detenzione libici. V. Il caso *Open Arms* e il processo per sequestro di persona aggravato nei confronti dell'ex Ministro dell'interno Salvini. VI. conclusioni. VII. bibliografia.

I. Premessa

Negli ultimi 30 anni, la politica legislativa e la prassi giudiziaria (in Italia come nel resto d'Europa e del mondo) hanno visto l'utilizzo massiccio del diritto penale come strumento per contrastare le migrazioni irregolari. Colui che lascia il proprio Paese e viene (o cerca di venire) irregolarmente in Italia ed in Europa è stato progressivamente identificato come un «nemico» della società, verso cui indirizzare la risposta punitiva.

L'uso della sanzione penale si inserisce in un più ampio contesto di cd. *crimmigration*[1], *peculiare nella concreta attuazione di ogni Paese, ma nei tratti generali comune a quasi tutti gli ordinamenti contemporanei. La disciplina delle migrazioni è considerata materia di ordine pubblico*, da gestire in modo severo per contrastare i flussi di migranti irregolari (per l'Italia, i flussi provenienti dai Paesi del Nord-Africa, Libia e Tunisia in particolare), e lo strumento penale si affianca ad altri istituti di varia natura (pensiamo

[1] Su tale nozione, elaborata dalla dottrina nord-americana, *Cfr.* per tutti nella letteratura italiana Gatta, Gian Luigi, «La pena nell'era della 'crimmigration'», in *La pena, ancora: tra attualità e tradizione – Scritti in onore di Emilio Dolcini*, 2018, pp. 987 ss., e Spena, Alessandro, «La crimmigration e l'espulsione dello straniero-massa», in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2017, N. 2, pp. 495 ss.

alla severissima disciplina delle espulsioni, o alla privazione di libertà dello straniero nei centri di detenzione amministrativa, o ancora alle difficoltà di accesso al soggiorno regolare) per delineare il quadro di un *sistema giuridico* (nazionale ed europeo) che in ogni modo *ostacola e punisce* i migranti, oltre a punire coloro che (anche senza fini di lucro) *favoriscono* l'ingresso o il soggiorno irregolare degli stranieri.

Il sistema penale italiano conosce una quantità davvero significativa di reati che rientrano in tale strategia di politica-criminale. Da un lato vi sono le diverse figure di reato presenti nel Testo unico sull'immigrazione (d.lgs. 286/1998, di seguito TUI) che puniscono lo straniero in ragione della sua condizione di irregolarità del soggiorno (il reato di ingresso e soggiorno irregolare nel territorio dello Stato, di cui all'art. 10 bis; i diversi reati di violazione dell'ordine di rimpatrio, puniti agli artt. 14 co. 5 ter e 5 quater; i reati di violazione del divieto di reingresso, di cui all'art. 13 co. 13 e 10 co. 2 ter, questi ultimi puniti con pena detentiva); dall'altro vi è il reato di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare (art. 12), di cui negli ultimi anni si è discussa l'applicabilità alle navi delle ONG che svolgono attività di *Search and Rescue* nel Mediterraneo centrale[2].

Se il diritto penale rappresenta dunque innanzitutto uno strumento di repressione delle migrazioni irregolari, il sistema penale italiano negli ultimi anni si è però anche attivato *a tutela* dei migranti, punendo condotte che in vario modo avevano violato i loro diritti fondamentali durante il percorso migratorio. Di seguito andremo ad analizzare alcune vicende processuali emblematiche, che hanno visto i migranti (irregolari) non già, come di consueto, nella veste di imputati di vari reati, ma come *vittime* di condotte illecite, a cui l'ordinamento penale ha riconosciuto tutela; al termine di tale ricostruzione, svolgeremo alcune considerazioni di portata più generale sulla possibilità che il diritto penale svolga in modo significativo la propria funzione di *protezione* dei diritti dei migranti irregolari.

II. La decisione della Cassazione penale che punisce i respingimenti verso la Libia: il caso *Asso 28*

La prima vicenda su cui vogliamo soffermare l'attenzione riguarda una recente decisione della Cassazione penale, che conferma la decisione di condanna per i *reati di abbandono di persone minori o incapaci* (art. 591 c.p.)[3] e *sbarco e abbandono arbitrario*

[2] Su tale argomento, che non vi è qui lo spazio per affrontare, *Cfr.* Masera, Luca, «Soccorsi in mare e diritto penale nella stagione dei porti chiusi. Alcune riflessioni a partire dal caso di Carola Rackete», *Leg. Pen.*, 22.4.2022.

[3] «Chiunque abbandona una persona minore degli anni quattordici, ovvero una persona incapace, per malattia di mente o di corpo, per vecchiaia, o per altra causa, di provvedere a sé stessa, e della quale abbia la custodia o debba avere cura, è punito con la reclusione da sei mesi a cinque anni».

di persone (art. 1155 cod. nav.)[4] del capitano di una nave italiana che aveva riportato in Libia i naufraghi soccorsi in acque internazionali.

Molto sinteticamente i fatti oggetto del processo. Il 30 luglio 2018 il comandante di una barca di appoggio a una piattaforma petrolifera dell'ENI al largo della Libia, la nave Asso 28, riceve dalla stessa l'indicazione di soccorrere un'imbarcazione con a bordo diverse decine di persone (all'esito del soccorso, saranno contate 101 persone, tra le quali diversi minori) che si trova in difficoltà. Dopo avere effettuato il soccorso, in acque internazionali rientranti nell'area SAR (*Search and* Rescue) libica, dalla piattaforma riceve altresì la richiesta di portare a bordo un sedicente funzionario libico, che gli suggerisce di navigare verso la Libia. Il comandante allora, senza prima procedere all'identificazione dei naufraghi, si dirige verso sud, comunicando la propria decisione alle autorità italiane e libiche solo dopo aver intrapreso il viaggio, che si conclude dopo poche ore con lo sbarco delle persone soccorse nel porto di Tripoli.

La Procura di Catania contesta al comandante della nave i reati di abuso d'ufficio (art. 323 c.p.)[5], di abbandono di persone minori o incapaci e di sbarco e abbandono arbitrario di persone. Il Tribunale assolve dal reato di abuso d'ufficio in quanto non ritiene provato il danno ingiusto o l'ingiusto vantaggio patrimoniale che costituiscono l'evento del reato: secondo il Tribunale, la mancata identificazione dei soggetti riportati in Libia impedisce di accertare se e quali danni essi abbiano effettivamente subito una volta sbarcati, né risulta possibile determinare con sufficiente precisione l'eventuale vantaggio patrimoniale conseguito dall'armatore della Asso 28 in seguito alla decisione del capitano di non portare i naufraghi in Italia.

Risultano invece sussistenti gli estremi degli altri due reati contestati. Per quanto riguarda l'abbandono di minori e incapaci, il Tribunale ricorda come si tratti di un reato di pericolo, posto a tutela dell'integrità fisica di chi per varie ragioni non è in grado di tutelare da sé la propria sicurezza: posto che la situazione dei campi di detenzione per

[4] «Il comandante della nave o dell'aeromobile, che, fuori del territorio nazionale, arbitrariamente sbarca un componente dell'equipaggio o un passeggero, ovvero li abbandona impedendone il ritorno a bordo o anticipando la partenza della nave o dell'aeromobile, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa da lire mille a tremila».

[5] «Salvo che il fatto non costituisca un più grave reato, il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che, nello svolgimento delle funzioni o del servizio, in violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità, ovvero omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti, intenzionalmente procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca ad altri un danno ingiusto, è punito con la reclusione da uno a quattro anni». Tale reato, come noto, è stato oggetto di abrogazione nell'agosto scorso ad opera della l. n. 114/2024: per un commento a tale intervento, che ha creato una gravissima lacuna nel sistema di tutela penale dei consociati da forme di abuso o di prevaricazione da parte dei pubblici ufficiali, *Cfr.* per tutti Gatta, Gian Luigi, «Abuso d'ufficio e traffico di influenze dopo la l. 114/2024: il quadro dei problemi di diritto intertemporale e le possibili questioni di legittimità costituzionale», *Sist. pen.,* 2024, N. 7-8. pp. 187 ss.

stranieri in Libia ha esposto sicuramente i naufraghi al rischio di violenze e trattamenti inumani e degradanti, anche se non vi è la prova che essi li abbiano effettivamente subiti, la sentenza ritiene provato il reato in relazione ai cinque minori e alle 5 donne incinte che lo stesso capitano aveva ammesso essere presenti tra i soggetti soccorsi. Quanto al reato di sbarco arbitrario, il Tribunale motiva in modo molto sintetico la condanna segnalando come lo sbarco in Libia non fosse stato concordato con le autorità italiane, e fosse avvenuto contro la volontà dei soccorsi, che chiedevano di essere portati in Italia[6].

La decisione di primo grado viene poi confermata dalla Corte d'appello di Napoli[7] e dalla Cassazione[8], con una decisione che stabilisce principi molto importanti, ben al di là del caso specifico. La Cassazione afferma, infatti, che la Libia non rappresentava all'epoca dei fatti (e non rappresenta tuttora) per i naufraghi soccorsi in acque internazionali un *place of safety*, ai sensi della Convenzione SAR (*Search and Rescue*) di Amburgo sul soccorso in mare, dal momento che secondo innumerevoli rapporti di agenzie istituzionali e di ONG i centri di detenzione per migranti in Libia, dove vengono portati coloro che sono soccorsi in mare, sono dei luoghi di violenza e di tortura. Da tale fondamentale constatazione deriva che il capitano di un'imbarcazione privata italiana, come la Asso 28, è tenuto, nello svolgimento delle funzioni di servizio pubblico che la legge gli attribuisce quando opera un soccorso in mare, a coordinarsi con le autorità italiane, e comunque a non riportare contro la loro volontà in Libia i naufraghi-migranti soccorsi in Libia. In caso contrario, risponde dei reati per cui è stato condannato il capitano della Asso 28.

Il principio affermato è importante anzitutto da un punto di vista penalistico. Nell'ordinamento italiano non esiste una specifica norma penale che punisca i respingimenti di stranieri soccorsi in mare verso luoghi ove essi sono esposti al rischio di trattamenti inumani e degradanti*:* il divieto di *refolument,* affermato dal diritto internazionale consuetudinario e dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, non trova riscontro in una specifica incriminazione nella legislazione italiana. I giudici di Napoli, prima, e la Cassazione, poi, hanno mostrato, in modo a mio avviso convincente, che il *refoulement* configura comunque una condotta penalmente rilevante (specie quando sono coinvolte donne incinte e minori), ai sensi dei reati indicati sopra. Si potrà e dovrà discutere se sia necessario un intervento legislativo che introduca uno specifico reato di *refoulement*

[6] Trib. Napoli, 13.10.2021, n. 1643, in *Sist. pen.,* 5.9.2022, con nota di Pagella, Cecilia, «Sulla rilevanza penale dello sbarco su suolo libico di migranti soccorsi in acque internazionali».

[7] Corte app. Napoli, 10.11.2022, n. 16696, in *Sist. pen.,* 8.5.2023, con nota di Pagella, Cecilia, «Caso ASSO 28: la Corte d'Appello di Napoli conferma la condanna per sbarco arbitrario e abbandono di minori o incapaci sulle coste libiche»; per un commento ad entrambe le decisioni, di primo e secondo grado, *Cfr.* anche Masera, Luca, «Le decisioni di primo e secondo grado nel caso Asso 28 e il problema inedito della qualificazione penalistica dei respingimenti illegittimi», *Dir., imm., citt.,* 2023, N. 2.

[8] Cass. pen., sez. V, 12.10.2023, n. 4557/24.

illegittimo ai sensi del diritto internazionale. In ogni caso, la Cassazione ha affermato a chiare lettere che la condotta di riportare in Libia i soccorsi in acque internazionali configura un reato: un monito che in teoria dovrebbe evitare per il futuro che si ripetano episodi simili a quello del caso Asso 28.

Abbiamo scritto in teoria, perché in realtà nei primi mesi del 2024 le autorità italiane hanno più volte sanzionato con sanzioni pecuniarie e sequestri navi di ONG italiane e straniere che, una volta operato il soccorso di naufraghi in alto mare, non avevano seguito le indicazioni fornite dalle autorità libiche di riportare in Libia i soccorsi e li avevano sbarcati in Italia. Nonostante la decisione chiarissima della Cassazione, le cui motivazioni sono state depositate nel mese di febbraio 2024 (benché il dispositivo della decisione fosse stato già reso noto a ottobre 2023), le autorità di governo continuano a emettere provvedimenti in cui contestano ai capitani delle navi che hanno operato i soccorsi di non avere obbedito alla richiesta della Guardia costiera libica di consegnare loro i soccorsi.

III. Il caso *Vos Thalassa* e la legittima difesa di chi si oppone al respingimento verso la Libia

La sentenza della Cassazione appena citata non rappresenta, del resto, la prima volta in cui la giurisprudenza penale ha affermato l'illegittimità dei respingimenti verso la Libia: il medesimo principio era già stato posto a fondamento di una importante decisione relativa al caso di due stranieri che avevano opposto resistenza al tentativo del capitano della nave che li aveva soccorsi di riportarli in Libia, e per questo erano stati sottoposti a processo per i reati di violenza e resistenza ad un pubblico ufficiale (art. 336[9] e 337[10] c.p.).

Questi in sintesi i fatti. Il rimorchiatore Vos Thalassa, battente bandiera italiana e adibito alle attività di supporto di una piattaforma petrolifera libica, comunica l'8 luglio 2018 alle competenti autorità italiane (MRCC: Centro nazionale di coordinamento del soccorso marittimo) di avere soccorso più di 60 migranti presenti a bordo di un piccolo natante in legno in procinto di affondare; la comunicazione viene inoltrata dal MRCC alle autorità libiche, che non forniscono tuttavia alcuna risposta. In mancanza di attivazione da parte libica, il MRCC di Roma invita in un primo momento il comandante della Vos Thalassa a fare rotta verso Lampedusa. In seguito, tuttavia, il comandante chiama nuovamente le autorità italiane, riferendo di essere stato contattato dalla Guardia costiera

[9] «Chiunque usa violenza o minaccia a un pubblico ufficiale o ad un incaricato di un pubblico servizio, per costringerlo a fare un atto contrario ai propri doveri, o ad omettere un atto dell'ufficio o del servizio, è punito con la reclusione da sei mesi a cinque anni».

[10] «Chiunque usa violenza o minaccia per opporsi a un pubblico ufficiale o ad un incaricato di un pubblico servizio, mentre compie un atto di ufficio o di servizio, o a coloro che, richiesti, gli prestano assistenza, è punito con la reclusione da sei mesi a cinque anni».

libica (GCL), che gli ha ordinato di dirigere l'imbarcazione verso le coste africane, al fine di effettuare il trasbordo dei migranti su una motovedetta libica. La nave si dirige allora verso sud, in direzione del punto di incontro indicato dalle autorità libiche, ma dopo poche miglia la situazione si fa difficile. Uno dei migranti si accorge infatti che la nave ha cambiato rotta e si sta dirigendo verso le coste libiche, e tale circostanza fa sorgere uno stato di grande agitazione tra i migranti, che si rivolgono in modo minaccioso ai membri dell'equipaggio presenti sul ponte, chiedendo loro di fare rotta verso l'Italia e non riportarli in Libia. I due imputati, in particolare, si pongono a capo della protesta, e con contegni anche fisicamente aggressivi esprimono l'assoluta contrarietà di tutti i migranti presenti sulla nave al ritorno in Libia. Il comandante segnala la situazione di pericolo alle autorità italiane, chiedendo l'invio di un'unità militare che possa garantire la sicurezza dell'equipaggio; dopo momenti di grande tensione, l'MRCC si determina infine ad inviare sul posto un'unità navale della Guardia costiera, che prende a bordo i migranti e li porta in Italia.

La sentenza di primo grado del Tribunale di Trapani[11] ritiene che le condotte degli imputati siano risultate provate, e reputa altresì che esse integrino gli estremi oggettivi e soggettivi dei reati contestati dall'accusa (agli imputati, come visto sopra, erano contestati i reati di violenza o minaccia e di resistenza a pubblico ufficiale), ma assolve gli imputati ritenendo ad essi applicabile la causa di giustificazione della *legittima difesa* prevista dall'art. 52 c.p.[12], sul presupposto che essi hanno agito per tutelare il proprio diritto a non venire rinviati in un Paese, la Libia, ove sarebbero stati esposti al concreto pericolo di violenze e trattamenti inumani o degradanti.

Nel giudizio di secondo grado, la Corte d'appello di Palermo[13] arriva a conclusioni opposte. La Corte ritiene che gli imputati si sarebbero posti volontariamente in una situazione di pericolo, provando, d'intesa con gli scafisti, a raggiungere irregolarmente l'Italia su un'imbarcazione inidonea, in attesa dell'arrivo dei soccorsi, e dunque sarebbe risultato insussistente il requisito della non volontaria causazione del pericolo, implicitamente richiesto dall'art. 52 c.p.; all'esito di una motivazione molto dura nei confronti

[11] Tribunale Trapani, 23.5.2019: per un commento, *Cfr.* Masera, Luca, «La legittima difesa dei migranti e l'illegittimità dei respingimenti verso la Libia (caso Vos Thalassa)», *Dir. pen. cont*., 24.6.2019, e Ruggiero, Carol, «Dalla criminalizzazione alla giustificazione delle attività di ricerca e soccorso in mare – Le tendenze interpretative più recenti alla luce dei casi Vos Thalassa e Rackete», *Dir. imm. citt.*, 2020, N. 1.

[12] «Non è punibile chi ha commesso il fatto, per esservi stato costretto dalla necessità di difendere un diritto proprio od altrui contro il pericolo attuale di un'offesa ingiusta, sempre che la difesa sia proporzionata all'offesa».

[13] C. app. Palermo, 24.6.2020): per un commento, *Cfr.* Masera, Luca, «I migranti che si oppongono al rimpatrio in Libia non possono invocare la legittima difesa: una decisione che mette in discussione il diritto al non refoulement», *Sist. pen.,* 21.7.2020, e Natale, Andrea, «Il caso Vos Thalassa: il fatto, la lingua e l'ideologia del giudice», *Quest. giust.*, 23.7.2020.

della sentenza di primo grado (cui veniva rimproverato di avere stravolto i contorni della causa di giustificazione pur di pervenire ad una decisione assolutoria, motivata da ragioni ideologiche), entrambi gli imputati vengono condannati a 3 anni e 6 mesi di reclusione.

La Cassazione[14] annulla senza rinvio la sentenza dei giudici palermitani, riconoscendo la correttezza della decisione di primo grado di riconoscere agli imputati la legittima difesa. La Cassazione ritiene anzitutto provato il concreto pericolo di violenze e di torture cui sarebbero andati incontro gli imputati (e gli altri naufraghi a bordo della *Vos Thalassa*) qualora fossero stati sbarcati in Libia, e reputa priva di alcun sostegno probatorio l'illazione dei giudici palermitani per cui i naufraghi sarebbero stati in qualche modo partecipi della scelta degli scafisti libici di mettere in mare imbarcazioni inidonee a concludere la traversata del Mediterraneo, per farsi soccorrere dalle autorità italiane.

Sulla base di questi presupposti di fatto, la sentenza ricostruisce i singoli elementi della legittima difesa, ritenendoli sussistenti nel caso di specie. Gli imputati, infatti, hanno agito in presenza di un «pericolo attuale di un'offesa ingiusta», posto che lo sbarco in Libia li avrebbe esposti alla quasi certa sottoposizione a violenza («pericolo attuale di un'offesa»), e il pericolo può ritenersi ingiusto perché contrario al diritto al *non refoulement* riconosciuto dal diritto internazionale; la reazione è «necessaria», perché gli imputati non avevano altra possibilità di evitare lo sbarco in Libia se non minacciando il capitano di cambiare rotta e portarli in Italia; e la reazione è altresì «proporzionata», visto che la tutela dell'integrità fisica e psichica degli imputati (e di tutti gli altri naufraghi) certamente prevale sulla tutela dell'ordine pubblico tutelata dalle norme penali loro contestate.

Abbiamo riportato questo caso, che pure non rientra nella categoria di vicende che abbiamo individuato come oggetto di interesse in questo lavoro (cioè, come si ricorderà, i procedimenti dove i migranti sono vittime, e non imputati nel procedimento penale) perché il riconoscimento della legittima difesa agli imputati altro non significa che essi sono state *vittime di una condotta illecita* (il tentativo di respingimento in Libia) alla quale hanno correttamente reagito, e che la loro condotta è valutata positivamente dall'ordinamento giuridico. È vero che prima la Procura, con la decisione di chiedere il processo per gli indagati, poi la Corte d'appello di Palermo, condannandoli per resistenza a pubblico ufficiale, hanno in sostanza negato il diritto al *non refoulement*: ma la conclusione della vicenda in Cassazione ha rappresentato una decisione importante *a tutela* dei diritti dei migranti, riconoscendo loro il *diritto a ribellarsi* a decisioni che comportino la violazione dei loro diritti fondamentali.

[14] Cass., Sez. VI, 26.4. 2022, n. 15869, in *Sist. pen.,* 28.7.2022, con nota di Masera, Luca, «La Cassazione riconosce la legittima difesa ai migranti che si erano opposti al respingimento verso la Libia».

IV. Il caso *Matammud* e i procedimenti penali a carico degli autori di violenze e torture nei campi di detenzione libici

Un altro ambito di grande interesse nella nostra prospettiva di indagine riguarda i procedimenti celebrati a carico degli *autori di torture e violenze* nei famigerati *campi di detenzione* per migranti presenti *in Libia*.

Il caso senz'altro più noto, al punto che è stato fatto oggetto di una pubblicazione monografica[15], è quello celebrato intorno alla fine degli anni Dieci presso gli uffici giudiziari di Milano[16], e che ha visto la *condanna all'ergastolo* (confermata in via definitiva dalla Cassazione[17]) di un cittadino somalo giunto in Italia e riconosciuto da diversi connazionali come autore di *atroci torture e omicidi* nel campo libico di Bani Walid. I fatti sono al contempo eccezionali nella loro drammaticità, quanto esemplari di una situazione che ha interessato e continua ad interessare migliaia di persone.

Il procedimento aveva preso avvio quando l'imputato, giunto in Italia via mare nell'agosto 2016, era stato riconosciuto presso un Centro di accoglienza in provincia di Milano da alcune delle sue vittime, le quali avevano deciso di denunciarlo alle autorità di polizia, che giungevano sul luogo e procedevano ad arrestarlo.

La casualità di tale incontro iniziale è per i giudici un primo elemento di attendibilità delle accuse rivolte contro l'uomo dai suoi stessi connazionali; nei giorni immediatamente successivi, inoltre, le autorità si erano attivate per rintracciare eventuali ulteriori persone offese, mentre diversi cittadini somali che avevano appreso la notizia si erano presentati spontaneamente presso gli uffici di polizia per sporgere denuncia.

Il compendio probatorio posto a fondamento delle sentenze di condanna è costituito per la quasi totalità dalle *dichiarazioni delle 17 persone offese* così individuate, che secondo tutti i giudici che le hanno valutate nei diversi gradi di giudizio sono risultate spontanee, autonome, disinteressate, logicamente coerenti tra loro e, in definitiva, *altamente attendibili*.

Tutte le persone offese hanno raccontato di aver lasciato la Somalia spinte dal desiderio di abbandonare la grave situazione di degrado del Paese, segnato da lunghi anni di guerra civile e dalle azioni terroristiche dell'organizzazione Al Shabaab. Fin dall'inizio del loro viaggio verso l'Europa erano state prese in carico da un'organizzazione che

[15] Veglio, Maurizio (a cura di), *L'attualità del male – La Libia dei lager è verità processuale*, Torino, 2018.

[16] Per il procedimento di primo grado, *Cfr.* Corte Ass. Milano,10.10.2017, in *Dir. pen. cont.*, 16.4.2018, con nota di Bernardi, Silvia, «Una condanna della Corte d'assise di Milano svela gli orrori dei "centri di raccolta e transito" dei migranti in Libia», e in *Quest. giust.,* 25.9.2018, con nota di Dinisi, Giovanni, «Il Caso Matammud. Un modello terrifico di gestione dei centri d'accoglimento profughi in Libia»; per il giudizio d'appello, *Cfr.* Corte Ass. app. Milano, 20.3.2019, con nota di Mentasti, Giulia, «Campi di detenzione per migranti in Libia: il caso Matammud», *Dir. imm. citt*., 2021, N. 1.

[17] Cass., sez. I, 4.3.2021, n.8861/2021, inedita.

aveva gestito i loro trasferimenti dall'Etiopia o dal Sudan fino alla Libia. Durante gli spostamenti, che avvenivano per mezzo di autobus o pick-up, i migranti erano scortati da uomini armati con fucili AK: è pertanto emerso che fin da questa fase l'organizzazione criminale esercitava il proprio controllo sui migranti in maniera violenta, abbandonando nel deserto chi si fosse sentito male o fosse caduto dai furgoni gremiti di persone.

Nessun compenso veniva richiesto nello stadio iniziale del viaggio; solo una volta giunti in Libia i membri dell'organizzazione criminale comunicavano la somma che avrebbero dovuto pagare per proseguire (circa 7.000 dollari). Il pagamento doveva avvenire mediante un sistema chiamato Hawala, che comportava il versamento del denaro da parte dei famigliari dei migranti rimasti nel Paese d'origine nelle mani di alcuni soggetti fiduciari prescelti dall'organizzazione.

In attesa del pagamento e del successivo imbarco, i migranti giunti in Libia venivano trattenuti presso dei campi di transito. Tutte le vittime raccontano di essere state trasferite in almeno due campi, siti rispettivamente a Bani Walid (città a sud-est di Tripoli) e a Sabrata (in prossimità della costa).

Il campo di Bani Walid è il principale luogo di consumazione dei delitti oggetto delle sentenze di condanna. Secondo i giudici, infatti, il centro era direttamente gestito dall'imputato (quantomeno nel periodo in cui vi transitarono le persone sentite come testi nel procedimento) e costituiva un vero e proprio *campo di detenzione*, ove i migranti trascorrevano la giornata rinchiusi in un capannone – al cui interno, secondo le testimonianze, si trovavano almeno cinquecento persone – sorvegliato da uomini armati di fucili e circondato da un muro di cinta. Lì, in condizioni igieniche assolutamente precarie (due soli erano i bagni, ai quali era negato l'accesso in orario notturno), donne e uomini erano ammassati insieme, in stato di totale privazione della libertà, costretti all'immobilità e al silenzio attraverso *continue percosse e violenze*.

L'imputato aveva il compito di assicurare il pagamento del prezzo del viaggio da parte dei prigionieri; a questo fine, costoro venivano ripetutamente *percossi, torturati e minacciati di morte* mentre si trovavano al telefono con le proprie famiglie, così da indurle al pagamento. Le violenze si prolungavano però ben oltre il tempo delle telefonate: fintanto che i versamenti non venivano effettuati, i maltrattamenti fisici e psicologici, posti in essere direttamente dall'imputato o su suo ordine dalle guardie armate, erano continui, così come le *sanguinose punizioni*.

Percosse con bastoni, tubi di ferro e spranghe, torture mediante plastica fusa o scariche elettriche erano strumento di controllo e sadico divertimento per il carceriere, che in alcuni casi giungeva a tormentare le proprie vittime trascinandole in una vera e propria «*stanza delle torture*» sita in prossimità del capannone ove erano rinchiuse; di tali violenze le persone offese sentite nel procedimento portavano ancora i segni evidenti, come attestato dal consulente medico-legale del pubblico ministero, chiamato a deporre nel processo.

A ciò si aggiungevano le ripetute violenze sessuali che l'imputato avrebbe commesso nei confronti di numerose vittime di sesso femminile, alcune delle quali – tra

quelle costituitesi parti civili nel giudizio – erano minorenni al tempo dei fatti. Violenze, come raccontato dalle stesse parti offese, particolarmente traumatizzanti e dolorose, anche a causa della precedente infibulazione delle donne, la cui rottura aveva provocato loro serissime lesioni personali.

Conseguenza della segregazione e delle violenze era, in alcuni casi, la morte dei sequestrati. Sono almeno *tredici i decessi* che secondo i giudici, sulla base delle dichiarazioni testimoniali, *possono essere addebitati* all'imputato: nella maggior parte dei casi la morte della vittima era diretta conseguenza delle torture subite nel campo di Bani Walid, in altri delle gravi condizioni di privazione e sofferenza in cui i migranti erano trattenuti (il riferimento è, in particolare, al decesso di una donna lasciata in assenza di cure dopo un parto, a seguito del quale anche il neonato era deceduto).

La condanna all'ergastolo emanata nei confronti dell'imputato deriva dalla contestazione, in relazione a questi ultimi fatti, del reato di cui all'art. 630 comma 3 c.p. (*sequestro di persona a scopo di estorsione aggravato dalla morte del sequestrato*)[18], che commina appunto la pena perpetua quando l'autore del reato di sequestro di persona provochi volontariamente la morte della vittima. Oltre che per tale reato, l'imputato è stato anche condannato per i reati di tortura, lesioni personali, violenza sessuale: il quadro di gravissime violenze descritto dalle vittime ha insomma trovato pieno riscontro nella severa qualificazione giuridica dei fatti operata dai giudici milanesi, e confermata dalla Cassazione.

La vicenda appena descritta non è stata la sola in cui davanti a tribunali penali italiani sono stati condannati per gravi reati soggetti riconosciuti autori di soprusi e violenze nei campi libici[19]. Nel caso Matammud come in queste altre vicende, ciò è stato possibile, anche se i fatti sono stati commessi all'estero, da cittadini stranieri nei confronti di cittadini stranieri, in applicazione di quanto dispone l'art. 10 c.p., contenente i criteri per affermare la giurisdizione penale italiana per i *delitti comuni dello straniero all'estero*: secondo il comma 2 di tale norma, infatti, «se il delitto è commesso a danno delle Comunità europee, di uno Stato estero o di uno straniero, il colpevole è punito secondo la legge italiana, a *richiesta del Ministro della giustizia*, sempre che: 1) *si trovi nel territorio dello Stato*; 2) si tratti di delitto per il quale è stabilita la pena dell'ergastolo, ovvero della reclusione non inferiore nel minimo a tre anni; 3) l'estradizione di lui non

[18] «1. Chiunque sequestra una persona allo scopo di conseguire, per sé o per altri, un ingiusto profitto come prezzo della liberazione, è punito con la reclusione da venticinque a trenta anni. 3. Se il colpevole cagiona la morte del sequestrato si applica la pena dell'ergastolo».

[19] Per altre decisioni di condanna di torturatori operanti nei lager libici, *Cfr.* G.i.p. Messina, 18.5.2020, n. 149, in *Sist. pen*., 2.10.2020, con nota di Mentasti, Giulia, «Centri di detenzione in Libia: una condanna per il delitto di tortura (art. 613 bis Cp). Nuove ombre sulla cooperazione italiana per la gestione dei flussi migratori», e Ass. Agrigento, 12.6.2018, n. 253, inedita.

sia stata conceduta, ovvero non sia stata accettata dal Governo dello Stato in cui egli ha commesso il delitto, o da quello dello Stato a cui egli appartiene».

L'ordinamento italiano prevede, in altri termini, per tutti i delitti puniti con pena non inferiore nel minimo a tre anni (e dunque per un catalogo vastissimo di reati) una forma di *giurisdizione penale universale,* che consente al giudice penale italiano di procedere per fatti commessi dallo straniero all'estero, e nei confronti di vittime straniere, alla duplice condizione che il colpevole si trovi in Italia, e vi sia la richiesta di procedere del Ministro della giustizia. Due condizioni che ovviamente si sono realizzate nei casi appena analizzati, e hanno consentito alla magistratura penale italiana di *rendere giustizia alle vittime* per le atrocità cui erano andate incontro durante il loro percorso migratorio.

V. Il caso *Open Arms* e il processo per sequestro di persona aggravato nei confronti dell'ex Ministro dell'interno Salvini

L'ultimo contesto cui vogliamo ora fare cenno riguarda i diversi procedimenti penali avviati per il reato di sequestro di persona nei confronti dell'allora Ministro dell'interno Matteo Salvini, in relazione alla prassi di negare per diversi giorni l'attracco nei porti italiani alle navi che avevano soccorso naufraghi-migranti in acque internazionali.

Durante il periodo in cui rivestì la carica di Ministro dell'interno nel primo Governo presieduto da Giuseppe Conte, dall'estate 2018 all'estate 2019, Salvini aveva adottato la cd. «strategia dei porti chiusi»: a tutte le imbarcazioni (italiane o straniere) che avevano prestato soccorso ad imbarcazioni in difficoltà in acque internazionali, e chiedevano di poter sbarcare i soggetti soccorsi in Italia, in quanto rappresentava il «*place of safety*» più vicino, il Ministro opponeva per diversi giorni (se non settimane) il divieto di fare ingresso in porto, al proclamato fine di indurre le autorità della UE e degli altri Stati dell'Unione a condividere con l'Italia gli oneri relativi all'assistenza dei naufraghi. Strategia accompagnata mediaticamente da continui attacchi alle navi delle ONG che facevano operazioni di *Search and Rescue* nel Mediterraneo centrale, e che venivano accusate di essere complici delle organizzazioni criminali che gestiscono i traffici di esseri umani dalle coste africane.

A distanza di quasi cinque anni da tali vicende, il loro esito sotto il profilo penalistico è quanto mai sorprendente.

Per quanto riguarda i capitani e gli armatori delle navi delle ONG, tutte le indagini per favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, avviate da diverse Procure anche in ragione dei ripetuti interventi critici del Ministro dell'interno rispetto alla legittimità del loro operato, si sono concluse con provvedimenti di archiviazione (spesso richiesti dalle medesime Procure che avevano avviato le indagini)[20].

[20] Per uno sguardo complessivo su tali vicende, sia consentito il rinvio a Masera, Luca, «Soccorsi in mare e diritto penale nella stagione dei porti chiusi», cit.

Per quanto concerne invece la responsabilità penale del Ministro, in relazione alla decisione di negare per lungo tempo lo sbarco in Italia alle navi dei soccorritori, non si è ancora giunti ad una conclusione definitiva. È anzitutto necessario ricordare che per i reati compiuti dai Ministri nell'esercizio delle loro funzioni, l'art. 96 Cost. prevede che la magistratura possa procedere (secondo modalità peraltro diverse da quelle ordinarie, almeno nella fase delle indagini preliminari) solo previa autorizzazione del Senato o della Camera dei deputati[21]. Quando la richiesta di autorizzazione è stata chiesta al Senato nel periodo in cui il partito del Ministro faceva parte della maggioranza governativa, la richiesta è stata respinta. Quando invece la richiesta è giunta al Senato dopo che, nell'estate 2019, si era assistito ad un mutamento della compagine di Governo, con l'esclusione dalla maggioranza del partito di Salvini, l'autorizzazione è stata concessa; e pochi mesi fa si è concluso con l'assoluzione[22] il processo di primo grado celebrato presso il Tribunale di Palermo per sequestro di persona aggravato e rifiuto di atti d'ufficio nei confronti di Matteo Salvini[23], relativo al cd. caso *Open Arms,* la nave della omonima ONG spagnola che, tra il 14 ed il 20 agosto 2019, era stata bloccata all'ancora davanti al porto dell'isola di Lampedusa, prima che intervenisse il sequestro da parte della Procura di Agrigento, che finalmente permetteva lo sbarco a terra dei 164 naufraghi.

Rispetto ai proclami dell'allora Ministro dell'interno, che invocava il carcere per i capitani delle navi delle ONG che portavano in Italia i naufraghi soccorsi in alto mare, ci troviamo quindi di fronte ad una *situazione totalmente ribaltata*: i procedimenti nei confronti delle ONG sono stati tutti archiviati, mentre chi invocava il carcere per i soccorritori è stato processato per reati gravissimi, e solo nei prossimi mesi sapremo se l'assoluzione pronunciata in primo grado sarà confermata nei (probabili) successivi gradi di giudizio. Quale che sarà l'esito definitivo del procedimento di Palermo, esso rappresenta comunque un esempio importante di come la magistratura penale, nonostante le pressioni della politica, abbia mantenuto un atteggiamento di rigoroso rispetto dei principi dell'ordinamento giuridico, non esitando a chiamare in giudizio il Ministro dell'interno, quando ha ritenuto che le sue condotte violassero la legge penale e i diritti fondamentali dei naufraghi-migranti, così come non ha esitato ad assolverlo, quando ha ritenuto non penalmente rilevanti i fatti oggetto dell'imputazione.

[21] Sulle peculiarità di tale procedura e sui suoi profili di criticità, *Cfr.* Masera, Luca, *Immunità della politica e diritti fondamentali – I limiti all'irresponsabilità penale dei Ministri,* Torino, 2020.

[22] La pronuncia di assoluzione è del 20 dicembre 2024.

[23] Il processo, che ha avuto ampia eco sulla stampa italiana, si è sviluppato in diverse decine di udienze istruttorie, che hanno visto l'audizione in qualità di testimoni tanto del Presidente del Consiglio all'epoca dei fatti (Giuseppe Conte) quanto di altri Ministri coinvolti nella gestione della vicenda. Per la sentenza di primo grado, *Cfr.* Trib. Palermo, 18.6.2025, in Sist. pen., 16.7.2025, con nota di Zirulia, Stefano, «Caso Open Arms. Le motivazioni della sentenza di assoluzione dell'ex Ministro dell'Interno Salvini dall'accusa di sequestro di persona e rifiuto di atti d'ufficio».

VI. Conclusioni

È innegabile, alla luce dell'esperienza degli ultimi decenni, che il diritto penale abbia anzitutto rappresentato uno strumento di contrasto all'immigrazione irregolare, e lo straniero privo di permesso di soggiorno (insieme a coloro che ne favoriscono l'ingresso o il soggiorno) siano stati di conseguenza uno dei bersagli preferiti della politica repressiva.

In questo contributo abbiamo però voluto attirare l'attenzione su un fenomeno meno evidente, cioè quello dell'uso del diritto penale come *mezzo di tutela dei diritti dei migranti* (irregolari). Abbiamo fatto riferimento ad alcuni casi specifici che abbiamo ritenuto particolarmente significativi, o perché conclusisi in via definitiva con pronunce della Cassazione penale che hanno riconosciuto e tutelato tali diritti (o sanzionando gli autori delle violazioni di tali diritti, o riconoscendo la legittima difesa agli stranieri che hanno usato la forza per difenderli), oppure perché relativi alla responsabilità di un altissimo esponente di governo (nel caso Salvini). Ma non è possibile non citare anche l'inchiesta attualmente in corso nei confronti dei vertici operativi della Guardia di finanza e della Guardia costiera in relazione al mancato tempestivo intervento nella tragedia di Cutro del febbraio 2023 (che ha visto la morte di 94 naufraghi, affogati senza essere soccorsi a poche decine di metri dalla riva); o la vicenda relativa ad un naufragio in alto mare dell'ottobre 2013 (costato la vita a 286 persone, di cui 60 bambini, e per questo noto come «la strage dei bambini»), in cui il Tribunale di Roma ha sì dichiarato estinto per prescrizione il reato di omicidio colposo plurimo contestato ai militari della Guardia costiera responsabili del mancato intervento, ma ha al contempo nella motivazione della sentenza espresso una valutazione durissima della condotta gravemente colposa tenuta dagli imputati[24].

La magistratura penale italiana ha dunque mostrato, in più di un'occasione, di essere in grado di utilizzare l'arma della sanzione penale anche a tutela dei diritti dei migranti. Pure in un momento storico come questo, dove in materia di immigrazione le esigenze dell'ordine pubblico e del controllo delle frontiere risultano senza dubbio prevalenti sul rispetto dei diritti fondamentali dei migranti, spetta a noi penalisti ricordare che il diritto penale può e deve rappresentare uno strumento per tutelare i diritti fondamentali dei più deboli, senza rassegnarci all'idea che la sanzione penale serva solo a punire chi si trova ai margini delle nostre società. Un diritto penale democratico *deve* essere dalla parte dei deboli, ed è nostro compito di penalisti lavorare perché ciò sia qualcosa di più di una semplice utopia.

[24] *Cfr.* Tribunale di Roma, sez. II, 15.12.2022, n. 14998, in *Sist. pen.,* 21.4.2023, con nota di Rolfi, Emma, «Il Tribunale di Roma, nove anni dopo, sul "naufragio dei bambini": un problematico caso di prescrizione dei reati e di "responsabilità" delle autorità italiane».

VII. Bibliografia

Bernardi, Silvia, «Una condanna della Corte d'assise di Milano svela gli orrori dei "centri di raccolta e transito" dei migranti in Libia», *Dir. pen. cont.*, 16.4.2018

Dinisi, Giovanni, «Il Caso Matammud. Un modello terrifico di gestione dei centri d'accoglimento profughi in Libia», *Quest. giust.,* 25.9.2018

Gatta, Gian Luigi, «La pena nell'era della 'crimmigration'», in *La pena, ancora: tra attualità e tradizione – Scritti in onore di Emilio Dolcini*, 2018, pp. 987-1037.

— «Abuso d'ufficio e traffico di influenze dopo la l. 114/2024: il quadro dei problemi di diritto intertemporale e le possibili questioni di legittimità costituzionale», *Sist. pen.,* 2024, N. 7-8. pp. 187-201.

Masera, Luca, «La legittima difesa dei migranti e l'illegittimità dei respingimenti verso la Libia (caso Vos Thalassa)», *Dir. pen. cont*., 24.6.2019

— *Immunità della politica e diritti fondamentali – I limiti all'irresponsabilità penale dei Ministri,* Torino, 2020

— «I migranti che si oppongono al rimpatrio in Libia non possono invocare la legittima difesa: una decisione che mette in discussione il diritto al non refoulement», *Sist. pen.,* 21.7.2020

— «Soccorsi in mare e diritto penale nella stagione dei porti chiusi. Alcune riflessioni a partire dal caso di Carola Rackete», *Leg. Pen.*, 22.4.2022.

— «La Cassazione riconosce la legittima difesa ai migranti che si erano opposti al respingimento verso la Libia», *Sist. pen.,* 28.7.2022

— «Le decisioni di primo e secondo grado nel caso Asso 28 e il problema inedito della qualificazione penalistica dei respingimenti illegittimi», *Dir., imm., citt.,* 2023, N. 2.

Mentasti, Giulia, «Campi di detenzione per migranti in Libia: il caso Matammud», *Dir. imm. citt*., 2021, N. 1.

— «Centri di detenzione in Libia: una condanna per il delitto di tortura (art. 613 bis Cp). Nuove ombre sulla cooperazione italiana per la gestione dei flussi migratori», *Sist. pen.*, 2.10.2020.

Natale, Andrea, «Il caso Vos Thalassa: il fatto, la lingua e l'ideologia del giudice», *Quest. giust.*, 23.7.2020.

Pagella, Cecilia, «Sulla rilevanza penale dello sbarco su suolo libico di migranti soccorsi in acque internazionali», *Sist. pen.,* 5.9.2022,

— «Caso ASSO 28: la Corte d'Appello di Napoli conferma la condanna per sbarco arbitrario e abbandono di minori o incapaci sulle coste libiche», *Sist. pen.,* 8.5.2023

Rolfi, Emma, «Il Tribunale di Roma, nove anni dopo, sul "naufragio dei bambini": un problematico caso di prescrizione dei reati e di "responsabilità" delle autorità italiane», *Sist. pen.,* 21.4.2023

Ruggiero, Carol, «Dalla criminalizzazione alla giustificazione delle attività di ricerca e soccorso in mare – Le tendenze interpretative più recenti alla luce dei casi Vos Thalassa e Rackete», *Dir. imm. citt.*, 2020, N. 1

Spena, Alessandro, «La crimmigration e l'espulsione dello straniero-massa», in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2017, N. 2, pp. 495-513.

Veglio, Maurizio (a cura di), *L'attualità del male – La Libia dei lager è verità processuale*, Torino, 2018.

32

ALGUNAS CONSIDERACIONES RELATIVAS A LOS DENOMINADOS DELITOS SOCIETARIOS[*]

ELADIO JOSÉ MATEO AYALA[**]
Profesor Asociado de Derecho Penal
Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL DEBER DE PROBIDAD. III. LA FIGURA DEL SUJETO ACTIVO DEL DELITO. IV. LA CONCRECIÓN DEL CONCEPTO DE SOCIEDAD EN SU DIMENSIÓN CRIMINAL. IV.1. La personalidad jurídica. IV.2. La determinación u objeto de los delitos societarios. IV.3. De la objetividad del aspecto estructural. IV.4. La participación permanente en el mercado. V. LIMITES ETICOS DE LAS MINORIAS EN EL EJERCICIO DE SUS DERECHOS. VI. CONDUCTA DESLEAL EN EL SENO DEL GRUPO FAMILIAR. VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

A modo de preámbulo diremos, que no pretendemos que se dé acceso a las proposiciones o reflexiones expuestas en este trabajo, sino que el propósito que nos ha guiado en su redacción, es únicamente, llamar la atención sobre ciertas cuestiones, algunas de las cuales son de general opinión y que desde luego, pueden ser desarrolladas con mayor

[*] El presente trabajo se ha elaborado en el marco del Proyecto de Investigación «El Derecho penal ante los retos actuales de la Biomedicina (DERPEBIO)» Referencia: PID2022-136743OB-IOO. Proyectos de Generación de Conocimiento 2022. Entidades financiadoras: MCIN, AEI y FEDER Una manera de hacer Europa», cuyos Investigadores Principales son los Profesores, Asier Urruela Mora y Emilio José Armaza Armaza.

[**] Aprovecho la ocasión gentilmente brindada para participar en el *Liber Amicorum* dedicado a la figura del profesor Carlos M.ª Romeo Casabona, hombre de Universidad por excelencia, elegante y humanamente exquisito en el trato, en muestra de mi agradecimiento a su trabajo y a la atención dispensada durante estos años de relación con la Cátedra de Derecho y Genoma Humano, que tan acertadamente dirigía y surgida del Convenio de creación de la Cátedra de Derecho y Genoma Humano, firmado como colofón del relevante Encuentro Internacional multidisciplinar, «El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano». Véase al respecto, *«25 años de innovación. Derecho, Ciencia y Tecnología. G.I. Cátedra de Derecho y Genoma Humano, 1993.2018».* Universidad del País Vasco UPV/EHU. Bilbao. 2018.

exhaustividad, lo que no ha sido posible en estas páginas, atendidas las limitaciones inherentes al carácter colectivo de la presente obra.

El sentido de asociación, de hermandad, de consejo, de cofradía, es tan inherente a la sociedad, como ésta al orden de la naturaleza[1]. La sociedad mercantil ha sido definida como una persona moral y jurídica compuesta de dos o más individuos, que, como miembros suyos, se llaman socios, los cuales, proponiéndose el ejercicio del comercio en general o la práctica de alguna de sus operaciones ponen en común sus bienes o su industria, por medio de un contrato[2].

Una manifestación genuinamente corporativa, es la empresa, con una versatilidad plural, relevante además, en el ámbito de la delincuencia económica[3], siendo dos las direcciones en las que puede diversificarse, obedeciendo, bien a una tendencia centrífuga, proyectada hacia el exterior, afectando intereses y bienes de terceros o, hacia el interior, con unos efectos impelentes nocivos para la corporación o sus miembros[4]. La actividad empresarial conforma la principal fuente de fiscalización de bienes jurídicos afectados por la actividad económica y objeto de protección penal, constituyéndose con ello, en germen de criminalidad[5].

[1] Véase, De la Borde, A., *Del espíritu de asociación aplicado a cuanto puede interesar al procomunal de una nación y al fomento de la riqueza pública y privada* (Traducida al castellano por el Marqués de Sanfelices). Imprenta de Aparicio. Valladolid, 1834, p. 354.

[2] Véase, Soler, E., *Manual de Derecho Mercantil*, Biblioteca Enciclopédica Popular Ilustrada. Madrid, 1882, p. 85. En el año 1.889, nuestro Código Civil definía (art. 1.665), la sociedad como *«un contrato por el cual dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria, con ánimo de partir entre sí las ganancias»*. El Código de Comercio (1.885), conceptualizó (art.116) el contrato de Compañía, como *«aquél por el cual dos o más personas se obligan a poner en fondo común bienes, industria o alguna de estas cosas, para obtener lucro, será mercantil, cualquiera que fuese su clase…»*.

[3] La empresa aglutina la mayor parte de la operatividad económica y correlativa actividad delictiva económica. *Cfr.*, Gracia Martín, L., *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia. A la vez, una hipótesis de trabajo sobre el concepto de Derecho penal moderno en el materialismo histórico del orden del discurso de criminalidad.* Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 83 y ss.

[4] En este sentido, véase, Berruezo, R., «Derecho Penal Económico», en *Derecho Penal Económico*, Julio César Faira, Editor. Montevideo / Buenos Aires, 2010, p. 7.

[5] Como suma de todos los delitos que se cometen a partir de una empresa o a través de entidades colectivas. Véase, Sánchez-Vera Gómez-Trelles, J., Bacigalupo Sagesse, S., *Cuestiones prácticas en el ámbito de los delitos de empresa*. Ediciones Experiencia, S.L. Barcelona, 2005, p. 66.

Así, el ámbito de los «delitos societarios»[6] o «delitos financieros»[7] representa una faceta específica del denominado, derecho penal económico[8] y, particularmente, de los calificados como *«Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico»* del Titulo XIII del Código penal; y, cuyo ámbito, se presta a ser extendido más allá del delimitado marco legal de su Capítulo XIII[9].

Si, por una parte, una característica destacada de los delitos económicos es su cariz social[10], al incidir en aspectos concretos del mercado, y su conexión con la ciudadanía en orden a preservar unas elementales pautas de fidelidad, verosimilitud de la funcionalidad de los entes supraindividuales, así como la confianza en las instituciones financieras[11] y, por la otra, los delitos societarios, atienden a aspectos genuinamente internos del grupo asociativo y que excepcionalmente pueden alcanzar una dimensión externa, resulta plausible aventurar desde esas premisas la dificultosa calificación de estos últimos, como delitos económicos[12].

Ello, no obstante, el pregonado carácter supraindividual de los delitos económicos, es armonizable con componentes patrimoniales netamente personales, presentes en mayor o menor intensidad, según los casos, en los societarios, delitos éstos, que, a su vez, pueden experimentar un alcance más general o colectivo en algunos supuestos, lo

[6] Respecto a las diferentes denominaciones dadas a estos delitos, véase, Del Rosal, J., *Derecho Penal de Sociedades Anónimas*. Volumen I. Doctrina General. Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad de Madrid. Madrid. 1971, p. 561.

[7] Gonzalo Quintero, se muestra crítico con dicha designación, véase, Quintero Olivares, G., «Delitos societarios», en *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad.* N.º 12, abril-septiembre 2017, p. 236, quien advierte que, tras su aparición, fueron considerados la «esencia» de los delitos económicos, afectando, fundamentalmente, al funcionamiento interno de las sociedades mercantiles, pudiendo algunos de ellos perjudicar intereses más allá de los netamente intrasocietarios.

[8] O, «delitos socioeconómicos en sentido amplio». En este sentido, véase, Martínez-Buján Pérez, C., *Derecho penal Económico y de la empresa. Parte Especial*, 5.ª Edición. Editorial, Tirant lo Blanch. Valencia, 2015, p. 470. A favor de un concepto amplio de Derecho penal económico, que acoja en su ámbito todo hecho delictivo realizado en el contexto y práctica de una actividad económica, véase, Gracia Martín, L., *Prolegómenos…,* pp. 71 y ss.

[9] En este sentido, véase, Sánchez-Vera Gómez-Trelles, J., Bacigalupo Sagesse, S., *Cuestiones…*, p. 13, en referencia al delito de apropiación indebida, en su modalidad de gestión desleal *ex* art. 252 del Código penal en su regulación previa a la Reforma de 2015, resultando el delito de administración fraudulenta (art. 295 C.p.), hasta su exclusión del círculo de los societarios, tras la señalada Reforma, el principal, en opinión de Quintero Olivares. Véase, Quintero Olivares, G., «Delitos…», p. 237.

[10] Véase, Berruezo, R., «Derecho Penal Económico»…, pp. 16 y ss.

[11] Véase, Quintero Olivares, G., «Delitos…», p. 238. También, Nieto Martín, A., «Introducción al Derecho penal económico de la empresa», en *Derecho penal económico y de la empresa*, Editorial Dykinson, Madrid, 2018, p. 47.

[12] En este sentido, véase, Quintero Olivares, G., «Delitos…», pp. 238 y 239. Advierte el autor, sobre la exigua participación de los delitos societarios, de las características de los delitos económicos y la confusión de etiquetado o catalogación.

que distiende o atenúa sus diferencias[13]. Más aún, ciertos valores jurídicos colectivos o supraindividuales, a la postre, pueden simbolizar o representar, a la vez, intereses individuales[14].

II. El deber de probidad

En todo delito, se lesiona la confianza social en la vigencia de ciertas reglas o normas, lo que supone la infracción de un deber, al menos, el de respeto al bien jurídico tutelado[15].

Se integran en el ámbito delictivo societario, figuras, cuyo denominador común, es un ejercicio contrario al deber de fidelidad[16] que sirve de elemento aglutinador de todas ellas y que incide en la certidumbre o convicción que la sociedad, los socios, los copartícipes y los terceros, han depositado en ciertas personas para un correcto proceso o desarrollo de la empresa en común[17]. El individuo es el primer eslabón, el elemento básico en la cadena de gestión/administración de un ente y/o colectividad[18].

Como apuntara contundentemente Juan del Rosal:

«La fidelitas "al prójimo" y a uno mismo y la bona fides en los comportamientos humanos, en cuyas vértebras debe descansar la acción políticoeconómica se han trocado en demasiadas ocasiones en instrumentos de explotación y engaño; cuando menos

[13] Sobre la problemática concreta de deslinde de los bienes jurídicos propios del Derecho penal económico, véase, por ejemplo, Nieto Martín, A., «Introducción al Derecho penal económico…», p. 47, con referencia específica a la dificultad coyuntural de segmentar lo patrimonial y lo supraindividual, evidenciado por el simbólico enunciado del Título XIII del Código penal, «Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico».

[14] Al respecto, desde otra perspectiva, véase Nieto Martín, A., «Introducción al Derecho penal económico…», p. 47.

[15] Véase, Rodríguez Mourullo, G., *Estudios de Derecho Penal Económico*. Editorial Aranzadi, SA. Pamplona, 2009, p. 94.

[16] En este sentido, Sánchez-Vera Gómez-Trelles, J., Bacigalupo Sagesse, S., *Cuestiones…*, pp. 23, 24 y 35. En esta línea, antes de la tipificación de los delitos societarios como categoría autónoma en nuestra legislación penal, véase, Terradillos Bascoco, J.M.ª, Delitos societarios. *El derecho Penal en las Sociedades Mercantiles a la luz de nuestra adhesión a la CEE*. Ediciones AKAL, S.A., Madrid, 1987, p. 37. Así, por ejemplo, como señala Quintero Olivares, el deber de velar por la prosperidad de la empresa, en el delito de administración desleal, hasta su erradicación del ámbito de los societarios. Véase, Quintero Olivares, G., «Delitos…», p. 238.

[17] Acertadamente, Gonzalo Quintero, advierte que la obligación de observar un comportamiento acorde con el derecho societario no la ha creado la extensión de los programas de compliance, sino que es anterior a ellos, de modo que las conductas tipificadas como delito societario son una mínima parte de las consideradas como una gestión empresarial deshonesta. Véase, Quintero Olivares, G., «Delitos…», p. 237.

[18] Se ha indicado, que a la persona que ostenta ese rol se le atribuyen una serie de conocimientos por el mero hecho de ser administrador. Véase, Sánchez-Vera Gómez-Trelles, J., Bacigalupo Sagesse, S., *Cuestiones…,* p. 34.

en actividades espoleadas por la ambición de poderío y dinero, malos consejeros de cualquier actitud humana»[19].

Y, sigue diciendo el autor en relación a los factores que favorecen la criminalidad económica:

«La carencia, en suma, de una doctrina de amor al prójimo y de auténtica caridad, traducibles en el ámbito de una política realista por una educación cívica que destaque el sentido de responsabilidad, la función social y, sobre todo, la tarea moral dentro de la coexistencia humana»[20].

En no pocas ocasiones, un escenario idóneo de proyección y de caricaturización del ser humano es, desde luego, el asociativo, en el que el exacerbado afán de lucro es el motor que impulsa y desencadena el acontecimiento criminal, tal y como se percibe en el perseverante ejercicio de la profesión.

En estos delitos, la afectación de la confianza que la entidad mercantil en sentido estricto u otra forma social concreta, los socios y/o terceros, han puesto en las personas físicas que la gestionan, para un correcto funcionamiento de la empresa común, resulta de importancia superlativa en relación a los bienes jurídicos tutelados, como el patrimonio, la seguridad del tráfico mercantil, la fe pública, entre otros; intereses individuales y/o supra-individuales o colectivos[21], diferenciados según los concretos tipos[22].

En definitiva, el Capítulo XIII del Título XIII del Código penal, acoge una conceptualización plural del bien jurídico[23], cuya salvaguarda se delinea o delimita conforme a parámetros de naturaleza compromisaria, obligacional, de deber o de responsabilidad, como se quiera sustantivar, en el seno de los órganos de gestión (de los grupos asociativos, con o sin personalidad jurídica)[24], pudiéndose concluir en la idea del deber de

[19] Véase, Del Rosal, J., *Derecho Penal de…*, pp. 43 y 44.

[20] Véase, Del Rosal, J., *Derecho Penal de…*, p. 220.

[21] En lo tocante a los bienes jurídicos colectivos, véase, Schünemann, B., «Del Derecho penal de la clase baja al Derecho penal de la clase alta. ¿Un cambio de paradigma como exigencia moral?», en *Derecho Penal Económico*, Tomo I, (Prólogo de Edgardo Alberto Donna / Natalia Barbero), Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires, 2012, pp. 62 y ss.

[22] Acerca del bien jurídico tutelado en los tipos delictivos de referencia, véase, Rodríguez Mourullo, G., *Estudios…*, pp. 90 y ss. Martínez-Buján Pérez, C., *Derecho penal Económico y de la empresa*. *Parte Especial*, 6.ª Edición. Editorial, Tirant lo blanch.Valencia, 2019, pp. 497 y ss.

[23] Ello no obstante, la impronta patrimonial subsistente en todos los delitos societarios. Al respecto, véase, Quintero Olivares, G., «Delitos…», p. 242.

[24] Señala Quintero Olivares, que en 1995 se quiso ayudar desde el derecho penal, a que fuera correcto el funcionamiento interno de las sociedades mercantiles, en tanto que ejes del mercado, deseo ampliamente superado por la extensión generalizada de la exigencia de que las empresas cuenten con programas normativos de buen comportamiento. Véase, Quintero Olivares, G., «Delitos…», p. 236. El mismo, «Mitos y modas del derecho penal tras algunos años de experiencia (1)», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Volumen LXXIII, 2020, p. 50, si bien destaca la importancia en el mundo empresarial de los programas de cumplimiento normativo, evoca su coexistencia con normas legales y

probidad. Puede afirmarse por tanto, que es la fidelidad en la gestión con el impoluto juego autorizado por la ley y conforme a las obligaciones asumidas a favor del bien común *intra* y *extrasocietario*, la piedra angular que modula la responsabilidad penal en función de los deberes contraídos.

III. La figura del sujeto activo del delito

El Derecho penal económico en su componente societario, con sus singularidades, puede conllevar, según los casos y las situaciones, una almáciga de dificultades en relación al ejercicio de imputación del hecho y de personificación del depositario del reproche.

En este sentido y por lo que respecta a la categoría del sujeto activo, al no configurarse como delitos comunes[25], quedan incluidos en la misma, como personas físicas, los administradores de hecho[26] o de derecho[27] en relación a los artículos, 290, 293 y 294 del Código penal y, ampliable a los socios, en el caso de los artículos 291 y 292 del Código penal.

El carácter valorativo o normativo de la figura de administrador de hecho, requiere tener en consideración la propia acepción mercantil[28], aunque, ciertamente, no sea vinculante para el Derecho penal. El género o tipo administrador de hecho, permite la atribución de responsabilidad a título de autor a quienes desempeñando *de facto* el dominio social típico, llevan a efecto actuaciones careciendo de poder para intervenir jurídicamente como administradores[29].

---

reglamentarias que instruyen la actividad empresarial, entre ellas, las relativas al control de empleados y directivos, derivadas del derecho societario. Respecto a los compromisos de gestión de los órganos de gobierno de las sociedades, véase, Gómez-Jara Díez, C., «¿Límites penales a la remuneración de los administradores? Apuntes sobre Business Judgment Rule, Pay for Performance y administración desleal», en *Derecho Penal Económico*, Julio César Faira, Editor. Montevideo / Buenos Aires, 2010, pp. 150 y ss.

[25] Al respecto, véase, Quintero Olivares, G., «Delitos…», p. 239. También, Silva Sánchez, J. M., *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*, Edisofer, S.L., Madrid, 2013, pp. 127 y 142.

[26] Enfatizando su categorización de sujeto activo especial de los delitos societarios tipificados en los artículos 290. 293 y 294 del Código penal, Lascuraín Sánchez, J.A., «Delitos societarios», en *Derecho penal económico y de la empresa*, Editorial Dykinson, Madrid, 2018, pp. 487 y 488. Respecto al alcance de la figura de «administrador de hecho», véase, Gracia Martin, L.,«La responsabilidad penal de los administradores y representantes de la empresa por delitos especiales», en *Derecho Penal Económico*, Tomo I, (Prólogo de Edgardo Alberto Donna / Natalia Barbero), Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires, 2012, pp. 235 y ss.

[27] Al respecto, Silva Sánchez, J.M., *Fundamentos…*, p. 56, nota al pie de p. 11.

[28] Véase, Lascuraín Sánchez, J.A., «Delitos…», pp. 487 y 488.

[29] Véase, Gracia Martin, L.,«La responsabilidad penal de los administradores…», pp. 232, 235 y 236. También, Martínez-Buján Pérez, C., *Derecho penal Económico…*, pp. 471 y ss., y específicamente, p. 473, para quien el término ha de interpretarse en sentido amplio, siendo relevante al efecto la relación material y fáctica entre el bien jurídico tutelado y el individuo; fundamentación material —sigue

Por otra parte, la ausencia de acomodo en la categoría de administrador (Capítulo XIII del Título XIII del Código penal), de otros supuestos ajenos a esa acepción[30], no limitaría una atribución de responsabilidad penal, a título de autor, derivada de un deber especial acorde a la función desempeñada en virtud de diferentes hipótesis, que quedarían así, englobadas, en una acepción de administración en sentido amplio[31].

IV. La concreción del concepto de sociedad en su dimensión criminal

Sobre la base de que el artículo 297 C.p. recoge una definición auténtica de sociedad[32], que se manifiesta a través de componentes normativos de contenido jurídico[33], procede formular algunas consideraciones acerca de las imperfecciones inherentes al planteamiento de dicho concepto[34].

Interesa traer a primer plano la denunciada enumeración, en demasía[35], a través del listado de modelos o formas sociales variados, no circunscrito, sólo, a los tipos societarios netamente mercantiles, no obstante lo cual, algunos de los componentes estructurales de estas entidades (junta de accionistas, acciones), aparecen singularizados

---

diciendo el autor— orientada en la línea del dominio, de modo que se exija una equivalencia desde el punto de vista material entre el proceder del administrador de hecho y del de derecho.

[30] Como por ejemplo, un director general, director gerente, un apoderado, un interventor o un asesor de empresa.

[31] Si el deber especial de fidelidad es inherente a quien ocupa determinadas posiciones en la persona jurídica, como por ejemplo, un apoderado, un Director financiero o un Abogado de empresa, existirán así varios garantes en relación a un mismo bien jurídico, constituyéndose en administradores en sentido amplio. Véase, en este sentido, Sánchez-Vera Gómez-Trelles, J., Bacigalupo Sagesse, S., *Cuestiones…,* pp. 23, 25, 29 y 34. Enfatizando la figura del administrador de hecho en estos casos, Silva Sánchez, J., *Fundamentos…*, pp. 133 y 142. Al respecto, véase también, Gracia Martin, L.,«La responsabilidad penal de los administradores…», pp. 235 y ss., quien mantiene una ampliación del campo de la autoría en los delitos especiales, a través del «administrador de hecho» *ex* art. 31 del Código penal, en virtud del dominio social típico.

[32] Véase, Martínez-Buján Pérez, C., *Derecho penal Económico…*, pp. 484 y 485.

[33] Al respecto, por ejemplo, Lascuraín Sánchez, J.A., «Delitos…», p. 488. Concepto puramente penal de sociedad, que debe ser interpretado en sentido normativo. Véase, en este sentido, Castro Moreno, A., «El concepto de sociedad en los delitos societarios: el artículo 297 del nuevo Código penal», en *Jueces para la democracia*, N.º 31, 1998, p. 46. Al respecto, a modo de examen del precepto penal, Quintero Olivares, G., «Delitos…», p. 242, quien se refiere al «espacio típico» como arquetipo en el que acaecen los hechos.

[34] Respecto al infortunio en su redacción, véase, Fernández Teruelo, J.G., en *Comentarios al Código penal. Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico.* Tomo IX. Director: Manuel Cobo del Rosal. Editoriales de Derecho Reunidas, S.A. Madrid. 1999, pp.600 y 601. También, Lascuraín Sánchez, J.A., «Delitos…», pp. 488 y 489. Una visión general de las imperfecciones del precepto y estado de la doctrina, véase, en Martínez-Buján Pérez, C., *Derecho penal Económico…*, pp. 484 y ss.

[35] Véase, Castro Moreno, A., «El concepto…», p. 46, con referencia a autorizada doctrina al respecto.

en algunas figuras penales del Capítulo XIII (arts. 291 —junta de accionistas— y 293 —acciones— C.p.); sectorización a favor de compañías —dotadas de esos elementos constitutivos— que produce una disfunción en relación al resto de entes asociativos listados en el precepto (art. 297 C.p.) que resulten ajenos a esa taxonomía[36]; déficit, que si bien conforme a criterios teleológicos y de asimilación puede quedar superado, aconsejaría no obstante, registrar una reformulación o renovación de estas figuras penales, haciendo abstracción de esa sistemática, atendidas las particularidades de los otros entes asociativos referidos en el artículo 297 del Código penal y de los de eventual acomodo.

En la idea de extender, sin forzamiento alguno, su radio de acción, también reformulando la noción de sociedad, dotándola de expresión técnica; soslayando un repertorio, al modo actual, exhaustivo en concretas formas o tipos asociativos con elementos propios del Derecho privado o mercantil; asilo, por lo demás, de distingos, reparos y problemática interpretativa, orillando así, una perspectiva, si no agotada, si reducida en la posibilidad de incluir especie alguna asociativa.

Actualmente, la integración de este espacio típico[37] exige, por una parte, la concurrencia de un determinado grupo asociativo o forma social y por otra, una cláusula de asimilación por analogía, además de una determinada actividad comercial o mercantil, asentada. El modelo abierto de inclusión «*…cualquier otra entidad de análoga naturaleza*», conforma una solución de equiparación ponderando la existencia de una identidad de razón esencial entre las formas asociativas listadas y las de eventual inclusión a través de esta disposición final de integración, acorde con la finalidad del precepto, así como con el enunciado del Capítulo del que forma parte, postulándose así una clara predilección por la solución jurídica en favor de referir la analogía, no sólo a la entidad mercantil[38].

En efecto, la referencia nominal a las diferentes entidades suscita interés en un doble sentido. Así, el hecho de que en el listado se incluyan entidades más allá de las mercantiles, es congruente con el enunciado del Capitulo XIII, «De los delitos societarios», referido a todas las formas asociativas[39], a la vez, que —como se ha indicado—,

[36] Al respecto, se ha señalado el desajuste existente entre la expansiva conceptualización de sociedad y la falta de correspondencia con algunas modalidades delictivas que carecen de junta de accionistas. Véase, Martínez-Buján Pérez, C., *Derecho penal Económico…*p. 485.

[37] *Cfr.*, Quintero Olivares, G., «Delitos…», p. 242.

[38] Una perspectiva del estado de la doctrina al respecto, véase, en Castro Moreno, A., «El concepto…», pp. 51 y ss. Para el autor, la referencia ha de vincularse a todo el listado de entidades mencionadas en el precepto.

[39] Alguna opinión autorizada parece acentuar o cualificar el tipo de sociedad mercantil. Véase, Rodríguez Mourullo, G., *Estudios…*, p. 89. Véase, también, Castro Moreno, A., «El concepto…», p. 47, quien considera, haciéndose eco de antecedente doctrinal, que, a pesar, de la amplitud dada al concepto de sociedad, se estaba pensando, fundamentalmente, en la tipología mercantil y específicamente,

genera una clara disfunción con el contenido de algunos tipos delictivos que acogen elementos estructurales, propios sólo de sociedades mercantiles[40].

La cuestión radica en determinar el elemento esencial al que referir la analogía.

IV.1. **La personalidad jurídica**

Como referente legítimo a considerar tenemos la personalidad jurídica, elemento común a todas las categorías enumeradas en el precepto. Conforme a este antecedente, únicamente cabría la comisión de los ilícitos definidos en los tipos penales descritos en el Capítulo XIII, en un ámbito colectivo con personalidad jurídica.

En efecto, según este planteamiento, el componente, identidad jurídica diferenciada al que ceñir la interpretación analógica, permitiría la inclusión, sólo, de formas asociativas así identificadas, como por ejemplo, las Agrupaciones de Interés Económico, las Asociaciones, las Juntas de Compensación o los *Holding*, como consorcio conformado por la empresa matriz y las filiales, dotadas todas de una identidad jurídica diferenciada, quedando excluidas otras realidades asociativas carentes de tal singularidad, como las Uniones Temporales de Empresas, en su caso, las sociedades civiles, lo que no resulta convincente atendido el criterio integrador de su rúbrica.

Por tanto, el elemento personalidad jurídica, compartido por las entidades mencionadas en el precepto, si bien resulta significativo para la técnica de equiparación contemplada en el mismo, no tiene un carácter determinante, definitivo[41].

Sin embargo, podemos atender a otros referentes sustanciales para la analogía.

IV.2. **La determinación u objeto de los delitos societarios**

El propósito o fin último de los tipos delictivos es un modelo válido igualmente.

Nos situamos en el ámbito de los intereses tutelados[42]; así por ejemplo, la seguridad del tráfico mercantil, la transparencia externa de la administración social, la propia

---

en la anónima. Al respecto, véase también, Pavón Herradón, D., *El delito de falsedad documental societaria,* Wolters Kluwer, S.A., Madrid, 2016, pp. 56 y ss.

[40] Como sucede en el caso de la «Junta de accionistas» (art. 291 C.p.) o las «acciones» (art. 293 C.p.), elementos, en ambos casos, propios de formas societarias mercantiles, como son la comanditaria por acciones o la anónima.

[41] En este sentido, véase, Bacigalupo Zapater, E., «Los delitos societarios en el nuevo Código Penal», en *Curso de Derecho Penal Económico* (director: Enrique Bacigalupo Zapater). Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid. 1998, p. 132. El parecer doctrinal es divergente. Para una idea de la dimensión crítica al respecto, véase, por todos, Martínez-Buján Pérez, C., *Derecho penal Económico…,* pp. 486 y ss.

[42] Para una visión general de los diferentes bienes jurídicos tutelados en el listado de los diferentes tipos delictivos, véase, Mestre Delgado, E., «Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico», en *Derecho Penal, Parte Especial* (Edición coordinada por Carmen Lamarca Pérez). Colex. 5.ª edición. Madrid. 2010, pp. 384 y ss. Rodríguez Mourullo, G., *Estudios…*, pp. 81 y ss. También,

operatividad del documento en el marco de las relaciones jurídicas o la fe pública (art. 290 C.p.); la sustracción a medidas de inspección administrativas (art. 294 C.p.); los derechos de gestión y participación social (art. 293 C.p.); los denominados, límites éticos del derecho de las mayorías ante acuerdos abusivos (art. 291 C.p.) o la lesividad derivada de la imposición de acuerdos irregulares por mayoría ficticia (art. 292 C.p.).

Este panorama tan dispar en el que subyace un contexto de naturaleza patrimonial (directo o mediato), en el que se tutelan una variedad de intereses —según los tipos—, vinculado además, a la idea de determinación en la probidad en la gestión, no parece ser un prototipo concluyente para ese juicio de equivalencia.

IV.3. **De la objetividad del aspecto estructural**

Más allá del elemento personalidad jurídica o del objeto de los ilícitos de referencia, interesa sobremanera para la cuestión que nos atañe, el factor organizativo, la leal gestión para el cumplimento de los fines, con lo que conlleva de publicidad de sus cuentas, las decisiones políticas y/o patrimoniales materializadas por mayorías o las funciones de representación; lo que encarna una reseña sustancial a la que puede vincularse la analogía[43]. Este aspecto constitutivo, generalizado en la regencia o gobierno de cualquier colectividad no constituye una novedad en este ámbito, resultando técnico-jurídicamente adecuado por su tradición, firme y asentada.

De este modo, tendrían acomodo otras realidades sociales, como, las comunidades de bienes[44], las comunidades de vecinos, las sociedades civiles[45], las Uniones Temporales de Empresas[46] o las asociaciones estratégicas, temporales, denominadas, *Joint Venture* así como, las Cuentas en participación[47].

Un contexto económico-organizativo, resulta convincente, dado que permite integrar grupos asociativos con o sin personalidad jurídica, dando respuesta a la significación aperturista e integradora del enunciado del Capítulo XIII.

Martínez-Buján Pérez, C., *Derecho penal Económico…*, pp. 497 y ss. Bacigalupo Zapater, E., «Los delitos societarios…», pp. 129 y ss.

[43] Véase, en este sentido, Bacigalupo Zapater, E., «Los delitos societarios…», p. 132.

[44] Acuerdo privado entre dos o más personas que comparten la titularidad sobre un derecho o la propiedad de un bien.

[45] La sociedad civil no tiene personalidad jurídica cuando los pactos se mantengan secretos entre sus socios, y en que cada uno de éstos contrate en su propio nombre, según determina el artículo 1.669 del Código Civil.

[46] Carentes de personalidad Jurídica *ex* art. 7.2 de la Ley 18/1982, de 26 de mayo, sobre régimen fiscal de agrupaciones y uniones temporales de Empresas y de las Sociedades de desarrollo industrial regional.

[47] Contrato que no supone participar en el capital social de la entidad, sino que únicamente considerar al participe como un inversor en el negocio.

A la cláusula de asimilación por analogía se adiciona una determinada actividad comercial o mercantil, estable, como elemento integrador.

IV.4. **La participación permanente en el mercado**

Este segundo criterio recogido en el precepto, es considerado como elemento cardinal y delimitador del concepto penal de sociedad[48].

El problema de dilucidar el alcance y significación de tomar parte de un modo constante en el mercado está alentado por un tremendo casuismo. Interesa subrayar que no existe una unidad de criterio acerca de cómo debe entenderse la locución legal «participar de modo permanente en el mercado»[49]. Algunos la circunscriben al ámbito de las sociedades mercantiles y con ello, al inherente ánimo de lucro[50]; otros, parecen inclinarse por considerar idóneas sólo a las entidades dotadas de personalidad jurídica[51].

Por otra parte, una hipótesis interpretativa de la voz «permanente» en su acepción literal resultaría excesivamente rígida e incompatible con otros modelos cotidianos de temporalidad, convirtiendo el precepto en un instrumento inservible y fosilizado. Se trata por tanto, a salvo de mejor opinión, de propiciar un implemento *ad hoc* que contemple estructuras asociativas sostenidas (al margen de la personalidad jurídica y de su naturaleza o tipología), con independencia de su mayor o menor perpetuación[52].

Respecto a la interpretación del término «mercado», valorados el resto de elementos que arman el precepto, debe ser entendido con holgura de modo que permita acoger, sin forzamiento alguno, cualquier tipo de actividad mercantil, comercial o industrial,

[48] Como acertadamente se ha advertido, es constitutivo para unificar la regulación, conformar su bien jurídico y la idiosincrasia de estos ilícitos. Véase, en este sentido, Mestre Delgado, E., «Delitos contra el patrimonio…», p. 384. Al respecto, también, Castro Moreno, A., «El concepto…», p. 54.

[49] Parte estructural de un concepto censurado por su indefinición. Al respecto, véase, Castro Moreno, A., «El concepto…», p. 51. Sobre la polémica fórmula jurídica, véase, Bacigalupo Zapater, E., «Los delitos societarios…», pp. 132 y 133.

[50] Así, Ríos Corbacho, J.M., «Delitos societarios», en *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal. Tomo IV. Derecho penal (Derecho penal Económico).* (Coordinación: María Acale Sánchez). Iustel. Madrid, 2023, p. 138. Si bien entiende el autor que la cláusula de asimilación se refiere a todas las entidades señaladas en el precepto, finalmente la considera ceñida al tipo de las mercantiles y, con ello, que las actividades análogas deben tener propósito de lucro.

[51] Véase, por ejemplo, Quintero Olivares, G., «Delitos…», p. 242.

[52] Como se ha señalado oportunamente, el adjunto «permanente» ha de interpretarse como «participación estable». Véase, Lascuraín Sánchez, J.A., «Delitos…», p. 489. Ilustrativo, al respecto, Martínez-Buján Pérez, C., *Derecho penal Económico…*, p. 488 y ss. Igualmente, Castro Moreno, A., «El concepto…», p. 54. En este aspecto concreto, mantiene el autor —siguiendo a García de Enterría— la idoneidad de «la creación de una estructura estable y definida susceptible de poner en juego los intereses tutelados».

resultando prescindible el propósito lucrativo[53], entendido como empresa lucrativa, que es lo que determina, ciertamente, a la sociedad mercantil[54].

De este modo, si las entidades mencionadas en el articulo 297 del Código penal intervienen (o pueden hacerlo) en el mercado, bien como proveedores, ya como consumidores de servicios; igualmente, de un modo u otro, las agrupaciones no listadas y asimiladas por analogía, aunque habrá de valorarse caso por caso.

V. Limites éticos de las minorias en el ejercicio de sus derechos

Las facciones en minoridad, por su propia naturaleza, no pueden determinar el curso del grupo asociativo, vinculando al conjunto mayoritario discrepante de su criterio.

No obstante, una minoría, si nos ceñimos a la tipología mercantil, puede ejercitar los derechos que le son inherentes; como por ejemplo, los socios que representen, al menos, el 5 % del capital social, están legitimados para solicitar la convocatoria de la Junta general (art 168 Ley de sociedades de Capital); también, si se dan las circunstancias, para instar la designación de un experto independiente en los casos de aportaciones no dinerarias al capital social de la sociedad anónima (art. 69b Ley de sociedades de Capital).

En la sociedad de responsabilidad limitada, los socios que representen al menos, el 5 %, del capital social o el 1 % en la sociedad anónima, pueden requerir la presencia de un notario en la Junta para levantar acta (art. 203 Ley de sociedades de Capital); igualmente, en el supuesto de entidades no obligadas a someter las cuentas anuales a verificación por parte de un auditor, la facción de socios que ostente, al menos, el 5 % del capital social, está facultada para rogar la designación de tal censor (art. 265.2 Ley de sociedades de Capital) o, en el supuesto de entidades de interés público, derecho a instar la revocación del que se hubiere nombrado (art. 266.3 Ley de sociedades de Capital)[55]. Igualmente, a impugnar los acuerdos sociales (art 206.1 Ley de sociedades de Capital) los socios que representen al menos el 1 % del capital social.

Aunque conforman derechos legítimos, sin embargo, pueden, generar situaciones de abuso y perjuicio a la entidad y/o a los socios o terceros, cuando el ejercicio del dere-

[53] Excluyendo una finalidad lucrativa en general de la actividad, véase, Lascuraín Sánchez, J.A., «Delitos…», p. 489. Ello permite contemplar en el precepto, otras entidades que participan en el mercado como proveedores o consumidores de servicios. Como acertadamente —a mi juicio— ha advertido Ríos Corbacho, sería suficiente con la presencia, al menos de una relación jurídica con un tercero. Véase, Ríos Corbacho, J.M., «Delitos…», p. 138.

[54] Antonio Garrigues (citado por el profesor, Juan del Rosal) decía*:«La sociedad mercantil no es, pues, ese poner en común con ánimo de lucro o de repartir entre sí las ganancias, sino, la institución jurídica para realizar la empresa lucrativa»* Véase, Del Rosal, J., *Derecho Penal de…*, p. 167.

[55] Supuestos, en los que los accionistas representan el 5 % o más del capital social o de los derechos de voto.

cho se torna en fraudulento, despótico o persistente en demasía, pudiendo, a la postre, convertirse en mero instrumento al servicio de propósitos espurios, ajenos a los fines de protección de las normas que los amparan. Pero, este aspecto o valor (límites éticos de las minorías en el ejercicio de sus derechos) no ha requerido, a juicio del Legislador penal, de la interdicción de ciertas conductas de esos grupos minoritarios y del reproche de su transgresión, lo que resulta llamativo, a la vez que coherente, en un ámbito en el que lo que se pretendió fue tutelar penalmente los derechos de las minorías[56].

Ahora bien, sí los derechos de estas minorías gozan de una protección penal —además de la dispensada en el orden jurisdiccional mercantil—, ¿por qué no ampliar esta singularidad al aspecto funcional de éstas, cuando las convierte en grupo de opresión o de abuso, casi de tiranía? ¿es plausible recurrir a la *última ratio* intimidante, cuando el uso se convierte en exceso, tornándose en entuerto generador de daño y perjuicio? En definitiva, se trata de valorar si puede resultar atendible una desviación punible como se prevé para las mayorías[57].

VI. Conducta desleal en el seno del grupo familiar

Queremos llamar la atención, atendido el trasfondo económico o patrimonial de estos delitos[58], acerca de la limitación de aplicar a estos casos la excusa absolutoria o circunstancia personal de exclusión de pena prevista en el artículo 268 del Código penal. El impedimento viene dado por la ubicación sistemática de estos delitos, fuera del campo de aplicación de la excusa absolutoria (Capítulo X), relacionado con los antecedentes Capítulos; no con los subsiguientes (XI, XII y XIII).

[56] Se ha indicado, como posible criterio del legislador de 1995, el preservar los intereses de los pequeños accionistas o socios minoritarios. Véase, Quintero Olivares, G., «Delitos…», p. 237. Con reservas respecto a identificar el deber de fidelidad de la mayoría hacia la minoría, como bien jurídico, véase, Rodríguez Mourullo, G., *Estudios…*, pp. 92 y ss.

[57] Para una visión crítica con la categorización delictual de la dinámica abusiva de las mayorías en la gestión de las mercantiles, véase, por ejemplo, Quintero Olivares, G., «Delitos…», p. 237, quien considera suficiente recurrir a las reglas del derecho mercantil como vía de solución. Censurando igualmente, con carácter general el criterio del legislador (1995) al incorporar estas figuras delictivas con clara vulneración de la proporcionalidad en la intervención penal, bien por el raquitismo pernicioso de las conductas descritas, ya por la existencia de otras vías extrapenales de solución del conflicto, véase, Lascuraín Sánchez, J.A., «Delitos…», pp. 469, 491 y 492.

[58] En este sentido, Quintero Olivares, G., «Delitos…», p. 242. Rodríguez Mourullo, G., *Estudios…*, pp. 90 y ss., quien, con la excepción del carácter administrativo del interés amparado en el artículo 294 del Código penal, considera que, de un modo más directo o mediato, es el patrimonio el bien jurídico tutelado en los delitos tipificados en los artículos 290, 291, 292, 293 del Código penal (también del derogado art. 295). Véase también, Martínez-Buján Pérez, C., *Derecho penal Económico…*, p. 470. Para el autor, en la mayoría de los supuestos, es el patrimonio de los sujetos pasivos el bien jurídico tutelado de forma inmediata.

La previsión del art. 268 del Código penal, en virtud del principio de legalidad, obliga a circunscribir sus efectos de exoneración al ámbito de los capítulos I al IX del Título XIII del Código Penal, cuando sean tutelados exclusivamente los intereses patrimoniales del deudo; con la salvedad, como es notorio, de que no concurra violencia, intimidación o abuso de vulnerabilidad por edad o discapacidad.

Al margen de postulaciones en favor de la necesidad o no de mantener esta figura en nuestro Derecho positivo[59], atendida la existencia de otras alternativas que pueden satisfacer los propósitos del precepto[60]; es valorable el criterio del Legislador penal, conforme a una tradición legislativa[61], listando una relación de delitos a los que aplicar el art. 268 del Código penal. También, que en el índice de ilícitos se hubiera incluido a los societarios, en los que puede haber igualmente, una afectación de intereses patrimoniales en el ámbito familiar; posibilidad, que entendemos atendible, tanto desde el punto de vista de los fines del precepto, como sistemático, considerando el acomodo de la excusa y de los delitos societarios, en el ámbito del Título XIII del Código penal.

Ello no obstante, si el contenido de la excusa incide en todos los delitos ubicados en los Capítulos precedentes (I al IX) del Título XIII, valorándose también su inoperatividad en relación a algunos supuestos de los previstos, en los que puede verse afectado, con

[59] Respecto a la naturaleza jurídica y fundamento de las excusas absolutorias, véase, Higuera Guimerá, J. F., *Las excusas absolutorias*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A. Madrid. 1993, pp. 65 y ss. Véase, también, Manjón-Cabeza Olmeda, A., *Las excusas absolutorias del derecho español. Doctrina y jurisprudencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014. En particular, sobre la relativa al vínculo parental *ex* art. 268 C.p., véase, Casanueva Sanz, I., «La excusa absolutoria de parentesco del art. 268 CP. Una norma del pasado que desprotege a las familias del presente», en *Cuestiones actuales de Derecho de Familia. Una visión inclusiva e interdisciplinar* (Coordinadora: María Teresa Duplá Marín). Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 79 y ss.

[60] Así por ejemplo, favorecer *de lege ferenda*, la aplicación del instituto del perdón del ofendido *ex* art. 130.1.5.º del Código penal. No podemos dejar de mencionar los riesgos derivados tanto de la exclusión de la pena entre deudos *ex* art. 268 del Código penal, como de las dificultades de accionar entre parientes *ex* artículo 103 de la LECrim. ante ilícitos penales cometidos en el ámbito societario familiar, que lejos de favorecer una solución del conflicto, puede tornarlo, según los casos, en factor de promoción de la criminalidad. Véase al respecto, Mateo Ayala, E.J., «Retribución de administradores e ilícito penal», en *Retribución y prestación de servicios de los administradores de sociedades* (Coordinador: José Antonio García-Cruces). Tirant lo Blanch. Valencia. 2018, pp.497 y ss. En el mismo sentido, también Tomás Pla, Á. S., «Limitaciones procesales y de índole absolutoria en causas penales seguidas en el marco de "sociedades familiares": una imperiosa y urgente necesidad de modificación legislativa», en *Manifestaciones de desigualdad en el sistema de justicia penal*, Volumen II, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2023.

[61] Esta idea se ha ido transmitiendo con algunas modificaciones a lo largo de los Códigos penales precedentes. Así, en el de 1822 (art. 756 y art. 757); en el art. 479, el Código penal de 1848; el Código penal de 1870, en su artículo 580; en el art. 759, el Código penal de 1928; el Código penal de 1932, en su art. 557; el de 1944 (hasta el texto de 1973), en su art. 564. Respecto al tratamiento jurídico penal dispensado a esta excusa absolutoria en los sucesivos Códigos penales españoles, véase, el ilustrativo trabajo de Juan Felipe Higuera, en Higuera Guimerá, J. F., *Las excusas…*, pp. 79 y ss.

mayor o menor intensidad, un interés más allá del netamente patrimonial individual; puede considerarse igualmente su aplicación a casos no contemplados, como los delitos societarios (Capítulo XIII); ello, en virtud de la aplicación analógica del precepto, siempre que los hechos respondan al mismo fundamento de la excusa[62]. Habrá de tenerse en consideración que sigue siendo de aplicación el concepto material que de la analogía proporciona el Código Civil[63].

VII. **Bibliografia**

Bacigalupo Zapater, Enrique, «Delitos societarios», en *Curso de Derecho Penal Económico* (Director: Enrique Bacigalupo Zapater). Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid. 1998.

Berruezo, Rafael, «Derecho Penal Económico», en *Derecho Penal Económico*, Julio César Faira, Editor. Montevideo/Buenos Aires, 2010.

Casanueva Sanz, Itziar, «La excusa absolutoria de parentesco del art. 268 CP. Una norma del pasado que desprotege a las familias del presente», en *Cuestiones actuales de Derecho de Familia. Una visión inclusiva e interdisciplinar* (Coordinadora: María Teresa Duplá Marín). Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

Castro Moreno, Abraham, «El concepto de sociedad en los delitos societarios: el artículo 297 del nuevo Código penal», en *Jueces para la democracia*, N.º 31, 1998.

De la Borde, Alejandro, *Del espíritu de asociación aplicado a cuanto puede interesar al pro-comunal de una nación y al fomento de la riqueza pública y privada* (Traducida al castellano por el Marqués de Sanfelices). Imprenta de Aparicio. Valladolid, 1834.

Del Rosal, Juan, *Derecho Penal de Sociedades Anónimas.* Volumen I. Doctrina General. Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad de Madrid. Madrid. 1971.

Fernández Teruelo, Javier Gustavo, en *Comentarios al Código penal. Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico.* Tomo IX. Director: Manuel Cobo del Rosal. Editoriales de Derecho Reunidas, S.A. Madrid. 1999.

Gracia Martín, Luis, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia. A la vez, una hipótesis de trabajo sobre el concepto de Derecho penal moderno en el materialismo histórico del orden del discurso de criminalidad.* Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

— Luis, «La responsabilidad penal de los administradores y representantes de la empresa por delitos especiales», en *Derecho Penal Económico*, Tomo I (prólogo de Edgardo Alberto Donna / Natalia Barbero), Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires, 2012.

[62] A juicio de Higuera Guimerá, J. F., *Las excusas…*, pp. 118 y 119, se podría aplicar una excusa absolutoria prevista en el Código Penal a hechos que no están comprendidos ni en su tenor literal ni tampoco en su espíritu o voluntad, pero son semejantes a los comprendidos en la misma. Sería preciso —según el autor— que los hechos respondieran al mismo fundamento de la excusa absolutoria.

[63] Conforme determina el artículo 4.1. del Código Civil: *«Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón».* Véase al respecto, Higuera Guimerá, J. F., *Las excusas…*, p. 118.

Gómez-Jara Díez, Carlos, «¿Límites penales a la remuneración de los administradores? Apuntes sobre Business Judgment Rule, Pay for Performance y administración desleal», en *Derecho Penal Económico*, Julio César Faira, Editor. Montevideo / Buenos Aires, 2010.

Higuera Guimerá, Juan Felipe, *Las excusas absolutorias*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A. Madrid. 1993.

Lascuraín Sánchez, Juan Antonio, «Delitos societarios», en *Derecho penal económico y de la empresa*, Editorial Dykinson, Madrid, 2018.

Manjón-Cabeza Olmeda, Araceli, *Las excusas absolutorias del derecho español. Doctrina y jurisprudencia*, Tirant lo Blanch, 2014.

Martínez-Buján Pérez, Carlos, *Derecho penal Económico y de la empresa*. *Parte Especial*, 6.ª Edición. Editorial, Tirant lo Blanch. Valencia, 2019.

Mateo Ayala, Eladio José, «Retribución de administradores e ilícito penal», en *Retribución y prestación de servicios de los administradores de sociedades* (Coordinador: José Antonio García-Cruces). Tirant lo Blanch. Valencia. 2018.

Mestre Delgado, Esteban, «Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico», en *Derecho Penal, Parte Especial* (Edición coordinada por Carmen Lamarca Pérez). Colex. 5.ª edición. Madrid. 2010.

Nieto Martín, Adán, «Introducción al Derecho penal económico de la empresa», en *Derecho penal económico y de la empresa*, Editorial Dykinson, Madrid, 2018.

Pavón Herradón, David, *El delito de falsedad documental societaria,* Wolters Kluwer, S.A., Madrid, 2016.

Quintero Olivares, Gonzalo, «Delitos societarios», en *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*. Num. 12, abril-septiembre 2017.

— «Mitos y modas del derecho penal tras algunos años de experiencia (1)», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales,* Volumen LXXIII, 2020.

Ríos Corbacho, José Manuel, «Delitos societarios», en *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal. Tomo IV. Derecho penal (Derecho penal Económico).* (Coordinación: María Acale Sánchez). Iustel. Madrid, 2023.

Rodríguez Mourullo, Gonzalo, *Estudios de Derecho Penal Económico*. Editorial Aranzadi, SA. Pamplona, 2009.

Sánchez-Vera y Gómez Trelles, Javier / Bacigalupo Sagesse, Silvina, *Cuestiones prácticas en el ámbito de los delitos de empresa.* Ediciones Experiencia, S.L. Bareclona, 2005.

Silva Sánchez, Jesús María, *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*, Edisofer, S.L., Madrid, 2013.

Soler, Eduardo, *Manual de Derecho Mercantil*, Biblioteca Enciclopédica Popular Ilustrada. Madrid, 1882.

Schünemann, Bernd, «Del Derecho penal de la clase baja al Derecho penal de la clase alta. ¿Un cambio de paradigma como exigencia moral?», en *Derecho Penal Económico*, Tomo I, Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires, 2012.

Terradillos Bascoco, Juan María, *Delitos societarios. El derecho Penal en las Sociedades Mercantiles a la luz de nuestra adhesión a la CEE*. Ediciones Akal, S.A., Madrid, 1987.

Tomás Pla, Ángel Santiago, «Limitaciones procesales y de índole absolutoria en causas penales seguidas en el marco de "sociedades familiares": una imperiosa y urgente necesidad de modificación legislativa», en *Manifestaciones de desigualdad en el sistema de justicia penal*, Volumen II, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2023.

33

LA PROTECCIÓN PENAL DE LOS TRABAJADORES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ITALIANO

ALESSANDRO MELCHIONDA*
Professore ordinario di Diritto penale
Università degli Studi di Trento (Italia)

SUMARIO: I. LOS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES DEL DERECHO A LA SEGURIDAD DE LOS TRABAJADORES Y EL MARCO DE REFERENCIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ITALIANO. II. LA ESTRUCTURA PIRAMIDAL DE LA TUTELA SANCIONADORA DE LA SEGURIDAD LABORAL. II.1. El nivel básico de naturaleza penal-contravencional y administrativa. II.2. El nivel intermedio de protección esbozado por los delitos de peligro de la seguridad pública. II.3. El último nivel de protección basado en el castigo por causar la muerte o lesiones. III. LAS FIGURAS SUBJETIVAS SOBRE LAS QUE RECAE EL DEBER DE PROTECCIÓN DE LOS TRABAJADORES: LA FIGURA DEL EMPRESARIO, LA DEL DIRECTIVO Y LA DEL TRABAJADOR ENCARGADO. LA DISTINTA POSICIÓN DEL RESPONSABLE DEL SERVICIO DE PREVENCIÓN Y PROTECCIÓN Y DEL MÉDICO COMPETENTE. IV. LA «DELEGACIÓN DE FUNCIONES». V. LA RESPONSABILIDAD DEL TRABAJADOR. VI. LA RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS POR LAS INFRACCIONES COMETIDAS EN VIOLACIÓN DE LAS NORMAS DE PREVENCIÓN DE ACCIDENTES LABORALES. VII. LA PROTECCIÓN DE LOS TRABAJADORES FRENTE A LA INTERMEDIACIÓN ILEGAL Y LAS CONDUCTAS DE EXPLOTACIÓN LABORAL. LOS PROBLEMAS DEL «MOBBING» Y EL «STALKING». VIII. OBSERVACIONES FINALES. IX. BIBLIOGRAFÍA.

* Este trabajo está dedicado a la memoria del Prof. Dr. Carlos María Romeo Casabona, querido colega y amigo, en recuerdo de las muchas experiencias comunes de estudio y amistad en Alemania, España e Italia.

I. Los fundamentos constitucionales del derecho a la seguridad de los trabajadores y el marco de referencia en el ordenamiento jurídico italiano

En el ordenamiento jurídico italiano, la protección penal de los trabajadores, especialmente en materia de salud y seguridad en el trabajo, encuentra un fundamento directo en el Art. 41 de la Constitución, que reconoce el principio de libertad de iniciativa económica privada, pero subordinándolo a la necesidad de impedir que cualquier actividad se ejerza en conflicto «con la utilidad social o de forma que pueda causar daños a la salud, al medio ambiente, a la seguridad, a la libertad y a la dignidad humana».

El marco de pertinencia de esta necesidad de protección se amplía evidentemente mediante la consideración de otros principios más generales (como el Art. 2, en lo que se refiere a la garantía de los derechos fundamentales de la persona, y el Art. 32, en lo que se refiere a la protección de la salud) y en la especificación de la importancia reconocida a determinadas categorías de trabajadores caracterizadas por aspectos más débiles, como en particular la categoría de los trabajadores que son madres (Art. 37 de la Constitución) y los trabajadores menores de edad (Art. 31 de la Constitución)[1].

Sobre estos principios se establece, por tanto, el fundamento constitucional de las numerosas disposiciones legales que configuran la normativa vigente protectora de la libertad, seguridad y dignidad de los trabajadores.

Además de estos principios de fuente constitucional, el ámbito de protección reconocido por el ordenamiento jurídico nacional italiano a la categoría de los trabajadores adquiere relevancia directa también a través del precepto contenido en el Art. 2087 del Código Civil, en virtud del cual: «En el ejercicio de la empresa, el empresario está obligado a adoptar las medidas que, según la particular naturaleza del trabajo, la experiencia y la técnica, sean necesarias para proteger la integridad física y la personalidad moral de los trabajadores».

En la disciplina menos reciente, en la época dictada por los Decretos n.º 547/1955, n.º 302/1956 (en materia de prevención de accidentes laborales), n.º 303/1956 (en materia de higiene laboral) y n.º 304/1956 (en materia de prevención de accidentes laborales en las obras de construcción), las formas de protección preventiva de accidentes se concebían como medidas destinadas a atenuar las situaciones peligrosas, hasta la prescripción del cese de la operación que entrañaba un peligro que no podía eliminarse de otro modo.

[1] Sobre la relevancia de estos principios generales, véase, entre otros, Petrini, «Reati in materia di lavoro», en Antolisei, *Manuale di diritto penale, Leggi complementari*, vol. II, Giuffrè, Milano, 2018, XIV ed., coordinado por Grosso C.F., p. 510. Para referencias más amplias sobre todos los temas tratados en este trabajo, remito también a Consulich, *Manuale di diritto penale del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2024; Giunta-Micheletti, *Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2010; y a los escritos recogidos en el volumen *La tutela penale della sicurezza del lavoro. Luci e ombre del diritto vivente*, coordinado por Casaroli – Giunta – Guerrini – Melchionda, Edizioni ETS, Pisa, 2015.

Según la normativa vigente, la tutela penal del bien jurídico de la integridad psicofísica de los trabajadores se ve afectada por la opción legislativa de centrar la regulación de las acciones e instrumentos destinados a combatir los accidentes de trabajo en la prevención de los riesgos laborales. Se trata, por tanto, de una lógica de prevención anticipada, basada en la planificación del sistema de seguridad de la empresa y en la implicación de un gran número de personas, incluidos los profesionales con competencias específicas, así como de los propios trabajadores, en la tarea de identificar y aplicar las medidas más adecuadas para neutralizar los riesgos relacionados con la actividad empresarial.

Esta nueva perspectiva de la protección también se ha reforzado ampliando el propio concepto de riesgo, que ahora se identifica como una situación que puede generar peligros o incluso daños para el bien que se protege, también como resultado de la posible interacción de múltiples factores[2].

Este cambio de perspectiva en materia de prevención se introdujo con la legislación promulgada para aplicar las directivas de la UE y, en particular, con los Decretos legislativos n.º 626/1994[3] y n.º 81/2008[4] (este último conocido ahora también como «Texto Único de la Ley de Seguridad en el Trabajo» y modificado posteriormente por el Decreto legislativo n.º 109/2009), que, entre otras cosas, reconocían la necesidad de que el equilibrio entre los intereses relacionados con la seguridad en el trabajo y los que pudieran entrar en conflicto con ellos se llevara a cabo dentro de los límites de lo «prácticamente posible» y lo «técnicamente viable»[5].

II. La estructura piramidal de la tutela sancionadora de la seguridad laboral

Según el enfoque de un estudio reciente[6], el «sistema» de protección de la seguridad de los trabajadores en el ordenamiento jurídico italiano actual se caracteriza por ser un complejo aparato normativo asistido por sanciones predominantemente penales, aunque no faltan numerosas infracciones sancionadas como administrativas, consideradas de

[2] Para esta opinión, véase Padovani, «Il nuovo volto del diritto penale del lavoro», *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 1996, p. 1161.

[3] Decreto Legislativo 19.09.1994, n.º 626, «Attuazione delle direttive 89/391/CEE, 89/654/CEE, 89/655/CEE, 89/656/CEE, 90/269/CEE, 90/270/CEE, 90/394/CEE, 90/679/CEE, 93/88/CEE, 95/63/CE, 97/42/CE, 98/24/CE, 99/38/CE, 99/92/CE, 2001/45/CE, 2003/10/CE, 2003/18/CE e 2004/40/CE riguardanti il miglioramento della sicurezza e della salute dei lavoratori durante il lavoro».

[4] Decreto Legislativo 9.04.2008, n.º 81, «Attuazione dell'articolo 1 della legge 3 agosto 2007, n.º 123, in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro».

[5] Morgante, «Spunti di riflessione su diritto penale e sicurezza del lavoro nelle recenti riforme legislative», *Cassazione Penale*, 2010, p. 3319 ss.

[6] V. Castronuovo, «Le fonti della disciplina penale della sicurezza sul lavoro: un sistema a più livelli», en Castronuovo – Curi – Tordini Cagli – Torre – Valentini, *Sicurezza sul lavoro. Profili penali*, 2.ª ed., Torino, 2021, p. 19 ss.

importancia formal o, en cualquier caso, de menor valor en el contexto de las estrategias preventivas generales.

Este aparato regulador global puede representarse esquemáticamente como una estructura piramidal articulada en varios niveles y distribuida en varios planos comunicantes.

II.1. **El nivel básico de naturaleza penal-contravencional y administrativa**

En la base del sistema general de protección se halla un marco articulado de disposiciones, actualmente previsto de forma unitaria en el denominado «Texto Único de la Ley de Seguridad en el Trabajo» (Decreto Legislativo n.º 81/2008, en lo sucesivo abreviado: TUSL), que contiene numerosas infracciones, algunas de las cuales solo se sancionan administrativamente y otras, en cambio, se sancionan penalmente como «contravenciones»[7].

Así pues, este primer conjunto de disposiciones puede describirse como compuesto, a su vez, por dos subniveles:

- un primero de naturaleza penal-contravencional;
- un segundo de naturaleza sancionadora-administrativa.

En cuanto al contenido, se trata de un abundante corpus de disposiciones en materia laboral, conformado según modelos heterogéneos de disciplina.

a) Por un lado, existen numerosas disposiciones que prescriben normas de precaución de carácter «modal», es decir, normas que prescriben, de manera más o menos precisa, la forma de proceder para realizar una operación o actividad de manera segura: En este caso, se trata de reglas caracterizadas por un contenido preventivo-cautelar inmediato, según un modelo «clásico» de regulación, también denominado «heterorregulación» de la seguridad, en el que es el legislador quien prescribe directamente normas destinadas a eliminar o reducir el riesgo (por ejemplo, la obligación de proporcionar herramientas de protección individual o de equipar determinadas máquinas con determinados dispositivos de seguridad, etc.).

b) Por otro lado, existen numerosas disposiciones estructuradas según módulos procedimentales y organizativos con una función preventiva indirecta: en este caso, se trata de reglas basadas en un modelo más innovador de «autorregulación» parcial de la seguridad, basado en el principio de análisis de riesgos, es decir, evaluación, comunicación y gestión de riesgos. En este segundo modelo normativo de seguridad, en caso de infracción y consiguiente causación de un evento dañoso (lo que implicaría la intervención del tercer y último nivel de protección), estaríamos en presencia de los denominados esquemas de faltas organizativas, procedimentales o protocolarias siem-

[7] Sobre estas infracciones v. Torre, «Le contravvenzioni del T.U.S.L.», en Castronuovo – Curi – Tordini Cagli – Torre – Valentini, cit., p. 209 ss.

pre y cuando la «génesis» de las normas transgredidas a efectos preventivos estuviera encomendada, al menos en parte, a procedimientos desinstitucionalizados o privatizados (de gestión de riesgos laborales), como tales encomendados a las personas que, como dotadas del correlativo poder de decisión, gestionan la actividad de riesgo. En estos casos, el resultado dañoso es consecuencia de la no evaluación (por parte del empresario) de todos los factores de riesgo a los que están expuestos los trabajadores; o del incumplimiento (por parte, por ejemplo, de los trabajadores) de una norma, un «protocolo» de comportamiento, una secuencia correcta de acciones o uno o varios procedimientos de seguridad, adoptados a raíz de la evaluación de riesgos.

En este nuevo modelo de protección, las obligaciones fundamentales, exclusivas e indelegables del empresario, relativas a la evaluación de riesgos (que se completan con la aprobación del correspondiente documento y el nombramiento del responsable del servicio de prevención y protección: RSPP), van acompañadas de obligaciones —(delegables y) compartidas por el empresario y las figuras de dirección— de comunicación de riesgos, en forma de obligaciones de educación, información y formación de los trabajadores, y de gestión de riesgos mediante la elaboración de medidas organizativas (por ejemplo, organización del servicio de prevención y protección; estructura de las delegaciones para la atribución de funciones), procedimentales (por ejemplo, medidas relacionadas con la gestión de emergencias o el mantenimiento de las instalaciones de seguridad), técnicas (por ejemplo, en relación con la adopción de dispositivos de seguridad, señalización o control o con la disposición del lugar de trabajo) y operativas (por ejemplo, el uso correcto de los instrumentos de trabajo y de los dispositivos de protección individual y colectiva).

II.2. **El nivel intermedio de protección esbozado por los delitos de peligro de la seguridad pública**

Un nivel intermedio de protección se sitúa, en cambio, en el Código Penal, más concretamente entre los delitos contra la seguridad pública, y se basa en las hipótesis dolosas y imprudentes de supresión u omisión de precauciones para la prevención de accidentes o catástrofes laborales (Artículos 437 y 451)[8].

En particular, el Art. 437 del Código Penal tipifica el delito de «*Supresión u omisión deliberada de las precauciones contra los accidentes de trabajo*» y establece que «el que omitiere colocar instalaciones, dispositivos o señales destinados a prevenir catástrofes o accidentes de trabajo, o los suprimiere o dañare, será castigado con la pena de prisión de seis meses a cinco años / Si del hecho resultare una catástrofe o un accidente, la pena será de prisión de tres a diez años».

[8] Sobre estas disposiciones véase Tordini Cagli, «I delitti di comune pericolo», en Castronuovo – Curi – Tordini Cagli – Torre – Valentini, cit., p. 299 ss.

El Art. 451 tipifica el delito de «*Omisión culpable de precauciones o medidas de protección contra catástrofes o accidentes de trabajo*» y establece que: «El que, por negligencia, omita colocar, o retire, o deje inservibles aparatos, u otros medios destinados a la extinción de un incendio, o al salvamento o socorro contra catástrofes o accidentes de trabajo, será castigado con pena de prisión de hasta un año o con multa de mil a cinco mil liras».

Este nivel intermedio de protección castiga tanto conductas activas como omisivas, cuyos objetos materiales son bienes (respectivamente: instalaciones, aparatos o señales destinados a prevenir catástrofes o accidentes de trabajo, u otros medios destinados a socorrer o prestar auxilio contra el mismo tipo de eventos), que se identifican más directamente en las disposiciones *extra-codicem* previstas para el primer nivel de protección. En particular, al menos según el tenor literal de los tipos penales en cuestión, la referencia normativa se refiere a disposiciones —en su mayoría estructuradas según el modelo de normas modales— atribuibles a la protección de la prevención de accidentes en sentido estricto.

La primera disposición, es decir, la relativa al delito de «*Supresión u omisión dolosa de las precauciones de seguridad contra los accidentes de trabajo*» (Art. 437) se introdujo con el Código Penal de 1930, pero estuvo casi olvidada durante muchos años, hasta que, a partir de los años ochenta, se le prestó mayor atención tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. En particular, la jurisprudencia de legitimidad tiende hoy a aplicarlo a las pequeñas empresas, aunque solo haya un trabajador asignado a la máquina o aparato «peligroso», considerando que, al tratarse de un delito de peligro abstracto, el peligro para la seguridad pública no es un elemento implícito del propio delito.

Entre los eventos dañosos que las precauciones omitidas o suprimidas pretenden prevenir, el Art. 437 cubre los accidentes y las catástrofes, pero no las enfermedades profesionales, con el resultado paradójico de que se es responsable cuando se crea el peligro de un accidente (un evento traumático e instantáneo que suele afectar a un solo trabajador) y no de una enfermedad profesional, es decir, un evento que tiene un potencial de propagación mucho mayor.

La razón de la (incompleta) disposición normativa no obedece a una elección político-criminal consciente de los compiladores del código penal, sino más bien a la falta de sensibilización respecto a las enfermedades profesionales en los años treinta, debido a la escasa información científica disponible en aquel momento.

Sin embargo, la jurisprudencia de legitimidad ha sostenido que el concepto de «accidente» incluye también las denominadas «enfermedades-accidente» «que —a diferencia de las enfermedades profesionales en sentido estricto consistentes en manifestaciones morbosas contraídas en el trabajo y debidas al trabajo, y no producidas por agentes externos— son síndromes morbosos surgidos en el trabajo y producidos por

agentes externos de diversa índole (eléctricos, radiactivos, químicos, etc.), evitables mediante determinadas medidas»[9].

La hipótesis imprudente del Art. 451 del Código Penal se configura como un delito de peligro. Se ha discutido si el elemento material se corresponde o no con el del Art. 437 y, aunque una parte de la doctrina lo apoya, se considera que la solución es negativa debido a la clara y explícita diferencia en la finalidad de las precauciones omitidas: finalidad de prevención de catástrofes o accidentes de trabajo, en el Art. 437; finalidad de salvamento o socorro de catástrofes o accidentes de trabajo, en el Art. 451. En el primer caso, por tanto, se hace hincapié en la finalidad de prevenir un accidente que aún no se ha producido; en el segundo caso, en los medios concretos de los que se carece una vez producido el daño, de modo que resulte imposible o difícil paliar sus consecuencias.

Sobre esta base, por tanto, el delito doloso del Art. 437 se considera una norma de aplicación general, que prevé y castiga la omisión o el menoscabo de cualquier tipo de precaución, mientras que el delito del Art. 451 sólo se aplica a los dispositivos de salvamento y en caso de imprudencia.

Los delitos así sancionados por los Arts. 437 y 451 del Código Penal han sido considerados como componentes de una especie de «microsistema» relativamente independiente dentro de la regulación de los delitos contra la incolumidad pública contenida en el Título VI del Código Penal, pues, como puede apreciarse, contemplan una sanción penal más grave que la prevista para el supuesto de comisión de conductas que afecten directamente al sistema de medidas cautelares impuestas por el legislador para la prevención de catástrofes o accidentes «laborales».

El marco de protección previsto en los Arts. 437 y 451 se amplía a continuación mediante la consideración del delito previsto en el Art. 449 del Código Penal (titulado: «delitos imprudentes de daños»), que castiga a quien cause por imprudencia una de las catástrofes previstas en el Capítulo I (del Título VI del Código Penal), dedicado a los delitos (dolosos) de peligro común por violencia, en el que también se incluye el Art. 437: el Art. 449 podría representar entonces el tipo imprudente para aquellas hipótesis —no contempladas en el Art. 451, que sólo se refiere a los medios de prevención «secundarios», es decir, los destinados a la extinción de incendios o al salvamento o asistencia en caso de catástrofes o accidentes— que se refieran a la retirada u omisión (negligente) de instalaciones, aparatos o señales destinados a prevenir catástrofes en el trabajo, cuando tal catástrofe se haya producido efectivamente (excluyendo, por tanto, los casos en que se produzca un simple accidente —evento no contemplado en el

[9] V. Cassazione penale, sez. I, Sentencia 06/02/2002, n.º 11894.

Art. 449— y los casos en que la conducta se refiera a dispositivos destinados a prevenir daños menos graves que una catástrofe laboral)[10].

II.3. **El último nivel de protección basado en el castigo por causar la muerte o lesiones**

El tercer y último nivel de protección, destinado a los casos de causación efectiva del evento dañoso, se confía a los delitos imprudentes contra la incolumidad individual, es decir, el delito de «homicidio imprudente» (Art. 589 del Código Penal) y el de «lesiones corporales imprudentes» (Art. 590 del Código Penal)[11].

En estos casos, la seguridad de los trabajadores se tiene expresamente en cuenta en la previsión específica de circunstancias agravantes (Art. 589, apartado 2, y Art. 590, apartado 3), que se aplican siempre que el delito se cometa con infracción de las normas sobre prevención de accidentes de trabajo.

En abstracto, el ámbito de protección puede extenderse también a la consideración del delito de «homicidio doloso» (Art. 575 del Código Penal). En la experiencia jurídica italiana, esta referencia adquirió relevancia concreta en el proceso penal relativo al caso del gravísimo incendio de la acería ThyssenKrupp de Turín, en el que perdieron la vida siete trabajadores, debido a la ausencia (o, mejor dicho, a la no adquisición por parte de la dirección de la empresa) de los dispositivos de prevención de incendios necesarios. En este juicio, la fiscalía había contestado el delito de homicidio voluntario, estimando que la previsión del riesgo mortal permitía suponer una situación subjetiva de «dolo eventual». De hecho, la sentencia de primera instancia había declarado al administrador de la empresa responsable de homicidio voluntario múltiple, basándose en una situación de «dolo eventual»[12]; mientras que la segunda instancia terminó con la condena de todos los acusados por homicidio imprudente múltiple agravado por la previsión del evento[13]. La sentencia definitiva de la Corte di Cassazione fue de gran importancia en el debate histórico sobre la línea divisoria entre dolo (eventual) e imprudencia (con previsión) y confirmó la solución adoptada por la sentencia de apelación, reconociendo únicamente la responsabilidad por imprudencia[14].

[10] Para referencias más amplias, véase Consulich, *Manuale di diritto penale del lavoro*, cit., p. 369 ss.

[11] V. Castronuovo, «I delitti di omicidio e lesioni», en Castronuovo – Curi – Tordini Cagli – Torre – Valentini, cit., p. 289 ss.

[12] V. Corte d'Assise di Torino, Sentencia 15/04/2011.

[13] V. Corte d'Assise d'appello di Torino, Sentencia 28/02/2013.

[14] V. Cassazione Penale, Sezioni Unite, Sentencia 24/04/2014, n.º 38343. Para un comentario sobre esta importante sentencia, véase Summerer, «La pronuncia delle Sezioni unite sul caso Thyssen Krupp. Profili di tipicità e colpevolezza al confine tra dolo e colpa», *Cassazione Penale*, 2015, p. 490 ss.

Independientemente del trágico caso de Turín, dentro de este último nivel de protección, el criterio ordinario de atribución de responsabilidad se basa en la regulación de la «imprudencia» y puede resultar complementado tanto en el caso de la denominada «imprudencia genérica», basada en la violación de normas generales de prudencia, diligencia y pericia, como en el caso, mucho más frecuente, de la denominada «imprudencia específica», basada en el «incumplimiento de leyes, reglamentos, órdenes o disciplinas» (Art. 43 del Código Penal).

La identificación concreta de estas normas de cuidado más específicas suele vincularse a menudo a las numerosas disposiciones previstas en el marco del primer nivel de protección, de modo que se capta así la estrecha correlación que une los distintos niveles de la estructura piramidal esbozada anteriormente. En su forma imprudente, incluso estas eventualidades «clásicas» basadas en causar la muerte o lesiones a los trabajadores recuerdan inevitablemente el plan de las «modernas» disciplinas preventivo-cautelares *extra codicem*, cuya violación está destinada a desempeñar papeles significativos y heterogéneos también en relación con los delitos considerados.

En el ordenamiento jurídico vigente, el nivel de protección que ahora nos ocupa se compone también de dos subniveles, correspondientes a respuestas sancionadoras también «subjetivamente» diferenciadas:

(a) el primer subnivel, el más tradicional, es el de la responsabilidad penal de la persona física que causó o contribuyó a causar el evento dañoso de muerte o lesión;

b) el segundo subnivel, introducido más recientemente, se basa en la previsión de la responsabilidad directa por el delito imprudente de homicidio o lesiones por incumplimiento de las normas de seguridad en el trabajo también contra la persona jurídica en cuyo interés o en cuyo provecho se cometió el incumplimiento, de conformidad con los criterios establecidos por el Decreto Legislativo n.º 231/2001.

Por tanto, este último nivel de protección (y, de momento, sólo éste) también se ve afectado por la ampliación del catálogo de delitos que fundan la responsabilidad de las personas jurídicas, que, a partir de 2017, también incluye los delitos imprudentes de homicidio y lesiones derivadas de infracciones de la normativa de seguridad laboral (Art. 25-septies, Decreto Legislativo n.º 231/2001)[15].

Dado el requisito previo necesario, que es la violación de las normas de seguridad en el trabajo, el primer nivel de protección está destinado a desempeñar un papel directo también en la definición de las responsabilidades correspondientes al «subnivel» de la responsabilidad de los entes colectivos. Esto demuestra una vez más el carácter verdaderamente básico y vertical de las normas del primer nivel, que, además de asumir una

[15] La disposición fue introducida por el Art. 9 de la Ley n.º 123/2007 y modificada posteriormente por el Art. 300 del Decreto Legislativo n.º 81/2008. El posterior Decreto Legislativo n.º 109/2009 volvió a modificar las disposiciones sobre seguridad en el trabajo a las que se refiere el Art. 25-septies.

posible relevancia penal por sí mismas (contravenciones del Texto Único), desempeñan un papel relevante y diversificado en los niveles posteriores de la protección (delitos de peligro común previstos en los Arts. 437 y 451 del Código Penal, homicidio y lesiones personales imprudentes, y responsabilidad de las personas jurídicas prevista en el Art. 25-septies del Decreto Legislativo n.º 231/2001).

III. Las figuras subjetivas sobre las que recae el deber de protección de los trabajadores: la figura del empresario, la del directivo y la del del trabajador encargado. La distinta posición del responsable del servicio de prevención y protección y del médico competente

En el actual ordenamiento jurídico italiano, el eje del nuevo sistema de seguridad de las empresas está representado por la procedimentalización de la obligación de planificar la prevención global de los riesgos, que incumbe, en primer lugar, al empresario. Esta obligación se divide en dos fases: la evaluación de los riesgos y la redacción del documento de seguridad de la empresa. Este documento debe elaborarse con la participación necesaria de los demás sujetos a los que se divide la obligación de seguridad en el TUSL: el responsable del servicio de prevención y protección en el trabajo, el médico competente (en las empresas sujetas a vigilancia obligatoria de la salud) y el representante de los trabajadores para la seguridad[16].

La evaluación de riesgos (que no puede ser delegada por el empresario, ni siquiera en las grandes empresas) y la elaboración del documento de seguridad de la empresa constituyen la herramienta fundamental a través de la cual el empresario identifica las medidas de prevención más adecuadas para eliminar o, en todo caso, reducir la incidencia de los riesgos asociados a la actividad laboral, y planifica y actualiza el sistema de medidas de seguridad colectivas e individuales, también en relación con los avances tecnológicos y su eficacia y eficiencia reales.

Desde el punto de vista del «Texto Único de Seguridad en el Trabajo», la prevención tiene, por tanto, un carácter dinámico, ya que obliga al empresario a repetir la evaluación de riesgos y actualizar el documento de seguridad de la empresa cada vez que se produzcan cambios en el ciclo de producción que puedan afectar significativamente a la seguridad de los trabajadores. Y todo ello, de forma aún más clara, a la luz de las modificaciones introducidas por el Decreto Legislativo n.º 106/2009, que precisó aún más los criterios a través de los cuales el empresario debe llevar a cabo la evaluación, es decir, sencillez, brevedad y comprensibilidad, a fin de garantizar la exhaustividad e idoneidad del instrumento de planificación de la seguridad de la empresa (Art. 28,

[16] Sobre estas posiciones subjetivas, véase Consulich, *Manuale di diritto penale del lavoro*, cit., p. 67 ss.; Tordini Cagli, «I soggetti responsabili», en Castronuovo – Curi – Tordini Cagli – Torre – Valentini, cit., p. 75 ss.

2.º párrafo, lett. a, TUSL), con la previsión específica, en el caso de constitución de una nueva empresa, de la obligación de realizar una nueva evaluación de riesgos en el plazo de 90 días desde la fecha de inicio (Art. 28, párrafo 3-bis del TUSL).

La obligación de evaluar los riesgos recae en cada empresario, que, no obstante, en las pequeñas y medianas empresas, puede recurrir a procedimientos normalizados de evaluación de riesgos y, en el caso de las empresas familiares o autónomas, a procedimientos de autocertificación.

Las figuras sobre las que recaen los deberes de protección de los trabajadores y las correspondientes responsabilidades en caso de incumplimiento de los requisitos reglamentarios en materia de seguridad son el empresario, el directivo y el trabajador encargado.

En virtud de la disposición general consagrada en el Art. 2087 del Código Civil que impone al empresario la obligación general de adoptar medidas para proteger la integridad física y la personalidad moral de los trabajadores —y de las medidas específicas previstas en la normativa de prevención de accidentes—, el empresario es el garante de la seguridad física y de la protección de la personalidad moral de los trabajadores, con la consecuencia de que, cuando incumple las obligaciones de protección, el hecho dañoso generado por la violación de estas obligaciones le es imputado según el mecanismo, previsto en el Art. 40, apartado 2, del Código Penal, de la llamada responsabilidad comisiva por omisión[17].

Este supuesto parte de la consideración de que el empresario tiene «dominio sobre la empresa», rigiendo su organización y proceso productivo de forma real y efectiva y controlando así las fuentes de peligro con las que puede entrar en contacto el trabajador, quien, en cambio, no tiene control sobre las situaciones que pueden poner en riesgo su integridad personal.

Por tanto, el empresario tiene, en primer lugar, un deber de prevención técnica y organizativa, que le obliga a poner a disposición del trabajador máquinas y herramientas de trabajo exentas de peligros, a la luz de las mejores investigaciones tecnológicas; tiene, a continuación, un deber de prevención informativa y formativa, consistente en el deber de informar a los trabajadores de los peligros que pueden derivarse de una utilización incorrecta de las máquinas o de los instrumentos de trabajo y de hacerles ver que, para evitar los accidentes, no existen expedientes alternativos a los indicados de vez en cuando, exigiendo al mismo tiempo que los propios trabajadores sean conscientes de su deber, tanto para consigo mismos como para con la colectividad, de respetar las normas de prevención de accidentes; tiene, por último, el deber de controlar y vigilar, de forma

[17] Por una información esencial sobre esta cuestión, véase Pisani, «Posizioni di garanzia e colpa d'organizzazione nel diritto penale del lavoro», *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2009, p. 53 ss.

asidua e ininterrumpida, que se cumplan escrupulosamente las normas de prevención de accidentes, debiendo proteger al trabajador incluso de sí mismo, e incluso contra su propia voluntad.

En resumen, por tanto, el empresario debe, por un lado, adoptar medidas positivas para organizar las actividades laborales de forma segura, asegurando la adopción de las medidas técnicas y organizativas necesarias para minimizar los riesgos asociados a la actividad laboral, y, por otro, está obligado a velar por el cumplimiento de las medidas de prevención de accidentes, garantizando el mantenimiento de las condiciones de seguridad durante todo el tiempo de realización del trabajo.

Este principio fue reafirmado por el Art. 18, apartado 3 bis, del TUSL, introducido por el Decreto Legislativo n.º 106/2009, que sancionó expresamente el deber del empresario y del gestor de cumplir no sólo sus propias obligaciones, sino también las de supervisar el cumplimiento de las obligaciones de los trabajadores encargados (Art. 19), de los trabajadores (Art. 20), de los proyectistas (Art. 22), de los fabricantes y proveedores (Art. 23), de los instaladores (Art. 24) y del médico competente (Art. 25), sin perjuicio de la responsabilidad exclusiva de estos sujetos (obligados por derecho propio), cuando el incumplimiento de las obligaciones relativas les sea enteramente imputable, al no apreciarse falta de vigilancia por parte del empresario o directivo.

Cabe señalar, a este respecto, que la disposición contenida en el Art. 2 del TUSL ha dado importancia exclusiva, a efectos de la identificación de los responsables de la deuda de seguridad, al requisito de la organización de la actividad, que no está desvinculada del ejercicio de los poderes de decisión y de gasto inherentes a la misma.

A partir de estos criterios generales, la misma norma (Art. 2, apartado 1, letra b, del TUSL) ha identificado la figura del empresario en las Administraciones públicas, transponiendo y explicitando la interpretación consolidada en la jurisprudencia según la cual, cuando el órgano superior de dirección de las distintas Administraciones, es decir, el órgano político de dirección, no haya identificado al directivo, o al funcionario no directivo al que deba atribuirse la cualidad de empresario, las consecuencias derivadas del deber de seguridad seguirán recayendo sobre el mismo órgano superior de dirección.

Si el empresario es, por tanto, el responsable de la organización de la actividad, tanto de la empresa en su conjunto como de la unidad productiva, y ejerce los poderes de dirección, decisión y gasto, el director, dentro del organigrama de la empresa, es la persona que tiene la misión de ejecutar las directrices emanadas del empresario, organizar la actividad laboral y supervisarla, en virtud de los poderes jerárquicos y funcionales adecuados a la naturaleza del cargo.

Partiendo de esta premisa, la jurisprudencia de legitimidad se ha encargado de seleccionar parámetros útiles para identificar, en el caso concreto, la función directiva que conlleva la titularidad de obligaciones de seguridad «iure proprio» y ha afirmado que la figura del directivo presupone la existencia de conductas recurrentes, constantes y específicas de las que inferir el ejercicio real de poderes decisorios, tales que le

permitan interferir en la organización del trabajo y en su seguridad, si bien dentro de los límites de las competencias y facultades que efectivamente le han sido conferidas.

Al igual que el empresario y el director, el trabajador encargado (también identificado con el trabajador responsable del sitio) es también indudablemente el destinatario directo (*iure proprio*) de las normas de prevención de accidentes, con independencia de la eventual «delegación de funciones» conferida por el empresario, como se deduce, además, de lo dispuesto en el Art. 56 del TUSL, que establece las sanciones por incumplimiento de las normas de precaución de las que es directamente responsable el trabajador encargado, a diferencia de las previstas para el empresario por el Art. 55 del mismo Texto Único.

De hecho, el Art. 19 del TUSL también incluye al trabajador encargado entre las personas obligadas a aplicar las medidas de seguridad previstas por la legislación sectorial y por el documento de seguridad de la empresa, exigiéndole que actúe para comprobar que los lugares de trabajo cumplen las disposiciones en materia de prevención de accidentes y que haga todo lo posible para eliminar las situaciones perjudiciales para la seguridad de los trabajadores que se produzcan en el ejercicio de esas actividades, que el también dirige y supervisa, asumiendo así, a su vez, una posición de garantía frente a los trabajadores.

El citado precepto legislativo, por tanto, al atribuir al trabajador encargado las funciones de vigilancia y control de las actividades laborales ajenas, implica que está obligado a comprobar que sólo los trabajadores que hayan recibido las instrucciones adecuadas acceden a las zonas que les exponen a un riesgo grave y específico, así como a comunicar puntualmente al empresario tanto las deficiencias de los medios y equipos como de los dispositivos de protección individual y cualquier otra condición peligrosa que se produzca durante el trabajo.

Al igual que en el caso del director, también en el caso del trabajador encargado —cuando no existe una identificación precisa de la figura correspondiente en el organigrama de la empresa—, a efectos de atribuir a la persona dotada de las mencionadas facultades de dirección y vigilancia la responsabilidad por cualquier infracción de las disposiciones en materia de prevención de accidentes, es necesario tener en cuenta no sólo el dato formal, sino también las funciones concretamente desempeñadas y, en particular, la posición de preeminencia respecto de los demás trabajadores, que le sitúa en condiciones de impartir órdenes, instrucciones y directrices sobre el trabajo, de modo que desempeña el papel de prolongación subjetiva del empresario, con el que, en caso de infracción de las normas de seguridad, está llamado a compartir la responsabilidad en concepto de «culpa in vigilando».

El reconocimiento al empresario de la posición principal de garantía para la protección de la integridad psíquica y física del trabajador no excluye, sino que exige, en nombre del principio de efectividad de dicha protección consagrado en el Art. 299 del TUSL —en deferencia a la teoría funcionalista parcialmente aceptada en el mismo—, que también las personas que carecen de una cualificación empresarial precisa o de un

encargo formal, pero que, de hecho, están investidas de las tareas y prerrogativas vinculadas a la función organizativo-directiva de la empresa, están cargadas de las obligaciones y responsabilidades derivadas de la deuda de seguridad frente a los trabajadores.

La responsabilidad del empresario no excluye la responsabilidad concurrente del responsable del servicio de prevención y protección («RSPP»), quien, al carecer de poder de decisión y de gasto (y, por tanto, no poder intervenir directamente para eliminar situaciones de riesgo), puede ser considerado corresponsable de la producción de un accidente sólo cuando dicho accidente sea objetivamente imputable a una situación peligrosa que él hubiera estado obligado a conocer y a comunicar, ya que debe presumirse que, si se le hubiera comunicado dicha situación peligrosa, el empresario habría adoptado las medidas necesarias para neutralizarla.

El responsable del servicio de prevención y protección, por tanto, no es responsable por el mero hecho de no haber realizado adecuadamente sus funciones de comprobación de las condiciones de seguridad, ya que no existe una sanción expresa para tal conducta en el sistema normativo, sino que es responsable según las reglas generales de causalidad establecidas en los Artículos 40 y 41 del código penal; por tanto, siempre que su incumplimiento constituyera una causa coadyuvante del siniestro, que se produjo precisamente por el incumplimiento culpable de las tareas de prevención que le encomendaba el Art. 33 del TUSL.

Por último, el médico competente, de conformidad con el Art. 25 del TUSL, tiene el deber de cooperar con el empresario en la evaluación de los riesgos con el fin de planificar y preparar las medidas de protección de la salud y de la integridad psicofísica del trabajador, teniendo en cuenta en particular los tipos de trabajo y el modo de organización del trabajo, así como la planificación y la aplicación de la vigilancia de la salud. Por lo tanto, puede ser castigado en virtud de los Artículos 25, letra a), y 58, letra c), del TUSL si no colabora activamente en la evaluación de riesgos, por ejemplo, firmando un documento genérico de evaluación de riesgos que no se ajusta a la actividad específica desarrollada por la empresa para la que fue designado.

IV. La «delegación de funciones»

En realidades empresariales complejas, es muy difícil que el empresario pueda cumplir, por sí solo y en persona, la multiplicidad de tareas que le asigna la ley. Por ello, la cuestión de la llamada delegación de funciones siempre ha tenido una gran importancia[18].

[18] Para indicaciones esenciales sobre este tema, véase D'ALESSANDRO, «La delega di funzioni nell'ambito della tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro, alla luce del decreto correttivo n.º 109/2009», *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2010, p. 1125 ss.; DE VITA, *La delega di funzioni nel sistema penale. Il paradigma della sicurezza sul lavoro*, Napoli, 2008; PADOVANI, *La delega di funzioni tra vecchio e nuovo sistema di prevenzione antinfortunistica*, *Cassazione Penale*, 2010,

Se trata de una cuestión particularmente delicada y compleja: por una parte, en efecto, la delegación desempeña un papel absolutamente insustituible, ya que hace efectiva la protección penal, permitiendo a la persona originalmente cargada con las obligaciones penales transferir el deber de proteger a los trabajadores a alguien que es a la vez técnicamente competente y capaz de actuar en términos de poderes efectivos de decisión y de gasto. Pero, al mismo tiempo, la delegación de funciones, si no está correctamente circunscrita por estrictos límites de eficacia, podría resolverse en una inaceptable descarga de responsabilidad para el empresario, sólo si se identifica formalmente a una persona dispuesta a correr cierto riesgo de incriminación penal, a cambio de un buen emolumento y de la garantía de ser sustituida a la primera sospecha de una investigación penal. Si desde el primer punto de vista la delegación de funciones aumenta la posibilidad de hacer efectiva la protección de la salud y la integridad física de los trabajadores, el riesgo temido acabaría degradando por completo la función de prevención general y especial que subyace en la incriminación de hechos que dañan o ponen en peligro bienes de tanta importancia.

Precisamente por la extrema delicadeza del asunto, es importante aclarar, en primer lugar, cómo es posible que una obligación penalmente relevante, que originalmente recaía sobre una persona con una cualificación subjetiva determinada, pueda ser transmitida a otra persona que no tenga esa cualificación. En segundo lugar, es necesario precisar en qué condiciones la delegación de funciones puede explicar el doble efecto de eximir a la persona a la que originalmente incumbía la obligación y de hacer penalmente responsable al delegado. En este sentido, resulta inmediatamente obvio lo que distingue la delegación de funciones de la mera tarea de ejecución: en este último caso, la persona identificada por la ley como responsable originario del cumplimiento de la norma nunca quedará exenta de responsabilidad penal, ya que sigue siendo el verdadero garante del bien protegido.

El tema no fue objeto de consideración legislativa directa hasta la entrada en vigor del «Texto Único de Seguridad». Reconociendo una orientación interpretativa anterior seguida desde hacía tiempo por la jurisprudencia, con el Art. 16 del TUSL (modificado por el Decreto Legislativo n.º 106/2009) el legislador italiano dictó una regulación expresa de la delegación de funciones, estableciendo, en particular, el principio según el cual el empresario, incluso en presencia de una delegación válida y efectiva, sigue estando investido de la obligación de supervisar el correcto desempeño, por parte del delegado, de las funciones transferidas. Se trata, además, de una obligación que, en la actualidad, como consecuencia de la reformulación del Art. 16, apartado 3, del TUSL, efectuada por el citado Decreto correctivo n.º 106/2009, sólo podrá considerarse cum-

---

p. 3319 ss.; Tordini Cagli, *La delega di funzioni*, en Castronuovo – Curi – Tordini Cagli – Torre – Valentini, cit., p. 127 ss.

plida por el empresario cuando demuestre que ha establecido una estructura organizativa que, en materia de seguridad, es adecuada para garantizar los objetivos de protección impuestos, mediante la elaboración y la aplicación efectiva de un modelo adecuado de verificación y control (de conformidad con el Art. 30, apartado 4, del TUSL).

Según la interpretación más acreditada en la actualidad, la intención del legislador, con esta regulación específica de la delegación, habría sido vincular la atribución a otras personas del aparato organizativo de la empresa (por ejemplo, los responsables de área) de funciones propias del empresario —y con ellas, en particular, la transferencia de la obligación de prevención— a un estricto instrumento que, de este modo, de ser un medio para acreditar la cualificación del directivo y la efectividad de las facultades que se le atribuyen, pasaría a convertirse en un requisito constitutivo de la transferencia funcional.

Esta transferencia funcional está sujeta, por tanto, al cumplimiento, por parte del empleador, de un deber sustancial vinculado en la forma y en el contenido —la estipulación de un negocio jurídico bilateral con forma escrita *ad substantiam*, fecha cierta, sometido a publicidad «adecuada y oportuna» (Art. 16, apartado 2, del TUSL)— precisamente con el fin, por un lado, de hacer cierta la encomienda de la tarea a una persona claramente identificada, que la ha aceptado voluntariamente y con conciencia de la obligación con la que está cargada, es decir, la de observar y hacer observar las normas de seguridad, y por otro lado, con el fin de evitar exenciones indebidas y sustituciones complacientes de responsabilidad.

Dado que el empresario sigue siendo, en todo caso, el principal garante de la seguridad física y moral del trabajador, el Art. 17 del TUSL, establece que el empresario no puede delegar las funciones de prevención vinculadas a la evaluación de riesgos y a la consiguiente elaboración del documento pertinente según el Art. 28 del TUSL, así como la designación del responsable del servicio de prevención y protección, ya que se imponen exclusivamente al empresario las obligaciones caracterizadas por su carácter propulsivo y programático, que implican necesariamente una correspondencia entre facultades y deberes.

V. Responsabilidad del trabajador

La posición de garantía que asume el empresario en relación con la seguridad física y la protección de la personalidad moral de los trabajadores implica que tiene el deber de velar por que el entorno laboral en el que se desenvuelve el trabajador reúna los requisitos de fiabilidad y legalidad en cuanto a medidas de prevención de accidentes, adecuadas para su protección, y de velar constantemente por el mantenimiento de las condiciones de seguridad durante todo el período de realización del trabajo.

El principio de confianza —según el cual cabe confiar en que cada cual se comporte de acuerdo con las reglas de prudencia normalmente aplicables al modelo de agente concreto de la actividad desarrollada, por lo que cada cual sólo tiene que evitar los

peligros derivados de su propia conducta— no se aplica en el ámbito de la seguridad en el trabajo, donde el deber de cuidado se injerta en la posición de garante que recae sobre el empresario como destinatario de la normativa de prevención de accidentes.

Desarrollando este principio, la jurisprudencia ha precisado así que, en caso de accidente de trabajo, la existencia de un nexo causal entre la supuesta infracción de las normas de prevención de accidentes imputable al empresario —y a quienes le asisten en el cumplimiento de la obligación de seguridad— y el resultado dañoso sólo puede excluirse cuando se acredite la anormalidad del comportamiento del trabajador accidentado y se pruebe también que dicha anormalidad dio lugar al siniestro; entendiendo por anormal un comportamiento que, por su extrañeza e imprevisibilidad, escapa a toda posibilidad de control por parte de las personas encargadas de la aplicación de las medidas preventivas contra los accidentes de trabajo. En tal caso, en efecto, se considera que la conducta del trabajador adquiere la significación de causa contingente suficiente por sí sola para determinar el hecho (Art. 41 apartado 2 del Código Penal), generando así un curso causal independiente de la conducta omisiva previa del empresario que no informó o instruyó a dicho trabajador sobre las normas de prevención de accidentes propias del sector, o del trabajo encomendado, o que no supervisó o controló que dicho trabajador observara dichas normas[19].

La existencia de negligencia por parte del trabajador tampoco puede explicar una exoneración de responsabilidad de las personas sujetas a una obligación de seguridad que, en todo caso, eran responsables del incumplimiento de las obligaciones de prevención de accidentes relativas al desarrollo de medidas específicas adecuadas para reducir el riesgo del accidente concreto sufrido por el trabajador, a pesar de su culpabilidad.

VI. La responsabilidad de las personas jurídicas por infracciones cometidas en violación de la normativa de prevención de accidentes

Como ya se ha mencionado, con vistas a la prevención de los riesgos relacionados con el ejercicio de las actividades laborales, la responsabilidad de la persona jurídica también adquiere hoy una especial relevancia, ya que comportamientos que no son exigibles a la persona física, en relación con sus limitadas competencias técnicas y recursos financieros, pueden, en cambio, serlo a la persona jurídica colectiva[20].

Sin embargo, precisamente en relación con las hipótesis de responsabilidad empresarial esbozadas en el Art. 25 septies del Decreto Legislativo n.º 231/2001 en el caso de la comisión de «delitos» de homicidio y lesiones imprudentes agravadas por la violación

[19] V. Cassazione penale, sez. IV, Sentencia 13/10/2021, n. 46393.

[20] Para indicaciones esenciales sobre este tema, véase Tortorelli, *La persona giuridica 'garante' della sicurezza sul lavoro. La responsabilità dell'ente tra nodi insoluti e ricerca dell'effettività*, Dike Giuridica, Roma, 2022.

de las normas de prevención de accidentes, la identificación del interés, como punto de referencia de la finalidad de las acciones de la persona física representante o empleada por la empresa, capaz de activar el mecanismo de responsabilidad, ha adquirido connotaciones peculiares, porque la doctrina ha expresado no pocas reservas en cuanto a la operatividad del sistema de responsabilidad empresarial en relación con esta categoría de delitos precedentes, habiéndose argumentado que este sistema, basado en la actuación de la persona física en interés de la sociedad, fue concebido con referencia específica a la comisión de delitos dolosos y no de delitos imprudentes en la consideración de que quien actúa con imprudencia no tiene intención de perseguir ningún interés, y mucho menos uno ilícito (Art. 43 del Código Penal, que define los delitos por imprudencia como delitos contra la intención).

Más allá de esta posición extrema, la jurisprudencia ha asumido la posibilidad de otras interpretaciones, afirmando que, dado que en los delitos de homicidio imprudente y lesiones imprudentes por accidente de trabajo el hecho es consecuencia de la falta de adopción de medidas preventivas, entra dentro de la lógica del precepto normativo considerar que la mera no adopción de tales medidas activa el mecanismo imputativo de la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, denotando una actuación en interés de la persona jurídica, a la que se le garantiza una ventaja, por ejemplo en forma de ahorro de costes o aumento de productividad, derivada de la no adopción de sistemas de protección individual y colectiva: de modo que el interés y la ventaja obtenidos por la persona jurídica deben vincularse únicamente a la conducta imprudente y no también al hecho.

Algunos autores han considerado que este planteamiento daría lugar a una vulneración del principio de legalidad, aunque reafirmado por el Art. 2 del Decreto Legislativo n.º 231/2001, ya que, de este modo, la responsabilidad de la persona jurídica derivaría no de la infracción por imprudencia de resultado lesivo (calificada por el Art. 25 septies como delito) sino de la infracción (a veces también de naturaleza no penal, sino sólo administrativa), complementada por la conducta imprudente, como si la persona jurídica estuviera llamada a responder porque el agente hubiera infringido una norma de prevención y no por haber causado el hecho dañoso a que se refieren los Artículos 589 y 590 del Código Penal: por tanto, por un delito distinto de los previstos en el Art. 25-septies. Con la consecuencia adicional —no exenta de efectos prácticos— de que, cuando se cometan tales infracciones, el interés de la persona jurídica quedaría *in re ipsa*, afirmándose siempre que se produzca una conducta de la persona física —vinculada funcionalmente a la persona jurídica— de inobservancia de las normas cautelares establecidas para proteger la seguridad en el trabajo, aun cuando dicha persona no haya actuado de hecho en interés de la entidad, sino que haya cometido la infracción en el mero desarrollo de la actividad de la persona jurídica. Salvo que se quieran excluir conductas consistentes en la mera inercia, la mera infravaloración de los riesgos, la inadecuada consideración o aplicación de las medidas preventivas a adoptar, o la violación episódica,

local y descentralizada, de los procedimientos vigentes o de los sistemas de seguridad implantados en la empresa que sean idóneos para evitar el accidente[21].

A pesar de estas críticas, esta interpretación está actualmente bien establecida en la jurisprudencia reciente.

VII. La protección de los trabajadores frente a la intermediación ilegal y las conductas de explotación laboral. Los problemas del «mobbing» y el «stalking»

Otro ámbito de protección de los derechos de los trabajadores fue introducido en el ordenamiento jurídico italiano por la Ley n.º 199, de 29 de octubre de 2016, promulgada con el fin de garantizar una mayor eficacia en la lucha contra el denominado «caporalato», introduciendo importantes cambios en el marco penal y estableciendo medidas específicas de apoyo a los trabajadores agrícolas temporeros[22].

El término «caporalato» hace referencia a la intermediación y explotación ilegales de mano de obra, especialmente en la agricultura. Según estimaciones de sindicatos y asociaciones de voluntarios, este fenómeno complejo y alarmante afecta a unos 400.000 trabajadores en Italia, tanto italianos como extranjeros, y está muy extendido en todas las zonas del país y en sectores muy diferentes de la agricultura.

No existen datos oficiales especialmente detallados sobre la amplitud del fenómeno del «caporalato», que en los últimos años se ha visto sin duda alimentado —no sólo en las regiones meridionales— por el flujo constante y creciente de inmigrantes, fuente de mano de obra barata o muy barata.

Mediante la Ley n.º 199 de 2016 se reformuló el delito de «Intermediación y explotación laboral ilegal», ya recogido en el Art. 603-bis del Código Penal en 2011 y se ha previsto la inclusión de este delito entre aquellos para los que se prevé la responsabilidad de las personas jurídicas en virtud del Art. 25-quinquies del Decreto Legislativo n.º 231/2001.

Según la legislación vigente, el Art. 603-bis castiga con penas de prisión de uno a seis años y multa de 500 a 1.000 euros por cada trabajador reclutado a quien reclute mano de obra, aprovechándose del estado de exigencia de los trabajadores, para emplearlos con terceros en condiciones de explotación, así como a quien utilice, contrate o emplee mano de obra, aunque haya sido así reclutada, sometiendo a los trabajadores a condiciones de explotación y aprovechándose de su estado de exigencia.

[21] Para esta opinión, véase Scordamaglia, «Diritto penale della sicurezza sul lavoro tra i principi di prevenzione e precauzione», *Diritto penale contemporaneo*, 23 novembre 2012, p. 16.

[22] Para indicaciones esenciales sobre este tema, véase Giuliani, *I reati in materia di «caporalato», intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*, Padova University Press, Padova, 2015.

El nuevo Art. 603-bis también contempla un caso de «caporalato» caracterizado por el uso de violencia o amenazas, para el que se prevé una pena de prisión de cinco a ocho años y una multa de 1.000 a 2.000 euros por cada trabajador reclutado.

A continuación, la disposición ofrece una lista de indicios de explotación de los trabajadores, como, por ejemplo, en caso de pago reiterado de salarios que difieran manifiestamente de las disposiciones de los convenios colectivos territoriales; en caso de violación reiterada de las normas sobre jornada laboral, periodos de descanso, descanso semanal, permisos obligatorios y vacaciones; con violación de las normas sobre seguridad e higiene en el lugar de trabajo; o sometiendo a los trabajadores a condiciones de trabajo, métodos de vigilancia o situaciones de alojamiento degradantes.

Constituyen una circunstancia agravante específica y conllevan un aumento de la pena de un tercio a la mitad:

1) el hecho de que el número de trabajadores reclutados sea superior a tres;

2) el hecho de que uno o varios de los reclutados sean menores en edad no laboral;

3) haber cometido el hecho exponiendo a los trabajadores explotados a situaciones de grave peligro, habida cuenta de las características de los servicios a realizar y de las condiciones de trabajo.

Otros corolarios de las modificaciones penales son la previsión, como medida cautelar real, del posible control judicial de la empresa durante el proceso penal por delito de caporalato; el nombramiento de uno o varios administradores judiciales expertos en gestión de empresas, y la inclusión del delito de intermediación y explotación laboral ilícitas cometidas con violencia y amenazas entre los delitos para los que es obligatoria la detención in fraganti.

Por lo que respecta a otros perfiles, la protección de los trabajadores también se ha considerado en relación con otras conductas vejatorias, y en particular con los casos de los denominados «mobbing» y «stalking»[23]. Sin embargo, se trata de aspectos que siguen siendo muy problemáticos y todavía son objeto de una considerable incertidumbre jurisprudencial[24].

VIII. Observaciones finales

En resumen, el marco actual de la disciplina prevista por el ordenamiento jurídico italiano para garantizar la protección de los trabajadores se caracteriza por su estructura compleja y articulada.

[23] Para indicaciones esenciales, véase Scalia, «La problematica rilevanza penale delle condotte persecutorie sul luogo di lavoro», *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2011, p. 1295 ss.

[24] Para un caso concreto, véase Cassazione penale, Sez. V, sent. 14/09/2020, n. 31723, *Sistema Penale*, 28/04/2021, con comentarios de Fina, «La Cassazione "completa" la tutela penale del lavoratore vittima di mobbing: configurabile il delitto di stalking ex art. 612 bis c.p.».

Desde el punto de vista de las reglas básicas que rigen esta regulación, el paso de la lógica de la reducción del peligro a la de la reducción del riesgo ha supuesto, ciertamente, una anticipación directa del umbral de protección penal, pero, al mismo tiempo, ha impuesto también el abandono de la idea de una «criminalización integral» de las conductas potencialmente lesivas para la integridad psicofísica de los trabajadores. En su lugar, se ha optado por un modelo sancionador inspirado en los principios de proporcionalidad y subsidiariedad, que limita las sanciones penales únicamente a aquellas infracciones que puedan causar una «gravedad significativa» a los intereses primarios de los trabajadores o que no tengan una alternativa razonable en términos de sanciones administrativas[25].

Como han señalado algunos autores[26], la introducción en el ordenamiento jurídico italiano de un concepto de prevención de los accidentes de trabajo articulado en torno a la gestión global de los riesgos e implementado a través de la planificación (destinada a ser actualizada en el tiempo y a implicar a todos los agentes del trabajo) de un sistema global de seguridad de la empresa es sintomática de la toma de conciencia por parte del legislador de la dificultad de identificar y seleccionar acciones y medidas concretas idóneas para evitar lesiones al bien jurídico protegido en presencia de actividades laborales que el progreso tecnológico expone al contacto con múltiples factores de riesgo (de diversa entidad y tipología, mecánicos, físicos, químicos, biológicos), hipotéticamente susceptibles de generar, en su interacción, eventos de peligro o daño para la salud de los trabajadores.

La incertidumbre epistemológica (porque a menudo no está respaldada por leyes científicas o estadísticas de probada fiabilidad) sobre la progresión etiológica de la conducta riesgosa hacia el evento dañoso es también evocadora de la transición, en el derecho penal de la seguridad en el trabajo, desde el principio de prevención, que se basa en la posibilidad de identificar y establecer reglas de precaución específicas aptas para indicar al agente cuál es el camino que debe seguir para prevenir y evitar la ocurrencia de ciertos eventos dañosos o peligrosos, hasta el principio de precaución, para el cual, cuando actividades socialmente útiles pero arriesgadas afectan a bienes de primera importancia como el medio ambiente o la salud humana, se impone en todo caso la necesidad de adoptar todas las medidas que se consideren potencialmente idóneas para reducir a cero o contener los efectos de tales actividades, aunque no sean plenamente demostrables (precisamente por la insuficiencia o el carácter contradictorio de los datos científicos disponibles) ni exactamente previsibles en su alcance[27].

[25] Scordamaglia, «Diritto penale della sicurezza sul lavoro tra i principi di prevenzione e precauzione», cit., p. 2.

[26] Pulitanò, «Gestione del rischio da esposizioni professionali», *Cassazione Penale*, 2006, p. 778.

[27] Sobre estos aspectos del principio de precaución véase para todos Giunta, «Il diritto penale e le suggestioni del principio di precauzione», *Criminalia*, 2006, p. 231 ss. Sobre estas cuestiones me remito

El paso, por tanto, de la regla de cuidado a la regla de precaución, en el ámbito de la seguridad en el trabajo, marca la disociación de la prevención del hecho de la conducta conforme a la regla anteriormente establecida: se pierde así la misma función garantista del deber de cuidado, como instrumento selectivo de la conducta capaz de dirigir conscientemente la acción del sujeto frente a la imputación del hecho según los criterios de responsabilidad culpable consagrados en el Art. 27, apartado 1, de la Constitución italiana.

Considerada la cuestión bajo esta luz interpretativa, algunos autores han sostenido que las expectativas de protección reforzada de bienes jurídicos primarios (como la vida y la salud de los trabajadores), vinculadas a la existencia de posiciones de garantía, podrían ciertamente justificar la afirmación de la responsabilidad penal, especialmente en los delitos de omisión impropia imprudente (en los que los perfiles objetivo y subjetivo de la imputación del hecho tienden a solaparse en razón de la matriz reguladora común de los criterios de la obligación jurídica de prevenir el siniestro y de la norma cautelar dirigida a evitarlo), cuando se constate que la conducta conforme a la norma cautelar, de ser efectivamente realizada, sólo habría tenido la posibilidad de evitar el resultado dañoso, potenciando, en términos de tipicidad, el componente omisivo inherente a la imputación imprudente[28]. Y ello, por tanto, con independencia de una concreta comprobación de la eficacia preventiva real de la norma cautelar en relación con la concreta infracción al bien jurídico, de modo que se legitime la imputación del resultado lesivo al sujeto, aun cuando sólo exista la posibilidad (con las consecuencias directas en el plano subjetivo de previsibilidad y evitabilidad) de que se produzcan las consecuencias lesivas, no pudiendo limitarse «la obligación preventiva a los riesgos reconocidos como existentes por el consenso general de la comunidad científica y a la adopción de las medidas preventivas generalmente practicadas»[29].

Sin embargo, en mi opinión, se trata de una conclusión que quizás sobrepasa los límites de la intervención de la protección penal y nos expone al riesgo de equiparar una conducta que simplemente pone en peligro la salud de los trabajadores con una conducta que realmente ha causado resultados perjudiciales para la vida y la integridad psicofísica de los trabajadores. Acabando así por equiparar comportamientos de rele-

---

también al interesante estudio de Orsina, *Rischio da incertezza scientifica e modelli di tutela penale*, Giappichelli, Torino, 2015. Con referencia a las cuestiones más específicas identificadas y estudiadas tras la reciente experiencia del virus COVID-19, véase también Orsina, *La tutela penale della salute e sicurezza sul lavoro al tempo del Covid-19*, Giappichelli, Torino, 2022.

[28] Para esta opinión, véase Scordamaglia, «Diritto penale della sicurezza sul lavoro tra i principi di prevenzione e precauzione», *Diritto penale contemporaneo*, 23/11/2012, p. 16.

[29] Estas son las palabras expresadas por la Corte di Cassazione, Sez. IV, en la sentencia n.º 4675 del 17/5/2006, en *Cassazione penale*, 2009, p. 2837 ss.

vancia e impacto ofensivo totalmente diferentes, en total contraste con los principios constitucionales de proporcionalidad y razonabilidad de la intervención penal.

IX. Bibliografía

Casaroli, Guido – Giunta, Fausto – Guerrini, Roberto – Melchionda, Alessandro (coord.), *La tutela penale della sicurezza del lavoro. Luci e ombre del diritto vivente*, Edizioni ETS, Pisa, 2015.

Castronuovo, Donato – Curi, Francesca – Tordini Cagli, Silvia – Torre, Valeria – Valentini, Vico, *Sicurezza sul lavoro. Profili penali*, 2.ª ed., Giappichelli Torino, 2021.

Consulich, Federico, *Manuale di diritto penale del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2024.

D'alessandro, Francesco, «La delega di funzioni nell'ambito della tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro, alla luce del decreto correttivo n. 109/2009», *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2010, p. 1125 ss.

De Vita, Alberto, *La delega di funzioni nel sistema penale. Il paradigma della sicurezza sul lavoro*, Giannini, Napoli, 2008.

Fina, Ilaria, «La Cassazione "completa" la tutela penale del lavoratore vittima di mobbing: configurabile il delitto di stalking ex art. 612 bis c.p.», *Sistema Penale*, 28/04/2021, p. 1 ss.

Giuliani, Alberto, *I reati in materia di «caporalato», intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*, Padova University Press, Padova, 2015.

Giunta, Fausto – Micheletti, Dario, *Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2010.

— «Il diritto penale e le suggestioni del principio di precauzione», *Criminalia*, 2006, p. 231 ss.

Morgante, Gaetana, «Spunti di riflessione su diritto penale e sicurezza del lavoro nelle recenti riforme legislative», *Cassazione Penale*, 2010, p. 3319 ss.

Orsina, Amalia, *La tutela penale della salute e sicurezza sul lavoro al tempo del Covid-19*, Giappichelli, Torino, 2022.

— *Rischio da incertezza scientifica e modelli di tutela penale*, Giappichelli, Torino, 2015.

Padovani, Tullio, «Il nuovo volto del diritto penale del lavoro», *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 1996, p. 1157 ss.

— «La delega di funzioni tra vecchio e nuovo sistema di prevenzione antinfortunistica», *Cassazione Penale*, 2011, p. 1581 ss.

Petrini, Davide, «Reati in materia di lavoro», en Antolisei, Francesco, *Manuale di diritto penale, Leggi complementari*, vol. II, Giuffré, Milano, 2018, XIV ed., coordinado por Grosso C.F., pp. 509 ss.

Pisani, Nicola, «Posizioni di garanzia e colpa d'organizzazione nel diritto penale del lavoro», *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2009, p. 53 ss.

Pulitanò, Domenico, «Gestione del rischio da esposizioni professionali», *Cassazione Penale*, 2006, p. 778 ss.

Scalia, Maria, «La problematica rilevanza penale delle condotte persecutorie sul luogo di lavoro», *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2011, p. 1295 ss.

Scordamaglia, Irene, «Diritto penale della sicurezza sul lavoro tra i principi di prevenzione e precauzione», *Diritto penale contemporaneo*, 23/11/2012, p. 1 ss.

Summerer, Kolis, «La pronuncia delle Sezioni unite sul caso Thyssen Krupp. Profili di tipicità e colpevolezza al confine tra dolo e colpa», *Cassazione Penale*, 2015, p. 490 ss.

Tortorelli, Monica, *La persona giuridica 'garante' della sicurezza sul lavoro. La responsabilità dell'ente tra nodi insoluti e ricerca dell'effettività*, Dike Giuridica, Roma, 2022.

34

LA PROTECCIÓN PENAL DE LOS DATOS SANITARIOS, Y LAS IMPLICACIONES DE LA PANDEMIA COVID-19: DELITOS CONTRA LA INTIMIDAD Y SECRETO PROFESIONAL

Silvia Mendoza Calderón
Profesora Titular de Derecho penal
Universidad Pablo de Olavide

SUMARIO: I. Introducción. II. Concepto de datos sanitarios en europa y principios que conforman su tratamiento. II.1. La relevancia de los datos sanitarios en la normativa europea. II.2. Principios reguladores en materia de protección de datos sanitarios. III. Pandemia covid-19 y real world data sanitario. III.1. Conceptualización de big data sanitario. III.2. Tecnología y protección de datos sanitarios en situación de crisis epidemiológica. III.2.1. *Geolocalización de los móviles por los operadores de telecomunicaciones*. III.2.2. *Geolocalización de móviles a partir de redes sociales.* III.2.3. *Apps, webs y chatbots para auto-test, cita previa o información voluntaria de contagios.* III.2.4. *Apps de seguimiento de contagio por Bluetooth (contact trace apps).* III.2.5. *Pasaportes de Inmunidad.* IV. Algunas consideraciones sobre la repercusión penal de la filtración de datos sanitarios: comisión de delitos contra la intimidad. IV.1. El delito de utilización de datos personales sin estar autorizado (art. 197.2 CP). IV.2. El delito de revelación de secreto laboral o profesional (art. 199 CP). IV.2.1. *Elementos típicos.* IV.2.2. *Los límites al deber de secreto en el ámbito sanitario.* V. Conclusiones. VI. Bibliografía.

I. Introducción

Los datos sanitarios siempre han sido considerados como datos personales muy sensibles y dotados de una especial protección. En 2019, la compañía Google habría detallado su «Proyecto Nightingale» para recopilar datos médicos en colaboración con un importante grupo hospitalario en los Estados Unidos. Asimismo, el año 2015, la prensa británica informaba que a través de Internet, dicha empresa también tendría acceso a un millón y medio de historias clínicas, ya que el servicio sanitario de Gran Bretaña (*National Health Service*) las habría cedido encriptadas para desarrollar una app y detectar enfermedades hepáticas, pudiendo consultarse historiales clínicos en los que figurarían abortos, sobredosis, adicciones, trasplantes o incluso el sida, con el objetivo de controlar sus analíticas para evitar muertes por fallos del riñón (15.000 defunciones

al año que se podrían evitar). Dicha posibilidad habría sido denegada tras el dictamen de la autoridad pertinente en materia de protección de datos británica, la *Information Comissioner's Office* (ICO)[1].

Hay que partir en esta cuestión, que una asistencia sanitaria adecuada requiere en primer lugar, de una información correcta sobre aspectos de la vida y la salud del paciente y una conservación perfecta de los mismos. Junto al interés particular de cada uno en su propia salud, ésta constituye un bien social que el Estado ha de promover y preservar mediante las campañas de prevención y vacunación mediante la investigación. Por otra parte, hay que recalcar que normalmente es preciso revelar al profesional médico datos extremadamente confidenciales, aspectos de nuestra vida que en condiciones normales no revelaríamos a nadie[2].

Conforme a la *Sentencia* del *Tribunal Constitucional 292/2000, de 30 de noviembre,* el derecho a la protección de datos de carácter personal del art. 18.4 CE, de acuerdo con los textos internacionales, consistiría en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta para decidir sobre ellos[3], articulándose a través de un contenido esencial que incluiría el derecho a que se requiera el previo consentimiento para la recogida y uso de los datos personales, el derecho a saber y ser informado sobre el destino y uso de esos datos, y el derecho a acceder, rectificar y cancelar dichos datos.

En lo que respecta a esta serie de normativa internacional que regularía este derecho, se encontraría *el Convenio 108 del Consejo de Europa para la Protección de las Personas con respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal* (ratificado por España el 27 de enero de 1984), *la Carta Europea de Derechos Fundamentales*, de 7 de diciembre de 2006, que eleva a la categoría de derecho fundamental el derecho a la protección de datos personales, el *Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina (Convenio de Oviedo) de 1997, relativo a los derechos humanos y a la biomedicina*[4].

[1] En homenaje a D. Carlos Romeo Casabona, como pequeña contribución a la memoria de un gran maestro del Derecho penal sanitario, y la motivación de todos aquellos a los que nos fascinó su obra como primer referente internacional. *Cfr.* http://www.redaccionmedica.com/secciones/sanidad-hoy/el-doctor-google-tiene-acceso-a-1-5-millones-de-historias-clinicas-3036, consultada en mayo 2016. *Cfr.* https://www.europapress.es/portaltic/sector/noticia-google-detalla-proyecto-nightingale-recopilar-datos-medicos-20191120160335.html, consultada en noviembre 2020.

[2] Serrano Pérez, «La protección de los datos sanitarios en Europa. La historia clínica», en https://www.uclm.es/actividades0506/seminarios/proteccion_datos/pdf/datos_sanitarios.pdf, consultada en junio 2016, afirmando que estarían implicados el derecho a la salud del art. 43 CE, derecho a la intimidad personal y familiar del art. 18.1 CE, el derecho a la vida del art. 15 CE y la protección de datos de carácter personal del art. 18.4 CE.

[3] Serrano Pérez, «La protección de los datos sanitarios en Europa. La historia clínica», en https://www.uclm.es/actividades0506/seminarios/proteccion_datos/pdf/datos_sanitarios.pdf, consultada en junio 2016.

[4] *Cfr.* Romeo Casabona (coord.), *El Convenio de Derechos Humanos y Biomedicina. Su entrada en vigor en el ordenamiento jurídico español*, Bilbao-Granada 2002, pp. 174 s.

En el entorno europeo, tendrían notable relevancia el *Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos* y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE[5]; *la Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos* (y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo) y la *Directiva 2011/24/UE, de 9 de marzo de 2011, relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza.*

En lo relativo al marco normativo nacional, hay que referirse a lo dispuesto por la *Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal*[6]*; la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de los derechos del paciente; Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales y la Ley 14/86, de 25 de abril, Ley General de Sanidad.*

La creación de un Espacio Europeo de Datos, que incluya asimismo al sector sanitario, sería una de las prioridades de la Comisión para 2019-2025. La publicación de la Estrategia Europea de Datos, que describe la creación del Espacio Europeo de Datos Sanitarios (EHDS) habría puesto de manifiesto el compromiso de la Unión Europea por promover el acceso a diferentes tipos de datos sanitarios y facilitar su intercambio para apoyar el servicio de asistencia sanitaria, la investigación sanitaria y la elaboración de políticas sanitarias, siendo alguno de sus objetivos promover un intercambio seguro de información de los pacientes y el control de parte de los ciudadanos y las autoridades sobre esta información sanitaria, apoyar los servicios sanitarios digitales y fomentar el uso de los datos para la investigación, el desarrollo de directrices y normas, mediante un marco de gobierno en el que se pueda confiar y el cumplimiento de la normativa de protección de datos (RGPD). Igualmente la Comisión apoyaría la asignación y la adhesión al modelo FAIR, (es decir, la capacidad de rastreo, la accesibilidad, la interoperabilidad y la reutilización de los registros de los datos sanitarios, para así garantizar la calidad de los datos, la interoperabilidad y las normas comunes en los intercambios de investigación y desarrollo de políticas sanitarias) basándose las infraestructuras y

[5] Directiva 95/46, de 24 de octubre relativa a la protección de las personas físicas y en lo que respecta al tratamiento de los datos personales y a la libre circulación de estos datos (derogada).

[6] *Cfr.* Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.

tecnologías introducidas en la Infraestructura de Servicios Digitales de Salud Electrónica y las Redes Europeas de Referencia (RER)[7].

En el presente estudio se analizará el alcance de la protección de los datos sanitarios en el entorno de la Unión Europea, así como la trascendencia de la filtración y utilización ilegal de dichos datos, cuando ésta tenga tal relevancia que pueda llegar a constituir delitos contra la intimidad de las personas, y se reflexionará sobre las implicaciones que la pandemia generada por el COVID-19 ha implicado en esta trascendental materia.

II. Concepto de datos sanitarios en europa y principios que conforman su tratamiento

II.1. La relevancia de los datos sanitarios en la normativa europea

El Considerando 45 del *Convenio 108 del Consejo de Europa, de 28 de enero de 1981,* estimaba datos sanitarios a aquellas informaciones concernientes a la salud pasada, presente y futura, física o mental de un individuo. Igualmente se incluía en estos datos las informaciones relativas al abuso de alcohol o al consumo de drogas[8].

La *Directiva 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016,* establece que entre los datos personales relacionados con la salud se deberían incluir todos los datos relativos al estado de salud del interesado (estado de la salud física o mental pasado, presente o futuro, incluidos los datos personales recopilados durante la inscripción de una persona física a efectos de la prestación de servicios de asistencia sanitaria)[9].

Asimismo, tendrían esta consideración todo número, símbolo o dato asignado a una persona física que la identifique de manera unívoca a efectos sanitarios; la información obtenida de pruebas o exámenes de una parte del cuerpo o de una sustancia corporal, incluidos los datos genéticos y las muestras biológicas, y cualquier información relativa a una enfermedad, una discapacidad, el riesgo de padecer enfermedades, el historial

[7] https://www.uoc.edu/portal/es/ehealth-center/actualitat/noticies/2020/noticia_013_dades_i_salut.html

Consultada en fecha 10 de diciembre de 2021.

[8] *Cfr.* en relación a la trascendencia de los datos sanitarios, ROMEO CASABONA, «La intimidad del paciente desde la perspectiva del secreto médico y del acceso a la historia clínica», en *Derecho y Salud,* Vol. 1, núm. 1, julio-diciembre, 1993, p. 5.

[9] *Cfr.* Serrano Perez, *ul. op. cit.,* pp. 386 ss, indica que en relación a los datos sanitarios regiría el principio de limitación personal en cuanto a la necesidad de tratar esas categorías de datos, cuando ello sea preciso en orden a las prevención y prestación de asistencia sanitaria o gestión de servicios de la misma índole. Para este supuesto, tales tratamientos solamente podrán ser efectuados por un facultativo sanitario sometido a secreto profesional o bien por otra persona sujeta igualmente a la misma obligación, siguiendo el criterio mantenido por las recomendaciones en materia de Salud del Consejo de Europa. Se recoge que en la normativa europea se maneja un concepto amplio de dato sanitario puesto que sensibiliza tanto los datos relativos a cuestiones sanitarias en sentido estricto como los relativos a la administración sanitaria.

médico, el tratamiento clínico o el estado fisiológico o biomédico del interesado, independientemente de su fuente, ya sea un médico u otro profesional sanitario, un hospital, un dispositivo médico, o una prueba diagnóstica in vitro.

Se estimarían como datos genéticos todos los datos personales relacionados con las características genéticas de una persona física que se hayan heredado o adquirido y que aporten información única sobre la fisiología o la salud de esa persona física, y que resultan de análisis de una muestra biológica de la persona física de que se trate, en particular cromosómicos, del ácido desoxirribonucleico (ADN) o del ácido ribonucleico (ARN), o de análisis de cualquier otro elemento que permita obtener información equivalente[10].

Por otra parte, tendrán el carácter de datos biométricos, aquellos datos personales obtenidos a partir de un tratamiento técnico específico, relativos a las características físicas, fisiológicas o de conducta de una persona física que permitan o confirmen la identificación única de dicha persona, como imágenes faciales o datos dactiloscópicos.

En relación al tratamiento de estos datos sanitarios, *la Directiva 2016/680, del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales,* dispone en su artículo 10 que el tratamiento de datos personales que revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical, así como el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud o a la vida sexual o las orientaciones sexuales de una persona física solo se permitirá cuando sea estrictamente necesario, con sujeción a las salvaguardias adecuadas para los derechos y libertades del interesado y únicamente cuando: lo autorice el Derecho de la Unión o del Estado miembro; sea necesario para proteger los intereses vitales del interesado o de otra persona física, o dicho tratamiento se refiera a datos que el interesado haya hecho manifiestamente públicos.

II.2. **Principios reguladores en materia de protección de datos sanitarios**

En materia de protección de datos personales y su tratamiento, en lo que respecta a los principios recogidos en la normativa nacional de protección de datos y su aplicación

[10] *Cfr.* Sobre este concepto, SÁNCHEZ CARO, ABELLÁN, *Datos de salud y datos genéticos. Su protección en la Unión Europea y en España,* Granada, 2004, pp. 135 s. *Cfr.* Igualmente, ROMEO CASABONA, «El tratamiento y la protección de los datos genéticos», *Gen-Ética*., Barcelona 2003, p. 244, señalando que los datos genéticos deben ser protegidos frente a terceras personas, incluso en el caso de familiares, aunque esos terceros tengan un interés objetivo en conocer esa información. No obstante, una vez asentada la relevancia del derecho de la persona sobre su propia información genética, sería posible encontrar restricciones a este derecho en determinadas circunstancias en las que exista una adecuada justificación.

en el campo sanitario, cobran notable importancia el principio de confidencialidad, el principio de adecuación y pertinencia, el principio de exactitud, el principio de cancelación, el principio de lealtad y el principio de seguridad[11].

El principio de confidencialidad implica la existencia de consentimiento informado del interesado para el tratamiento de los datos sobre la salud, estableciendo la confidencialidad como el elemento esencial que le convence para la entrega de datos tan sensibles como los datos sobre la salud[12].

El principio de adecuación y pertinencia conlleva que los datos sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con las finalidades para las que se hayan recabado para garantizar una asistencia adecuada al paciente[13].

El principio de exactitud significa el sostenimiento de datos exactos y puestos al día para que respondan con veracidad a la situación real del interesado, dado el interés vital que tiene el interesado en adecuar las informaciones incluidas en su historia clínica con su realidad[14].

El principio de cancelación significa que debe producirse la cancelación de los datos cuando hayan dejado de ser necesarios o pertinentes en relación con la finalidad para la que se recogieron. Puede que sea preciso mantener los datos sanitarios en caso de tratamientos médicos prolongados o enfermedades crónicas en las que nunca llega a romperse la conexión entre la finalidad y el mantenimiento del dato[15].

El principio de lealtad exige que la información sanitaria, no puede recogerse de forma desleal, fraudulenta o ilícita, y el principio de seguridad sería una garantía de la integridad de la información, de la disponibilidad de la misma y de su confidencialidad[16].

[11] Serrano Pérez, «La protección de los datos sanitarios en Europa. La historia clínica», en https://www.uclm.es/actividades0506/seminarios/proteccion_datos/pdf/datos_sanitarios.pdf, consultada en junio 2016.

[12] Serrano Pérez, *ul. op. cit.*

[13] Serrano Pérez, *ul. op. cit. Cfr.* Igualmente, Andreu Martínez, Alarcón Sevilla, Salcedo Hernández, Soro Mateo, «Sanidad electrónica e intercambio de información sanitaria en Europa a la luz de la nueva regulación sobre protección de datos personales», en *Derecho y Salud,* Vol. 24 Extraordinario XXIII Congreso 2014, pp. 265 ss, señalan que si bien puede acudirse al consentimiento explícito o realizar un tratamiento de datos de salud sin dicho consentimiento cuando esté en juego un interés vital del sujeto, el supuesto en el que de forma ordinaria debería basarse el tratamiento de datos de salud en el marco de la prestación de asistencia sanitaria es siguiendo una serie de requisitos para que pueda servir de fundamento al tratamiento: que éste sea *necesario* para conseguir la *finalidad* establecida en el precepto, a saber, la prevención, el diagnóstico médico, la prestación de asistencia sanitaria o tratamiento médico, o la gestión de los servicios sanitarios; y que, además, se realice por un *profesional sanitario* sujeto al *secreto profesional* (u otra persona sujeta a secreto médico profesional u otro equivalente).

[14] Serrano Pérez, *ul. op. cit.*

[15] Serrano Pérez, *ul. op. cit.*

[16] Serrano Pérez, *ul. op. cit. Cfr.* Igualmente, Andreu Martínez, Alarcón Sevilla, Salcedo Hernández, Soro Mateo, «Sanidad electrónica e intercambio de información sanitaria en Europa a la luz de la nueva regulación sobre protección de datos personales», en *Derecho y Salud,* Vol. 24 Extraor-

De esta forma, se concibe a los datos de salud como todos *aquellos datos de carácter personal que indiquen la situación de salud o enfermedad de un individuo*, es decir, los relativos a la salud o los que contengan conexión con fines relacionados con la salud (física o mental), aunque sean tratados en ámbitos no estrictamente sanitarios (seguros, investigación…), siendo indiferente que el dato médico obre en el expediente del paciente o en la historia clínica, porque aunque en ésta haya aportaciones intelectuales del médico, en la misma se incluyen también datos que afectarían a la intimidad del paciente[17].

Por otra parte, se define a la historia clínica como el soporte, informatizado o no, que contiene la información clínica del sujeto, constituyendo los datos relativos a la salud que forman parte de la historia clínica parte de un fichero informático o manual estructurado que va a estar conformado por el conjunto de historias clínicas de cada centro asistencial. Así, la *Ley 41/2002, de 14 de noviembre*, *básica reguladora de los derechos del paciente,* recoge la creación y la existencia de la historia clínica como un derecho del paciente y como un deber por parte del centro o institución sanitaria (artículos 15 y 14.2)[18].

Respecto al acceso a la historia clínica, éste se permite a los profesionales asistenciales que realizan el diagnóstico o el tratamiento del paciente, teniendo la obligación de cumplimentar la historia clínica, fechando y firmando la información incorporada, identificándose a la persona que lo realiza. También pueden acceder a las misma, el personal de administración y gestión, siempre en relación a los datos conectados con

---

dinario XXIII Congreso 2014, pp. 265 ss, indican en torno a la continuidad de la asistencia sanitaria transfronteriza, que los datos que deben incluirse en un historial clínico para ser compartidos por los profesionales sanitarios, hay que partir como se ha señalado repetidamente de los principios de calidad y proporcionalidad. Los datos de salud que se recaben han de ser adecuados, pertinentes y limitados al número necesario en relación con la finalidad para la que se tratan. Una de las cuestiones en las que incide especialmente la nueva regulación en materia de protección de datos es precisamente la minimización en el tratamiento, de ahí que el mencionado precepto precise que los datos sólo se tratarán cuando los fines no pudieran alcanzarse mediante el tratamiento de información que no implique datos personales.

[17] García Sanz, «El secreto profesional en el ámbito sanitario», en *Anales de la Facultad de Derecho*, 22; diciembre 2005, pp. 187-211.

[18] *Cfr.* Garriga Dominguez (Dirección), «Historia clínica y protección de datos personales: recomendaciones y propuestas en torno al uso de la información», *Informe elaborado en el marco del laboratorio de la sociedad de la información y derechos humanos dentro del programa «el tiempo de los derechos», consolider-ingenio 2010, por el Grupo de investigación HI13 de la Universidad de Vigo, noviembre 2010*, pp. 4 ss. González García, «El derecho de los pacientes a la trazabilidad de los accesos a sus datos clínicos», *Derecho y salud,* vol.24, 2014 pp.27 ss., indica que la historia clínica es un instrumento que sirve para almacenar y organizar toda la información del paciente relativa a los procesos asistenciales, en ella queda incluida la identificación de los profesionales que le atienden, que serán los que estén legitimados para acceder a ella, obligando a los centros a establecer mecanismos de seguridad que garanticen la intimidad del paciente. Además, es una herramienta básica para la investigación biomédica, la educación de estudiantes y la formación médica continua.

sus propias funciones. La historia clínica también puede tener otros usos (judiciales, epidemiológicos, de salud pública, de investigación o de docencia), con la obligación de disociar los datos de identificación personal, de los clínico-asistenciales, de manera que quede garantizado el anonimato, salvo que el paciente otorgue su consentimiento para no disociarlo. Otro colectivo sanitario, al que se permitiría el acceso a las historias clínicas, serían aquellos que ejercen funciones de inspección, evaluación, acreditación y planificación, pero limitado al cumplimiento de sus funciones de comprobación[19].

Asimismo, se habría destacado que los datos genéticos deben ser considerados como datos «sensibles» o «supersensibles», al ser incluso más vulnerables que el resto de datos de salud, ya que a partir de ciertas muestras orgánicas sometidas a determinados análisis genéticos puede obtenerse información que podría convertir al ser humana en «ciudadano transparente» o de «cristal» y su revelación supondría una lesión a la intimidad. Se alude a un «derecho a la intimidad genética» incluyendo también un derecho a «no saber»[20].

III. Pandemia covid-19 y real world data sanitario

III.1. Conceptualización de big data sanitario

Por otra parte, como han destacado los especialistas[21] la pandemia de la COVID-19 habría marcado un antes y un después en el mundo de los datos de salud, destacándose que cuando la Organización Mundial de la Salud (OMS) declaró la pandemia, el Estado español organizó un sistema de notificación universal, debiendo utilizarlo las comunidades autónomas para enviar información diaria al Ministerio de Sanidad. En base a este sistema las autonomías reportarían datos de nuevos positivos, personal sanitario infectado, hospitalizaciones, ocupación de las UCI, mortalidad o altas hospitalarias, entre otros, destacándose como retos a superar la falta de interoperabilidad entre algunos sistemas, y, por el otro, el hecho de que un mismo indicador procedente de territorios diferentes no siempre ofrece una información equivalente (por ejemplo, en materia de recuento de defunciones causada por el COVID-19).

[19] González García, *ul. op. cit., pp.27 ss. Cfr.* igualmente sobre la historia clínica electrónica en la Ley de Autonomía del Paciente, Gómez Álvarez, «La transmisión de datos médicos en la cooperación judicial penal y policial en el seno de la Unión Europea: en particular, la transmisión de la historia clínica», en Colomer Hernández (dir.), *La transmisión de datos personales en el seno de la cooperación judicial penal y policial en la Unión Europea»,* Cizur Menor, 2015, pp. 566 ss.

[20] García Sanz, «El secreto profesional en el ámbito sanitario», en *Anales de la Facultad de Derecho*, 22; diciembre 2005, pp. 187-211. Romeo Casabona, C., *El tratamiento y la protección de los datos genéticos*, en Gen-Ética, Ariel, Barcelona, 2003, p. 240.

[21] https://www.uoc.edu/portal/es/ehealth-center/actualitat/noticies/2020/noticia_013_dades_i_salut.html

Consultada en fecha 10 de diciembre de 2021.

Se ha considerado que[22] el Big Data en el Sector Sanitario haría referencia al análisis y la recopilación de datos e información de pacientes, con la vista puesta en extraer la información pertinente sobre los casos y sus tratamientos. En este sentido, se habrían destacado sus utilidades en los siguientes campos: primero, en la telemedicina o teleasistencia, brindando la posibilidad de tratar y ofrecer una óptima atención a los pacientes a través de los dispositivos tecnológicos; segundo, en funciones de diagnóstico permitiéndose realizar unos diagnósticos mucho más seguros y precisos; tercero, la capacidad de analizar y procesar información de manera fácil y rápida, sobre todo, en materia de ensayos clínicos y mejora en la calidad de los datos extraídos de los fármacos utilizados; y finalmente, en el campo de la medicina preventiva para anticiparse a las necesidades que tengan los pacientes.

A estos aspectos, se sumaría el rol, cada vez más predominante, que tendrían los algoritmos en la toma de decisiones políticas y de otro tipo. Estos modelos serían capaces de analizar volúmenes ingentes de datos y de observar patrones que los humanos no pueden detectar. A este conjunto de datos recogidos por los sistemas sanitarios, más la suma de datos de otras fuentes, (dispositivos móviles), se los conocería como real world data (RWD)[23].

En este sentido, se ha destacado la importancia asimismo, de las herramientas digitales como las aplicaciones móviles, ya que tanto el Ministerio de Sanidad como las administraciones de las comunidades autónomas habrían lanzado varias aplicaciones, dirigidas a la ciudadanía y a los profesionales sanitarios, como herramienta de apoyo a la vigilancia epidemiológica[24].

[22] https://economia3.com/big-data-sector-sanitario/ «Big Data en el sector sanitario: Un desafío sin precedentes», consultada en noviembre 2021.

[23] https://www.uoc.edu/portal/es/ehealth-center/actualitat/noticies/2020/noticia_013_dades_i_salut.html

Consultada en fecha 10 de diciembre de 2021.

[24] https://www.uoc.edu/portal/es/ehealth-center/actualitat/noticies/2020/noticia_013_dades_i_salut.html

Consultada en fecha 10 de diciembre de 2021. *Cfr.* Igualmente, LATORRE LUNA, «Salud pública y big data: Covid-19. reflexión jurídica sobre la normativa de datos de salud y de aplicación de herramientas big data en el ámbito de la investigación biomédica y de la asistencia sanitaria», en *Derecho y Salud*, Volumen 31. Número 1 – 2021, donde destaca la existencia de la flexibilidad en el consentimiento sobre el tratamiento de datos relativos a la salud otorgada por el actual marco jurídico de protección de datos, lo que significaría, en cierto modo, un beneficio para el control de la pandemia. Hay que destacar la importancia de aplicaciones de autoevaluación como CoronaMadrid, Stop Covid19 CAT de Cataluña: (que piden de manera opcional el número de teléfono móvil y la localización para determinar en qué comunidad autónoma nos encontramos. Estas aplicaciones no geolocalizan la posición del usuario de manera continua); aplicaciones de cercanía, varias de ellas basadas en Bluetooth. *TraceTogether* de Singapur. El objetivo es identificar a las personas que hayan estado en contacto. Almacenan la última interacción, por lo que sirve para avisar del contagio, pero no para identificar con quién has estado en contacto; aplicaciones de control

A pesar de ello, no puede obviarse la importancia económica que puede suscitar también el empleo de esta serie de datos. De acuerdo con un estudio publicado en Statista, el mercado del Big Data en el sector sanitario alcanzará en 2025 un valor de 70 000 millones de dólares, lo que significaría un aumento del 568 % respecto a 2016, cuando tenía un valor de 11.500 millones[25].

En este sentido no puede prescindirse del hecho de que Reglamento General de Protección de Datos (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, en su considerando 46, dispone que «el tratamiento de datos personales también debe considerarse lícito cuando sea necesario para proteger un interés esencial para la vida del interesado o la de otra persona física. En principio, los datos personales únicamente deben tratarse sobre la base del interés vital de otra persona física cuando el tratamiento no pueda basarse manifiestamente en una base jurídica diferente. Ciertos tipos de tratamiento pueden responder tanto a motivos importantes de interés público como a los intereses vitales del interesado, como por ejemplo cuando el tratamiento es necesario para fines humanitarios, incluido el control de epidemias y su propagación, o en situaciones de emergencia humanitaria, sobre todo en caso de catástrofes naturales o de origen humano».

III.2. **Tecnología y protección de datos sanitarios en situación de crisis epidemiológica**

Igualmente, en España, la Agencia Española de Protección de datos ha especificado en sucesivos comunicados de prensa[26] las siguientes cuestiones: en primer lugar, la situación de pandemia no puede suponer una suspensión del derecho fundamental a la protección de datos personales; y por otra parte, la normativa de protección de datos no puede utilizarse para obstaculizar o limitar la efectividad de las medidas que adopten las autoridades competentes, especialmente las sanitarias.

En este sentido se ha destacado que las finalidades para las que pueden tratarse los datos serían, únicamente, las relacionadas con el control de la epidemia, ofreciendo información sobre el uso de las aplicaciones de autoevaluación realizadas, por las

---

de cuarentena como la española *Open Coronavirus*. Se trata de aplicaciones que pueden solicitar acceso al GPS del móvil y sirven a las autoridades para saber si el infectado ha salido de casa.

[25] https://bigdatamagazine.es/la-pandemia-ha-impulsado-el-mercado-del-big-data-en-la-sanidad, consultada en fecha 3 de diciembre de 2021. Consultar igualmente en relación al sistema sanitario andaluz, https://www.ciospain.es/sanidad/el-boe-oficializa-el-despliegue-del-big-data-en-el-sistema-sanitario-andaluz, consultada en noviembre 2021, donde se recoge una unión temporal de empresas para desplegar e implementar sistemas de Big Data, por un contrato de 4,6 millones de euros.

[26] *Cfr.* Información y notas de prensa al respecto en https://www.aepd.es/es/areas-de-actuacion/proteccion-datos-y-coronavirus. Consultada en diciembre 2021.

administraciones públicas o la obtención de estadísticas con datos de geolocalización agregados para ofrecer mapas que informen sobre áreas de mayor o menor riesgo[27].

Se habría indicado que el único dato que a los efectos de la geolocalización debería facilitarse a los operadores de telecomunicaciones, en su caso, sería el correspondiente al número de teléfono móvil que se tiene que geolocalizar, salvo que el Ministerio de Sanidad considerara que fuera imprescindible facilitar algún otro dato a los efectos del seguimiento de la enfermedad.

Se recoge que el art. 6.1, letra d) RGPD establece que el interés vital puede ser suficiente para los tratamientos de datos personales dirigidos a proteger a todas aquellas personas susceptibles de ser contagiadas en la propagación de una epidemia, lo que justificaría, desde el punto de vista de tratamiento de datos personales, en la manera más amplia posible, las medidas adoptadas a dicho fin, incluso aunque se dirijan a proteger personas innominadas o en principio no identificadas o identificables, por cuanto los intereses vitales de dichas personas físicas habrán de ser salvaguardados, y ello es reconocido por la normativa de protección de datos personales en cada caso aplicable. No obstante, los responsables de tratamientos, al estar actuando para salvaguardar dichos intereses, deberán actuar conforme a lo que las autoridades establecidas en la normativa del Estado miembro correspondiente, (Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública modificada mediante Real Decreto-ley 6/2020, de 10 de marzo, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en el ámbito económico y para la protección de la salud pública, publicado en el Boletín Oficial del Estado de 11 de marzo de 2020) o la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública[28].

[27] Marquez Díaz, Inteligencia artificial y Big Data como soluciones frente a la covid-19, Dossier cuestiones bioéticas de la pandemia covid-19, pp. 3 SS, indica que existen tecnologías disruptivas como la inteligencia artificial y la computación inteligente, manifiestas a través del aprendizaje máquina (Machine Learning) y el aprendizaje profundo (Deep Learning). Combinados con la ciencia de datos, el Big Data y la analítica de datos avanzada, se puede ayudar a la detección temprana del covid-19 a través de la búsqueda de características relevantes que permitan a la comunidad científica identificar factores bioquímicos, moleculares y celulares que faciliten la detección temprana del virus en sus diferentes estados de infección, incubación, propagación y tratamientos a emplear. El Big Data se caracteriza por tres adjetivos propios como son «Volumen», «Variedad» y «Velocidad», conocidos como las 3 V del Big Data y basado en estas características puede perfilarse en diversos contextos como la diseminación del virus en una determinada zona bajo parámetros climatológicos, factores de densidad demográfica, patrones de movilidad, características fenotípicas del virus con respeto a sus otras familias y medioambiente, detección de anomalías a nivel celular y/o molecular, entre muchos otros aspectos. Para este tipo de desarrollo, el Big Data se vale de la IA a través de diversos algoritmos aplicados bien en el aprendizaje profundo como en el aprendizaje automático.

[28] Informe Gabinete Jurídico Agencia Española protección de datos. N/REF: 0017/2020.

El artículo 3 de la primera de dichas normas señalaría[29] el fin de controlar las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria, además de realizar las acciones preventivas generales, podrá adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible. Del mismo modo, los artículos 5 y 84 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública se refieren a la anterior Ley orgánica 3/1986, y a la posibilidad de adoptar medidas adicionales en caso de riesgo de transmisión de enfermedades.

Por lo tanto, en materia de riesgo de transmisión de enfermedades[30], epidemia, crisis sanitarias etc., la normativa aplicable habría otorgado «a las autoridades sanitarias de las distintas Administraciones públicas» (art. 1 Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril) las competencias para adoptar las medidas necesarias previstas en dichas leyes cuando así lo exijan razones sanitarias de urgencia o necesidad. En consecuencia, desde un punto de vista de tratamiento de datos personales, la salvaguardia de intereses esenciales en el ámbito de la salud pública corresponde a las distintas autoridades sanitarias de las diferentes administraciones públicas, quienes podrán adoptar las medidas necesarias para salvaguardar dichos intereses esenciales públicos en situaciones de emergencia sanitaria de salud pública.

Ahora bien, los tratamientos de datos personales[31] en estas situaciones de emergencia sanitaria, deben seguir siendo tratados de conformidad con la normativa de protección de datos personales (RGPD y Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, LOPDGDD), por lo que se aplican todos sus principios, contenidos en el artículo 5 RGPD, y entre ellos el de tratamiento de los datos personales con licitud, lealtad y transparencia, de limitación de la finalidad (en este caso, salvaguardar los intereses vitales/esenciales de las personas físicas), principio de exactitud, y el principio de minimización de datos.

Sobre este último aspecto, se indica que los datos tratados habrán de ser exclusivamente los limitados a los necesarios para la finalidad pretendida, sin que se pueda extender dicho tratamiento a cualesquiera otros datos personales no estrictamente necesarios para dicha finalidad, sin que pueda confundirse conveniencia con necesidad, porque el derecho fundamental a la protección de datos sigue aplicándose con normalidad, sin perjuicio de que, la propia normativa de protección de datos personales establece que en situaciones de emergencia, para la protección de intereses esenciales de salud pública y/o vitales de las personas físicas, podrán tratarse los datos de salud necesarios para evitar la propagación de la enfermedad que ha causado la emergencia sanitaria[32].

[29] Informe Gabinete Jurídico Agencia Española protección de datos. N/REF: 0017/2020.
[30] Informe Gabinete Jurídico Agencia Española protección de datos. N/REF: 0017/2020.
[31] Informe Gabinete Jurídico Agencia Española protección de datos. N/REF: 0017/2020.
[32] Informe Gabinete Jurídico Agencia Española protección de datos. N/REF: 0017/2020.

Respecto del principio de limitación de la finalidad en relación con supuestos de tratamientos de datos de salud por razones de interés público, el Considerando (54) RGPD establecería que: «el tratamiento de categorías especiales de datos personales, sin el consentimiento del interesado, puede ser necesario por razones de interés público en el ámbito de la salud pública. Ese tratamiento debe estar sujeto a medidas adecuadas y específicas a fin de proteger los derechos y libertades de las personas físicas. […] Este tratamiento de datos relativos a la salud por razones de interés público no debe dar lugar a que terceros, como empresarios, compañías de seguros o entidades bancarias, traten los datos personales con otros fines»[33].

En este sentido, desde la Agencia de Protección de Datos también se habría hecho especial hincapié en las siguientes cuestiones ligadas al uso de las nuevas tecnologías en el campo sanitario en una situación de alarma por pandemia, como la que nos encontramos[34]:

III.2.1. *Geolocalización de los móviles por los operadores de telecomunicaciones*

Esta técnica consistiría en que los operadores de telefonía móvil proporcionen información anonimizada de la ubicación de sus usuarios en las celdas de telefonía que definen sus antenas. Esta información, sin anonimizar, puede ser demandada por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad siempre mediando una orden judicial. Durante la gestión de la crisis de la COVID-19, el Gobierno y la Comisión Europea han pedido que las operadoras proporcionen este tipo de información anonimizada para ver los movimientos de población.

Se habría indicado que, con una gestión cuidadosa, el acceso apropiadamente anonimizado a dicha información no debería de representar una amenaza mayor que la que ya representaban antes, ya que la posibilidad de una anonimización incompleta, una subcontratación poco rigurosa o un ciberataque que pusiera en manos de un tercero la localización de los móviles de los usuarios, serían riesgos anteriores a la pandemia. aunque este riesgo ya existía antes de la pandemia[35].

[33] Informe Gabinete Jurídico Agencia Española protección de datos. N/REF: 0017/2020.

[34] Agencia Española de Protección de Datos, «El uso de las tecnologías en la lucha contra el covid19. Un análisis de costes y beneficios», mayo de 2020.

[35] Cascón-Katchadourian, (2020). «Tecnologías para luchar contra la pandemia Covid-19: geolocalización, rastreo, big data, SIG, inteligencia artificial y privacidad». *Profesional de la información*, v. 29, n. 4, e290429. https://doi.org/10.3145/epi.2020.jul.29, sobre las diferentes aplicaciones relativas a materia de salud durante la pandemia.

III.2.2. *Geolocalización de móviles a partir de redes sociales*

En relación a esta técnica las direcciones IP desde las que se accede a Internet pueden ser conocidas por los administradores de las páginas web, y se usan habitualmente con fines de publicidad. En la medida de que el tratamiento realiza la localización de los interesados, esta práctica puede ser una amenaza a la privacidad, siendo más crítica si esta información es enriquecida con información personal derivada de la actividad en los perfiles de usuario o se toman acciones sobre sus perfiles.

Se especifica que estos datos podrían ser una ayuda para las autoridades siempre que la información recogida esté de acuerdo con un propósito y un fin previamente definido por las autoridades sanitarias y sean estas las que puedan definir desde la granularidad al formato necesario para aplicarlos a sus estrategias de prevención y control. En cualquier caso, habría que justificar en qué medida supone una mejora con respecto a otras fuentes de información que ya pudieran tener a su disposición dichas autoridades.

III.2.3. *Apps, webs y chatbots para auto-test, cita previa o información voluntaria de contagios*[36]

En lo que respecta a las aplicaciones o apps, webs y chatbots que implementan test de preguntas y respuestas, consultas de información, o incluso registro de citas previas en los servicios sanitarios se habría señalado que dependiendo de cómo estén realizadas y de cuáles sean sus objetivos pueden surgir amenazas a la privacidad.

Se recalca que en un entorno muy abierto y transparente se apela a la colaboración desinteresada para descargarse estas aplicaciones y subir datos de localización y datos de su posible infección, contribuyendo así a hacer mapas y cuadros de mando con una información que teóricamente no está filtrada por las autoridades. Estas apps solo resultarían arriesgadas si los fines que declaran no son tan altruistas como los que promueven o las prisas conducen a desarrollos sin garantías para la privacidad[37].

[36] Agencia Española de Protección de Datos, «El uso de las tecnologías en la lucha contra el covid19. un análisis de costes y beneficios», mayo de 2020.

[37] Cascón-Katchadourian, (2020). «Tecnologías para luchar contra la pandemia Covid-19: geolocalización, rastreo, big data, SIG, inteligencia artificial y privacidad». Profesional de la información, v. 29, n. 4, e290429. https://doi.org/10.3145/epi.2020.jul.29, señala que la Chatbot de la OMS fue lanzada en colaboración con Praekelt.org, haciendo uso de «Turn machine learning technology», una rama de la inteligencia artificial; lo denominan WHO's health alert. Está disponible en varios idiomas. Posee potencial para llegar a dos mil millones de personas y sirve las últimas noticias e información sobre los síntomas de la enfermedad; también estadísticas e informes sobre la situación (Organización Mundial de la Salud, 2020c). Chatbot de España (Hispabot-Covid 19) Fue encomendado por el Ministerio de Sanidad a la Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial, adscrita al Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital (Gobierno de España, 2020d). Igualmente se detalla el Chatbot de la Junta de Andalucía.

III.2.4. *Apps de seguimiento de contagio por bluetooth (contact trace apps)*[38]

Este tipo de aplicaciones usa la tecnología bluetooth de los teléfonos móviles que permite la conexión con aparatos cercanos como auriculares, altavoces o relojes, y utilizan el bluetooth para enviar la «tarjeta» correspondiente al usuario con los móviles que se va encontrando en su camino, y a la vez recolecta las «tarjetas» de esos mismos móviles. Cada tarjeta no tiene una identificación real del usuario, sino un apodo de su identidad. De esta manera cada móvil tiene una colección anónima de «tarjetas» de la gente con la que ha estado en su trabajo, en el transporte o en su ocio. Si un determinado usuario averigua que está infectado, tiene en su mano la posibilidad de «declararlo» a través de la app a un servidor central.

En ese momento, aquellas personas que con las que estuvo en contacto en los últimos días, recibirán un aviso para que valoren qué acciones tomar, como podría ser confinarse, contactar con sus servicios sanitarios o realizarse una prueba.

Las principales amenazas a la privacidad de este tipo de soluciones provendrían de la realización de mapas de relaciones entre personas, reidentificación por localización implícita, de la fragilidad de los protocolos a la hora construir «tarjetas» casi anónimas, y de dispersar las señales de los contagios de forma que no se identifique en ningún caso la identidad de los contagiados, valorándose que el tratamiento de la información no solo afecta al usuario de la aplicación sino también la de todos los terceros con los que ha estado en contacto, por lo que este tratamiento habría de cumplir los principios de protección de datos[39].

III.2.5. *Pasaportes de Inmunidad*[40]

Respecto a las apps equivalentes a lo que sería un pasaporte o un salvoconducto en papel, mostrando en pantalla un código de colores o un código QR, para que un vigilante o un sistema de control de acceso pueda dejar pasar o no al portador, se considera que

[38] Agencia Española de Protección de Datos, «El uso de las tecnologías en la lucha contra el covid19. un análisis de costes y beneficios», mayo de 2020.

[39] Cascón-Katchadourian, (2020). «Tecnologías para luchar contra la pandemia Covid-19: geolocalización, rastreo, big data, SIG, inteligencia artificial y privacidad». Profesional de la información, v. 29, n. 4, e290429. https://doi.org/10.3145/epi.2020.jul.29, en relación a Self-quarantine safety protection (Corea del Sur), además de permitir la autoevaluación de los usuarios, está programada para que cuando un paciente refleja síntomas de Covid-19, le busca una cita para realizarse el test de coronavirus en modalidad drive in (sin salir del vehículo). Por tanto, para poder aplicarla en otros países sería necesario que los mismos tuviesen la capacidad para poder realizar test masivos a la población; en Corea del Sur el criterio es hacerle la prueba a cualquier individuo con síntomas o que haya estado en contacto directo con casos confirmados. Igualmente, en términos similares existe Opencoronavirus en España.

[40] Agencia Española de Protección de Datos, «El uso de las tecnologías en la lucha contra el covid19. un análisis de costes y beneficios», mayo de 2020.

éstas se estarían anticipando lo que puede ser un futuro documento de identidad en el móvil, con el riesgo añadido de incluir y mostrar un dato de salud, e incluyendo todos los riesgos que se derivan de las vulnerabilidades de dichos sistemas (acceso de ciberdelincuentes, cruce con otros datos como la localización, incorporación de metadatos, lectura remota).

Se señala que un sistema de identidad móvil solo puede tener ventajas cuando el alta se puede hacer a distancia o si la información que gestiona cambia rápidamente, como en el caso de un monedero digital, lo que no sería el caso.

IV. Algunas consideraciones sobre la repercusión penal de la filtración de datos sanitarios: comisión de delitos contra la intimidad

Como ha indicado la doctrina, el incumplimiento de deberes por parte del personal sanitario puede llegar a constituir infracciones de carácter penal, siendo una de las formas más graves la vulneración del secreto médico profesional o de la obligación de preservar y custodiar la confidencialidad e intimidad del paciente[41].

Se habría destacado que a efectos de la protección penal, aparecería un concepto específico de «profesional» en este ámbito, siendo un elemento esencial «el deber de sigilo» respecto a la intimidad del sujeto pasivo que debe tener el profesional a partir de dos notas esenciales como serían por una parte, el carácter necesario de la prestación de servicios (condición del profesional como confidente necesario) y por otra, la reglamentación jurídica de dicha profesión donde se regularía el deber de sigilo de forma preceptiva (código ético o normas deontológicas)[42].

García Sanz habría afirmado que el deber de secreto profesional en el ámbito sanitario encontraría también su fundamento en normas ético-corporativas, si bien sería preciso deslindar el plano deontológico y jurídico, ya que aunque los profesionales deben adecuar su actuación profesional al Código Deontológico, las pretensiones que frente a ellos se ejerciten por vía judicial, deberán basarse normalmente en la vulneración de una ley[43].

En este sentido, se recoge que una de las primeras cuestiones a analizar es que se utilizan en este campo en forma indistinta términos como los de privacidad, confidencialidad, protección de datos que, aunque tendrían conexión con la intimidad, no serían

[41] *Cfr.* Fernández Pantoja, «El delito de revelación de secretos en el ámbito sanitario», en http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/oacute-secretos-mbito-sanitario-219796997, pp. 287-321, consultada en diciembre 2016.

[42] *Cfr.* Fernández Pantoja, *ul. op. cit.,* pp. 287-321, consultada en diciembre 2016.

[43] García Sanz, «El secreto profesional en el ámbito sanitario», en *Anales de la Facultad de Derecho*, 22; diciembre 2005, pp. 187-211.

absolutamente coincidentes[44]. Siguiendo a Romeo Casabona, la intimidad[45] vendría constituida por «*aquellas manifestaciones de la personalidad individual (o familiar) cuyo conocimiento o desarrollo quedan reservados a su titular o sobre las que ejerce alguna forma de control cuando se ven implicados terceros»,* mientras que la privacidad[46] sería «*el derecho de los individuo, grupos o instituciones a determinar por ellos mismos, cuándo, cómo y cuánta información acerca de sí es comunicada a otros*».

Se considera en este sentido que la intimidad quedaría reducida al «núcleo duro» de la personalidad, esa zona íntima que queda reservada a una persona o a un círculo restringido de personas (datos de salud, sexuales, raciales…), mientras que en la privacidad se incluirían datos no tan sensibles pero de un ámbito de vida particular[47].

García Sanz indica asimismo que la *confidencialidad*, cabría concebirla como una «*actitud que se le pide al sujeto conocedor del dato o hecho de la intimidad o privacidad de la persona»* y supondría «*la obligación del profesional de mantener en secreto cualquier información proporcionada por el paciente, no pudiendo revelársela a un tercero sin su permiso específico*». La confidencialidad sería un concepto próximo a la intimidad, de manera que cuanto más íntimo sea el dato, sería preciso un mayor grado de confidencialidad[48].

Del mismo modo, también habría que diferenciar la intimidad del *derecho a la protección de datos de carácter personal,* englobando un «*derecho fundamental a la protección de datos*», denominado «*libertad informática*» diferenciado del derecho a la intimidad[49].

[44] García Sanz, *ul. op. cit.,* pp. 187-211.

[45] García Sanz, «El secreto profesional en el ámbito sanitario», en *Anales de la Facultad de Derecho*, 22; diciembre 2005, pp. 187-211., citando a Romeo Casabona, C., *El tratamiento y la protección de los datos genéticos*, en Gen-Ética, Ariel, Barcelona, 2003, p. 240.

[46] García Sanz, *ul. op. cit.,* pp. 187-211., citando a López Díaz, E., *El derecho al honor y el derecho a la intimidad. Jurisprudencia y doctrina*, Dykinson, Madrid, 1996, p. 205

[47] García Sanz, *ul. op. cit.,* pp. 187-211.

[48] García Sanz, *ul. op. cit.,* pp. 187-211.

[49] García Sanz, *ul. op. cit.,* pp. 187-211. *Cfr.* Mata y Martín, «La protección penal de datos como tutela de la intimidad de las personas. Intimidad y nuevas tecnologías», *Revista penal*, num. 18, 2006, pp. 219 ss. Que indica tres grandes ámbitos a través de los cuales se dispensa protección a este bien jurídico (citando a Romeo, *Comentarios al Código penal, Parte Especial II*, en Díez Ripolles / Romeo Casabona (coords.), Valencia, 2004, pp. 692 y ss. En primer término, estaría la intimidad como reducto de la personalidad en la vida privada, tutela de ciertos ámbitos en los que el interesado puede manifestar su oposición frente a injerencias no deseadas, como ámbito tradicional de la intimidad. En segundo lugar se encuentra la intimidad en su manifestación de confidencialidad compartía, tratándose de sectores en los que intervienen terceros pero a los cuales se les obliga a guardar reserva. Finalmente estaría la intimidad en relación con el procesamiento y comunicación de datos a través de las modernas tecnologías de la información y de la comunicación. Este último caso se refiere a la tutela de las informaciones de carácter reservado que han sido almacenadas o procesadas en un fichero o archivo, es la tutela penal de datos.

Desde este punto de vista, el derecho a la protección de datos personales sería independiente y autónomo respecto al derecho a la intimidad y abarcaría una mayor amplitud de situaciones, pues protegería datos personales sean íntimos o no, bastando que sean datos que identifiquen o permitan la identificación de una persona. Por otra parte, el concepto de *secreto profesional*, implicaría un derecho de autodeterminación del paciente y su derecho fundamental a la intimidad, entendiendo al secreto médico como «*derecho del paciente a salvaguardar su intimidad frente a terceros e incluiría toda información, conocida por el paciente y otra u otras personas pertenecientes a un círculo reducido, que la persona afectada no desea sea revelada o divulgada a terceros*»[50].

De esta forma, Muñoz Conde habría incidido en que el derecho a la intimidad tendría también un sentido positivo, en el sentido de que se trataría no solo de proteger lo secreto, sino de proteger el derecho al control de aquellos que afectando a la privacidad, puedan ser o no conocidos por otras personas, pero sobre los que en cualquier caso el sujeto tiene derecho a decidir la forma en la que esos datos pueden ser revelados y hasta qué punto[51].

IV.1. **El delito de utilización de datos personales sin estar autorizado (art. 197.2 CP)**

En el artículo 197 del Código penal, tras la reforma efectuada por *la Ley orgánica 1/2015, de 30 de marzo,* se dispone que el que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales, intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.

Las mismas penas se impondrán al que sin estar autorizado, se apodere, utilice o modifique, en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado. Iguales penas se impondrán a quien, sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a los mismos y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero, aplicán-

[50] García Sanz, «El secreto profesional en el ámbito sanitario», en *Anales de la Facultad de Derecho*, 22; diciembre 2005, pp. 187-211.

[51] Muñoz Conde, «Falsedad documental y secreto profesional en el ámbito sanitario», en *Derecho y Salud, Vol.4*, num.2, Julio-Diciembre 1996, pp. 147 ss.

dose la pena de prisión de dos a cinco años si se difunden, revelan o ceden a terceros los datos o hechos descubiertos o las imágenes captadas[52].

Por otra parte, estos hechos serán castigados con una pena de prisión de tres a cinco años cuando se cometan por las personas encargadas o responsables de los ficheros, soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, archivos o registros; o se lleven a cabo mediante la utilización no autorizada de datos personales de la víctima, y si los datos reservados se hubieran difundido, cedido o revelado a terceros, se impondrán las penas en su mitad superior.

Igualmente, cuando los hechos descritos afecten a datos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual, o la víctima fuere un menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, se impondrán las penas previstas en su mitad superior[53].

Como ha indicado Mata Martín actualmente los servicios públicos (incluidos la sanidad, regulación del tráfico rodado, aéreo o marítimo, etc.) se han ido integrando inexorablemente en el entramado de las tecnologías de la información y telecomunicaciones, y junto los beneficios que proporcionan, las nuevas tecnologías engendrarían también nuevos riesgos y ocasiones para la realización de hechos ilícitos. Sobre todo, el ámbito de la privacidad de las personas se habría visto sometido a riesgos más intensos, debido a la capacidad lesiva de estos nuevos medios que permiten almacenar grandes cantidades de datos e informaciones relativas a personas, así como un tratamiento automatizado de los mismos a gran velocidad. Los procedimientos informáticos representarían desde este ángulo, la capacidad de acceso a la información, la posibilidad «de información sobre la información»[54].

Desde esta perspectiva, se habría reconocido la tutela de datos y las facultades atribuidas al titular de los mismos. Con la dimensión activa se afirmaría la propia libertad frente a los riesgos de la sociedad tecnológica y sería aplicable en el caso de los ficheros automatizados de datos, suponiendo la atribución de facultades de control, de posibilidades de actuación positiva, de los datos por su titular (derechos de acceso, modificación, cancelación de tales datos y de consentimiento)[55].

[52] [33] Asimismo, se sostiene que será castigado con las penas de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses, el que, con conocimiento de su origen ilícito y sin haber tomado parte en su descubrimiento, realizare la conducta descrita en el párrafo anterior. *Cfr.* igualmente sobre custodia de historia clínica, San José I Amat, «Medidas de seguridad en la custodia y gestión de las historias clínicas», en VV.AA., *Intimidad, confidencialidad y protección de datos de salud,* Madrid, 2011, pp. 85 ss.

[53] Si los hechos se realizan con fines lucrativos, se impondrán las penas respectivamente previstas en los apartados 1 al 4 de este artículo en su mitad superior. Si además afectan a datos de los mencionados en el apartado anterior, la pena a imponer será la de prisión de cuatro a siete años.

[54] Mata y Martín, «La protección penal de datos como tutela de la intimidad de las personas. Intimidad y nuevas tecnologías», *Revista penal,* núm. 18, 2006, pp. 217 ss.

[55] Mata y Martín, *ul. op. cit., pp. 217 ss.*

En este sentido, otros autores como Puente Aba habrían destacado que habría que plantearse si cualquier atentado a los datos personales recogidos en bases de datos informáticas podría constituir un delito contra la intimidad, ya que el acceso a bases de datos personales no encajaba en ninguno de los tres grupos tradicionales de conductas delictivas contra la intimidad (apoderamiento de mensajes, documentos o efectos personales; interceptación de comunicaciones; y captación del sonido o la imagen), por ello el Código penal de 1995, por primera vez, habría introducido un tipo penal específico en esta materia en el art. 197.2 CP[56].

En relación a cuál es el bien jurídico protegido en el tipo penal, conforme a la *Sentencia* del *Tribunal Constitucional 292/2000, de 30 de noviembre,* el derecho a la protección de datos de carácter personal del art. 18.4 CE, de acuerdo con los textos internacionales, consistiría en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta para decidir sobre ellos[57], articulándose a través de un contenido esencial que incluiría el derecho a que se requiera el previo consentimiento para la recogida y uso de los datos personales, el derecho a saber y ser informado sobre el destino y uso de esos datos, y el derecho a acceder, rectificar y cancelar dichos datos. En la línea jurisprudencial seguida por el Tribunal Supremo, en la *Sentencia del 1328/2009, de 30 de diciembre*[58], se destaca que en el art. 197.2 CP se protegería la *«libertad informática o habeas data»,* es decir, el derecho a controlar el uso de los datos de carácter personal y familiar que pueden recogerse y tratarse informáticamente, con capacidad para oponerse a que determinados datos personales sean utilizados para fines distintos de aquél legítimo que justificó su obtención[59].

El objeto material de la conducta, según esta línea jurisprudencial, sería la información de índole netamente personal, atinente a la salud del afectado, incluida y custodiada en un registro público sanitario.

[56] Puente Aba, «Delitos contra la intimidad y nuevas tecnologías», *Eguzkilore* Número 21. San Sebastián, Diciembre 2007, 163-183.

[57] Serrano Pérez, «La protección de los datos sanitarios en Europa. La historia clínica», en https://www.uclm.es/actividades0506/seminarios/proteccion_datos/pdf/datos_sanitarios.pdf, consultada en junio 2016.

[58] Analiza el supuesto de un médico coordinador de Centro de Salud, que de manera subrepticia, entra en el historial médico de un colega para averiguar su médico de cabecera. En relación a la autorización se sostienen.

[59] En relación a la problemática en torno a la conceptualización del derecho fundamental a la protección de datos, *Cfr.* Troncoso Reigada, «Investigación, salud pública y asistencia sanitaria en el Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea y en la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales», *Revista de derecho y genoma humano: genética, biotecnología y medicina avanzada*, n.º 49, 2018, p. 202. Romeo Casabona, «Genetic privacy and non-discrimination», *Revista de derecho y genoma humano: genética, biotecnología y medicina avanzada*, n.º 34, 2011, p. 144.

Para determinar quiénes pueden considerarse como encargados o responsables de los ficheros, habría que acudir a la regulación de la Ley Orgánica de Protección de datos, donde se establece que responsable del fichero o tratamiento sería aquella «persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada, u órgano administrativo, que decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento»; mientras que el encargado del tratamiento sería «la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio o cualquier otro organismo que sólo o conjuntamente con otros, trate datos personales por cuenta del responsable del tratamiento»[60].

No puede olvidarse que el artículo 197 CP contiene un tipo agravado en atención a la condición profesional del sujeto activo del delito (encargado o responsable de ficheros o bancos de datos automatizados, archivos o registros), cuyo fundamento residiría en la condición profesional del sujeto activo, que tiene acceso autorizado a los datos pero que, precisamente por ello, está especialmente llamado a velar por la reserva de éstos. Ello limita considerablemente el ámbito de aplicación del tipo cualificado, pues esa persona debe tener encomendada esa responsabilidad, otorgándole una posición de garante de discreción con respecto a los archivos y registros en los cuales constan los datos reservados[61].

Sin embargo, en materia de titularidad de la historia clínica existe una considerable controversia. En primer lugar, un sector doctrinal defiende que la historia clínica seria propiedad del paciente, en base a que ésta se origina en el derecho a la protección de la salud del paciente y que la mayoría de los datos que la conforman son parte de la intimidad personal de aquel. Otro sector, por el contrario, afirma que la titularidad le corresponde al médico, como propiedad intelectual del mismo, y asimismo, también se ha defendido en una tercera postura que la historia clínica seria propiedad del centro sanitario en que se elabora, bien por considerarse que el mismo sería el responsable de su conservación y custodia, o bien por entenderse que la historia clínica sería el resultado de la utilización de medios materiales que el centro sanitario pone a disposición de sus profesionales[62].

En relación a posturas eclécticas al respecto, se habría considerado que cuando los datos sean relativos a la gestión y administración sanitaria, la titularidad correspondería al centro sanitario; en el caso de datos relativos a los datos personales del paciente, la

[60] *Cfr.* art. 3 de la Ley orgánica 15/1999, de 13 de diciembre de Protección de datos de carácter personal.

[61] Gomez Navajas, «Protección de datos personales en el Código penal español», en *Revista Jurídica de Castilla y León*, número 16, septiembre 2008, pp. 349 ss.

[62] Gómez Álvarez, «La transmisión de datos médicos en la cooperación judicial penal y policial en el seno de la Unión Europea: en particular, la transmisión de la historia clínica», en Colomer Hernández (dir.), *La transmisión de datos personales en el seno de la cooperación judicial penal y policial en la Unión Europea»,* Cizur Menor, 2015, pp. 559 ss.

titularidad sería del paciente y en el supuesto de la valoración e interpretación de la información y las pruebas clínicas, la titularidad pertenecería al médico. Asimismo, también se distingue en los casos de ejercicio individual de la medicina, cuya titularidad de la historia clínica sería compartida por el médico y el paciente, si bien éste asumiría la obligación de gestión y custodia, y los casos de ejercicio de la medicina en centros sanitarios, cuya titularidad de la historia clínica le pertenecería al centro sanitario[63].

Por apoderamiento de datos reservados de carácter personal se entendería la acción de hacerse con el control de los datos de otra persona. Otra de las conductas típicas castigadas en el artículo 197.2 del CP, inciso 1.º, sería la utilización (el uso o empleo) de datos reservados (conducta prevista, asimismo, en el inciso 2.º del artículo 197.2 del CP). Se castiga, igualmente, en el primer inciso del artículo 197.2 del CP, la modificación de datos reservados, mientras que en el inciso 2.º del artículo 197.2 del CP se castiga la alteración de datos, sin que se alcance, según la doctrina, fácilmente a ver qué diferencia habría entre una y otra conducta[64].

En relación a la clase de datos, el artículo 197.2 del CP se refiere expresamente a los datos reservados de carácter personal y familiar. La doctrina ha resaltado «reservados» significar que son los datos de conocimiento limitado para terceros ajenos al fichero en el que se encuentran[65].

Del mismo modo, se ha sostenido que quedarían fuera del ámbito típico los datos incluidos en ficheros accesibles al público, estimándose como aquellos cuya consulta puede ser realizada por cualquier persona. Los datos incluidos en tales ficheros, por ser de acceso público para cualquier persona, ya no podrían tener la calificación de reservados[66].

En el ámbito sanitario se considera que aunque todos los datos personales automatizados, pueden ser valorados como «sensibles», no existen, datos personales automatizados reservados y no reservados en el art. 197.2 CP, en el sentido de que no sería posible interpretar que únicamente «los datos reservados», («núcleo duro de la privacidad«), serían los amparados en el precepto, pero sí debe exigirse en cualquier

[63] Gómez Alvarez, *ul. op. cit., pp. 559 ss.* Detalla que en relación a lo establecido por la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, se estima que dicha normativa parte de que existe un conjunto de documentos que integran la historia clínica, y que en ellos convergen una pluralidad de derechos e intereses jurídicamente relevantes, de ahí que el legislador en lugar de resolver la cuestión de la titularidad de la historia clínica, haya optado por regular los derechos y deberes de cada una de las partes.

[64] Gomez Navajas, «Protección de datos personales en el Código penal español», en *Revista Jurídica de Castilla y León*, número 16, septiembre 2008, pp 334 ss.

[65] Gomez Navajas, *ul. op. cit.,* pp 334 ss.

[66] Puente Aba, «Delitos contra la intimidad y nuevas tecnologías», *Eguzkilore,* Número 21. San Sebastián, Diciembre 2007, 163-183.

caso, que los datos o información pertenezcan al ámbito privado y personal o familiar del sujeto, siendo necesario que afecten a la intimidad personal[67].

En este aspecto, se considera que en el contenido de un historial clínico no puede tener la misma relevancia el acceso a un dato como conocer cuál sería el médico de cabecera del paciente, al conocimiento de una determinada enfermedad, máxime si es psíquica.

En lo que respecta a la tipicidad subjetiva, *la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, número 76/2011, de 7 de diciembre*[68], estima que el elemento «en perjuicio de tercero» no supondría la exigencia de un ánimo o especial intención de perjudicar al titular de los datos o a un tercero, pues aunque el perjuicio producido por la acción tiene que estar naturalmente abarcado por el dolo, no tiene que ser el único ni el prioritario móvil de la acción; y puede considerarse que existe un perjuicio, por ejemplo, cuando los datos se usan concretamente en un proceso penal pendiente entre la persona que accede ilegalmente a los datos y su excónyuge.

En el mismo sentido, la *Sentencia del Tribunal Supremo 40/2016*[69]*, de 3 de febrero*, considera que en el entorno sanitario el perjuicio no sería una finalidad económica, sino que implicaría un peligro de que los datos albergados en las bases de datos protegidas pudieran llegar a ser conocidos por personas no autorizadas. El perjuicio se realizaría cuando se accede a un dato protegido con la intención de que su contenido salga del ámbito de privacidad en el que se incluyó en una base de datos especialmente protegida, no custodiada por su titular.

Urruela Mora y Romeo Malanda sostienen que habría que realizar una interpretación integradora en relación a los incisos primero y segundo del art. 197.2 CP, en el sentido de que como en el inciso primero, se castigan idénticos comportamientos objetivos que el inciso 2.º (apodere, utilice, modifique) no tendría sentido que en el mero acceso no se exija perjuicio alguno y en conductas que precisan ese previo acceso añadiendo otros comportamientos, se exija ese perjuicio, cuando tales conductas ya serían punibles —y con la misma pena— en el inciso segundo. Indican que la solución sería, partiendo de que en el término «tercero» debería incluirse al afectado, en su intimidad, sujeto pasivo, considerar que los apoderamientos, accesos, utilizaciones o modificaciones de datos de carácter personal, realizadas en perjuicio de tercero se incluirían en el inciso inicial del

[67] *Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo 1328/2009, de 30 de diciembre.*

[68] Administrativa de un hospital que obtiene la historia clínica de su exmarido aportándola en un procedimiento en el que se encontraba acusada como autora de un delito de malos tratos.

[69] Examina el supuesto de un médico que accede en 171 ocasiones informáticamente al historial clínico de su ex novia y al de sus familiares.

artículo 197.2, y en cambio, en el inciso segundo deberían ser subsumidas las conductas de acceso en perjuicio del titular de los datos[70].

Mata Martín afirma que en principio las conductas del 197.1 y del 197.2 CP coincidirían en la exigencia de un resultado, el apoderamiento para el inciso primero del 197.1, la interceptación o captación de la comunicación en el inciso segundo y el acceso a los datos o su modificación o utilización para los supuestos del 197.2 (al menos la conducta debe llegar al estadio de acceso a los datos). Sin embargo, señala que con base en la diferencia de objetos materiales sobre los que recae la conducta la afectación del bien jurídico tutelado sería diversa. En el ámbito del 197.1 el apoderamiento de los objetos o la interceptación de la comunicación no genera automáticamente un conocimiento de los datos por lo que el bien jurídico únicamente ha sido amenazado o puesto en riesgo (delito de peligro), pero para el supuesto de los datos personales cuyas modalidades de ejecución deben consistir en el acceso a los mismos (o bien, en estadios más avanzados su modificación o utilización), este acceso se identificaría ya con el conocimiento del mismo dato y su contenido por lo que el bien tutelado de la intimidad informática o habeas data ha sido conculcado de manera efectiva (delito de lesión)[71].

Por tanto, considera que las conductas típicas incluirían comportamientos situados en dos segmentos distintos del ciclo total de un fichero automatizado de datos. Por una parte, se incriminan conductas realizadas sobre los datos existentes en el fichero (acceso, modificación y alteración) y, por otra, conductas posteriores cuando el dato ha sido obtenido ya del fichero (utilización). Quedarían excluidos del tipo momentos previos a la incorporación del dato al fichero (recogida ilícita de datos o formación misma del fichero)[72].

IV.2. **El delito de revelación de secreto laboral o profesional (art. 199 CP)**

IV.2.1. ***Elementos típicos***

Como señala MUÑOZ CONDE hasta la entrada en vigor del Código penal de 1995 no se había cubierto una laguna de punibilidad existente en este campo, salvo en lo que se refería a la revelación de secretos por parte de funcionario público[73].

[70] Urruela Mora, Romeo Malanda, «Tendencias actuales de la jurisprudencia española en materia de responsabilidad penal médica», en http://www.reformapenal.es/wp-content/uploads/2011/11/resmedica.pdf, consultada en diciembre 2016, p. 72.

[71] Mata y Martín, «La protección penal de datos como tutela de la intimidad de las personas. Intimidad y nuevas tecnologías», *Revista penal,* núm. 18, 2006, pp. 233 ss.

[72] Mata y Martín, *ul. op. cit.,* pp. 233 ss.

[73] Muñoz Conde, «Falsedad documental y secreto profesional en el ámbito sanitario», en *Derecho y Salud,* Vol.4, num.2, Julio-Diciembre 1996, pp. 147 ss.

En relación al secreto profesional, en el art. 199 CP se contiene la conducta del que revelare secretos ajenos, de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o sus relaciones laborales, siendo castigado con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses.

De igual modo, el profesional que, con incumplimiento de su obligación de sigilo o reserva, divulgue los secretos de otra persona, puede ser castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para dicha profesión por tiempo de dos a seis años[74].

Se ha destacado por Gómez Rivero que el bien jurídico protegido sería la intimidad, si bien existen otros intereses que, aun cuando no lleguen a tener la consideración de bien jurídico, estarían presentes en la configuración del precepto, como la garantía de la relación de confianza, base de la relación profesional del médico con el paciente, y sin la cual sería imposible el desarrollo mismo de la actividad. Desde esta óptica quedarían fueran del precepto casos en los que un médico tuviera conocimiento de datos de un paciente que atiende otro colega, pero que él no ha tratado personalmente. Si después revelara esos datos, aunque lo hiciera con ocasión del ejercicio de su profesión, la quiebra a la intimidad habría de reconducirse, en su caso, a otros tipos delictivos, no al art. 199.2 CP[75].

Serrano González de Murillo expone que la revelación prohibida en el tipo del art. 199.2 CP constituiría un delito de violación de secreto por parte de profesionales, entendiendo que en el ámbito sanitario, estarían afectados por el deber de secreto profesional aquellos que para ejercer su profesión requieren un título académico oficial cuya expedición está reservada al Estado, así como la previa colegiación, y están sujetos a normas deontológicas e incluso colegiales disciplinarias: médicos, ATS/DUE, farmacéuticos, psicólogos, etc. Mientras que el resto del personal que colabore con aquéllos (medicina en equipo), sin necesidad de titulación que habilite para el ejercicio, estaría vinculado por un deber de sigilo de distinto alcance, (regulado en concreto por el art. 199.1CP, deber derivado de su oficio o de sus relaciones laborales, no de su profesión)[76].

[74] En el art. 200 CP se dispone que lo dispuesto en este capítulo será aplicable al que descubriere, revelare o cediere datos reservados de personas jurídicas, sin el consentimiento de sus representantes, salvo lo dispuesto en otros preceptos de este Código.

[75] Gómez Rivero, *Responsabilidad médica*, Valencia, 2013, pp. 121 ss. Respecto a la exclusión del tipo penal en los casos de transmisión de datos con fines de inspección sanitaria (cita ST AP Segovia de 19 de diciembre de 2000). *Cfr.* Asimismo sobre el concepto de datos sanitarios, Gómez Rivero, *La protección penal de los datos sanitarios: especial consideración del secreto profesional médico,* Granada, 2007, pp. 42 ss.

[76] Serrano González de Murillo, «Alcance del deber de secreto del profesional sanitario ante la administración de justicia penal», en *Revista Penal*, núm. 15, 2005, pp. 137 ss. *Cfr.* Código deontológico 2022, https://senec.es/images/site/SOCIOS/2023-OMC-Codigo-de-Deontologia-Medica-3.pdf.

La *Sentencia del Tribunal Supremo, número 574/2001,de 4 de abril*[77], considera que la acción típica recogida en el art. 199.2 CP en el entorno sanitario se refiere a divulgar secretos de otra persona con incumplimiento de su obligación de sigilo, ya que tal obligación vendría impuesta por la Ley General de Sanidad 14/1986, de 25 de abril, en torno al derecho de los ciudadanos a la confidencialidad de toda la información relacionado con su proceso y con su estancia en instituciones sanitarias y concurrente en el historial clínico-sanitario, en el que deben quedar plenamente garantizados el derecho del enfermo a su intimidad personal y familiar y el deber de guardar el secreto por quien, en virtud de sus competencias, tenga acceso a la historia clínica.

Por este motivo, se estima que la acción típica consiste en divulgar los secretos de una persona entendida como la acción de comunicar por cualquier medio, sin que sea necesario que se realice a una pluralidad de personas, toda vez que la lesión al bien jurídico intimidad se produciría con independencia del número de personas que tengan conocimiento[78].

Igualmente se ha indicado por la doctrina, que quedarían fuera del ámbito típico del precepto, casos como el del médico que accidental o puntualmente prestase asistencia sanitaria a una persona, ya que se exige una de actividad jurídicamente reglamentada y realizada públicamente por sujetos avalados por el correspondiente título o capacitación oficial, ya que el Estado sólo puede tutelar de forma singular las actividades que reconoce y en las condiciones de legitimidad de las que hace depender en concreto su ejercicio. Asimismo, también deberán excluirse del tipo a los sujetos que ejercen de forma intrusa la actividad profesional, en cuanto que, dado que realizan una función que sólo de forma aparente se orienta a la práctica de la actividad, no puede predicarse de ellos la necesidad de tutela que demanda su ejercicio[79].

«Artículo 27.1 El secreto médico es uno de los pilares esenciales en la relación médico-paciente, cualquiera que sea la modalidad del ejercicio profesional. Es un derecho del paciente la confidencialidad de sus datos y un bien social que genera una obligación de secreto inexcusable para el médico. Artículo 27.2 El secreto comporta para el médico la obligación de mantener la reserva y la confidencialidad de todo aquello que el paciente le haya revelado y confiado, de lo que haya visto y deducido, incluyendo el contenido de la historia clínica, como consecuencia de su ejercicio profesional, y que tenga relación con la salud y la intimidad del paciente. Artículo 27.3 El hecho de ser médico no legitima ni autoriza a acceder a la información confidencial de un paciente con el que no se tiene relación profesional. Artículo 27.4 El médico también tiene deber de secreto en su ámbito social, laboral y familiar».

[77] Médico que conociendo de paciente que ha interrumpido dos veces el embarazo lo comunica a tercera persona.

[78] *Cfr.* Comentario a esta sentencia, Urruela Mora, Romeo Malanda, «Tendencias actuales de la jurisprudencia española en materia de responsabilidad penal médica», en http://www.reformapenal.es/wp-content/uploads/2011/11/resmedica.pdf, consultada en diciembre 2016, pp. 71 ss.

[79] Gómez Rivero, *Responsabilidad médica*, Valencia, 2013, pp. 121 ss.

En lo que respecta a los sujetos pasivos serían aquellas personas identificadas o, al menos, que resulten identificables siendo indiferente que los datos revelados se refieran al paciente o a terceros[80].

El concepto de secreto médico se extiende a la totalidad de los datos privados conocidos por el profesional en el ejercicio de su profesión (bien sea debido a la comunicación por el propio paciente o al descubrimiento por el médico en el curso de la exploración) que puedan calificarse como íntimos o reservados[81].

IV.2.2. *Los límites al deber de secreto en el ámbito sanitario*

En lo que respecta a los datos relativos a la salud mental, García Sanz habría sostenido que en este campo plantearía especiales problemas la cuestión de la información y el consentimiento, pues en muchos casos la persona que sufre la enfermedad puede que no se encuentre capacitada para tomar decisiones y, además, la especial vulnerabilidad en que se encuentra el enfermo supondría, en muchas ocasiones, que la información que transmite fuese más allá de lo que cualquier persona sin esos problemas desearía compartir con el médico[82].

Se entiende que en los casos en que el enfermo se encuentre incapacitado legalmente para dar su consentimiento, será su representante legal el que tendrá que tomar la decisión, excepto cuando el enfermo mental no estuviera enajenado hasta tal punto que no le permita consentir y pudiera ejercitar él mismo ese derecho personalísimo[83].

Respecto a los límites del secreto médico[84] en el examen de la colisión con el derecho a la información, en el caso de pacientes infectados por el virus del SIDA, a favor

[80] Gómez Rivero, *ul. op. cit.,* pp. 121 ss.

[81] Gómez Rivero, *ul. op. cit.,* pp.121 ss., cita la STS de 4 de abril de 2001 que sostiene que «por secreto ha de entenderse lo concerniente a la intimidad, que sólo es conocido por su titular o por quien él determine». Secretos son los datos que no son conocidos ni cognoscibles por cualquiera, y que caso de ser conocidos, pudieran resultar perjudiciales para la estima social del afectado, dificulten su vida en sociedad o simplemente revelen creencias, ideas o actitudes que se consideran estrictamente personales. Sería el caso, por ejemplo, de datos como los relativos a si la paciente se ha sometido a alguna vez a una intervención abortiva.

[82] García Sanz, «El secreto profesional en el ámbito sanitario», en *Anales de la Facultad de Derecho*, 22; diciembre 2005, pp. 187-211.

[83] García Sanz, *ul. op. cit.,* pp. 187-211.

[84] *Cfr.* Código de Deontología Médica de 2022: https://senec.es/images/site/SOCIOS/2023-OMC-Codigo-de-Deontologia-Medica-3.pdf.

"Artículo 31.1 El secreto profesional es la regla y se debe preservar hasta donde sea posible. El médico podrá revelar el secreto, en sus justos límites, en los siguientes casos: En las certificaciones de nacimiento y defunción. En los partes de lesiones. Cuando actúa como perito, inspector, médico forense, instructor o similar. Cuando es requerido como testigo. En los casos de maltrato. En las enfermedades de declaración obligatoria. En casos sospechosos de trata de personas y de tráfico de órganos. Cuando sea llamado por el Colegio a testificar en materia disciplinaria. Cuando con su silencio perjudicara de forma

del mantenimiento del secreto médico frente a la libertad de información) el Tribunal Constitucional descartó la concurrencia de cualquier justificación a la lesión del derecho a la intimidad sobre la base de un supuesto interés superior a la información, entendiendo que la comunidad debe ser informada sobre el origen y la evolución de un determinado mal, pero ello no incluiría la individualización, directa o indirecta, de quienes lo padecen, en tanto ellos mismos no hayan permitido o facilitado tal conocimiento general[85].

Asimismo, también se ha defendido que el profesional quedará liberado del compromiso por *consentimiento expreso del interesado*, siempre que éste sea válidamente emitido, si bien, en estos casos se plantean problemas en cuanto a la determinación del objeto del consentimiento, pues sería el paciente el que determina con su consentimiento el campo de actuación dentro del cual podrá desenvolverse lícitamente el médico. Se indica que conforme al Código deontológico, dicha autorización no debe perjudicar la discreción del médico, que procurará siempre mantener la confianza social hacia su confidencialidad[86].

En lo relativo a enfermedades contagiosas, se afirma que la protección penal no podría ceder incondicionalmente ante un supuesto interés de mayor calado que, con carácter general, actuase cancelándola. Se considera que no existiría una obligación genérica del profesional de revelar los datos que conoce cuando peligre en abstracto la vida o la salud de terceras personas. Ni siquiera pudiera exigírsele al médico un deber de asegurarse y de velar para que efectivamente el paciente tome las medidas oportunas tendentes a evitar el contagio, sino que al contrario, sería lícito que aquél se limitara a confiar en que, una vez advertido, el enfermo adoptará de *motu propio* las precauciones pertinentes[87].

Gómez Rivero sostiene que la revelación de los datos en el caso concreto requerirá comprobar la concurrencia de los presupuestos de un estado de necesidad, es decir, que la

---

grave al propio paciente o a otras personas, o produjera un peligro colectivo. Cuando el paciente a quien se refiere la información solicite o autorice la revelación de la misma. Artículo 31.2 El médico podrá revelar el secreto en las instancias procedentes cuando con su silencio resultara perjudicado en su prestigio profesional o en su honor. Artículo 32.1 Los resultados de los exámenes médicos exigidos por la ley deben ser comunicados a la persona reconocida. Solo se debe informar a la empresa o institución pertinente respecto de la aptitud laboral o de las limitaciones, riesgos o restricciones para la asignación del trabajo. Artículo 32.2 Los resultados de los exámenes practicados en el marco de la vigilancia de la salud se deben comunicar exclusivamente a la persona afectada. No obstante, el médico de un centro de Medicina Preventiva o de Medicina del Trabajo debe trasmitir cualquier resultado que sea útil para el paciente, con su consentimiento, a su médico responsable. Artículo 33 La persona privada de libertad o institucionalizada no pierde sus derechos a la intimidad y a la confidencialidad. El médico que le atienda debe respetarlos».

[85] Gómez Rivero, *Responsabilidad médica*, Valencia, 2013, pp.124 ss.

[86] García Sanz, *ul. op. cit.,* pp. 187-211. Romeo Casabona, C., «La protección penal del secreto profesional y laboral en el Derecho penal»*, Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón,* Valencia, 2004, pp. 977 y 979.

[87] Gómez Rivero, *Responsabilidad médica*, Valencia, 2013, pp.124 ss.

lesión del interés que se contrapone a la intimidad no se plantee en términos meramente genéricos o potenciales, sino que se encuentre, *de facto*, en una situación de peligro actual e inminente. Por ello, cuando ese otro interés que se contrapone a la intimidad del paciente sea la vida o salud de terceros, para que prevalezcan sobre la intimidad habrá de tratarse de supuestos en los que, por una parte, concurran circunstancias que hagan sospechar que el paciente pueda convertirse en una fuente de peligro grave para terceros y, por otra, existan razones fundadas para pensar que su evitación no pueda confiarse a la adopción de medidas protectoras por parte de aquél. Como regla general, la primacía del derecho a la intimidad habrá de mantenerse en todos aquellos casos en los que el interés a ella contrapuesto no se traduzca en la evitación de un riesgo para la vida o salud de las personas o no se implique con intereses de carácter general[88].

García Sanz habría sostenido que en relación a los datos genéticos en aquellos casos en que la información revela datos no sólo del enfermo, sino también de sus familiares biológicos por el denominado «*carácter familiar de la información genética*», los perjuicios se pueden extender a una persona que no ha consentido someterse a la prueba. En estos casos se cuestionaría si el descubrimiento de una enfermedad genética hereditaria, obliga a comunicar al resto de la familia dicho extremo, pues si bien se debe proceder con extremada cautela (no existe la obligación de transmitir el hallazgo y, además, se debe respetar el derecho de los familiares a «no saber») la posible existencia de un grave riesgo para terceros limitaría la confidencialidad en los casos que sea necesario para evitar el grave daño en sus familiares, entendiendo que si bien el principio de autodeterminación implica también un derecho a «no conocer», este *derecho* debe ceder en aquellos casos que se encuentre en peligro la vida o salud de los mismos[89].

En materia de declaraciones periciales o testificales Muñoz Conde habría expuesto que hay que partir del derecho del médico a no tener obligación de testificar ni de realizar informe pericial revelando datos que conoce del paciente en su correspondiente ejercicio profesional, sobre todo en aquellos casos en los que el sanitario conoce las implicaciones en hechos delictivos referidos al pasado. Sin embargo, ello no sería predicable en los casos de hechos delictivos futuros, que pudieran ser evitables y donde se conculquen derechos fundamentales de otras terceras personas[90].

[88] Gómez Rivero, *Responsabilidad médica*, Valencia, 2013, pp.124 ss.

[89] García Sanz, «El secreto profesional en el ámbito sanitario», en *Anales de la Facultad de Derecho*, 22; diciembre 2005, pp. 187-211.

[90] Muñoz Conde, «Falsedad documental y secreto profesional en el ámbito sanitario», en *Derecho y Salud, Vol. 4*, num. 2, Julio-Diciembre 1996, pp. 147 ss. *Cfr.* igualmente ampliamente sobre el secreto profesional en el campo de la medicina, abogacía y profesionales de la información, Muñoz Conde, *Derecho penal, Parte especial,* Valencia, 2015, pp. 264 ss.

V. Conclusiones

Conforme a la normativa de protección de datos de la Unión Europea, podemos considerar datos sanitarios a todos aquellos datos personales relacionados con la salud, física o mental pasada, presente o futura, incluidos los datos personales recopilados durante la inscripción de una persona física a efectos de la prestación de servicios de asistencia sanitaria, identificándola de manera unívoca, la información obtenida de pruebas o exámenes de una parte del cuerpo o de una sustancia corporal, (incluidos los datos genéticos y las muestras biológicas), y cualquier información relativa a una enfermedad, una discapacidad, el riesgo de padecer enfermedades, el historial médico, el tratamiento clínico o el estado fisiológico o biomédico del interesado, independientemente de su fuente, ya sea un médico u otro profesional sanitario, un hospital, un dispositivo médico, o una prueba diagnóstica in vitro.

En relación a la comisión de delitos contra la intimidad de las personas, puede estimarse que en esta materia, en el art. 197.2 CP, en relación al descubrimiento de datos reservados recogidos en archivos o registros, se protegería la *«libertad informática o habeas data»,* es decir, el derecho a controlar el uso de los datos de carácter personal y familiar que pueden recogerse y tratarse informáticamente, con capacidad para oponerse a que determinados datos personales sean utilizados para fines distintos de aquél legítimo que justificó su obtención.

Por otra parte, respecto a qué clase de datos sanitarios se protegerían penalmente, se ha destacado que no podría interpretarse que «los datos reservados» recogidos en el tipo penal serían únicamente los más sensibles, («núcleo duro de la privacidad»), pero sí deberá exigirse en cualquier caso, que los datos o información pertenezcan al ámbito privado y personal o familiar del sujeto, siendo necesario que afecten a la intimidad personal.

En lo concerniente a que la utilización de estos datos sanitarios se produzca en perjuicio del titular de los datos o de un tercero, se considera que dicho perjuicio no tiene por qué tener una finalidad exclusivamente económica, sino que dicho perjuicio se concretaría cuando el sujeto activo accede, a sabiendas, a un dato protegido con la intención de que su contenido salga del ámbito de privacidad en el que se incluyó en una base de datos especialmente protegido, no custodiado por su titular, como puede suceder en aquellos casos, en los que dichos datos se usan en contra del sujeto pasivo en procesos judiciales pendientes contra los mismos.

Igualmente, respecto al delito de quebrantamiento del secreto profesional, en relación al concepto de secreto médico entendemos, asimismo, que éste abarcaría al conjunto de datos privados conocidos por el profesional en el ejercicio de su profesión, siempre que éstos puedan calificarse como *íntimos o reservados*. Por ello, se cometería el delito previsto en el art. 199.2 CP en aquellos casos en los que el profesional sanitario, *obligado al deber de sigilo,* divulgase secretos de otra persona, conculcándose el derecho de los pacientes a la confidencialidad de toda la información ligada a su proceso y su estancia

en centros sanitarios, así como la registrada en el historial clínico, no respetándose el derecho del enfermo a su intimidad personal y familiar.

Por otra parte, como han destacado los especialistas[91] la pandemia de la COVID-19 habría marcado un antes y un después en el mundo de los datos de salud, debiendo valorarse como ha indicado la Agencia Española de Protección de datos[92] que la situación de pandemia no puede suponer una suspensión del derecho fundamental a la protección de datos personales; y por otra parte, la normativa de protección de datos no puede utilizarse para obstaculizar o limitar la efectividad de las medidas que adopten las autoridades competentes, especialmente las sanitarias.

En este sentido se ha recalcado que las finalidades para las que pueden tratarse los datos serían, únicamente, las relacionadas con el control de la epidemia, ofreciendo información sobre el uso de las aplicaciones de autoevaluación realizadas, por las administraciones públicas o la obtención de estadísticas con datos de geolocalización agregados para ofrecer mapas que informen sobre áreas de mayor o menor riesgo[93].

Por lo tanto, en materia de riesgo de transmisión de enfermedades[94], epidemia, crisis sanitarias, etc., desde un punto de vista de tratamiento de datos personales, la salvaguardia de intereses esenciales en el ámbito de la salud pública correspondería a las distintas autoridades sanitarias de las diferentes administraciones públicas, quienes podrán adoptar las medidas necesarias para salvaguardar dichos intereses esenciales públicos en situaciones de emergencia sanitaria de salud pública.

Ahora bien, los tratamientos de datos personales[95] en estas situaciones de emergencia sanitaria, habrán de ser exclusivamente los limitados a los necesarios para la finalidad pretendida, sin que se pueda extender dicho tratamiento a cualesquiera otros datos personales no estrictamente necesarios para dicha finalidad, sin que pueda confundirse conveniencia con necesidad, porque el derecho fundamental a la protección de datos sigue aplicándose con normalidad[96].

Sin embargo, una vez expuestas estas cuestiones entendemos que, en materia sanitaria en esta época de gravísima crisis pandémica, debe hacerse a nuestro juicio una serie de precisiones:

[91] https://www.uoc.edu/portal/es/ehealth-center/actualitat/noticies/2020/noticia_013_dades_i_salut.html

Consultada en fecha 10 de diciembre de 2021.

[92] *Cfr.* Información y notas de prensa al respecto en https://www.aepd.es/es/areas-de-actuacion/proteccion-datos-y-coronavirus

Consultada en diciembre 2021.

[93] Marquez Díaz, «Inteligencia artificial y Big Data como soluciones frente a la COVID-19», *Dossier Cuestiones Bioéticas De La Pandemia COVID-19*, pp. 3 ss.

[94] Informe Gabinete Jurídico Agencia Española protección de datos. N/REF: 0017/2020.

[95] Informe Gabinete Jurídico Agencia Española protección de datos. N/REF: 0017/2020.

[96] Informe Gabinete Jurídico Agencia Española protección de datos. N/REF: 0017/2020.

Por un parte, existe la problemática derivada de la consolidación de un conglomerado de *big data* sanitario con los riesgos y limitaciones que se han expuesto con anterioridad en relación a la comisión de delitos contra la intimidad y de quebrantamiento de secreto profesional.

Sin embargo, entendemos que esta aglutinación de datos, también puede conllevar en última instancia a que deba valorarse la repercusión de la importancia de estos datos en formas de manipulación informativa, en el sentido, de detectar casos en los que debido al uso de algoritmos informáticos que parten de datos y su traslación al campo informático usualmente utilizado en las redes sociales y en la forma en la que se captan usuarios y se detectan potenciales informaciones que puedan ser de interés de los mismos, ello pueda conllevar técnicas de *astroturfing* con las que beneficiar unos intereses económicos, políticos o ideológicos determinados y que también puedan influir en la opinión pública que tiene que tomar decisiones tan individuales, pero a la vez tan trascendentales para la salud colectiva a nivel mundial, como puede ser por ejemplo, vacunarse o no.

Por ello, sostenemos que debe partirse de la concepción mantenida principalmente por el Tribunal Supremo español, incidiéndose en que la extensión actual de las nuevas tecnologías al servicio de la comunicación intensifica de forma exponencial el daño de afirmaciones o mensajes que, en otro momento, podían haber limitado sus perniciosos efectos a un reducido y seleccionado grupo de destinatarios. Además, también puede carecerse de auténtico control sobre su difusión, pues desde que ese mensaje llega a manos de su destinatario, éste puede multiplicar su impacto mediante sucesivos y renovados actos de transmisión, cobrando importancia desde el punto de vista penal, aspectos con la presencia de un elemento tendencial, referido a la intención, finalidad o motivación del sujeto activo, y la constatación objetiva de una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades, abarcada por el dolo del autor. Se ha insistido en que a aptitud para generar un riesgo debe ser objetiva y no subjetiva, por lo tanto, debe prestarse atención al eco de los mensajes[97].

Por otra parte, también hay que aclarar que, en una situación de crisis sanitaria, tampoco puede conllevar a que se conculquen los limites constitucionalmente establecidos para el legítimo ejercicio de la libertad de información o de expresión. Podemos encontrarnos con situaciones en las que un experto académico o científico de su parecer amparado por esta libertad de expresión o libertad ideológica o de cátedra, o se tomen determinadas informaciones o pautas sanitarias por algunos medios en base a la libertad de información. El distinguir la importancia de la trascendencia del mensaje, su contexto y su traslación, bienintencionada o malintencionada, y su finalidad, es esencial en un entorno de alarma sanitaria a nivel mundial.

[97] *Cfr.* Ramírez Ortiz, «Apologías débiles y libertad de expresión: hitos de la jurisprudencia», *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso penal*, núm. 53/2019 (BIB 2019, 855).

VI. Bibliografía

Andreu Martínez, Alarcón Sevilla, Salcedo Hernández, Soro Mateo, «Sanidad electrónica e intercambio de información sanitaria en Europa a la luz de la nueva regulación sobre protección de datos personales», en *Derecho y Salud*, Vol. 24 Extraordinario XXIII Congreso 2014,.

Cascón-Katchadourian, (2020). «Tecnologías para luchar contra la pandemia Covid-19: geolocalización, rastreo, big data, SIG, inteligencia artificial y privacidad». *Profesional de la información*, v. 29, n. 4, e290429. https://doi.org/10.3145/epi.2020.jul.29

Cortés Bechiarelli, en Gómez Rivero, *Nociones fundamentales de Derecho penal, Parte especial,* Madrid, 2015.

Ferrandis Ciprian, en Gonzalez Cussac (dir.), Gorriz Royo, Matallín Evangelio (coords.), *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, Valencia, 2015.

Fernández Bautista, «La tutela de las libertades de expresión e información versus honor ¿jurisprudencias convergentes? Consecuencias en el ámbito Jurídico-Penal». (BIB 2013, 9702), en *El Tribunal de Estrasburgo en el Espacio Judicial Europeo*. (BIB 2013, 1340), Julio de 2013

Fernández Pantoja, «El delito de revelación de secretos en el ámbito sanitario», en http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/oacute-secretos-mbito-sanitario-219796997, pp. 287-321, consultada en diciembre 2016.

Galan Muñoz, Núñez Castaño, *Manual de Derecho penal económico y de la empresa,* Valencia, 2019.

Galdámez Morales, «Posverdad y crisis de legitimidad. El creciente impacto de las fake news», en *Revista Española de Transparencia,* num.8, 2019, pp. 25-44.

García Sanz, «El secreto profesional en el ámbito sanitario», en *Anales de la Facultad de Derecho*, 22; diciembre 2005.

Garriga Domínguez (Dirección), «Historia clínica y protección de datos personales: recomendaciones y propuestas en torno al uso de la información», *Informe elaborado en el marco del laboratorio de la sociedad de la información y derechos humanos dentro del programa «el tiempo de los derechos», consolider-ingenio 2010, por el Grupo de investigación HI13 de la Universidad de Vigo, noviembre 2010*.

Gómez Álvarez, «La transmisión de datos médicos en la cooperación judicial penal y policial en el seno de la Unión Europea: en particular, la transmisión de la historia clínica», en Colomer Hernández (dir.), *La transmisión de datos personales en el seno de la cooperación judicial penal y policial en la Unión Europea»,* Cizur Menor, 2015.

Gomez Navajas, «Protección de datos personales en el Código penal español», en *Revista Jurídica de Castilla y León*, número 16, septiembre 2008,

Gómez Rivero, *Responsabilidad médica*, Valencia, 2013,

— *La protección penal de los datos sanitarios: especial consideración del secreto profesional médico,* Granada, 2007.

González García, «El derecho de los pacientes a la trazabilidad de los accesos a sus datos clínicos», *Derecho y salud, vol.24, 2014*

Latorre Luna, «Salud pública y big data: Covid-19. reflexión jurídica sobre la normativa de datos de salud y de aplicación de herramientas big data en el ámbito de la investigación biomédica y de la asistencia sanitaria», en *Derecho y Salud*, Volumen 31. Número 1 – 2021.

Manzanares Samaniego, *Comentarios al Código penal,* Madrid, 2016.

Marquez Díaz, Inteligencia artificial y Big Data como soluciones frente a la COVID-19, *Dossier Cuestiones Bioéticas de la Pandemia Covid-19*.

Mata y Martín, «La protección penal de datos como tutela de la intimidad de las personas. Intimidad y nuevas tecnologías», *Revista penal, num. 18, 2006.*

Mendoza Calderón, *La responsabilidad penal por medicamentos defectuosos,* Valencia, 2011.

— *Derecho penal sanitario*, Valencia, 2018.

— «Implementación de la Convención Medicrime del Consejo de Europa en España: la falsificación de medicamentos en tiempos del Covid-19: problemática penal», *Revista general de Derecho penal*, num.32, 2019.

Muñoz Conde, «Falsedad documental y secreto profesional en el ámbito sanitario», en *Derecho y Salud,* Vol.4, num.2, Julio-Diciembre 1996.

Paredes Porro, «Operativa penal. Covid-19», Consejería de Agricultura, Desarrollo Rural, Población y Territorio, Dirección General de Emergencias, Protección Civil e Interior Junta de Extremadura, 19 de abril de 2020.

Puente Aba, «Delitos contra la intimidad y nuevas tecnologías», *Eguzkilore,* Número 21. San Sebastián, Diciembre 2007.

Richter, *El Ciudadano Digital. Fake News y posverdad en la era digital*, México, Editorial Océano, 2018.

Ramírez Ortiz, «Apologías débiles y libertad de expresión: hitos de la jurisprudencia», *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso penal*, núm. 53/2019 (BIB 2019, 855).

Romeo Casabona (coord.), *El Convenio De Derechos Humanos Y Biomedicina: su entrada en vigor en el ordenamiento jurídico español*, Bilbao-Granada 2002.

— «El tratamiento y la protección de los datos genéticos», *Gen-Ética*, Barcelona 2003.

— «Genetic privacy and non-discrimination». *Revista de derecho y genoma humano: genética, biotecnología y medicina avanzada*, n.º 34, 2011.

Sánchez Caro, Abellán, *Datos de salud y datos genéticos. Su protección en la Unión Europea y en España*, Granada, 2004.

Serrano Pérez, «La protección de los datos sanitarios en Europa. La historia clínica», en https://www.uclm.es/actividades0506/seminarios/proteccion_datos/pdf/datos_sanitarios.pdf, consultada en junio 2016.

Serrano González de Murillo, «Alcance del deber de secreto del profesional sanitario ante la administración de justicia penal», en *Revista Penal*, num.15, 2005.

Serrano Pérez, «La protección de los datos sanitarios en Europa. La historia clínica», en https://www.uclm.es/actividades0506/seminarios/proteccion_datos/pdf/datos_sanitarios.pdf, consultada en junio 2016.

Troncoso Reigada, «Investigación, salud pública y asistencia sanitaria en el Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea y en la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales», *Revista de derecho y genoma humano: genética, biotecnología y medicina avanzada*, n.º 49, 2018,

Urruela Mora, Romeo Malanda, «Tendencias actuales de la jurisprudencia española en materia de responsabilidad penal médica», en http://www.reformapenal.es/wp-content/uploads/2011/11/resmedica.pdf, consultada en diciembre 2016, pp. 72.

Weidenslaufer, «La regulación de las 'fake news' en el Derecho comparado», Asesoría Legal Parlamentaria, Congreso Nacional de Chile, Enero 2019.

35

CONTACTO CON MENORES A TRAVÉS DE MEDIOS TELEMÁTICOS

ANTONIA MONGE FERNÁNDEZ*
Catedrática de Derecho Penal Universidad de Sevilla

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL DELITO DE CHILDGROOMING. II.1. Tipo básico. II.1.1. *Bien jurídico protegido.* II.1.2. *Los sujetos del delito.* II.2.2.1. *El contacto con un menor de 16 años.* II.2.2.2. *La proposición a un encuentro de carácter sexual.* II.2.2.3. *Que la propuesta se acompañe de datos materiales encaminados al acercamiento.* II.2.2.4. *Elementos del tipo subjetivo.* II.2. Tipo agravado. II.3. Problemática concursal. III. EMBAUCAMIENTO DE MENORES O SEXTING. IV. LA CLÁUSULA «ROMEO Y JULIETA». V. A MODO DE CONCLUSIÓN. VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCIÓN

El uso de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, potenciado por el desarrollo de internet, cuyos principales consumidores son adolescentes y menores de edad, ha ocasionado un nuevo fenómeno delictivo que acecha a los jóvenes usuarios de las citadas tecnologías, quienes entablan sus relaciones interpersonales a través de redes sociales como twitter, Facebook o Instagram, adscritos a la llamada «Gen-V» (Generación Virtual) o Generaci@n. Este nuevo contexto es aprovechado por los delincuentes sexuales que han cambiado su escenario, pues ya los pederastas no precisan pasearse por parques o aledaños de colegios, sino que navegan en la red desarrollando ahí sus actividades delictivas, lo que ha suscitado una alarma social y una constante preocupación en la comunidad internacional, demandando la intervención del Derecho penal.

La reforma por LO 1/2015, de 30 de marzo, introdujo modificaciones en los delitos contra la libertad sexual para llevar a cabo la transposición de la Directiva 2011/93/UE, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo.

* Al profesor Carlos Romeo Casabona, cuya sabiduría y magisterio iluminan cada página de este libro.

La citada Directiva obliga a los Estados miembros a endurecer las sanciones penales en materia de lucha contra los abusos sexuales, la explotación sexual de menores y la pornografía infantil, que sin duda constituyen graves violaciones de los derechos fundamentales y, en particular, de los derechos del niño a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar, tal como establecen la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Como novedad más importante, se eleva la edad del consentimiento sexual a los dieciséis años.

La protección de los menores[1] frente a los abusos cometidos a través de internet u otros medios de telecomunicación, debido a la facilidad de acceso y el anonimato que proporcionan, se completa con un nuevo apartado en el anterior artículo 183 (actual art. 183) del Código Penal destinado a sancionar al que a través de medios tecnológicos contacte con un menor de dieciséis años y realice actos dirigidos a embaucarle para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas.

El nuevo artículo 183 tipifica el ciberacoso a menores de dieciséis años, regulando dos modalidades conocidas como grooming y sexting, que presentan como denominador común su referencia al contacto sexual con un menor de dieciséis años, mediante el uso de las nuevas tecnologías de la Información y la comunicación (TIC) con una finalidad sexual. Mientras que el grooming ya estaba tipificado en el anterior artículo 183 bis del Código Penal, introducido en el Código Penal en virtud de la reforma por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, el sexting fue incorporado por Ley Orgánica 1/2015, redactando *ex novo* una nueva conducta. En síntesis, ambas modalidades castigan actos preparatorios con relación a delitos más graves, como los abusos o agresiones sexuales, o los delitos previstos en el artículo 189 del Código Penal, sin que sea necesario el contacto sexual como en otras tipologías delictivas.

II. El delito de «child grooming[2]»

II.1. *Bien jurídico protegido*

En una primera aproximación a la delimitación del bien jurídico protegido en el artículo 183.1 del Código Penal, un sector de la doctrina penal representada de modo destacado por Dolz Lago[3] sostuvo que el delito de *Child grooming* protege a la infancia

[1] En detalle, *Vid.* Cugat Mauri, M., «La tutela penal de los menores ante el online grooming: entre la necesidad y el exceso», *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario,* Núm. 107, 2014.

[2] Un sector de la doctrina penal. representado de modo destacado por M. M. González Tascón («El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC», *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XXXI, 2011, pp. 207 y ss.) ha acuñado la denominación de «acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC» para referirse a este fenómeno.

[3] De esta opinión Dolz Lago, M.J., «La infancia como bien jurídico colectivo protegido penalmente», *La Ley Digital*, LL 3330/2018, p. 1 y ss. Como antecedentes históricos cita a López Núñez,

como bien jurídico colectivo protegido penalmente. En su opinión, sería conveniente que el Código Penal recogiera un Título propio en el que se agruparan todos los delitos contra la infancia, en los que el sujeto pasivo fuera un menor de edad, abarcando no sólo los delitos desperdigados en el Libro II del Código Penal, sino también los agravados de otros delitos. De este modo, la infancia debe contemplarse como un concepto transversal que merece un tratamiento penal homogéneo, para una mejor y eficaz protección del menor como víctima del delito. En síntesis, se trata de un bien jurídico supraindividual o colectivo, cuya protección se justifica en el artículo 39.4 CE.

Este planteamiento ha sido rechazado mayoritariamente por la doctrina y la jurisprudencia penales[4], afirmando que el bien jurídico protegido en el artículo 183.1 del Código Penal es la indemnidad sexual del menor de dieciséis años[5]. Cabe recordar que el grooming hace referencia «a un proceso, una serie de acciones mediante las que el adulto se gana la confianza del menor», y por ello bien podría sostenerse que la conducta prevista en el artículo 183.1 (art. 183 bis CP anterior a 2015) es una de las fases del grooming donde se protege la llamada indemnidad sexual de los menores de trece años (ahora dieciséis), entendida ésta como la adecuada formación de la personalidad del menor en materia sexual, configurándose el delito de grooming como la criminalización de actos preparatorios que, de otro modo, resultarían impunes. En este sentido, se protege la indemnidad sexual de los menores de dieciséis años, entendida no sólo como el derecho a no verse involucrado sin un consentimiento válidamente prestado, sino también como la formación y desarrollo de la personalidad y sexualidad del menor (según se plasma en la propia Exposición de Motivos de la LO 5/2010). La limitación de la edad de la víctima de estos delitos a los 16 años se justifica por tratarse de la anticipación del castigo de una conducta que busca la verificación de una relación sexual con el menor, en cualquier caso, delictiva, exista o no violencia o intimidación, dado que, aun en su ausencia, y siendo ineficaz consentimiento del niño, los hechos supondrían un abuso sexual. En cuanto a la indemnidad sexual, teniendo en cuenta que en varias figuras delictivas del Título VIII el sujeto pasivo es el menor de edad, el incapaz o el menor de cierta edad (16 años), en tales supuestos no es propiamente la libertad sexual el objeto de protección sino la indemnidad sexual, entendida como el derecho de menores e incapaces a un desarrollo y formación adecuados en el ámbito

---

para quien «los delitos cometidos contra los niños, aunque no sean los que específicamente tengan tal carácter, llevan siempre consigo la agravante de responsabilidad criminal, fundada en la debilidad natural de la víctima», *La protección a la infancia en España, Congreso Nacional de Educación Protectora de la Infancia abandonada, viciosa y delincuente,* Imprenta de Eduardo Arias, Madrid, 1908, pp. 21 a 31, especialmente p. 31.

[4] *Cfr.* Górriz Royo, E., «On-line child grooming en Derecho Penal español», *InDret,* Núm. 3, 2016, pp. 11-12. C. Villacampa Estiarte, «El delito de child grooming o propuesta sexual telemática a menores», *ob. cit.,* p. 6. *Vid.* STS de 24 de febrero de 2015 (Tol 4776958)

[5] En este sentido se ha pronunciado la STS, Sala Segunda, de 22 de febrero de 2017 (109/2017).

de la sexualidad, libre de injerencias extrañas a sus intereses, así como el derecho a un adecuado proceso de socialización.

Una tercera posición doctrinal ha abogado por la protección de «la seguridad de la infancia en la utilización de las TIC»[6], en su proyección a la comisión de delitos de naturaleza sexual identificado con la infancia como bien jurídico colectivo protegido constitucionalmente.

II.2. **Tipo básico**

El apartado primero del artículo 183 castiga con pena de uno a tres años de prisión o multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos, al que a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 181 a 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento. Cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño, las penas se impondrán en su mitad superior.

El delito de ciberacoso —conocido internacionalmente como *Child grooming*— fue introducido en el Código Penal en virtud de la reforma por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, castigando un nuevo fenómeno delictivo que acecha a los jóvenes usuarios de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación —fundamentalmente Internet—. En su Exposición de Motivos se justifica las modificaciones introducidas en «el acrecentamiento del nivel de protección a las víctimas, especialmente de aquellas más desvalidas», y la necesidad de trasponer la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil.

Resulta, pues, incuestionable que la causa inmediata de la introducción del artículo 183 ter (anterior art. 183 bis), Child grooming responde a la existencia de un fenómeno que surge con la difusión del uso de las nuevas tecnologías entre menores, que no estaba previsto en la referida norma comunitaria aunque sí en otros Convenios Internacionales.

La reforma de 2015 ha supuesto ciertas mejoras técnicas, si bien no ha soslayado la cuestión relativa a las conductas de grooming proyectadas sobre los discapacitados, que han quedado excluidos inexplicablemente de esta tipología delictiva como sujetos pasivos.

[6] *Vid.* González Tascón, M.M., «El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC», *ob. cit*., pp. 242 y ss.

II.2.1. *Los sujetos del delito*

El delito contemplado en el artículo 183 del Código Penal se configura como un delito común que puede ser realizado por cualquier persona, sin que se exija ninguna cualidad específica en el mismo. Sin embargo, desde una perspectiva criminológica se ha subrayado que la cualidad de autor está condicionada por el perfil del sexual predator, atendiendo a las corrientes político-criminales estadounidenses que asocian el fenómeno del grooming a los delitos sexuales (*sexual offences*) perpetrados por el *stranger danger*, evolucionando de este modo la inicial vinculación del grooming desde el pedófilo hasta el «depredador»[7]. A mi juicio, esta posición debe rechazarse por enlazar con un derecho penal de autor incompatible con el Derecho penal de un Estado Social y Democrático de Derecho.

Es conveniente precisar que la conducta típica puede ser realizada tanto por un adulto, como por un menor comprendido en la franja de edad entre los catorce y los dieciocho años, que responderá conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, por la comisión de hechos tipificados como delitos en el Código Penal o en las leyes penales especiales. Sin embargo, esta afirmación no se corresponde con la *ratio legis* de la reforma de 2010, que subraya la necesidad de proteger a los menores por su consideración de sujetos vulnerables y evitar que sean objeto de manipulación por parte de un tercero. De modo que, si el legislador hubiera querido criminalizar únicamente las conductas realizadas por un adulto tendría que haberlo previsto específicamente.

Con relación a los sujetos pasivos y en consonancia con el bien jurídico protegido, puede declararse que aquéllos se identifican con el menor de 16 años, habiéndose elevado acertadamente la edad de consentimiento sexual que con anterioridad a 2015 se había fijado en los 13 años. Comparto la opinión de Górriz Royo, quien justifica este cambio de edad en la estrecha relación que los menores de dicha edad mantienen con las nuevas tecnologías, quienes han sido adscritos a la llamada Gen-V (Generación Virtual) o Generaci@n, tildados de «nativos digitales» por su profundo dominio del entorno on-line[8].

Resulta criticable que el legislador haya excluido a las personas con discapacidad intelectual como sujetos pasivos de estas conductas pues si bien es cierto que ni el Convenio de Lanzarote ni la Directiva 2011/93/UE contienen ninguna previsión al respecto, no es menos cierto que en las conductas relacionadas con la explotación sexual se ha parificado la protección de los menores de edad a la de las personas con discapacidad[9],

[7] En detalle, *Vid.* Górriz Royo, E., «On-line child grooming en Derecho Penal español», p. 18, nn. 80, 81, 82 y 83.

[8] *Vid.* Górriz Royo, E., «On-line child grooming en Derecho Penal español», *ob. cit.,* p. 19

[9] Villacampa Estiarte, C., «El delito de child grooming o propuesta sexual telemática a menores», *ob. cit.,* luc; Pérez Ferrer, F., «El nuevo delito de ciberacoso o child grooming en el Código penal español (artículo 183 bis)», *ob. cit.,* p. 4.

quienes pueden ser objeto de contacto por los medios típicos resultando tanto o más vulnerables que los menores de 16 años, cuya edad mental o madurez psicológica puede estar por debajo de esa edad.

Por el contrario, resulta loable que la reforma de 2015 haya soslayado las críticas esgrimidas sobre la anterior regulación, en el sentido de incluir a los menores de edad de más de 13 años quienes son los usuarios más frecuentes de las TIC y no quedaban abarcados por el antiguo artículo 183 bis del Código Penal, presentándose como los más victimizados en este ámbito.

II.2.2. ***La conducta típica***

El delito de *Child grooming* se configura como un tipo mixto acumulativo, un delito mutilado de dos actos[10], al exigir la concurrencia de plurales acciones. Por una parte, se requiere un contacto con un menor de 16 años, por otra proponer un encuentro, y finalmente, la realización de actos materiales encaminados al acercamiento. De este modo, el Derecho penal adelanta las barreras de protección castigando lo que, en realidad, es un acto preparatorio para la comisión de abusos sexuales a menores de 16 años, que quedarían en la impunidad al no estar expresamente previstos en el Título VIII del Código Penal.

Conviene recordar que el acto preparatorio pertenece a la fase interna y no externa o ejecutiva del delito, existiendo unanimidad en reconocer la irrelevancia penal a todo proyecto que no supere los límites de una fase interna (*cogitationis nemo patitur*). Ahora bien, en este caso, el legislador expresamente ha considerado que las conductas de ciberacoso sexual son un acto ejecutivo de un nuevo delito que trasciende al mero acto preparatorio, aunque participan de su naturaleza, por cuanto sólo con el fin de cometer los delitos de abusos sexuales a menores de 16 años puede entenderse típica la conducta.

Con relación a la técnica legislativa empleada por el legislador, la naturaleza de este delito es de peligro[11] por cuanto se configura no atendiendo a la lesión efectiva del bien jurídico protegido, sino a un comportamiento peligroso para dicho bien dificultando la admisión de la tentativa, al tratarse de un delito de consumación anticipada. Si estamos ante un delito de peligro abstracto[12] o hipotético puede ser discutible. Atendiendo al

[10] *Vid.* SAP Jaén, Sección 2.ª, de 11 de mayo de 2015 (Tol 5191150); SSTS, Sala Segunda, de 24 de febrero 2015 y 10 de febrero de 2015. 20. Afirma Villacampa Estiarte, C., «El delito de child grooming o propuesta sexual telemática a 12 / 22 menores», *ob. cit.,* que se trata de un delito mutilado de dos actos (o tres), luc

[11] *Vid.* Pérez Ferrer, F., «El nuevo delito de ciberacoso o child grooming en el Código penal español (artículo 183 bis)», *ob. cit.,* p. 5.

[12] En esta línea se ha pronunciado Muñoz Conde, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 18.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 240, quien sostiene que el adelantamiento de la punibilidad a un acto preparatorio de otros delitos convierte a este delito en uno de peligro abstracto e incluso de sospecha, en

tenor literal del artículo 183 ter del Código Penal, referido a la existencia de un menor y la de actos materiales encaminados al acercamiento, puede afirmarse que la tesis del peligro concreto parece la más acertada. Siempre que ello se lleve a cabo el delito quedaría consumado, habiendo, por el contrario, dificultades para su ejecución por tentativa, por la naturaleza del tipo de consumación anticipada.

II.2.2.1. *El contacto con un menor de dieciséis años*

El primer elemento de la conducta típica lo constituye el «contacto con un menor de dieciséis años», que debe realizarse por medio tecnológico. La redacción legal se refiere a Internet, teléfono o cualquier otra tecnología de la información y la comunicación, configurado como un listado abierto que da cabida a cualesquiera otros mecanismos o sistema de transmisión de datos que no precisen conexión a Internet o a una línea telefónica, facultando la subsunción de «medios análogos» a los casos de información y comunicación[13] Por ejemplo, conexión en red mediante Wi-Fi o Ethernet, aplicaciones basadas en Bluetooth u otros sistemas que puedan desarrollarse.

Frente a una opinión minoritaria que exigía una reiteración en los contactos y propuestas realizados por el groomer, interpretando este delito como una especie del género acoso, el tipo descrito en el artículo 183 ter del Código Penal requiere un solo contacto/propuesta para integrar el tipo, pese a que la casuística nos muestra que las comunicaciones acostumbran a ser reiteradas.

Como propuesta de lege ferenda, comparto el planteamiento de Villacampa Estiarte, quien defiende la criminalización del que opera offline admitiendo que el contacto del menor pudiera efectuarse empleando las tecnologías de la información y la comunicación o de cualquier otro modo, procediendo de esta forma a un abordaje completo del grooming[14]. Esta propuesta se justifica por lo dispuesto en la normativa europea, que omite toda referencia a la comunicación como algo separado y antecedente a la propuesta de encuentro, de modo que la conducta típica prevista en el delito de Child grooming podía haberse redactado aludiendo a la «proposición del encuentro»[15].

---

la medida en la que incluso requiriendo el «acercamiento» no siempre es fácil determinar hasta qué punto ese «acercamiento» se hace realmente para cometer algún delito.

[13] Acertadamente ha sostenido Górriz Royo, E., «On-line child grooming en Derecho Penal español», *ob. cit.,* p. 21, que no se trata de una cláusula de extensión indeterminada, «pues la lista de 'tecnología' subsumible en el tipo se acota por las referencias a la información y la comunicación, quedando excluida otro tipo de tecnología (v.gr. científica, artística, etc.) que, por otra parte, difícilmente podría dirigirse a los fines previstos en el artículo 183 ter 1.º CP».

[14] *Cfr.* Gómez Tomillo, M., «Capítulo II bis: De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años», *ob. cit.,* p. 731.

[15] Convenio de Lanzarote y Directiva 2011/93/UE, citado por Villacampa Estiarte, C., «El delito de 13 / 22 child grooming o propuesta sexual telemática a menores», *ob. cit.,* p. 6.

II. 2.2.2. *La proposición a un encuentro*

Este requisito de la exigencia de que el sujeto activo proponga concertar un encuentro con el menor para cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 183 y 189 responde a la introducción directa del Convenio de 25 de octubre de 2007.

La redacción anterior a 2015 remitía a la comisión de los delitos contenidos en los artículos 178 a 183 y 189 del Código Penal lo que recibió las críticas por parte de la doctrina, argumentando la amplitud de la referencia, abogando por una restricción del tipo. Conforme con ello, la reforma del 2015 soslaya, sólo en parte, las objeciones a la anterior redacción, limitando los delitos a los que se dirige el grooming, excluyendo los artículos 178 a 182. Sin embargo, siguen subsistiendo problemas técnicos, como la referencia in totum al artículo 189 del Código Penal, suscitando dificultades interpretativas para delimitar el delito del artículo 183 ter.1 del Código Penal respecto del artículo 189.1.a) del Código Penal. Esta disfunción aconseja una reforma, proponiendo *de lege ferenda* una remisión específica a las conductas tipificadas en el amplio artículo 189 del Código Penal[16].

A la vista de la propia redacción del precepto parece que la consumación en caso de concurrir los restantes elementos del tipo se produciría por la mera concertación de la cita sin que sea necesaria su aceptación de esta y menos aún su verificación[17]. Interpretación ésta que no es compartida por parte de la doctrina al considerar que la exigencia de actos materiales encaminados al acercamiento que deben acompañar a la propuesta no pueden desvincularse de la propia propuesta, de manera que la consumación se conseguirá cuando la cita propuesta por el delincuente fuese aceptada por el menor y se inician actos encaminados a que se ejercite la misma.

II.2.2.3. *Que la propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento*

En segundo lugar, el tipo objetivo exige además actos materiales encaminados al acercamiento. El legislador sólo ha concretado en cuanto a la naturaleza del acto que tiene que ser material y no meramente formal y su finalidad encaminada al acercamiento, por lo que se trata de un *numerus apertus* de actos que el legislador no ha querido acotar en función de las ilimitadas formas de poder realizarlos.

La doctrina penal ha reclamado la necesidad de interpretación de este requisito y determinar qué actos pueden tener tal consideración. Por un lado, los mismos actos deben ir «encaminados al acercamiento», finalidad que obliga a hacer una interpretación

[16] Comparte esta opinión Górriz Royo, E., «On-line child grooming en Derecho penal español», *ob. cit.,* p. 28.

[17] En este sentido la STS de 24 de febrero de 2015.

de los términos usados por el legislador; la redacción del precepto, en principio, parece referirse al estrechamiento de la relación de seducción, es decir, al acercamiento del delincuente al menor, afianzando mediante tales actos materiales el efecto y confianza a la víctima, y también cabe interpretar que el acercamiento es, en realidad, el propio «encuentro». De aceptar la primera interpretación actos materiales como el envío de regalos que claramente tienden a fortalecer la relación que se pretende explotar integrarían el concepto exigido por el Código Penal.

Por otro lado, será preciso discernir si la exigencia de que los actos sean «materiales» implica que los mismos deban necesariamente repercutir y reflejar más allá del mundo digital. En este sentido parece decantarse la exégesis del precepto que se ha hecho por parte de la doctrina, que en una interpretación restrictiva del tipo exige que los actos trasciendan el mundo virtual[18]. Ahora bien, otro sector considera que, si el legislador ha tomado el término material, como opuesto al espiritual conforme a la acepción de la Real Academia Española, tendrían cabida en este concepto actos digitales que no tengan repercusión física. Así considerados los actos digitales exigidos por el tipo como «encaminados al acercamiento», no se distinguirían de los actos digitales a través de los que se ha desarrollado la relación o los que se hayan realizado para formular la propuesta de encuentro, si se entiende que los actos deben ser ejecutados para que tal encuentro tenga lugar. La redacción legal es indeterminada, dado que el legislador no concreto cuáles son esos actos encaminados al acercamiento, si bien subraya que los mismos deben ser materiales y no formales, excluyendo por tanto las meras promesas o encuentros futuros.

Que la anterior propuesta vaya acompañada de «actos materiales encaminados al acercamiento al menor», con lo cual nos encontramos ante un sistema de *numerus apertus* respecto a los anteriores, que podría generar problemas interpretativos, pero se han ido concretando a partir de la STS de 15 de febrero de 2015, en el sentido de que esos «actos materiales» [19]deben ir más allá del ámbito tecnológico y dirigidos a estrechar la relación de seducción, es decir, el acercamiento al menor, afianzando así y a través de ellos una confianza con él, como pudiera ser la promesa o materialización de regalos, que claramente tienden a fortalecer la relación que se pretende explotar con miras sexuales. A lo que cabría añadir otros, como la selección del lugar de contacto, la forma en que se producirá el acercamiento, facilitar una dirección o lugar de encuentro, la reserva de una habitación, ir a buscar al menor, o quedar con él para mantener relaciones sexuales.

[18] Por todos, Tamarit Sumalla, J.M., «Los delitos sexuales. Abusos sexuales. Delitos contra menores (arts. 178, 180, 181, 183, 183 bis)», en G. Quintero Olivares (dir.), *La reforma penal de 2010. Análisis y comentarios,* Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2010, p. 172; Villacampa Estiarte, C., «El delito de child grooming o propuesta sexual telemática a menores», p. 6, (n. 37).

[19] 7 *Vid.* SAP Valladolid, Sección 2.ª, de 8 de febrero de 2021 (Tol 8403348) Condena por un delito de ciberacoso sexual en concurso real con un delito de abuso sexual a menor de 16 años.

II.2.3. *Elementos del tipo subjetivo*

De una lectura del artículo 183 del Código Penal cabe concluir que se trata de un tipo eminentemente doloso, configurado como un delito de tendencia, con un elemento subjetivo del tipo de injusto concretado en la finalidad de cometer alguno de los delitos previstos en los artículos 183 o ó 189. Conforme con ello, el autor debe actuar con dolo directo que abarque a todos los elementos del tipo, lo que va a plantear problemas en la práctica relacionados con la prueba del conocimiento del autor de la edad de la víctima, por la falta de contacto visual con la misma.

La modalidad imprudente no ha sido contemplada por el legislador con respecto al delito de Child grooming, quedando en la impunidad los casos en que el sujeto obre bajo un error de tipo vencible, en los casos de error sobre la edad de la víctima.

II.3. **El tipo agravado del artículo 183, in fine CP**

A partir de la redacción del tipo básico, el legislador ha dispuesto un tipo agravado, imponiendo las penas en su mitad superior, «cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño».

Con relación al fundamento de esta agravación la exasperación punitiva se justifica por el mayor de injusto que conlleva el empleo de los medios comisivos, esto es, la coacción, la intimidación o el engaño, afectando además a otros bienes jurídicos, junto a la indemnidad sexual, como pueden ser la libertad de la víctima. Esta redacción va a suscitar problemas interpretativos con relación al tipo básico, si tenemos en cuenta que el empleo de engaño es el modo usual o consustancial a la conducta típica, donde los groomers simulan un perfil falso, referido a su edad o aspecto físico, para ganarse de este modo la confianza del menor[20].

En segundo lugar, a diferencia del tipo básico, el tipo agravado no está previsto en la normativa europea, de modo que no encuentra fundamento en el deber de armonizar nuestra normativa con la procedente de la Unión Europea.

II.4. **Problemática concursal**

El delito de *Child grooming* configurado como un delito doloso, con un elemento subjetivo de lo injusto, cifrado en la finalidad de cometer alguno de los delitos previstos en los artículos 183 ó 189 del Código Penal va a ocasionar problemas concursales, en los casos en que los delitos que se persiguen realizar se cometan efectivamente. O, dicho con otras palabras, el sujeto que realiza el contacto con el menor, se encuentra efectivamente con éste, cometiendo un delito de abusos sexuales, o bien recibe el material

[20] Pérez Cepeda, A.I., «Lección XII. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (I)», *ob. cit.,* p. 320.

pornográfico solicitado. Ante estas hipótesis, cabe preguntarse si nos encontramos ante un concurso de delitos o de leyes.

Debemos poner de relieve que el propio artículo 183 del Código Penal contiene en el primer párrafo una cláusula concursal ad hoc para el delito de *Child grooming*, en virtud de la cual las penas correspondientes a este delito se aplican «sin perjuicio de las penas correspondientes en su caso a los delitos cometidos», esto es, las previstas para las conductas penadas en los artículos 183 y 189 Código Penal. Se trata de un concurso real de delitos[21], y el propio artículo contempla castigar separadamente los delitos en su caso cometidos. El bien jurídico protegido es distinto, mientras que el artículo 183 ter pena el ciberacoso sexual de los menores, los artículos 183 y 189 sancionan respectivamente las agresiones, abusos sexuales y pornografía infantil.

Sobre la relación concursal entre el artículo 183 ter.1 del Código Penal y los artículos 183 y 189 del Código Penal resulta relevante la STS 777/2017, de 30 de noviembre, dictada en aplicación del Acuerdo No Jurisdiccional del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 2017[22]. El referido Acuerdo adopta el criterio de que «el delito de ciberacoso sexual infantil previsto en el artículo 183 ter.1 del Código Penal, puede conformar un concurso real de delitos con las conductas contempladas en los artículos 183 y 189 del Código Penal.

La Sala del Tribunal Supremo, en Sentencia de 30 de noviembre de 2017, desestima el recurso interpuesto, argumentando que «el delito del artículo 183 y los delitos de los artículos 183 y 189 Código Penal, eran plenamente compatibles al añadir a las conductas de agresión, abuso sexual o creación de pornografía infantil, un indudable grado de desvalor, precisamente por servirse de ese medio comisivo (Child grooming). Ello hace que la relación entre el artículo 183, considerando acto preparatorio, se halle en conexión a los delitos–fin allí descritos (arts. 183 y 189) en una relación de concurso de delitos, que deberán merecer cada uno de ellos las condenas procedentes (concurso real de delitos)».

En esta línea se ha manifestado la STS, Sala Segunda, de 19 de marzo de 2021, Sentencia n.º 110/121, recurso 13/220 (Tol 8496311). El propio acusado reconoció que su perfil en twitter era de un jugador de pádel con cuatro menores y así acompañando a éstos a los partidos se fue ganando su confianza y de manera insistente introduciendo elementos sexuales en las conversaciones de los menores a través de su dirección, solicitando a las víctimas remisión de fotografías, videos de sus órganos genitales, y a su vez remitiéndoles el procesado en algunas ocasiones vídeos y fotos de su pene o masturbándose, todo ello con fines libidinosos. Seguidamente le proponía un encuentro

[21] En esta línea se ha manifestado la STS, Sala Segunda, de 19 de marzo 2021, número sentencia 110/121, número recurso 13/220 (Tol 8496311).

[22] En detalle, *Vid.* Instrucción Interna 6/2020: pronunciamientos jurisprudenciales sobre unificación de doctrina, 22 de septiembre 2020 (Tol 8080919).

a fin de realizar actos de carácter sexual o pornografía infantil. Asimismo, *Vid.* la SAP Bizkaia, Sección 6.ª, de 26 de febrero de 2021 (Tol 8495152).

La referida sentencia contiene un voto particular que sostiene la solución del concurso de normas (art. 8 CP)[23], reservando el concurso real para los casos en los que los actos que contempla la norma son ejecutados de una forma o con unas circunstancias específicas que acaben menoscabando otros bienes jurídicos diferentes de la indemnidad sexual del menor, pues de aplicarse la solución del concurso real se vulneraría el principio ne bis in idem.

La STS de 22 de febrero de 2017 (recurso n.º 10439/2016) analiza el problema concursal entre el delito de contacto por internet con una menor para concertar encuentros sexuales y el delito de abusos sexuales a menor de trece años, señalando que, en los casos de concurso de un delito de peligro con un delito de lesión, debe aquél ser absorbido por el segundo, y concluyendo que los hechos de acercamiento y proposición previos por internet deben quedar absorbidos por el posterior abuso sexual. Así mismo, *Vid.* la SAP Burgos, de 11 de diciembre de 2010, Caso Arandina (Tol 7626805), STS, Sala Segunda, de 8 de julio de 2018 (Tol 6589163).

Con relación al delito de exhibicionismo, las relaciones concursales entre el delito de Child grooming y el delito de exhibicionismo[24] del artículo 185 del Código Penal se han resuelto conforme a la solución del concurso de normas, quedando este último delito «[…] integrado o absorbido por el delito de elaboración de pornografía infantil de los artículos 189.1.a) y 189.2 del Código Penal, siendo sancionable con la pena prevista para el delito más gravemente penado por entender que existe un concurso de normas a resolver conforme con el artículo 8.4 del Código Penal».

III. Embaucamiento de menores o sexting

El apartado segundo del artículo 183 castiga con pena de prisión de seis meses a dos años al que, a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información o la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y realice actos

[23] La STS 22 de febrero de 2017 (Recurso núm.10439/2016) analiza el problema concursal entre el delito de contacto por internet con una menor para concertar encuentros sexuales y el delito de abusos sexuales a menor de trece años, señalando que, en los casos de concurso de un delito de peligro con un delito de lesión, debe aquél ser absorbido por el segundo, y concluyendo que los hechos de acercamiento y proposición previos por internet deben quedar absorbidos por el posterior abuso sexual. Así mismo, *Vid.* la SAP Burgos, de 11 de diciembre 2010, Caso Arandina (Tol 7626805), STS, Sala Segunda, de 8 de julio 2018 (Tol 6589163).

[24] Por ejemplo, la STSJ, Madrid, de 9 de febrero de 2021 (Tol 842217), número sentencia 37/2021, número recurso 33/2021.

dirigidos a embaucarle para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas en las que represente o aparezca un menor[25].

En primer lugar, la traslación de la Decisión Marco en el ámbito de las figuras de prostitución y pornografía infantil determinó la necesidad de tipificación entre otras conductas la de captación de niños que queda incorporada al artículo 189.1 del Código Penal, que precedió al artículo 183 introducido por la Ley Orgánica 1/2015. Se trata del sexting (de sex y texting) o envío de mensajes o fotografías propias por el embaucado, es decir el engañado mediante su inexperiencia sexual como menor, y que constituya un serio peligro para su bienestar psíquico, desarrollo y formación, figura ésta que, para un sector doctrinal, no deja de ser más que una tentativa del delito de pornografía de menores del artículo 189 del Código Penal.

A diferencia del delito de Child grooming, la conducta de sexting consiste en solicitar al menor que facilite o muestre material pornográfico con menores pudiendo aparecer el propio menor embaucado, sin proponerle un acercamiento ni un encuentro para cometer un delito sexual, lo que ha merecido un menor reproche por el legislador penal, castigándose con pena de prisión de seis meses a dos años, inferior a la prevista en el apartado primero (que prevé alternativamente una pena de prisión de uno a tres años o multa de doce a veinticuatro meses). De este modo, el delito quedará consumado con la acción de «contactar», con la mera solicitud, sin exigirse el envío o la muestra del material pornográfico, formando parte de la fase de agotamiento del delito los actos posteriores de enviar el material o mostrar las imágenes solicitadas. Ahora bien, si fuera el propio menor quien enviara el material pornográfico, la conducta podría subsumirse en el delito de tráfico de pornografía infantil, salvo que sean imágenes pornográficas propias, sin que el emisor incurra en ese delito. En este caso, teniendo en cuenta que las referidas imágenes pueden ser usadas por el autor para elaborar o producir material pornográfico resultaría aplicable el artículo 189.1 del Código Penal, en su caso, ya sea por la conducta de utilización de un menor para elaborar material pornográfico, ya como inductor o autor (directo o mediato) de un delito de tráfico de pornografía infantil.

A diferencia del delito de Child grooming, se ha criticado por parte de un sector de la doctrina que esta tipificación excede las obligaciones de incriminación previstas en normativa europea (art. 6.2), que para nada alude a la creación de un delito ad hoc, indicando sólo la necesidad de que los Estados adopten medidas para que sea punible cualquier tentativa de un adulto, por medio de las tecnologías de la información y la

[25] Críticamente en relación con el término embaucar señala C. Villacampa Estiarte que no se trata exactamente de que la Directiva 2011/93/UE designe a la conducta delictiva que contempla en el núm. 2 del artículo 6 de manera distinta a como lo hace con respecto a la contemplada en el artículo 6.1, pues a ambas las designa en la versión inglesa con el vocablo «soliciting», que ha sido dudosamente traducido al español como «embaucamiento» («El delito de child grooming o propuesta sexual telemática a menores», *ob. cit.,* p. 1).

comunicación, de cometer las infracciones de adquisición o posesión de pornografía infantil y de acceso a la misma o de su comunicación, embaucando a un menor que no ha alcanzado la edad de consentimiento sexual para que le proporcione pornografía infantil en la que se represente a dicho menor[26].

El elemento subjetivo del delito de sexting tipificado en el artículo 183, apartado segundo del Código Penal exige que el dolo del autor abarque el componente de que el menor tenía menos de 16 años, bien porque tuviera certeza de ello o una mera racional presunción de que se trata de un menor de 16 años. Asimismo, puede afirmarse que el dolo exigido al sujeto activo puede acomodarse al dolo eventual y, dentro de este, al llamado dolo de indiferencia. Cuando el autor desconoce en detalle uno de los elementos del tipo, pero tiene razones para dudar y tiene a su alcance la opción entre desvelar su existencia o prescindir de la acción, su pasividad al no averiguar la edad del sujeto pasivo no puede calificarse de error de tipo, sino de dolo eventual[27].

IV. La cláusula Romeo y Julieta

Artículo 183 bis del Código Penal: «Salvo en los casos en que concurra alguna de las circunstancias previstas en el apartado segundo del artículo 178, el libre consentimiento del menor de dieciséis años excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este capítulo cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez física y psicológica».

Las limitaciones que tenía el Derecho penal tradicional para enfrentarse seria y eficazmente con el consentimiento de los menores en el ámbito sexual eran evidentes y se han puesto de relieve en algunas de las sentencias pronunciadas por los Tribunales de Justicia en casos mediáticos —SSTS 626/2022, de 23 de junio; 750/2022, de 14 de septiembre, «Caso de la Arandina»—, que muchas veces ha provocado en las víctimas afectadas por estos hechos y en la propia opinión pública en general, más irritación que satisfacción por el veredicto alcanzado.

El actual artículo 183 bis del Código Penal, fiel trasunto del viejo artículo 183 quater, se introdujo con la finalidad de evitar la criminalización de comportamientos sexuales de los jóvenes adolescentes que practicaban experiencias sexuales con otras personas de edad y madurez similar.

[26] *Vid.* Boldova Pasamar, M.A., «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en C. R. Romeo Casabona / E. Sola Reche / M. A. Boldova Pasamar (coords.), *Derecho Penal. Parte Especial (Conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo),* Ed. Comares, Granada, 2016, p. 207. En este sentido cabe referirse a la STS, Sala Segunda, de 21 de marzo de 2017, número sentencia 174/2017, número recurso 1433/2016 (Tol 6010035).

[27] Confirma este criterio la SAP Madrid, Sección 29.ª, de 4 de marzo de 2021 (Tol 8454148), número Sentencia 108/2021, número recurso 339/2020.

Son dos las principales novedades que presenta la actual redacción respecto a su antecesor: de un lado, se introduce un inciso primero para indicar que el consentimiento deviene ineficaz cuando concurra alguna de las circunstancia previstas en el apartado segundo del artículo 178 del Código Penal, como son el empleo de violencia, intimidación o abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima, así como los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuya situación mental se abusare y los que se realicen cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad. De otro lado, en la redacción final del texto se añade los términos «física y psicológica» con respecto a la madurez.

Las recientes reformas penales evidencian un cambio de paradigma en la interpretación de la tutela penal del ejercicio activo de la sexualidad de los menores en general, y en particular, de los que no alcanzan la edad de autodeterminación sexual. Sin embargo, la redacción del artículo 183 bis del Código Penal plantea múltiples interrogantes que pueden resumirse bajo la siguiente cuestión: ¿cuál ha de ser la frontera de la intervención penal en la protección de la libertad e indemnidad sexual de los menores?[28]

Un sector de la doctrina penal critica la elevación a 16 años de la edad de consentimiento sexual, analizando exhaustivamente la existencia de una «edad mínima» y una «edad máxima» para la aplicación de la cláusula del artículo 183 bis del Código Penal. Entre los criterios aplicados por los tribunales para eximir de responsabilidad penal en estos casos, cabe referirse a los criterios de proximidad cronológica y proximidad madurativa. Respecto a la proximidad cronológica, resulta cuestionable su adecuación [*Vid.* Circular FGE 1/2017, justificando la aplicación del art. 21.7 CP (atenuante analógica) en relación con el art. 183 bis CP][29].

En segundo lugar, el criterio de proximidad madurativa resulta criticable por la falta de congruencia del artículo 183 bis del Código Penal con los principios de taxatividad y seguridad jurídica. Para soslayar los inconvenientes derivados de la misma, que conducen a un plano de grave inseguridad jurídica, se propone la aplicación de un método científico, que dote a la decisión judicial de una fundamentación técnica sólida, en atención a la apreciación o no del grado de proximidad madurativa (Fuertes Iglesias).

En atención a su naturaleza jurídica, la cláusula del artículo 183 bis del Código Penal se interpreta en clave de causa de atipicidad, negando su interpretación ya como causa de justificación, ya como excusa absolutoria.

[28] En detalle, *Vid.* Fuertes Iglesias, C., *La cláusula «Romeo y Julieta» en el Derecho español (art. 183 bis CP). Las fronteras de la intervención penal en la protección de la libertad e indemnidad sexuales de los menores,* Aranzadi, 2024.

[29] Fuertes Iglesias, C., *La cláusula «Romeo y Julieta» en el Derecho español (art. 183 bis CP). Las fronteras de la intervención penal en la protección de la libertad e indemnidad sexuales de los menores, ob. cit.*

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

La nueva redacción del delito de child grooming en virtud de la reforma por LO 1/2015 ha supuesto ciertas mejoras técnicas, si bien resulta criticable tanto por lo que añade como por lo que omite.

Con respecto a la conducta típica y en aras de completar su indeterminación, sería deseable un abordaje completo del grooming, incluyendo no solo la criminalización del que se opera online, sino también del que tiene lugar offline, ampliando de este modo el tipo.

Con relación al sujeto pasivo del delito, resulta criticable que el legislador haya excluido del ámbito típico del artículo 183 ter del Código penal a las personas con discapacidad que podrían considerarse equiparables a los menores de dieciséis años en ciertos casos, proponiéndose de lege ferenda la inclusión de estos sujetos en el tipo, a pesar de que tal previsión no está contemplada en ninguno de los instrumentos internacionales que nos obligan.

La previsión del tipo agravado de child grooming deviene innecesaria, si tenemos en cuenta que el engaño representa el elemento nuclear de la conducta del groomer, siendo elemento típico y no agravación, suscitando problemas en la interpretación de este delito.

La configuración del child grooming como un delito de peligro, cuestiona la legitimación del derecho penal en este ámbito al suponer un adelantamiento de la punibilidad a un acto preparatorio, dificultando en ciertas ocasiones la determinación de la finalidad con que se realiza la conducta («acercamiento» para cometer algún delito).

Finalmente, la tipificación del sexting como modalidad separada se justifica por referirse a una conducta que no quedaba abarcada en el child grooming, vinculada a supuestos en los que se solicita al menor que facilite o muestre material pornográfico con menores, y en el que podría aparecer el propio menor embaucado.

En síntesis, de *lege ferenda* se propone una revisión técnica de los delitos de ciberacoso a menores de dieciséis años, ampliando la conducta típica y el ámbito de los sujetos pasivos, incluyendo a los discapacitados. Esta modificación debe operarse atendiendo a los parámetros político-criminales actuales, respetando los principios de ofensividad, proporcionalidad y ultima ratio, como límites a la intervención penal.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Boldova Pasamar, M. A., «Capítulo 10. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales II», en C.M. Romeo Casabona / E. Sola Reche / M.A. Boldova Pasamar (coords.), *Derecho Penal. Parte Especial, 2.ª ed.*, Comares, Granada, 2022.

Cugat Mauri, M., «La tutela penal de los menores ante el online grooming: entre la necesidad y el exceso», *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario,* Núm. 107, 2014.

Dolz Lagos, M.J., «La infancia como bien jurídico colectivo protegido penalmente», *La Ley Digital*, LL 3330/2018.

FUERTES IGLESIAS, C., *La cláusula «Romeo y Julieta» en el Derecho español (art. 183 bis CP). Las fronteras de la intervención penal en la protección de la libertad e indemnidad sexuales de los menores,* Aranzadi, 2024.

GONZÁLEZ TASCÓN, M. M., «El nuevo delito de acceso de niños con fines sexuales a través de las TIC», *Estudios penales y criminológicos*, Núm. 31, 2011, pp. 207-258.

— «La explotación sexual de los menores: El caso de la prostitución del menor», *Cuadernos de política criminal*, Núm. 122, 2017, pp. 133-186.

— «Aspectos jurídico-penales de la explotación sexual de las personas adultas en la prostitución y de otras conductas relacionadas», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología,* Núm. 22, 2020.

GÓRRIZ ROYO, E., «On-line child grooming en Derecho Penal español», *InDret,* Núm. 3, 2016, pp. 11-12.

MARTÍNEZ GALINDO, G., «La reforma de los delitos sexuales: su motivación y el cambio de paradigma (de la honestidad al consentimiento)», en Martínez GalindO (dir.), *La reforma de los delitos sexuales*, Colección Penalcrim, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2024, p. 68.

MONGE FERNÁNDEZ, A., «Ciberacoso a menores de dieciséis años», en González Tascón (dir.), *Delitos sexuales y personas menores de edad o con discapacidad intelectual: Reflexiones jurídicas y psicoeducativas sobre sus derechos y su protección,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 215-241.

MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 24.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

VILLACAMPA ESTIARTE, C., «El delito de child grooming o propuesta sexual telemática a menores», Tirantonline, 5/2015, p. 6 (Tol 5204096).

36

LA ESPECIE HUMANA COMO BIEN JURÍDICO A PROTEGER POR EL DERECHO PENAL ANTE LA REVOLUCIÓN 4.0

Pedro Julio Montano Gómez de Alía
Catedrático de Derecho Penal
Universidad de la República y Universidad de Montevideo (Uruguay)

SUMARIO: I. Introducción. II. Dignidad humana. ¿Cuál es el límite para mejorar al ser humano? II.1. Dignidad humana. III. Veamos ejemplos de algunas tecnologías. III.1. Implantes de nanochips en el cuerpo humano. III.2. Biotecnologías. III.3. IA y ciencias de la comunicación o de datos. III.4. Intervención multidisciplinaria. IV. Transhumanismo. IV.2. Transhumanismo y medicina. IV.2.1. *Salud.* IV.2.2. *Terapéutica*. IV.2.2.A. *Medicina, ética y derecho.* IV.2.2.B. *Ley 19.286 Código de ética médica - promulgación: 25/09/2014.* IV.2.2.C. *Medicina del mejoramiento y medicina tradicional.* IV.2.2.D. *¿Un nuevo Derecho Médico desafía al Derecho Penal?* IV.2.2.E. *Ámbitos de la tecnología médica.* IV.2.2.F. *Veamos un par de ellos.* IV.2.2.G. *¿Pacientes como clientes exclusivamente?* IV.2.2.H. *¿Podría, entonces, la medicina del mejoramiento ser considerada una nueva «especialidad médica»?* IV. Nuevas tecnologías. IV.3.CRISPR-CAS9. IV.4. Inteligencia artificial. IV.5. Definiciones y ámbito de aplicación. IV.6. Singularity. V. Posthumanismo. V.1. ¿Un robot puede ser considerado persona? V.2. ¿Es posible atribuir responsabilidad a una máquina? V.3. El ejemplo de las máquinas autónomas. V.4. El concepto de «control significativo» limita la responsabilidad penal. V.5. Los expertos debaten sobre la responsabilidad por los daños causados por la inteligencia artificial. VI. Impactos económicos, políticos y en la sociedad, negativos y positivos. VI.1. Consecuencias positivas del trans-posthumanismo. VI.2. Consecuencias negativas. VI.3. La autonomía como expresión de la libertad, presupuesto de la responsabilidad penal. VI.4. Cadena de responsabilidad. VI.5. Ámbito laboral. VII. Normas internacionales al respecto. VIII. Conclusiones. VIII.1. Tipos propuestos a incluir en las legislaciones internas. IX. Bibliografía.

I. Introducción

Lo primero que quiero decir es que rezo especialmente por el eterno descanso del querido amigo y eminente jurista y bioeticista que fuera distinguido con tres doctorados, habiendo logrado el último en el primer semestre de 2024, la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Zaragoza, con la tesis que lleva por título «Clemente VIII y el final del Gran Cisma de Occidente en la Corona de Aragón».

El tema que nos proponemos analizar en relación con el Derecho Penal en homenaje al querido colega supone conocer qué es el *transhumanismo y qué es el posthumanismo*, para determinar sus límites éticos y jurídicos, cuáles son sus ventajas y peligros. Sobre todo, cuando responden a ideologías distópicas, tendientes a la desaparición, o desvalorización, de la humanidad como especie.

También implica conocer un nuevo vocabulario y siglas, que irrumpieron en el lenguaje universal, y que iremos explicando a medida que lo vamos usando.

Por «tecnologías» nos referimos aquí, de un modo muy general, a la aplicación de los descubrimientos científicos para modificar el mundo material que nos rodea y la misma naturaleza humana, según la conveniencia de los intereses de individuos o grupos concretos, o la (supuesta) conveniencia de nuestra especie, lo que hoy se ha convertido en la denominada *Revolución 4.0*.

¿Cuál sería entonces la diferencia, esa condición específica de nuestro tiempo, que lo llevaría a poner el cambio tecnológico (y ya no técnico) como horizonte de significado de sus diversos procesos de un modo nuevo, o si se quiere más intenso, que en el siglo XX?

Nuestra experiencia actual demuestra que nuestra vida está llena de tecnologías, al punto que consideramos a los dispositivos tecnológicos como algo «esencial» para poder vivir bien. Las tecnologías se han vuelto en nuestras vidas algo casi inseparable de nuestra cotidianidad, de nuestro ambiente de acción privilegiado. Los teléfonos móviles o celulares son un ejemplo clarísimo en todo el mundo.

En concreto, el transhumanismo y el posthumanismo son dos movimientos diferentes que arrancan ya desde finales del siglo XX, y que aúnan discursos procedentes de la filosofía, la bioética, las ciencias sociales y culturales, la informática y la investigación en inteligencia artificial, que podrían quedar resumidas en las ciencias convergentes, expresadas con la sigla (NBIC): Nanotecnologías, Biotecnologías, Inteligencia artificial y Ciencias de datos, en lo que refiere al Transhumanismo, y principalmente en la robótica, en lo que refiere al Posthumanismo. En el medio de ambos se encuentra el cíborg (*cyborg*, en inglés) que, según el diccionario de la RAE, es un «ser formado por materia viva y dispositivos electrónicos».

Sus representantes se ven a sí mismos, por un lado, como la continuación tecnológica del humanismo y, por otro, distanciándose críticamente de él.

Debemos escoger entre la libertad y la dignidad de la persona, o bien, asumir la esclavitud y obsolescencia de los seres humanos no mejorados biotecnológicamente y la deshumanización progresiva de nuestra civilización. En este sentido, la emergencia de un nuevo ser con inteligencia artificial que puede llegar a adquirir algún nivel de autoconsciencia resulta preocupante y poco a poco vamos siendo conscientes de que con nuestra pasividad estamos dejando crecer un totalitarismo cibernético. No obstante, si despertamos y adoptamos una actitud proactiva, podemos construir la civilización del amor a la cual la humanidad está destinada.

Realidades positivas o distópicas.

En efecto, estas tecnologías pueden significar grandes ventajas, pero también graves inconvenientes para la Humanidad, a través de las tres etapas posibles que ya están en curso: 1.ª) transhumanismo, 2.ª) ciborgs, y 3.ª) posthumanismo (robótica, principalmente).

Y tienden a dar lugar a la «distopía» que según el diccionario de la RAE significa «representación ficticia de una sociedad futura de características negativas causantes de la alienación humana».

Las cuatro revoluciones industriales.

Si bien provenimos de una utopía positivista que caracterizó a las tres revoluciones anteriores, esta 4.0 es más bien *voluntarista*, según la cual todo lo que se pueda y se quiera hacer, *debe* hacerse, y por lo tanto hay *derecho a ello*. Estamos en una verdadera «distopía. Por lo tanto, hay que ponerle límites, y el Derecho Penal no puede ser ajeno a ello.

Además, desde el punto de vista económico es —y será aún más— una nueva fuente de recursos en la que las grandes empresas podrán tener otra forma de dominar la economía mundial.

II. Dignidad humana. ¿Cuál es el límite para mejorar al ser humano?

¿Podemos mejorar al ser humano? Hagámoslo, entonces. ¡Pero, cuidado! Hay que tener en cuenta que esas mejoras pueden transformarlo no sólo a él, sino a su progenie, y por lo tanto podemos dar lugar a una nueva humanidad. Y, posteriormente, a una posthumanidad, que se independice y nos domine o destruya como especie.

Este tema es clave con respecto al ser humano y hay que protegerla y promoverla, porque supone respeto debido a nuestra naturaleza, a nuestra especie.

La persona humana es un ser dotado de razón y voluntad, es un fin en sí mismo (Kant) y con valor único e inherente, que no depende de ningún factor (sexo, raza, religión, situación socioeconómica, etc.) más allá de su naturaleza humana. Hervada establece una conexión entre el Derecho Natural y la dignidad humana al afirmar que la dignidad es «*aquella eminencia de ser que constituye al Hombre como persona*». En este sentido, la dignidad no es simplemente una característica superficial, sino más bien un estado ontológico, una medida de existencia que eleva al hombre por encima de otras formas de vida en nuestro universo (1992)[1].

Bien sostiene García Toma al decir que los atributos naturales del ser humano constituyen el fundamento de su dignidad, de su valor. A través de éstos, el ser humano llega a comprender la verdad, tiene la capacidad de elegir el bien y puede relacionarse tanto para su propio beneficio como para el bienestar común. De acuerdo con su natura-

[1] Referencia en: https://dadun.unav.edu/handle/10171/67105 (cotejado 20.10.24).

leza, posee ciertos derechos fundamentales[2] que son facultades o potestades sobre todo aquello que necesita para cumplir con su fin, esto es, realizarse como ser humano. Por lo tanto, existe la expectativa de ser tratado con respeto y consideración por parte de sus semejantes y del Estado. Estos derechos, derivados de la mera condición de pertenecer a la especie humana, son exigibles ante la sociedad y el Estado, con el fin de que cada individuo pueda alcanzar su máximo potencial y desarrollo[3].

Hoy, sin embargo, la persona humana ha pasado más bien, a ser objeto o cosa, y la dignidad se confunde con la libertad de hacer y obtener lo que se quiere, independientemente de si es bueno o malo. Porque será bueno o malo, según si se le quiere o no.

Y esto supone, también, una injusticia. La Justicia consiste en dar a cada uno lo suyo «*suum quique tribuere»* según la clásica definición de Ulpiano.

Por eso, al ser humano le corresponde el tratamiento según su naturaleza.

Dignidad humana significa que un individuo siente respeto por sí mismo y se valora, al mismo tiempo que es respetado y valorado. Implica la necesidad de que todos los seres humanos sean tratados en un pie de igualdad y que puedan gozar de *los derechos fundamentales* que de ellos derivan.

Y nuestra naturaleza humana es en esencia, según Aristóteles, cuerpo y espíritu, que también puede expresarse como «alma», que tiene una doble connotación: la psicológica (*psyché*) y la teológica (alma).

Ambos, son evidentes. Nuestro cuerpo es material, puede ser visto, oído y también puede ver y oír, y aplicar los demás sentidos que compartimos con la naturaleza animal, mamíferos, pero sin perder la identidad. A través de nuestra naturaleza corpórea podemos ser identificados por nuestros rasgos, o por las huellas digitales o por nuestro ADN, etc.

En realidad, no carecen de razón quienes dicen que todo el Derecho, y en especial el Derecho Penal, deben tender a la protección de la dignidad humana, y a su promoción[4].

Pero, sin duda el instrumento internacional que hace más reiterada referencia a la dignidad humana, y que aplica y explicita más este concepto, es la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, adoptada por unanimidad por la Conferencia General de la UNESCO el 11 de noviembre de 1997 y ratificada en todos sus términos, también por unanimidad, por la Asamblea General de las Naciones Unidas en diciembre de 1998[5]. El artículo 1.º de la Parte Dispositiva, trata de la dignidad. Dice:

[2] Hoy, lamentablemente, la ONU está discutiendo si se incluye o no el derecho al aborto como derecho fundamental.

[3] García Toma, Víctor, «*La dignidad humana y los derechos fundamentales*», *Derecho & Sociedad*, Núm. 51, 2018, pp. 13-31.

[4] Montano, Pedro, *La dignidad humana como bien jurídico tutelado por el Derecho Penal*. Conferencia dictada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Bolonia en octubre de 2002.

[5] Andorno, Roberto, «*La Dignidad Humana como Noción Clave en la Declaración de la UNESCO sobre el Genoma Humano*», *Revista de Derecho y Genoma Humano*, Núm. 14, 2001, pp. 41-54. En la cual también tuvo un papel fundamental nuestro homenajeado Profesor Romeo Casabona.

«*El genoma humano es la base de la unidad fundamental de todos los miembros de la familia humana y de reconocimiento de su dignidad intrínseca y su diversidad. En sentido simbólico, el genoma humano es el patrimonio de la humanidad*».

III. Veamos ejemplos de algunas tecnologías

III.1. **Implantes de nanochips en el cuerpo humano**

Así como ya hay implantes que emiten señales para poder ubicar animales, la empresa británica Walletmore promociona un implante para ser colocado bajo la piel de la mano, que permite hacer pagos sin contacto, abrir puertas, encender luces o calefacción en la casa, etc., que pertenecen al denominado IoT (Internet of Things).[6] Lo mismo que, ya desde 2016, se había autopracticado la bio-hacker escocesa Lepth quien, además, tiene otros ¡49 nanochips implantados![7] Algunos de ellos con fines inmorales.

Un proyecto de 2016 especialmente revolucionario financiado principalmente por el multimillonario Elon Musk, se llama NEURALINK[8], y consiste en un implante en el cerebro (Implante Computadora-Cerebro: ICC), conectado por medio de 9 nervios, que permite la conexión a Internet sin tener aparato alguno (móvil, PC, tableta, etc.) por el cual se puede hacer y contestar llamados o mensajes; hacer búsquedas en Internet, e ingresar a la realidad virtual de META, propulsada por Mark Zuckerberg, propietario de FACEBOOK; WHATSAPP; INSTAGRAM; entre otros. Hoy ya ha sido autorizado por la FDA para hacer experimentos con humanos, al haber superado los realizados con animales. Y, efectivamente, NEURALINK ya fue implantado el 28 de enero de 2024 en Noland Arbaugh, estadounidense, con fines médicos, porque padece tetraplejia y esclerosis lateral amiotrófica (ELA)[9]. Por ahora, el paciente viene reaccionando bien[10]. E incluso, puede jugar al ajedrez sin mover sus manos, sólo con su cerebro, y estar conectado a Internet. El implante se llama «*Telepathy*». Obviamente, también presenta riesgos porque quizás personas desde otros continentes pueden seguir la actividad mental del sujeto y obtener información que lo puedan perjudicar.

El desarrollo de la inteligencia artificial en la biotecnología continúa, tal es el caso de los nanobots que reparan células o estimulan músculos que estaban atrofiados.

[6] https://youtu.be/aymBka2nhUo (verificado 20.10.24).

[7] https://www.bbc.com/mundo/noticias-37925981 (verificado 20.10.24).

[8] https://neuralink.com/

[9] https://eu.usatoday.com/story/tech/news/2024/03/22/neuralink-brain-chip-patient-noland-arbaugh/73064257007/ (visitado 20.10.24).

[10] https://www.npr.org/2024/01/30/1227850900/elon-musk-neuralink-implant-clinical-trial (cotejado 20.10.24).

Otro producto, denominado *Insight*[11], consiste en un dispositivo inalámbrico que funciona como una vincha con sensores que recaban información sobre la actividad eléctrica del cerebro, obteniendo datos sobre gestos, movimientos, preferencias, tiempos de reacción y actividad cognitiva de quien lo usa. La tercera sala de la Suprema Corte de Justicia de Chile declaró la inconstitucionalidad el 9 de agosto de 2023 de una sentencia que permitió su uso en una persona concreta, y prohibió la comercialización en el país. La empresa norteamericana *Emotiv* que lo vendió pudo acceder a toda la información de dicha persona y, por lo tanto, violar su intimidad[12].

III.2. **Naturaleza jurídica de los implantes**

Sin embargo, cuando lo que se pretende incorporar al cuerpo humano no busca preservar o recuperar la salud (contexto terapéutico), sino superar las capacidades humanas naturales, o cumplir funciones que los órganos humanos no cumplen de modo natural, entonces nos encontramos jurídicamente *con cosas*. Porque si el fundamento para la asimilación no es funcional e intrínsecamente relacionado con la naturaleza misma del hombre, entonces un objeto que no cumple esas condiciones no puede ser considerado a los efectos jurídicos como parte del cuerpo. *Hasta parecería un contrasentido decir que algo que pretende modificar el cuerpo para otorgarle capacidades que no le son propias pueda ser considerado una parte del cuerpo*[13].

Los objetos implantados serán partes del cuerpo si poseen una unión funcional con este; es decir, si cumplen o ayudan a cumplir, funciones naturales del cuerpo humano. *Si los objetos implantados no cumplen funciones naturales del cuerpo y han sido implantados para otorgar capacidades sobrehumanas, no pueden ser considerados partes del cuerpo*[14]. Podrán ser considerados «*cosas*».

III.2. **Biotecnologías**

Un ejemplo de biociencias, bioingeniería, biotecnología ciencias de la información e inteligencia artificial, puede ser el caso del CRISPR-Cas9, que permite hacer *trasplante de genes* que modifican nuestro ADN, al punto de poder crear nuestros propios gemelos o clones, o seres diseñados para cumplir determinadas funciones o actividades. Es un caso de bioingeniería o biogenética, como veremos más adelante.

[11] https://www.emotiv.com/products/insight (verificado 20.10.24).

[12] https://derechocienciaytecnologia.uc.cl/wp-content/uploads/2024/02/CS-105065-2023.pdf (cotejado 20.10.24).

[13] Melchiori, *op. cit.*, p. 39 (destacado nuestro).

[14] *Ibidem*, p. 41 (destacado nuestro).

III.3. **IA y ciencias de la comunicación o de datos**

También la inteligencia artificial y las ciencias de la información pueden dotar de cierta autonomía a los robots, a través de «técnicas de enseñanza» a los mismos, por las cuales pueden aprender[15]. Como ejemplo citamos a Cleverbot que es un software que aprende de las conversaciones que mantiene[16], y ha alcanzado altas calificaciones en el examen TURING, prueba para medir el desarrollo de inteligencia artificial.

III.4. **Intervención multidisciplinaria**

Para eso, no tenemos más remedio que hacer un análisis multidisciplinario que abarque la metafísica; la ontología; la antropología filosófica; la sociología y las nuevas tecnologías, para acabar formulando una apreciación de política criminal que nos lleve a la dogmática penal.

El 14 de marzo de 2023 se puso en marcha en Bogotá (Colombia) la Alianza Digital Unión Europea-América Latina y el Caribe (UE-ALC), una iniciativa conjunta *para defender una transformación digital centrada en el ser humano.*

El objetivo de la Alianza es fomentar el desarrollo de infraestructuras digitales seguras, resilientes y centradas en el ser humano sobre la base de un marco basado en valores, garantizando un entorno democrático y transparente y haciendo especial hincapié en la *privacidad y los derechos digitales*[17]. Se trata de la primera asociación digital intercontinental acordada entre ambas regiones.

Posteriormente, el 17 de julio de 2023 se llevó a cabo una Declaración conjunta sobre una Alianza Digital[18].

La Alianza Digital UE-ALC promueve la cooperación en una amplia gama de temas digitales, entre los que se incluyen el diálogo sobre políticas digitales, la gobernanza de internet y de datos, la infraestructura, la conectividad, la seguridad, la protección de datos, la inteligencia artificial y otras nuevas tecnologías digitales emergentes, el desarrollo de habilidades digitales, la tecnología, el emprendimiento y la innovación, y el comercio digital.

La Alianza Digital UE-ALC se basa en una visión común de la economía y de la sociedad digital centrada en el ser humano, en la que el diseño, el desarrollo, la gobernanza y el uso de la tecnología son guiados por los derechos humanos y las libertades fundamentales.

[15] https://www.deutschland.de/es/topic/saber/bernhard-scholkopf-experto-en-inteligencia-artificial (verificado 20.10.24).

[16] https://www.cleverbot.com/app (cotejado 20.10.24).

[17] https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_23_1598 (verificado 20.02.24).

[18] La Unión Europea y Argentina, Bahamas, Barbados, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, la República Dominicana, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Hon-duras, Jamaica, México, Panamá, Paraguay, Perú, Surinam, Trinidad y Tobago, y Uruguay fueron los suscriptores.

Los países participantes de la UE y de ALC coinciden en que la digitalización debe beneficiar ante todo a las personas, aprovechando el potencial de la economía de los datos para el desarrollo sostenible en el contexto de la actual transformación digital.

Así se refleja también en la Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital[19] y la Agenda Digital eLAC 2024[20], las cuales sirven de referencia para el desarrollo de una transformación digital centrada en las personas, inclusiva y orientada al desarrollo, y *que respete los derechos humanos universales y las libertades fundamentales de las personas*[21].

El resultado del Diálogo UE-LAC sobre Ciberseguridad y de otros próximos diálogos digitales será un conjunto de pasos concretos en el camino hacia la Cumbre UE-CELAC de 2025 (V. las recientes normas de la UE sobre la IA de 2024 en https://artificialintelligenceact.eu/es/).

IV. Transhumanismo

El transhumanismo supone seguir *desarrollando, modificando y optimizando al ser humano*. Las ideas que subyacen a esta escuela de pensamiento deben ser analizadas urgentemente. Porque el transhumanismo va de la mano de una utopía de control total de la acción y naturaleza humana.

Frente a la ignorancia generalizada que existe sobre el tema en la sociedad, se suele confundir, como veremos, con tratamientos médicos de mejoría del paciente.

Es un movimiento ideológico-filosófico que pretende llegar a lo posthumano sin romper con las bases del humanismo tradicional. En este sentido, podría entenderse como una especie de «camino o tránsito al posthumanismo». De ahí la expresión «trans» que compone el término.

En palabras de uno de sus visionarios, Nick Bostrom, tal superación de la naturaleza por medio de la tecnología equivale a «dejar la infancia de la humanidad para entrar en la era posthumana»[22].

En cuanto a las raíces de esta teoría, se atribuye la paternidad del término «Transhumanismo» a J. Huxley, que fue el primero en emplear esta palabra en 1927, aunque la expresión «transhumanar» haya sido utilizada ya por Dante en la Divina Comedia.

Desde que lo creara Aldous Huxley, y que lo divulgara su hermano Julian Huxley —quien fuera primer director general de la UNESCO y presidente de la Sociedad Inglesa de Eugenesia— a través de uno de sus libros que lleva el mismo nombre, fechado en 1957.

[19] https://digital-strategy.ec.europa.eu/es/policies/digital-principles (verificado 20.10.24).

[20] https://www.cepal.org/es/proyectos/agenda-digital-america-latina-caribe-elac2024 (verificado 20.10.24).

[21] https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/statement_23_3892 (verificado 20.10.24).

[22] Bostrom, N., «*A history of transhumanist thought*», *Journal of Evolution and Technology*, Vol. 14, 2005, pp. 1-25.

El término transhumanismo se ha utilizado para expresar la posibilidad de la trascendencia y la realización completa de todas las potencialidades de la condición humana. «*La especie humana puede, si así quiere, trascenderse a sí misma, no sólo enteramente, un individuo aquí de una manera, otro individuo allá de otra manera, sino también en su integridad, como humanidad. Necesitamos un nombre para esa nueva creencia. Quizás transhumanismo puede servir: el hombre sigue siendo hombre, pero trascendiéndose a sí mismo, realizando nuevas posibilidades, de, y para su naturaleza humana*»[23].

El transhumanismo, *Enhancement* o simplemente *H+*, es pues, una corriente del pensamiento relativamente reciente. Busca superar las limitaciones biológicas de la humanidad mediante el mejoramiento *tecnológico* del organismo.

Esta corriente de pensamiento, propuesta por Nick Bostrom, pretende la generación progresiva de un nuevo individuo de la especie humana denominado *posthumano* a partir de la gradual modificación del ser humano tal como lo conocemos hoy en día, pasando por una *etapa intermedia* denominada transhumano.

De esta manera el *H+* es: «un movimiento cultural, intelectual y científico que afirma el *deber moral* de mejorar las capacidades físicas y cognitivas de la especie humana, y de aplicar al hombre las nuevas tecnologías, para que se puedan eliminar aspectos no deseados y no necesarios de la condición humana, como son el sufrimiento, la enfermedad, el envejecimiento y hasta la condición mortal» [24].

Para la visión transhumanista, *la naturaleza humana se reduce a cualidades biofísicas manipulables*, reduciendo al ser humano a calidad biológica, de la que esperan se desarrollen cualidades intelectuales y espirituales, y así lo señala Bostrom: *la tecnología mejorará nuestra capacidad de apreciar buena literatura, de poder entender mejor al otro, de ser creativo…*

Esta corriente del transhumanismo tiene fundamentalmente cuatro objetivos:

1. Que los seres humanos vivan mucho más.

2. Que los seres humanos tengan un coeficiente intelectual mucho más elevado de lo que es el promedio actual.

3. Que el ser humano tenga total y absoluto control de sus impulsos e instintos.

4. Que el ser humano no se enferme ni sufra.

Sin embargo, estas finalidades positivas también pueden transformarse en amenazas para la sociedad, tal como veremos.

Aparece como una vía prometedora para quienes persiguen fundamentar una propuesta dirigida a demandar una mayor responsabilidad —cuando menos, en estos casos— a sujetos mejorados que disfruten de capacidades individuales especiales.

[23] Julian Huxley, quien fuera además un importante divulgador de la ciencia en textos como *Problems of Retativ Growth* (1932), *Evolution, the modern synthesis* (1942) o *Evolution in Action* (1953).

[24] Filósofos Nick Bostrom y David Pierce, World Transhumanist Association, 1998.

Habrá que examinar (y, en su caso, sortear) el conflicto con derechos fundamentales como el derecho a la libertad o, si se admite como parte integrante del derecho constitucional a la integridad física, con el derecho a la intangibilidad corporal o a la autodeterminación mental. No es descartable, incluso, que pueda ser objeto de consideración en este debate el derecho a la *dignidad personal*.

Las tecnologías aplicables pueden implicar presencia de bases neurológicas tanto de la tendencia hacia comportamientos agresivos o impulsivos como de la reducción de la capacidad empática que resulta sintomática de algunos trastornos de la personalidad. Evidentemente, esto influye en la imputabilidad y sobre todo en la culpabilidad.

Si estas premisas demuestran ser correctas, cabría plantear la posibilidad de someter a los responsables penales a procesos de mejoramiento (consistentes, en su versión menos invasiva, en el suministro de fármacos) que modificaran de forma relativamente expedita sus capacidades volitivas convirtiendo al sujeto en apto para desarrollar su vida con respeto a la ley penal, bien como medida inserta en un tratamiento penitenciario voluntario asociado a la reducción de la restricción de libertad propia de la pena de prisión impuesta o a la sustitución de esta última, bien como medida de seguridad obligatoria, es decir, como tratamiento compulsivo, complementario, o alternativo, a la pena de prisión.

La principal objeción que puede formularse a este planteamiento es la dificultad de calibrar la voluntariedad del reo que decide someterse al procedimiento, ya que en los casos en los que la intervención biotecnológica se propone como alternativa a la entrada en prisión o a la continuación del encarcelamiento, cabría cuestionar hasta qué punto esta última amenaza perturba la capacidad para prestar un consentimiento efectivo.

Resulta también controvertible la medida en que pueden imputarse personalmente los actos (delictivos o no) realizados por el sujeto con posterioridad al proceso de mejora cognitiva o moral, pues no sería, en principio, descartable que la conducta de las personas responsables de la decisión y ejecución del proceso de mejora pudiera ser tomada en consideración a efectos de la imputación objetiva de la conducta futura del sujeto sometido al mismo. En términos más radicales, cabría incluso debatir hasta qué punto el sometimiento a un procedimiento de este tipo afecta precisamente a la capacidad del sujeto de ser calificado en el futuro como «responsable» en un sentido jurídico[25].

Desde el Derecho Penal, no deja de ser una preocupación internacional el denominado bioterrorismo, considerado como una conducta criminal tendiente a la alteración de organismos o sustancias dañinas contra una población a efecto de promover enfermedades o muertes, generando como fin último producir el terror.

[25] Romeo Casabona, Carlos María, «*Consideraciones jurídicas sobre los procedimientos experimentales de mejora ("enhancement") en neurociencias*», en Romeo Casabona, Carlos (ed.), *Más allá de la salud. Intervenciones de mejora en humanos*, Granada, Comares, 2012, pp. 83-106.

IV.2. **Transhumanismo y medicina**

Supone saber diferenciar técnicas de mejoramiento humano (*enhancement, E+*) de aquellas que son de carácter médico. Según Hans Jonas, filósofo alemán del siglo xx, el transhumanismo supone un reemplazo de la antigua idea reguladora de la medicina como *restitutio ad integrum* con el propósito de una *transformatio ad optimum* (reintegrar la integridad, transformar a lo óptimo).

Sin embargo, las definiciones oficiales de la medicina o del acto médico pertenecen más bien al ámbito clásico de Hipócrates.

El Código de Ética Médica del Uruguay que es ley n.º 19.286 del año 2014, hace referencia a ella en esa línea, como veremos más adelante.[26]

IV.2.1. ***Salud***

La definición que da la OMS de salud es un concepto mucho más amplio y vago «La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades».

Para el científico lamentablemente fallecido Stephen Hawking[27], los cambios se limitarán al principio a «defectos genéticos», antes de volverse más globales y complejos, afectando a nuestro aspecto físico, o a nuestra inteligencia y comportamiento. «*Estoy seguro de que en este siglo se descubrirá cómo modificar tanto la inteligencia como instintos como la agresividad*», afirma el físico. Y este descubrimiento hará atractiva la idea de «mejorar» a las personas, dice, a pesar de las terribles consecuencias que prevé para los «humanos no mejorados».

Estamos entrando en una nueva fase de lo que podríamos llamar evolución impulsada por el ser humano, en la que podremos modificar y mejorar nuestro ADN», escribe Stephen Hawking. «*Ahora tenemos los planos del ADN, lo que significa que hemos leído el 'libro de la vida' y ahora podemos hacer nuestras correcciones*».

El físico y astrónomo se refiere a técnicas como CRISPR-CAS9, que permite eliminar e insertar genes en un punto concreto del cromosoma, dentro del genoma de cualquier célula.

Descubierta gradualmente desde 2002 por una comunidad de investigadores, esta técnica fue perfeccionada en 2012 y 2015 por Feng Zhang, del Instituto Tecnológico de Massachusetts, Jennifer Doudna, de la Universidad de Berkeley, y Emmanuelle Charpentier, del Instituto Max-Planck de Berlín.

En ese ámbito genético podemos liberar a la Humanidad de diversas enfermedades que a lo largo de la historia la han aquejado. Dicha técnica estaba alentada por una

[26] https://www.impo.com.uy/bases/leyes/19286-2014 (verificado 20.10.24).

[27] https://www.britannica.com/biography/Stephen-Hawking (verificado 20.10.24).

ratio curativa, se orientaba a restablecer un estado de cosas vinculado con el equilibrio del organismo, cuyo fin era la preservación y el desarrollo de la vida en función de la dignidad de la persona. Hoy en día tecnologías como el citado CRISPR-Cas9, nos demuestran que pueden servir para el bien, pero también para el mal.

IV.2.2. ***Terapéutica***

La terapéutica es una rama crucial de la medicina que se centra en el tratamiento y la prevención de enfermedades. Su objetivo primordial es aliviar, curar o prevenir las afecciones y patologías para mejorar la calidad de vida de los pacientes.

Este término, derivado del griego «*therapeutikos*», se refiere a la ciencia y el arte de sanar, e involucra la aplicación de medidas diagnósticas, preventivas y curativas para el manejo de la enfermedad. La terapéutica no se limita a los medicamentos, sino que también incluye intervenciones quirúrgicas, terapias físicas, medidas dietéticas, cambios en el estilo de vida y el uso de dispositivos médicos.

La palabra terapéutica fue tomada por Andrés de Laguna en el siglo XVI, del bajo latín *therapeutica, -orum* 'tratamientos de medicina' y éste, del griego *therapeutikos,* el 'trabajo del sirviente encargado de cuidar a alguien', derivado de *therapein* 'cuidar'. En español la palabra tuvo siempre connotación de cuidados médicos y, más recientemente, también psicológicos.

Si terapéutica es la parte de la medicina que se ocupa del tratamiento de las enfermedades, terapia —del griego *therapeia*— es cada una de las técnicas específicas de tratamiento enseñadas por la terapéutica. Terapeuta (del griego *therapeutes* 'siervo') es el especialista que aplica cada una de esas técnicas.

Un componente crucial de la terapéutica es la relación médico-paciente. La efectividad de cualquier intervención terapéutica depende en gran medida de la comunicación efectiva y de la confianza mutua entre el médico y el paciente, según el principio de humanidad que debe presidir dicha relación.

IV.2.2.a. *Medicina, ética y derecho*

Veamos cómo se regula desde el punto de vista ético-jurídico.

La ética médica juzga los actos médicos en base a cuatro principios fundamentales: no maleficencia, beneficencia, autonomía y justicia. Los actos de los médicos y otros profesionales de la salud deben guiarse por estos principios.

La deontología que es la rama de la ética que trata de los deberes, especialmente de los que rigen actividades profesionales, así como el conjunto de deberes relacionados con el ejercicio de una profesión: lo que debe de ser, y la ontología que es una parte o rama de la filosofía que estudia la naturaleza del ser, la existencia y la realidad, tratando de determinar las categorías fundamentales y las relaciones del «ser en cuanto ser»: lo que es.

«La moral tiende a ser particular, por la concreción de sus objetos, la ética tiende a ser universal, por la abstracción de sus principios».

Y es concluyente el Juramento hipocrático que expresa: «Y *ME SERVIRÉ, según mi capacidad y mi criterio, del régimen que tienda al beneficio de los enfermos, pero me abstendré de cuanto lleve consigo perjuicio o afán de dañar*».

En nuestro país, a diferencia de la mayoría en el ámbito internacional, el Código de Ética Médica es Ley, y puede apreciarse el *carácter humanitario del mismo* siguiendo el pensamiento clásico de Aristóteles. Veamos por ejemplo art.3.º literal i.

IV.2.2.b. *Ley 19.286 Código de Ética Médica de Uruguay - Promulgación: 25/09/2014*

Artículo 3

Es deber del médico, como profesional de la salud, seguir los siguientes *principios y valores fundamentales*:

a) Respetar la vida, la dignidad, la autonomía y la libertad de cada ser humano y procurar como fin el beneficio de su salud física, psíquica y social.

b) No utilizar el ejercicio profesional para manipular a las personas desde un punto de vista de los valores.

(…)

i) *Concertar y utilizar el progreso científico y tecnológico de la medicina de tal manera que el humanismo esencial de la profesión no resulte desvirtuado.*

IV.2.2.c. *Medicina del mejoramiento y medicina tradicional*

El ejercicio médico contemporáneo incluye varias prácticas, cuyo objetivo no es solo el curar enfermedades, sino la mejora del individuo por carencias que puede padecer. Algunas de estas prácticas, aunque no terapéuticas en sí mismas, han demostrado un impacto directo en la calidad de vida de los sujetos, como es el caso de la medicina preventiva; cuidados paliativos; obstetricia; medicina del deporte; cirugía plástica; ortopedia (pensemos en Pistorius, el corredor paralímpico); procedimientos cosméticos; oftalmología (lentillas intraoculares), entre otros.

Estas prácticas se consideran estándares en la medicina actual y actúan bajo un marco diferente al de la medicina curativa; no proponen cambios extremos en el organismo o la conducta humana, pero sí funciones optimizadas o antes inexistentes.

Por medicina del mejoramiento aceptamos la definición de Nick Bostrom: el mejoramiento es típicamente opuesto a la terapia. En términos sencillos, la terapia tiene como objetivo arreglar algo que está mal, curando enfermedades específicas o heridas, mientras que la intervención de *mejoramiento tiene como objetivo impulsar el estado de un organismo a ser mejor que el considerado como un normal estado de salud*.

Un ejemplo es el auge del uso de potenciadores cognitivos farmacológicos (PCF), como los inhibidores de modafinilo, metilfenidato y acetilcolinesterasa. Este consumo no

terapéutico ha ocurrido principalmente en contextos académicos y laborales, y el interés del público en general ha aumentado significativamente, como señalan varios autores.

Uno de los puntos relevantes también lo encontramos en la prescripción de antidepresivos, como la fluoxetina (Prozac) entre otros, también utilizados sin una razón terapéutica concreta, sino como un potenciador del ánimo en una amplia población aparentemente sana o con leves trastornos psicológicos que, más que requerir farmacoterapia, serían candidatos a psicoterapia. Gran cantidad de personas sin problemas psicológicos serios experimentan en su vida contrariedades que podrían ser resueltas a través de actitudes positivas y actividades liberadoras de endorfinas endógenas; en su lugar, toman antidepresivos y no realizan ningún esfuerzo de reeducación de las emociones.

Un ejercicio racional y necesario de los diversos campos del mejoramiento humano, como la cirugía plástica, cumple con los principios de la ética profesional, pero el ejercicio dedicado solamente a realizar *fantasías* de los pacientes, o a cirugías extremas (como, por ejemplo, realizar intervenciones para parecerse a un personaje imaginario o de la pantalla cinematográfica…) excede los fines propios de la medicina.

El caso es que el uso de medicamentos y cirugías en personas sanas, especialmente jóvenes, llama mucho la atención en el campo de la bioética, pues son médicos los que proporcionan las recetas y la tecnología para su administración, en muchas ocasiones fuera de la indicación terapéutica.

Éstos son solamente unos ejemplos de la medicina del perfeccionamiento o *enhancement*, *E+*, actos realizados por médicos, que se relacionan más con la medicina del deseo que con las propias necesidades de salud.

Sin embargo, este tipo de intervenciones se encuentran ya posicionadas tanto en el sector social como en el profesional, y constituyen una nueva forma de actuar dentro del campo de la medicina.

Esta búsqueda de cambios perfectivos, así como de la ampliación de funciones y creación de nuevas aptitudes, lleva a *reconsiderar los fines de la medicina y a una nueva relación médico/ paciente*, basada en la aceptación por los médicos de los deseos subjetivos de sus clientes.

Aunque éstos son solamente unos breves ejemplos, claramente se aprecia que el quehacer médico se ha expandido y que ahora considera actos que hasta hace poco no estaban incluidos en él.

Para poder diferenciar un acto médico de aquel voluntario, deseado, o querido, es necesario definir el campo del primero.

La medicina tradicional. Durante más de veinticinco siglos se había considerado que la medicina tenía como objetivo y fundamento la cura de las enfermedades, la restauración de la salud y, más recientemente, la prevención de enfermedades y la rehabilitación.

«*La salud se relaciona directamente con la naturaleza humana y sus funciones propias. La salud del ser humano está esencialmente unida a su naturaleza, a su realidad de tal y, por tanto, a su dignidad (Tinant, 2008)*[28]».

Los avances científicos y biotecnológicos, así como la incidencia de factores sociales y jurídicos en el mundo de la salud, han llevado, especialmente a la medicina, a reconsiderar su epistemología y praxis, ya que las expectativas emergentes sobrepasan los objetivos clásicos de la atención médica que son:

a) *La prevención de la enfermedad y la promoción de la salud.* Podemos desglosar el sentido contenido en esta frase. Prevenir no solamente es menos costoso que curar, sino que conservar la salud es la meta principal del ejercicio de la medicina. Esta intención no excluye el hecho de que somos seres vulnerables e imperfectos y, por tanto, no se niega la enfermedad y la muerte, por lo que este objetivo no es el foco único de la medicina.

b) *El alivio del dolor y del sufrimiento causado por las enfermedades.* Tradicionalmente, luchar contra el dolor y el sufrimiento ha sido estímulo para el desarrollo de la medicina, así como la atención humana y el contacto entre personas forman parte del arte propio del ejercicio de la medicina.

c) *El cuidado y curación de quienes padecen enfermedad y el cuidado de los que no pueden ser curados.* El fin tradicional de la medicina se ha ampliado ahora hacia los cuidados paliativos, que cumplen tanto con la ciencia como con el sentido humanitario de la misma.

d) *Prevenir la muerte prematura y posibilitar una muerte natural en paz.* La razón y la realidad nos muestran la imposibilidad de evitar la muerte, pues es el destino de todo ser vivo. La meta no es ésa, sino ayudar a enfrentar esa realidad con ausencia de los síntomas catastróficos que impidan a la persona tener una muerte tranquila y natural, pero nunca, provocarla (eutanasia).

IV.2.2.d. *¿Un nuevo Derecho Médico desafía al Derecho Penal?*

Como vimos, el Prof. Albin ESER, lamentablemente hoy también fallecido, concluye con respecto al Derecho Médico que «*Después de estas observaciones especiales sobre diversas cuestiones de la medicina moderna y la biotecnología me permito concluir con algunas consideraciones más generales sobre el estatus del derecho médico como disciplina interdisciplinar.*

Al examinar las distintas ramas del derecho que se ven afectadas por los diversos fenómenos de la medicina moderna y la biotecnología del genoma, resulta que casi no queda ninguna disciplina jurídica que no participe en la evaluación y la regulación en este ámbito: comenzando por el derecho constitucional relativo a la dignidad humana y a los derechos a la vida, a la integridad física y hereditaria, por un lado, y a

[28] MELCHIORI, *op. cit.* p. 14.

la libertad de investigación, por otro, pasando por el derecho de daños privados y de familia, abordando cuestiones administrativas, laborales y de seguros, y terminando con bastante frecuencia con medidas profesionales-deontológicas e incluso penales».[29]

El respeto a la autonomía o libertad del paciente no implica el deber de hacer lo que él quiera, cuando sea contrario a su integridad, salud o vida, como la aplicación de tecnologías transhumanas; sólo exige un no hacer actos positivos que el paciente rechace. El consentimiento informado está en la base del tratamiento médico.

IV.2.2.e. *Ámbitos de la tecnología médica*

La tecnología médica y los aparatos médicos abastecen, hoy en día, un amplio espectro de ámbitos de aplicación y de tareas. Así, en el marco de la imagenología del diagnóstico se utilizan, entre otros, la resonancia magnética (RM), procesos radiográficos tales como la tomografía computarizada (TAC) y la mamografía, como también la ecografía clásica en aparatos novedosos.

Entre los llamados «productos médicos» se encuentran, por ejemplo, los marcapasos cardíacos, las máquinas de diálisis y bombas de infusión, así como ayudas a la visión y diferentes implantes y prótesis.

Los productos mencionados son parte de la tecnología usada en los hospitales.

Otros ámbitos de aplicación en la tecnología médica son la ingeniería tisular o de tejidos («*Tissue Engineering*»), la creación de órganos artificiales y la informática médica. Esta última abarca la recogida, representación, administración, almacenamiento y aplicación de datos desde el punto de vista médico.

En la Universidad de Elche se consiguió regenerar la visión parcial de una persona ciega a través de implantes de electrodos en el cerebro y de una retina artificial que transformaba la información recibida en impulsos eléctricos que interpretaba el cerebro como imágenes.

Y la empresa Syncardia logró desarrollar un corazón artificial extracorpóreo, gracias al cual vivió una persona durante dos años.

Entre los campos más avanzados se encuentra la sala de operaciones. Aquí, los sistemas de asistencia permiten, por ejemplo, un control automatizado de la respiración, mientras que robots quirúrgicos ayudan a sus compañeros humanos mediante la más alta precisión y un rendimiento constante en las cirugías.

Pero también se van imponiendo tecnologías verdaderamente disruptivas, que suponen un proceso o un modo de hacer las cosas como una 'rotura o interrupción brusca'

[29] Eser, Albin, «*Perspectives of medical law under the auspices of modern biotechnology*», Disertación inaugural de la XX Conferencia de Derecho y Genoma Humano», 21-22 de junio de 2013, Bilbao, España (destacado nuestro).

y que se impone y desbanca a los que venían empleándose, al punto que hoy se habla de técnicas del mejoramiento humano (*enhancement, E+*).

Como dice Lafferriere, lo que se denomina *enhancement* «se presenta como la potenciación de capacidades y rasgos humanos fuera de un contexto médico [terapéutico]. Pero, sobre todo, el *enhancement* supone apartarse de la naturaleza humana» (Lafferriere, 2018, p. 70)[30].

IV.2.2.f. *Veamos un par de ellos*

Neil Harbisson[31], con varias nacionalidades y que padece *acromatopsia*, enfermedad congénita que sólo le permite ver la escala de grises. Mediante biotecnología le fue implantado en su cráneo, en la región occipital, una antena conectada a un chip, que traduce el color en sonido, en 2004. Con este hecho, médicamente asistido de manera clandestina, Harbisson ha adquirido funciones no naturales en el ser humano: ¡oye los colores! Tiene conexión a internet con la que puede recibir sonidos de colores captados desde satélites y de cámaras externas, así como también recibir llamadas telefónicas directamente a su cráneo[32].

Fundó la Cyborgfoundation[33]. De hecho, se lo considera el primer *ciborg* mundial, reconocido jurídicamente como tal por el Reino Unido. A la luz de los fines de la medicina moderna, ¿cómo podría calificarse este hecho? ¿Constituye un acto médico toda aplicación tecnológica en el ser humano?

En dicho caso se trató de *suplir una función faltante* —discapacidad— en el paciente por otra diferente, pero no fue en forma alguna una acción restauradora sino complementaria, pues la función primaria (visión) nunca se instaló. Se trató, por tanto, de que la persona tuviera una capacidad que no se halla en humanos (correlacionar ondas de color con sonidos diferentes). Desde la perspectiva bioética, la autonomía del paciente fue el punto clave de decisión para obtener una función transhumana. Hoy en día, como dijimos, le han incluido mejoras tecnológicas que le permiten estar permanentemente conectado con Internet, sin tener necesidad de pantalla alguna.

Un caso más radical lo encontramos en las cirugías extremas de Kalaca Skull, ampliamente conocido en medios de comunicación masiva. Se sometió a varias cirugías en las que se mutiló la nariz y las orejas, se pigmentó de negro la esclerótica y se cortó la lengua en forma bífida, para parecer una calavera[34]. Estas acciones, ¡también las realizó

[30] Lafferriere, N. *¿Materia disponible o realidad personal? El cuerpo humano, las biotecnologías y las exigencias jurídicas de la dignidad*, *Sociología y tecnociencia*, 2018, Vol. 8, Núm. 1, pp. 60-84.

[31] https://en.wikipedia.org/wiki/Neil_Harbisson (verificado 20.10.24).

[32] https://www.adn40.mx/ciencia/cyborg-neil-harbisson-gm-especial (cotejado 20.10.24).

[33] https://www.cyborgfoundation.com/ (cotejado 22.10.24).

[34] De nombre Eric Yeiner Hincapié Ramírez, es colombiano, tatuador de profesión, https://es.paperblog.com/kalaca-skull-el-hombre-calavera-5067285/ (cotejado 20.10.24).

un equipo médico! ¿Es ético considerar prioritaria la autonomía de los pacientes, aunque deseen la mutilación? ¿Es uno de los fines de la medicina considerar toda fantasía de las personas como peticiones racionales?

Nuevamente, la autonomía y los deseos subjetivos de esta persona fueron el punto a considerar por los profesionales que realizaron estos actos de mutilación. Desde la perspectiva ética, dañar órganos o funciones sanas es opuesto a la beneficencia, pero en este caso los profesionales valoraron con mayor peso la autonomía del cliente, su voluntad.

Tomando en cuenta la definición de medicina del mejoramiento, podríamos considerar ético uno de los casos, el de Harbisson, hasta donde la tecnología aplicada le permite diferenciar colores porque supera un hándicap. No así, sin embargo, la posibilidad de estar continuamente conectado a Internet o percibir cosas que los humanos no percibimos.

El caso de Kalaka Skull es muy difícil justificarlo desde la razón práctica y menos todavía desde la terapéutica. Pero el hecho es que estos casos existen y no son los únicos, por lo que es obligada una profunda reflexión hacia dónde se dirige la medicina actual.

Pensemos por ejemplo en las tan abundantes operaciones transexuales que convierten a una persona en otra de otro género: hombre en mujer y viceversa.

IV.2.2.g. *¿Pacientes como clientes exclusivamente?*

Muchos médicos a favor de este movimiento extremo consideran a quienes acuden a ellos como solamente *clientes*, y éstos últimos ven a los médicos sólo como *proveedores de servicios*; para ellos se trata solamente de una actividad comercial más.

Las razones por las cuales algunos clientes solicitan servicios extremos tienen su origen en valoraciones subjetivas porque, frente a ellos mismos o la sociedad, consideran estar en condiciones de desventaja. Como señala acertadamente E. Pellegrino, estas personas no pueden considerarse pacientes porque no tienen ninguna carencia con respecto a la norma, o alguna enfermedad o condición discapacitante, y considerarlos así, medicalizaría cada faceta de la existencia humana normal, por lo que es preferible considerarlos consumidores, esto es clientes.

IV.2.2.h. *¿Podría, entonces, la medicina del mejoramiento ser considerada una nueva «especialidad médica»?*

Se sabe que, para el logro del bien de las personas, especialmente de los pacientes, muchas acciones médicamente indicadas no serían deseadas por ellas, pero se realizan porque son evidentemente beneficiosas desde la perspectiva de la realidad científica, aunque ocasionen cierto dolor o sufrimiento calculado a través de una adecuada ponderación de la balanza riesgo/beneficio. Evidentemente se deberá obtener el consentimiento informado del paciente en el caso concreto.

La línea entre mejoramiento y terapia cada vez es más estrecha, pero la medicina se aboca precisamente a prevenir la enfermedad, conservar la salud o rehabilitarla, sin

sobrepasar los límites de la normalidad. En algunos casos, como hemos visto (en el de la cirugía estética, las vacunas, medicina del deporte o los fármacos reguladores de la conducta) nos encontramos ante pacientes sanos y, por lo tanto, ante una medicina del mejoramiento aceptada social y médicamente, pero con la cual no se pretende cambiar radicalmente al ser humano, ni a las generaciones futuras.

Las justificaciones subjetivas para cambios extremos, muchas veces con efectos adversos importantes, no son funciones propias de la medicina, la cual debe actuar en una base realista apegada a los fines propios de esta ciencia.

La medicina no tiene como objetivo «hacer felices a las personas», sino promover la salud, a través de la cual, indirectamente, «se puede lograr felicidad» en buena parte de los casos.

Es necesaria la reflexión, a fin de que los médicos se nieguen a intervenciones basadas en la fantasía o puedan ir en contra de la buena práctica médica, para salvaguardar los verdaderos fines de esta profesión, cuya fidelidad a ellos es indispensable en el futuro de la humanidad. La medicina del mejoramiento, el *enhancement, E+,* incluye prácticas cada vez más frecuentes en la comunidad médica, pero hay que evitar que lleven a la llamada *medicina del deseo*.

Esta búsqueda de cambios perfectivos a través del ejercicio de la medicina, así como de la ampliación de funciones y de la creación de nuevas aptitudes humanas, nos conduce a reconsiderar los fines de la medicina y a una nueva relación médico/paciente.

La medicina del mejoramiento es, sin duda, una primera fase de la aceptación del transhumanismo.

La utilización de medicamentos para aumentar funciones cuantitativas y cualitativas en sujetos sanos es, sin duda, un paso hacia la promoción de cambios cada vez más drásticos e invasivos en los sujetos, llevándolos a la búsqueda de experiencias y funciones fuera de la naturaleza humana.

La medicina del mejoramiento, llevada al extremo, liga su pensamiento al transhumanismo y al posthumanismo, cuya propuesta es reconstruir en el futuro a la especie humana a través de intervenciones genéticas, sustancias químicas, implantes, chips y diversas intervenciones biomecánicas en un ser de otra especie, más perfecto que el humano, y así es definido por Bostrom: una nueva especie, la posthumana.

No estamos en contra del progreso biotecnológico, ni de la aplicación de éste para lograr bienes *racionales en la humanidad*, pero las justificaciones subjetivas para cambios extremos, muchas veces con efectos adversos importantes, no son funciones propias de la medicina, la cual debe actuar en una base realista apegada a sus fines propios.

Es necesaria la reflexión, para que los médicos se nieguen a intervenciones basadas en la fantasía, o capricho, que puedan ir en contra de la buena práctica médica, para salvaguardar los verdaderos fines de esta profesión tan humana: *curar, aliviar, y, si no, acompañar.*

El mejoramiento sería admisible en la medida en que se pueda incluir en el alivio, o en recuperar funciones humanas[35] y así, pienso que podría ser considerada una nueva rama o especialidad de la medicina que seguramente requiera el trabajo en equipo con especialistas de otras ciencias o técnicas. Un ejemplo de ello podría ser el famoso corredor Oscar Pistorius —a quien ya hemos referido— y que, con sus prótesis puede desplazarse rápidamente y de manera autónoma. ¿Es acaso una nueva modalidad de tratamiento ortopédico?

Este movimiento *transpostumanista* se desarrolla a toda velocidad en Estados Unidos, gracias sobre todo al apoyo financiero masivo de los gigantes de la web, el ya famoso acrónimo GAFA (Google, Apple, Facebook y Amazon), y otras empresas del Silicon Valley.

Google, por ejemplo, ha contratado como ingeniero jefe a Ray Kurzweil, considerado el «Papa del transhumanismo», así como un «distópico» futurista por algunos intelectuales. Este ingeniero informático nacido en 1943 cree que en unas décadas las máquinas serán más inteligentes que los humanos[36]. También es el director de la *Singularity University*, fundada en 2008 en Silicon Valley. La palabra *Singularity* (singularidad), muy utilizada en este tema, se refiere al momento en que la inteligencia artificial superará a la humana, una hipótesis que, según él y sus seguidores, parece muy probable.

La medicina siempre se ha basado en la simple idea de reparar lo que ha sido alterado por la enfermedad; el objetivo de la medicina era, pues, exclusivamente terapéutico: volver a lo normal después de lo patológico[37]. En la época en que Canguilhem escribió su principal obra, se había abierto una primera brecha con la medicina y la cirugía estética, disciplina ésta que se dirige a personas libres de cualquier enfermedad.

Por eso, el Prof. Albin Eser, hace más de diez años ya concluía con respecto al Derecho Médico que «*Después de estas observaciones especiales sobre diversas cuestiones de la medicina moderna y la biotecnología me permito concluir con algunas consideraciones más generales sobre el estatus del derecho médico como disciplina interdisciplinar.*

Al examinar las distintas ramas del derecho que se ven afectadas por los diversos fenómenos de la medicina moderna y la biotecnología del genoma, resulta que casi no queda ninguna disciplina jurídica que no participe en la evaluación y la regulación en este ámbito: comenzando por el derecho constitucional relativo a la dignidad humana y a los derechos a la vida, a la integridad física y hereditaria, por un lado, y a

[35] https://es.wikipedia.org/wiki/Oscar_Pistorius (cotejado 20.10.24), que terminó condenado por el asesinato de su mujer.

[36] Ver aquí sus predicciones: https://www.infobae.com/tecno/2024/03/13/2029-el-ano-en-que-la-ia-alcanzara-la-inteligencia-humana/ (cotejado 20.10.24).

[37] Canguilhem, Georges, «*Lo normal y lo patológico*», 1966 (título del libro más famoso del médico y filósofo francés).

la libertad de investigación, por otro, pasando por el derecho de daños privados y de familia, abordando cuestiones administrativas, laborales y de seguros, y terminando con bastante frecuencia con medidas profesionales-deontológicas e incluso penales».[38]

Para los defensores del transhumanismo, esta visión está desfasada y es necesario un cambio de paradigma; ya no se trata de reparar, sino de *mejorar o potenciar* al ser humano, en el sentido en que se habla de «*realidad aumentada*» *(Enhancement; Humanity Plus: H+).*

IV. Nuevas tecnologías

IV.3. **CRISPR-Cas9**

Un ejemplo paradigmático lo constituye el procedimiento denominado CRISPR-Cas9, que permite eliminar e insertar genes en un punto concreto del cromosoma, dentro del genoma de cualquier célula. Descubierta en 2015, por Jennifer Doudna, de la Universidad de Berkeley, y Emmanuelle Charpentier, del Instituto Max-Planck de Berlín, que recibieron en 2020 el Premio Nóbel de Química[39].

Gracias a esta tecnología, el hospital Great Ormond Street de Londres curó a una niña con leucemia linfoblástica aguda. En Estados Unidos, este cáncer de la sangre se trata con células CAR-T («células T quiméricas receptoras positivas») desde el año 2021. Las células T, es decir, las células inmunológicas, se extraen del paciente y se modifican genéticamente para que expresen un receptor artificial dirigido a las células cancerosas, antes de volver a inyectarlas en el paciente.

En China, la técnica Crispr-Cas9 se utilizó por primera vez para tratar el cáncer en 2016. El país también modificó embriones humanos portadores de un gen anormal de la enfermedad sanguínea potencialmente mortal beta-talasemia antes de destruirlos. Esto desató la polémica y demostró que la edición del genoma tiene el poder de influir en la evolución de la especie humana.

«*Probablemente se aprobarán leyes contra la ingeniería genética en humanos*», añade Stephen Hawking. «*Pero algunas personas no podrán resistir la tentación de mejorar características humanas como la memoria, la resistencia a las enfermedades y la duración de la vida. Obviamente, estas personas deben buscar a los más ricos y*

[38] Eser, Albin, «*Perspectives of medical law under the auspices of modern biotechnology*», Disertación inaugural de la XX Conferencia de Derecho y Genoma Humano», 21-22 de junio de 2013, Bilbao, España.

[39] CRISPR: Clustered Regularly Interspaced Short Palindromic Repeats (Repeticiones palindrómicas cortas agrupadas y regularmente espaciadas); CAS9: proteína bacteriana con propiedades antivirales que, combinada con CRISPR, permiten hacer un «recorto y pego» bioquímico de los genes que componen nuestro ADN. Es ingeniería genética, «tijeras genómicas». https://www.medicinabuenosaires.com/indices-de-2020/volumen-80-ano-2020-no-6-indice/premio/ (verificado 20.10.24).

poderosos. Sobre todo, en Silicon Valley, donde la ingeniería genética no es ni mucho menos la única herramienta de la que dispone el Prometeo de este siglo».

Por lo tanto, el advenimiento de los seres sobrehumanos previstos por Stephen Hawking no está muy lejos. Sin embargo, escribe el físico, «*una vez que aparezcan los superhumanos, surgirán importantes problemas políticos con los humanos no mejorados, que no podrán competir. «Desaparecerán o se volverán impotentes*».

La revolucionaria técnica del CRISPR-Cas9[40], a la que hacemos referencia, es una especie de «recorto y pego» *químico* de partes del ADN, que —sin embargo— también puede ser utilizada para el mal. Veamos un ejemplo real.

He Jiankui, genetista chino, conmocionó al mundo en 2018 cuando anunció que las gemelas generadas por fecundación artificial, Lulú y Naná, habían sido concebidas portadoras de SIDA, VIH, lo que les daba muy poca expectativa de vida. Con el consentimiento de los padres utilizó con éxito el CRISPR-Cas9, siendo embriones. Pero también hizo público que —sin el consentimiento de sus padres— les había incrementado el coeficiente intelectual.

Cuando proclamó su «éxito», muchos de sus colegas lo condenaron, y el experimento fue etiquetado como «monstruoso», «poco ético» y un «gran golpe» a la reputación de la investigación biomédica china. Muchas personas dentro de la comunidad científica plantearon preocupaciones éticas, incluido el nivel de consentimiento que había obtenido de los padres de las bebés, y el nivel de transparencia en torno a la edición de genes.

El Tribunal Popular del Distrito de Shenzhen Nanshan lo sentenció a tres años de prisión domiciliaria y a pagar una multa de 3 millones de yuanes (US$ 430.000)[41].

El argumento principal es que la tecnología todavía no está lo suficientemente experimentada, y que las consecuencias no solo no son conocidas para las niñas, aunque nacieron bien, sino para su progenie: hijos, nietos, bisnietos, etc. Las niñas Naná y Lulú cumplieron 5 años en 2023 y están en buen estado de salud[42].

La comunidad científica occidental también adhirió y proclamó una moratoria, hasta que se logre el desarrollo seguro de dicha técnica en humanos[43].

[40] Clustered Regularly Interspaced Short Palindromic Repeats, en español: repeticiones palindrómicas cortas agrupadas y regularmente interespaciadas, sirvió para otorgar el Premio Nóbel de Química de 2020, a Jennifer DOUDNA y Emmanuelle CHARPENTIER, junto con Francisco Juan Martínez Moji. https://cen.acs.org/biological-chemistry/gene-editing/CRISPR-genome-editing-2020-Nobel/98/i39 (cotejado 20.10.24).

[41] https://cnnespanol.cnn.com/2019/12/30/cientifico-chino-que-modifico-los-genes-de-bebes-mellizas-es-sentenciado-a-3-anos-de-carcel/ (cotejado 20.10.24).

[42] https://www.npr.org/2023/06/08/1178695152/china-scientist-he-jiankui-crispr-baby-gene-editing (cotejado 20.10.24).

[43] https://es.weforum.org/agenda/2024/04/crispr-5-formas-en-que-la-edicion-genetica-impacta-el-futuro-de-los-alimentos-y-la-salud/ (verificado 20.10.24).

En la misma línea encontramos a Harari para quien desaparecerá la evolución por selección natural, reemplazada por la evolución determinada por el designio humano (o post-humano). Esto puede darse, según él, por tres medios: 1) la transformación biológica del ser humano en un ser *a-mortal* (inmortal), 2) por su conversión en *cíborg* o, simplemente, 3) en el reemplazo del ser humano por las inteligencias artificiales y la vida robótica. En todo caso, serían otras formas que prescindirían del ser humano tal como hoy lo conocemos[44].

El transhumanismo es un movimiento ideológico-filosófico que pretende llegar a lo posthumano sin romper con las bases del humanismo tradicional. En este sentido, podría entenderse como una especie de «camino al posthumanismo».

En palabras de uno de sus visionarios, Nick Bostrom, tal superación de la naturaleza por medio de la tecnología equivale a «*dejar la infancia de la humanidad para entrar en la era posthumana*».

Esta ideología ya genera una serie de controversias asociadas con la dignidad y con la identidad del ser humano. En efecto, para algunos «llevar a cabo intervenciones de carácter perfeccionador sobre cualquier ser humano significa un atentado de forma directa a los cimientos propios de la dignidad humana, de modo que en cualquier comunidad habrá numerosas situaciones en las cuales un individuo se encuentre subsumido bajo los intereses de otro»[45].

Por eso, si bien tiene aspectos positivos, también puede utilizarse de manera negativa. Por ejemplo, recordando la novela, y la posterior película homónima, «*Los niños del Brasil*», escrita por Ira Levin en 1976.

Según ella, Josef Mengele, oficial militar al servicio del Nacional Socialismo alemán, era genetista e hizo muchos experimentos genéticos, varios mortales, en el campo de concentración de Auschwitz.

En la novela/película, Mengele, que se había escapado al Brasil, crea 94 clones con los genes que trajo de Adolfo Hitler, con la idea de volver a intentar conquistar el mundo para el partido NAZI.

Esto, obviamente, hubiera sido una desgracia universal, y también podemos pensar en la creación de soldados genéticamente modificados, para poder —por ejemplo— resistir temperaturas extremas; ver en la noche; ser muy obedientes; con pocas necesidades de alimentación o de agua; muy buena puntería; etc. Según este libro precursor se les creó un ejército de este tipo a cada uno de los 94 clones del *Führer*.

[44] HARARI, Juval Noha, *Sapiens. De animales a Dioses*, DeBolsillo, 2023.

[45] PARRA SÁEZ, J., «*La mejora humana. Más allá de la radicalidad*», Actas II Congreso internacional de la Red española de Filosofía, Vol. II, 2017, p. 61.

IV.4. **Inteligencia artificial**

En diciembre del 2023, al cabo de tres días de conversaciones maratonianas, la Presidencia del Consejo y los negociadores del Parlamento Europeo alcanzaron un *acuerdo provisional* sobre la propuesta relativa a normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (IA), el denominado «Reglamento de Inteligencia Artificial». El proyecto de Reglamento tiene por objeto garantizar que los sistemas de inteligencia artificial (IA) introducidos en el mercado europeo y utilizados en la UE sean seguros y *respeten los derechos fundamentales y los valores de la UE.* Es la primera norma internacional que regula el tema. La ley fue aprobada por el Parlamento Europeo en abril 2024[46].

Si bien puede ser utilizada para el bien, en aspectos totalmente revolucionarios, la idea principal del documento europeo es regular la IA en la medida que esta tenga la capacidad de dañar a la sociedad, siguiendo un enfoque basado en los riesgos: a mayor riesgo, normas más estrictas. Al ser la primera propuesta legislativa de este tipo en el mundo, puede establecer un referente mundial para regular la IA en otras jurisdicciones.

En comparación con la propuesta inicial de la Comisión, los principales nuevos elementos del acuerdo provisional pueden resumirse en lo siguiente:

- normas sobre modelos de IA de uso general de gran impacto que pueden causar un riesgo sistémico en el futuro, así como sobre los sistemas de IA de alto riesgo;
- un sistema revisado de gobernanza con algunas competencias de ejecución a escala de la UE;
- ampliación de la lista de prohibiciones, pero con la posibilidad de utilizar la identificación biométrica remota por parte de las autoridades policiales en espacios públicos, con sujeción a salvaguardias;
- una mejor protección de los derechos mediante la obligación de que los implementadores de sistemas de IA de alto riesgo lleven a cabo una evaluación del impacto en los derechos fundamentales antes de poner en marcha un sistema de IA.

En términos más concretos, el acuerdo provisional abarca los siguientes aspectos.

IV.5. **Definiciones y ámbito de aplicación**

Para garantizar que la definición de sistema de IA establezca unos criterios suficientemente claros para distinguir la IA de los sistemas de software más sencillos, el acuerdo transaccional armoniza la definición con el enfoque propuesto por la OCDE.

Implantes cerebrales.

[46] https://www.europarl.europa.eu/news/es/press-room/20240308IPR19015/la-eurocamara-aprueba-una-ley-historica-para-regular-la-inteligencia-artificial (verificado 20.10.24).

Varios investigadores ya han publicado ensayos en los que se ha conseguido establecer conexiones cerebrales para que personas que padecen ELA o parálisis y consigan moverse y caminar, como ya lo hemos referido.

En 2023 los investigadores de la Escuela Politécnica Federal de Lausana en Suiza publicaron un artículo en la revista Nature, en el que detallaron que tras implantar una interfaz cerebro-columna a un hombre que había sufrido un accidente que le dejó paralítico, el paciente pudo volver a caminar[47].

Un equipo de investigadores del hospital Universitario y de la Universidad de Lausana entre los que estaba el español Eduardo Marín Moraud consiguió que un paciente con Parkinson pudiera caminar gracias a un implante que conectaba el cerebro con la médula espinal[48]. Según Eduardo Martín MORAUD «*cuando el motivo es terapéutico, sabiendo que meter algo en el cerebro es la única solución para el paciente y la probabilidad de infecciones es relativamente baja, vale la pena intentarlo. Le va a aportar mucho a su vida. Pero ponerse un chip en el cerebro para medir la actividad cerebral y controlar un robot es un concepto un pelín distinto*»[49].

V. **Posthumanismo**

Esta etapa es la que sigue a los ciborgs que vienen a ser la culminación del transhumanismo. El posthumanismo supone una culminación del *tránsito* que va desde lo humano, siguiendo por el transhumanismo —que significa tránsito— con una etapa final que son los ciborgs, y que culmina con el posthumanismo, centrado por ejemplo en la robótica.

V.1. **¿Un robot puede ser considerado persona?**

En efecto, para lograr una equivalencia con la persona humana, hay que superar barreras, que se aprecian especialmente en el ámbito de los valores.

«*A veces las elecciones de valores y las preferencias se incorporan al diseño de forma intencionada y consciente, y otras veces de forma inadvertida y sin querer. Las opciones que informan nuestros diseños pueden ser simplemente confusas o no especialmente útiles, o pueden estar llenas de buenas intenciones y orientadas a resolver problemas de la sociedad. A veces, sin embargo, son claramente objetables desde el punto de vista moral, por ejemplo, cuando son manipuladoras, discriminatorias, deshonestas o irrespetuosas. Los llamados «dispositivos de desactivación» que las empresas automovilísticas desplegaron para sugerir bajas emisiones durante las prue-*

[47] https://www.nature.com/articles/s41586-023-06094-5 (verificado 20.10.24).

[48] https://www.nature.com/articles/s41591-023-02584-1 (verificado 20.10.24).

[49] https://www.elespanol.com/ciencia/20240131/neurologos-desmontan-chip-cerebral-elon-musk-crea-expectacion-amarillismo/828917488_0.html (verificado 20.10.24).

bas, los patrones oscuros utilizados por las empresas de medios sociales, el ***clickbait***[50] *cuidadosamente diseñado que hace adictivos los servicios y plataformas en línea y las técnicas de microfocalización de las campañas políticas son ejemplos de ello.*

Por ello, una de nuestras principales preocupaciones en materia de ética en el siglo XXI es que el diseño de nuestro mundo sociotécnico e institucional sea democrático, responsable y transparente, con la aportación de todos los afectados directa o indirectamente por él. No podemos dejar el diseño de nuestro mundo futuro a las casualidades y a los que diseñan con fines egoístas fuera del control democrático. La reflexión moral debe, por tanto, situarse cuando y donde pueda marcar la diferencia, es decir, cuando y donde (las políticas sobre) las posibles innovaciones —incluidas las sociales e institucionales— se conciben y diseñan, pero aún no se ponen en práctica de forma generalizada. Esperar a que se abran paso en la sociedad, se difundan ampliamente y se evalúen a posteriori nunca es una opción constructiva. En ese caso, la ética puede aportar demasiado poco y demasiado tarde, o puede que solo se le consulte sobre el «cómo», y no sobre el «si». La ética debe ser proactiva y estar orientada al diseño y control de las máquinas»[51], y el Derecho, máximamente el Derecho Penal, deben respaldarla.

La atribución de responsabilidad no es posible, o al menos sólo metafóricamente, si los posibles sujetos no tienen las competencias necesarias o no las tienen de forma suficientemente pronunciada, como sucede en el caso de las plantas, los animales, los niños, las personas con una discapacidad física o mental u otras máquinas.

Existe ya una Unidad de Prospectiva Científica (STOA)[52] de la DG European Parliament Research Service, en la que se propone un código de conducta ética para los ingenieros en robótica, y un código deontológico para los comités de ética.

V.2. **¿Es posible atribuir responsabilidad a una máquina?**

¿Puede tener una máquina derechos y deberes? ¿O, al igual que con las personas jurídicas, debe culpabilizarse a las personas físicas que están detrás de la máquina?

[50] El *clickbait*, también conocido como «cebo de clics» o «ciberanzuelo» en español, es una técnica de redacción que busca manipular la curiosidad del usuario para generar clics hacia un sitio web o contenido específico.

Esta técnica se caracteriza por el uso de titulares sensacionalistas o exagerados que prometen más de lo que el contenido realmente ofrece. El objetivo principal del *clickbait* es aumentar las visitas a una página web y, por ende, los ingresos publicitarios (destacado nuestro).

[51] Romeo Casabona, Carlos María, *«Values for the Future: The Role of Ethics in European and Global Governance by the European Group on Ethics in Science and New Technologies»* (EGE), *Revista de Derecho y Genoma Humano*. Genética, Biotecnología y Medicina Avanzada, Núm. 55, Dykinson, 2022.

[52] https://es.wikipedia.org/wiki/Evaluaci%C3%B3n_de_Opciones_Cient%C3%ADficas_y_Tecnol%C3%B3gicas (Verificado 20.10.24).

Reconocer personalidad a las llamadas «personas no humanas» (sean animales o robots), sería deshumanizar el Derecho y con ello, probablemente, a la propia persona.

El hecho de que la máquina tenga capacidad de análisis debido a un proceso de *machine learning (unsupervised* o *supervised)* que le otorgue aparentes capacidades intelectivas o volitivas propias, exorbitantes incluso a las del común de los mortales, no las convierte en humanas sino en súper humanas y, por lo tanto, hay que prever un modo de controlarlas.

Un robot no es más que una máquina *artificialmente* animada. Puede ser más inteligente que muchos humanos, pero la inteligencia (para devorar datos extrayendo patrones y haciendo predicciones) y la posibilidad de optar entre varias alternativas (que algunos confunden con voluntad) no lo convierten en humano. Todavía no se ha dado ese «salto» cualitativo.

Una máquina, como un arma o un animal salvaje, tampoco puede ser culpable. Peligrosa, sí. Culpable, no. No tiene *animus*. No posee voluntad. En el mejor escenario, sus algoritmos le permiten «elegir» entre varias alternativas, aprendiendo de experiencias acumuladas y de correlaciones entre bases de datos, pero siempre de conformidad con rutas lógicas marcadas por un programador perfectamente humano.

Es cierto que puede haber programadores humanos que programen a máquinas que —a su vez— programen a otras máquinas. Pero siempre será el humano que está detrás de la cadena creativa, o al inicio de ésta. Como también podría ser responsable el empresario que lo contrató para ello, o el usuario final de la máquina.

El auge de las máquinas también afecta especialmente al derecho penal. Los juristas ya están debatiendo cuestiones de gran calado. Porque el derecho penal se basa en la idea fundamental de la culpabilidad individual, pero ni siquiera la máquina más inteligente tiene, por ahora, conciencia, aunque va en camino a ello. «El derecho penal que se centra en las personas tiene dificultades para seguir el ritmo del desarrollo de las máquinas autónomas y la inteligencia artificial», afirma Susanne BECK, titular de la cátedra de derecho penal de la Universidad de Hannover. «En derecho penal, la persona que maneja una máquina suele ser también responsable», explica la profesora. «Si Google me dice algo incorrecto y baso mi decisión en ello, yo soy la responsable»[53].

Obviamente, las máquinas pueden ser el instrumento para cometer el delito, tanto si en el momento de la comisión del ilícito está controlado o no por un ser humano. Si está controlado en ese instante, es evidente; pero si no lo está y funciona con autonomía (o cierta autonomía), siempre habrá que buscar a la persona humana que responde por «sus actos». En realidad, lo pongo entre comillas porque no podemos hablar estrictamente

[53] https://www.researchgate.net/publication/370484157_Klinische_Entscheidungsfindung_mit_Kunstlicher_Intelligenz?_50ZXh0Ijp7ImZpcnN0UGFnZSI6InB1YmxpY2F0aW9uIiwicGFnZSI6InByb2ZpbGUifX0 (visitado 20.10.24).

de actos propios de una máquina sino de las «funciones que cumple». Y éstas estarán más o menos determinadas según las conductas humanas que existan detrás como por ejemplo las del programador, las del fabricante; las del vendedor; las del dueño, etc. Y estas conductas obviamente también podrán ser consideradas dolosas o culposas y eventualmente imprevisibles, pero en tal caso estaría faltando el control sobre la máquina.

Desde el punto de vista del ser transhumano habrá que ver qué grado de libertad le queda luego de las tecnologías que le fueron aplicadas. Así, por ejemplo, dichas tecnologías pueden depender de conductas de quien tenga su control remoto como por ejemplo, las que funcionan a nivel cerebral. Y si no están sometidas a control remoto, a quien haya correspondido el diseño e implantación de inteligencia artificial.

V.3. **El ejemplo de las máquinas autónomas**

La conducción autónoma contradice la responsabilidad penal integral del conductor.

En el derecho civil, la situación es más sencilla: «El propietario de un vehículo de motor ya es responsable de los accidentes en los que él mismo puede no haber estado implicado», dice Nicolas Woltmann, investigador asociado del Centro de Investigación de Derecho Robótico de la Universidad de Würzburg[54]. «Y una empresa también puede ser responsable en virtud del derecho civil». En derecho penal, ninguna de las dos cosas es posible: «Los delitos sólo pueden ser cometidos por seres humanos, no por personas jurídicas o máquinas», dice Woltmann. Pero ¿sería apropiado castigar a un humano cuando la inteligencia artificial piensa y dirige al volante? «Precisamente el objetivo de estas máquinas es que ya no tenga que actuar y decidir por mí mismo», dice BECK. «Pero si sigo siendo exhaustivamente responsable penalmente como conductor, tampoco necesito un vehículo autónomo, porque tengo que concentrarme igual que si condujera yo mismo el vehículo. Creo que eso es problemático».

Obviamente el ejemplo actual son los vehículos TESLA que son autoconducidos.

V.4. **El concepto de «control significativo» limita la responsabilidad penal**

Por eso se discute en la ética y la jurisprudencia sobre el «*control significativo*». «Antes de responsabilizar penalmente a un ser humano, hay que examinar detenidamente si el ser humano seguía ejerciendo el control sobre la máquina», dice Beck. La consecuencia: «Probablemente en el futuro habrá que prescindir en gran medida de los juicios en el caso de los accidentes causados por máquinas», dice la jurista. «Eso puede

[54] https://www.researchgate.net/publication/332567417_Digitization_Artificial_Intelligence_and_the_Law (verificado 20.10.24).

preocupar definitivamente a una sociedad si no hay sanciones posibles». Su sugerencia: «Entonces tenemos que ver si no hay otras soluciones, por ejemplo, la mediación o la mediación entre víctima y delincuente o soluciones en otras áreas del derecho, como el derecho civil».

V.5. **Los expertos debaten sobre la responsabilidad por los daños causados por la inteligencia artificial**

Las revolucionarias aplicaciones que están apareciendo, como Chat GPT, GEMINI, PERPLEXITY, etc. suponen otro peligro y es que quita responsabilidad a la gente. Lo utilizarán incluso las empresas. Pero ¿quién es la fuente? ¿Quién es responsable si la información que proporcionan plantea problemas? No está nada claro.

Los expertos ven la necesidad de regular la responsabilidad por los daños causados por los sistemas de inteligencia artificial y la protección de datos como otro problema central. Al mismo tiempo, abogan para que se valoren y promuevan las oportunidades de la inteligencia artificial.

VI. **Impactos económicos, políticos y sociales, negativos y positivos**

VI.1. **Consecuencias positivas del trans-posthumanismo**

Entre las cosas buenas del trans-posthumanismo es considerable el esfuerzo por el desarrollo de tecnologías para curar o eliminar enfermedades, discapacidades, especialmente las degenerativas, y hereditarias, que con frecuencia conducen al deterioro y a la muerte. En definitiva, hay un interés por el ser humano y una gran inquietud por proveerle las herramientas con vistas a mejorar su condición natural y biológica.

También existe la posibilidad de ayudar a personas delincuentes a convertirse en seres sociales, como por ejemplo con nano implantes tecnológicos o biológicos en el cerebro, que permitan percibir lo que ellos perciben, y cómo actúan, y de poder orientarlos, de manera permanente.

Y también se podría fabricar «seres», *humanoides, robots*, que acompañen y asistan a seres discapacitados o personas mayores, como sucedió con la primera robot diseñada para esta función denominada Sophia. O que vigilen las cárceles.

La ciudad de San Francisco, en California, incorporó robots en 2016 como agentes policiales para dar muerte, pero los retiraron ya[55].

Hasta ahora, los robots y sus subfunciones *autónomas* han permitido que el operador se concentre en aquellas tareas para las cuales los humanos son más adecuados que las máquinas. A la inversa, la máquina se encarga de las tareas que son demasiado peligro-

[55] https://www.theverge.com/2022/11/30/23486090/robots-deadly-force-kill-san-francisco-police-approve (cotejado el 20.10.24).

sas, demasiado monótonas, pesadas, o insalubres, para los humanos. Esta distribución de funciones está cambiando rápidamente con el progreso tecnológico. Las máquinas y sus algoritmos también alivian cada vez más al operador de las complejas evaluaciones de datos y ofrecen opciones de manejo.

Esto plantea inicialmente una serie de cuestiones técnicas, y asimismo implicaciones para la ética, la economía, la política y el derecho, etc.

Y también hay casos muy originales en la educación, como una pequeña caja blanca sobre dos ruedas, diseñada para preparar a los alumnos para el futuro. El mini-robot *Thymio* les enseña habilidades digitales de forma lúdica. «Ya sea matemáticas, alemán o informática» en una escuela suiza[56]. Los niños aprenden con él, no sólo las materias escolares, sino también el manejo de una máquina y a convivir con ella.

VI.2. **Consecuencias negativas**

Las técnicas transhumanas, sobre todo pensando en la bioingeniería, pueden afectar no solo a la persona, sino también a su descendencia, y —a la vez— a la progenie de ésta, sin conocer aun las consecuencias, ni sus límites. Por ejemplo, el ya referido procedimiento CRISPR-Cas9 de ingeniería genética que permite el trasplante de genes.

En el ámbito posthumano, entre las cosas malas, podemos incluir, por ejemplo, a los «robots asesinos». Es un término utilizado para describir armas completamente autónomas, que pueden seleccionar o atacar sin intervención significativa de un ser humano[57]. Y pueden ser drones, como ya los hay, o tanques de guerra como los que fueron probados en la actual guerra de Rusia y Ucrania… u otro tipo de dispositivos.

Los países que más han invertido en sus aplicaciones militares son Estados Unidos, China, Rusia, Reino Unido, Francia, Israel y Corea del Sur.

Estados Unidos y China ya tienen armamentos autónomos[58].

Si bien pueden ser utilizados como sistemas de defensa, «el problema es que las computadoras no son capaces de determinar cuándo es legal o moralmente aceptable quitar una vida, y no pueden exigirles responsabilidad moral o legal por hacerlo», manifestó el profesor Peter Asaro, vicepresidente del Comité Internacional para el Control de las Armas Robóticas, a la BBC[59].

Es interesante ver lo que ya decía Marcel Dickow, al respecto, en 2015[60].

[56] https://www.srf.ch/news/regional/bern-freiburg-wallis/thymio-kommt-ins-klassenzimmer-ein-roboter-macht-schule (cotejado el 20.10.24).

[57] https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2772782 (cotejado 20.10.24).

[58] https://es.wired.com/articulos/ee-uu-y-china-preparan-sistemas-controlados-por-ia-para-la-guerra (cotejado 20.10.24).

[59] https://www.bbc.com/mundo/noticias-48234592 (cotejado 20.10.24).

[60] https://www.swp-berlin.org/publikation/preventive-regulation-of-autonomous-weapon-systems (cotejado 20.10.24).

«*Esta pregunta plantea el problema a nivel militar, aunque —obviamente— también los robots podrían ser utilizados en ámbitos de la delincuencia, donde cada vez obrarán con más autonomía*».

A corto y mediano plazo, los robots militares apoyarán cada vez más a los soldados humanos, e incluso los sustituirán en algunos casos paulatinamente. Hasta ahora, estos procesos se han observado principalmente en el limitado campo táctico-operativo; pero cada vez más, el campo de tareas se adaptará a las crecientes capacidades tecnológicas de la robótica. Con el avance de la automatización, aumentan las competencias que se transfieren a los robots, que actúan así de forma cada vez más autónoma.

En el curso del desarrollo, las máquinas cubrirán un espectro cada vez más amplio de actividades, de modo que el operador humano sólo realizará funciones de control de alto nivel, hasta que se independicen.

Si se tomaran decisiones automáticas sobre el uso de la fuerza armada, se cruza una línea ética y se plantea una cuestión fundamental sobre la calidad del uso de la fuerza: ¿Pueden las máquinas decidir sobre la vida y la muerte de los humanos?

Desde el punto de vista militar, los principios del derecho internacional humanitario que se han aplicado hasta ahora también tendrían que ser aplicados por las máquinas, especialmente en lo que respecta a la exigencia de distinguir entre combatientes y civiles.

Aunque actualmente los robots militares siguen mayoritariamente controlados a distancia, ya se aprecia autonomización de las máquinas. Esta tendencia se observa en la introducción y el desarrollo de los sistemas de asistencia en el ejército, pero también en el sector civil.

A nivel técnico, por ejemplo, es necesario examinar qué tendencias tecnológicas están determinando la dirección de la robótica militar. Además, es relevante lo que ya es factible según el estado actual, lo que se está investigando y cuáles son los límites tecnológicos del desarrollo. Está claro que los sistemas no tripulados por control remoto han ayudado a dar forma a las fuerzas armadas y a sus misiones en la última década. En particular, los drones teledirigidos —Vehículos Aéreos No Tripulados (UAV) o Sistemas Aéreos Pilotados a Distancia (RPAS)— han allanado el camino de la robótica militar. Otros robots militares pueden encontrarse, por ejemplo, en forma de dragaminas o «burros de carga».

Kai Ambos entiende que las *operaciones cibernéticas* en forma de ciberataques pueden conllevar una responsabilidad penal individual según el derecho penal internacional, especialmente cuando constituyen crímenes de guerra.

Los *ciberataques* pueden constituir «ataques» en el sentido jurídico del término sobre la base de los efectos producidos.

Son delitos internacionales en el sentido del artículo 5 del Estatuto de Roma, centrándose principalmente en los crímenes de guerra, y pueden dar lugar a responsabilidad penal individual.

«*Ciber operación*» es un término general que se refiere al «empleo de las capacidades cibernéticas para lograr [ciertos] objetivos en o a través del ciberespacio». El

término es más específico que el más amplio de «ciberdelincuencia « y abarca, entre otras cosas, el ciber espionaje, la ciber manipulación y los ciberataques.

Según el derecho penal internacional, la atención se centra en los ciberataques, ya que constituyen la forma más fuerte y agresiva de una ciber operación y, como tal, son los únicos posibles candidatos, lo suficientemente graves, como para ser calificados como crímenes internacionales.

La «ciberguerra» es, de forma más restringida, la realización de una operación cibernética por medios militares con el fin de alcanzar objetivos militares. Los medios de la ciberguerra «son las armas cibernéticas y sus sistemas cibernéticos asociados». Dado que se puede esperar razonablemente que los ciberataques puedan causar lesiones o la muerte de personas o daños o destrucción de objetos, pueden ser descritos con justicia, junto con el dispositivo y/o el software empleado, como ciberarmas y, por tanto, como *medios* de ciberguerra[61].

VI.3. **La autonomía como expresión de la libertad, presupuesto esencial de la responsabilidad penal**

Obviamente, las tecnologías aplicadas en el transhumanismo pueden afectar la libertad de la persona, tanto para el bien, como para el mal. Pero es más llamativo en el ámbito de la robótica.

Entiendo que un robot es una máquina electromecánica que: a) tiene algún tipo de cuerpo autónomo, b) tiene un procesador, c) está equipado con sensores que recogen información sobre la realidad, d) y un ejecutor o activador que traduce las señales en procesos mecánicos. El comportamiento de un robot e) es, o al menos parece, cada vez más, autónomo, y puede f) interactuar con su entorno o influir en él.

La posibilidad de que los sistemas artificiales asuman la responsabilidad se discute a menudo con referencia a las competencias como condición para la atribución de responsabilidad, que no están presentes en las máquinas en cuestión: los robots no tendrían ni poder de juicio, ni capacidad de acción, ni autonomía, ni ninguna otra capacidad que pudiera desempeñar un papel en la asunción de responsabilidades. Sin embargo, ya empiezan a aparecer algunos que tienen cierto grado de autonomía, como es el caso de AMECA[62]. La pregunta es si pueden ser responsabilizados penalmente.

En el caso de las Ciencias de Datos o de Comunicación y de la Inteligencia Artificial, ya tenemos un ejemplo vigente: los automóviles autoconducidos, inaugurados por TESLA, también liderada por Elon Musk.

[61] Ambos, Kay, *Cyber-Attacks as International Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court?*, ICC FORUM 2022.

[62] https://futuroelectrico.com/ameca-robot-humanoide/ (verificado 20.10.24).

Los sistemas autónomos de asistencia a la conducción, como actores artificiales muy débilmente responsables, comparables a la capacidad de responsabilidad de un bebé, un animal o un niño muy pequeño, podrían formar parte de una red o cadena de responsabilidad, pero por el momento sólo como objetos y quizás destinatarios, no como sujetos de responsabilidad.

Y es que, en última instancia, una reflexión desde «dentro del Derecho» ante las exigencias de las tecnologías, nos lleva a repensar el Derecho, desde sus aspectos de forma y exigibilidad, hasta su sentido último armonizador de justicia y bien común, manteniendo como punto de partida el fundamento en la persona humana.

La tecnología representa un gran avance para muchas realidades humanas, sin embargo, ésta por sí sola no basta, si no se logra articular desde el derecho un marco regulatorio que no sólo satisfaga las necesidades humanas, sino que considere a ésta —la persona humana en su singularidad y relacionalidad— como su punto de partida.

VI.4. **Cadena de responsabilidad**

Tanto en el transhumanismo como en la robótica, para determinar la imputabilidad hay que acudir al instituto dogmático de la cadena de responsabilidad, a no ser que se trate de criminalidad organizada, asociación para delinquir, autoría, complicidad, etc., que suponen una forma de acuerdo entre los partícipes, o una relación de obediencia como puede suceder en el ámbito militar.

Así, por ejemplo, existe la tesis de la responsabilidad por cadena de mando, que también ha sido asimilada como autoría mediata en aparatos organizados de poder de dominio de la voluntad, derivada de los planteamientos que en la doctrina penal alemana se han consolidado, específicamente en la obra de Claus Roxin.

Esa construcción conceptual se aplica a los casos en que las conductas punibles objeto de reproche son cometidas por miembros de una estructura organizada, pero se busca atribuir responsabilidad por las mismas no solo a aquellos (los autores materiales), sino también a quienes ejercen el control sobre la jerarquía organizacional, aunque no hayan tenido injerencia directa sobre quienes materializan o ejecutan las acciones ilícitas en el grupo.

Así, el desarrollo conceptual al que se hace referencia, está orientado a lograr la atribuibilidad de resultados antijurídicos a quienes ostentan una posición de mando dentro de una organización jerárquica respecto de hechos cometidos por sus subordinados, cuando aquellos materializan un mandato delictivo transferido a lo largo del escalafón de la estructura hasta sus ejecutores materiales.

La idea de un robot está en sí misma relacionada con el concepto de moralidad. La palabra robot viene del checo «*robota*», que significa «carga». En otras palabras, un «robot» es un esclavo.

En nuestro caso, supone determinar la autonomía del robot para poder adjudicarle responsabilidad (imputabilidad) y, si no, integrarlo a una *cadena de responsabilidad*.

Eso implica la existencia de dos elementos esenciales, el conocimiento de lo que se hace y saber que lo que hace contribuye a esa finalidad.

Desde el punto de vista militar, por ejemplo, estas tecnologías están cambiando la naturaleza de las fuerzas armadas, así como sus tácticas, su estrategia y los conceptos políticos subyacentes. La introducción de la robótica en las fuerzas armadas de las naciones industrializadas permite sacar las primeras conclusiones prudentes sobre el potencial de cambio que posee la tecnología. Sin embargo, aún no está claro cómo interactuarán los humanos con esta nueva forma de máquina —en tiempos de paz o en acción— y cómo cambiará esto la estructura y la capacidad operativa de las fuerzas armadas. Así pues, hay que determinar fundamentalmente qué hacen las fuerzas armadas con los robots y qué hacen los robots con las fuerzas armadas. La robótica militar podría anunciar un cambio de paradigma que revolucione las ecuaciones y el equilibrio de la política de seguridad internacional.

La jurisprudencia internacional nos brinda una pauta para atender la problemática. La Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia refuerza el criterio prevalente en la Sentencia del 17 de diciembre de 2004 en el caso Kordic y Cerkez al establecer que: «*La Sala de Apelaciones reitera la jurisprudencia según la cual, se requiere el conocimiento por parte del acusado de que existe un ataque a la población civil, así como el conocimiento de que su acto es parte de este*» (párr. 100).

Aunque todavía no es posible hacer una valoración definitiva, ya hay indicios que hablan de algo más que de una simple evolución tecnológica. No se trata sólo de la posibilidad de sustituir al hombre por la máquina en el oficio de la guerra, sino también de los efectos de la tecnología en las decisiones «estratégico-políticas» —por ejemplo, los pros y los contras de la acción militar en general— y el cambio en las formas de conflicto.

Otro aspecto importante a la hora de abordar esta nueva tecnología es una normativa sensata y aplicable. Aunque el gobierno alemán se pronunció contra el uso de robots autónomos hace ya varios años: para ser exactos contra las acciones de las máquinas autónomas de usar la fuerza. Pero la regulación internacional sigue en proceso sobre todo en la UE. Esto no sólo se debe a problemas de definición, sino también a los diferentes grados de voluntad de los Estados para restringir los robots armados autónomos y su uso. No obstante, Alemania puede defender de forma creíble y con cierto peso político las normas internacionales necesarias. A nivel nacional e internacional, es posible que el gobierno federal tome medidas concretas, por ejemplo, presentar sus propias definiciones o iniciar una moratoria de la UE sobre el uso de robots armados autónomos. Ver la ley del Parlamento Europeo aprobada en abril 2024[63].

[63] https://www.europarl.europa.eu/news/es/press-room/20240308IPR19015/la-eurocamara-aprueba-una-ley-historica-para-regular-la-inteligencia-artificial (verificado 20.10.24).

Además, desde el Derecho Penal, no deja de ser una preocupación internacional el denominado bioterrorismo, considerado como una conducta criminal tendiente a la alteración de organismos vivos o sustancias dañinas contra una población para promover enfermedades o muertes, generando como fin último producir el terror.

VI.5. **Ámbito laboral**

Desde el punto de vista económico, en el ámbito laboral, los seres humanos pueden ser suplantados por seres transhumanos con mayores capacidades, y posthumanos, robots, que puedan cumplir un horario ininterrumpido, sin necesidades fisiológicas, sin cobrar sueldo, y sin hacer aportes a los organismos de previsión social, provocando el desequilibrio, o incluso la quiebra, de los mismos. De hecho, esos robots ya existen, y funcionan en plantas de fabricación de automóviles, entre otras muchas, como ya lo es también en los hospitales, en el ámbito de la cirugía.

Esto puede suponer una nueva división de clases sociales porque muchas personas se quedarían sin trabajo. Quienes puedan comprarse implantes para incrementar sus capacidades transhumanas, estarán por encima de quienes no los puedan adquirir[64].

Como sostiene Sandel (2007), lo que se pretende evitar es que unos pocos puedan «*mejorar sus capacidades físicas o cognitivas, para elevarse por encima de la media*» (p. 9)[65].

Al implantar dispositivos que elevan la capacidad al máximo, aunque sea dentro de lo propio de la especie, se genera la posibilidad de crear una suerte de «carrera armamentística» de capacidades humanas[66].

La Unión Demócrata Cristiana de Alemania (CDU), ha realizado una propuesta innovadora a comienzos del año 2022: los robots deberían pagar para mantener el nivel de las jubilaciones en el país. Gracias a las máquinas se puede mantener el nivel de producción, pero al sustituir éstas a un número no despreciable de trabajadores se produce a su vez un agujero en los ingresos para el retiro de los empleados, argumenta el partido[67].

VII. **Normas internacionales al respecto**

La mayoría de los expertos está a favor de regular la «inteligencia artificial» a nivel europeo lo que se concretó en abril de 2024[68]. En su declaración, Rojas recomienda la

[64] Melchiori, *op. cit.* p. 32.

[65] Huamán Ordóñez, Luis Alberto «*Transhumanismo, ética, derecho y derechos fundamentales*», *Revista Internacional de Derecho*, Vol. 3, Núm. 1, pp. 2-10.

[66] *Ibidem*, p. 35.

[67] https://www.larazon.es/economia/20220117/jpmetabyr5f2dg4qplkpuig22e.html (cotejado 20.10.24).

[68] https://www.europarl.europa.eu/news/es/press-room/20240308IPR19015/la-eurocamara-aprueba-una-ley-historica-para-regular-la-inteligencia-artificial (verificado 20.10.24).

creación de una *Agencia Europea para la Evaluación del Impacto de las Tecnologías de la Información* en todo el sector. Debido a la diversidad de campos de aplicación, una agencia de este tipo tendría que hacer clasificaciones y recomendaciones diferenciadas. Según Spielkamp, las soluciones nacionales también podrían tener sentido si se vinculan a las normas internacionales. El empresario Fabian Westerwede[69], de la Asociación Alemana de Startups[70], también subrayó que se debería recurrir a una Agencia Europea para Desarrollar Estrategias de Promoción Tecnológica. «*Europa no debe convertirse en un lugar con fobia a la tecnología*», reclamó, señalando que Alemania está por detrás de Estados Unidos, China y Reino Unido en el campo de la inteligencia artificial.

Ya existe un pronunciamiento de la Unión Europea que tiende a controlar este fenómeno[71], así como la ya citada ley del Parlamento Europeo de abril de 2024. Y recientemente también lo ha hecho Estados Unidos[72].

VIII. **Conclusiones**

Proponemos un nuevo bien jurídico que es imperioso que el Derecho Penal proteja por razones de Justicia: la especie humana[73].

La naturaleza es la esencia del ser, lo que referido al hombre significa que los humanos somos, un compuesto de materia y forma (*hilemorfismo*), de cuerpo y espíritu.

Desde el punto de vista metafísico no tenemos un cuerpo, somos «un» cuerpo y «en» un cuerpo, indisociablemente unido al espíritu hasta la muerte. La simbiosis espíritu-cuerpo hace a la unidad del ser humano, compuesto de forma y materia. El cuerpo, entonces, no es posesión, necesaria o innecesaria, de la que disponemos a antojo; no somos dueños de nuestro cuerpo como una cosa externa ajena al espíritu.

El cuerpo de un ser humano vivo es el ser humano mismo: es inescindible de la persona humana en sí, *es* la persona humana.

[69] https://www.asscompact.de/nachrichten/wer-haftet-beim-automatisierten-fahren (cotejado 20.10.24).

[70] https://en.wikipedia.org/wiki/Bundesverband_Deutsche_Startups (cotejado 20.10.24).

[71] Marco para los aspectos éticos de la inteligencia artificial, la robótica y las tecnologías relacionadas. Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2020.

[72] https://elpais.com/internacional/2023-07-21/estados-unidos-lanza-nuevas-reglas-para-la-inteligencia-artificial.html (cotejado el 20.10.24).

[73] Protegida penalmente desde 1994 en virtud del artículo 511-1 del Código Penal francés, en el libro que protegía a los animales de los malos tratos graves (Libro V del Código Penal), la especie humana recibió una protección reforzada en virtud de la Ley de Bioética de 6 de agosto de 2004, trasladándose en parte las disposiciones que la protegían al Libro II: Ahora fue integrada al Título I, que trata de los «Delitos contra la humanidad y la especie humana», y se trata en el Subtítulo II, titulado «Delitos contra la especie humana», que contiene los artículos 214-1 y siguientes. Pero no contempla las tecnologías que aparecieron posteriormente, sino meramente las alteraciones genéticas.

La naturaleza humana se caracteriza o define, científicamente, en función del fenotipo y el genotipo[74]. El genotipo es el conjunto de genes que conforma a un individuo, mientras que el fenotipo es la expresión física de esas características genéticas[75]. El genotipo se encuentra en el ADN y se transmite de generación en generación, pero no es visible a simple vista y requiere procedimientos moleculares o citogenéticos para su análisis. Por otro lado, el fenotipo es observable y puede incluir rasgos como el color de ojos, la forma del cabello, la estatura, y otros aspectos físicos y de comportamiento.

El fenotipo es el resultado de la interacción entre el genotipo y el ambiente, lo que significa que factores ambientales y la edad de la persona, pueden influir en la manifestación de los rasgos fenotípicos. Pero el fenotipo también puede cambiar por razones tecnológicas transhumanistas. El genotipo permanece constante desde el nacimiento hasta la muerte, pero *hoy puede también ser modificado por las tecnologías convergentes* (ej. CRISPR-Cas9, trasplante de genes, etc. como hemos visto).

Un ser transhumano que no goza de libertad (inteligencia y voluntad autónomas), no puede ser considerado responsable penalmente. La tecnología aplicada en la persona puede hacerla dependiente, un instrumento, o inimputable.

La responsabilidad penal debe recaer sobre quienes fabrican dichas tecnologías (transhumanas y posthumanas) o quienes tienen su control. Evidentemente, la protección penal puede llegar a aplicarse a conductas ultraintencionales.

Las personas que se han implantado esas tecnologías a pedido suyo o con su consentimiento informado, también pueden ser consideradas responsables de sus actos, en cuanto se pueda demostrar que actuaron interesados, influidos o dependiendo de dichas aplicaciones.

Tanto en el transhumanismo como en el posthumanismo es esencial contar con dictámenes técnicos (multidisciplinarios) a los efectos de que se haga realmente justicia.

Habría que impulsar una normativa unificada, no sólo nacional, sino internacional o global, como ya sucede en Europa con la Inteligencia Artificial, porque estas tecnologías pueden provenir o ser controladas desde el extranjero o desde el espacio.

VIII.1. **Tipos penales sugeridos para incluir en las legislaciones internas**

«La especie humana es la más importante entre las criaturas vivientes y, por lo tanto, merece la máxima protección en todo sentido.

Del mismo modo que es la responsable del medioambiente expresado en seres vivientes y en cosas que existen en nuestro planeta Tierra, su primera responsabilidad es velar por su existencia, expresada en los seres humanos.

[74] Sin perjuicio de los aportes que puedan resultar de la *multidisciplinariedad* —que ya está y la que se viene— para definir a la especie humana.

[75] https://dravetfoundation.eu/cual-es-la-diferencia-entre-genotipo-y-fenotipo/ (visitado el 20.10.24).

Por lo tanto, toda alteración del cuerpo o psiquis humanos, que vaya contra su naturaleza y que no responda a un tratamiento médico, será castigado con la pena de privación de libertad de… (tiempo)

El médico que realice esa alteración tendrá una pena agravada que puede llegar a los… (tiempo).

2) En el caso de máquinas dotadas de capacidad de actuación autónoma para realizar esas alteraciones físicas o psíquicas serán consideradas instrumentos o medios para delinquir y serán responsabilizados penalmente, según su grado de participación, el programador, el fabricante, el vendedor, el propietario o el usuario.

En ambos tipos penales serán castigadas también la culpa y la ultraintención del respectivo sujeto activo».

IX. **Bibliografía**

Andorno, Roberto, «*La Dignidad Humana como Noción Clave en la Declaración de la UNESCO sobre el Genoma Humano*», *Revista de Derecho y Genoma Humano*, Núm. 14, 2001, pp. 41-54

Ambos, Kay, «*Cyber-Attacks as International Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court?*», ICC Forum 2022

Bostrom, Nick «*A history of transhumanist thought*», *Journal of Evolution and Technology*, Vol. 14, 2005, pp. 1-25

— y Pierce David, World Transhumanist Association, 1998.

Canguilhem, Georges, *Lo normal y lo patológico*, 1966.

Cremades y Calvo-Sotelo, «*Análisis de la propuesta del Parlamento Europeo en materia de robótica. Los robots ya están aquí y han venido para quedarse*», 10.04.2017, disponible en: https://www.cremadescalvosotelo.com/insights/analisis-de-la-propuesta-del-parlamento-europeo-en-materia-de-robotica/

Delmas-Marty, Mireille, «*Humanité, espèce humaine et droit pénal», Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, Núm. 3, Editorial Dalloz, 2012, pp. 495-503.

Eser, Albin, «*Perspectives of medical law under the auspices of modern biotechnology*», Disertación inaugural de la XX Conferencia de Derecho y Genoma Humano», 21-22 de junio de 2013, Bilbao, España.

Ferrajoli, Luigi *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Edit. Trotta, Madrid, 1999

García Toma, Víctor «*La dignidad humana y los derechos fundamentales»,* Revista Derecho & Sociedad, Núm. 51, 2018, pp. 13-31.

Gros Espiell, Héctor, «*La Dignidad Humana en los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos*», *Anuario de Derechos Humanos*, Vol. 4, 2003, pp. 193-223.

Harari, Juval Noha, Sapiens*. De animales a Dioses*, DeBolsillo, 2023

Huamán Ordóñez, Luis Alberto «*Transhumanismo, ética, derecho y derechos fundamentales*», *Revista Internacional de Derecho*, Vol. 3, Núm. 1, pp. 2-10.

Kurek, Camille, « *Le corps en droit pénal* ». HAL CCSD. Tesis doctoral, 2017.

Kurzweil, Ray, «*The Singularity is Near: When Humans Transcend Biology*», 2005, pp. 9-10.

Lafferriere, N. *¿Materia disponible o realidad personal? El cuerpo humano, las biotecnologías y las exigencias jurídicas de la dignidad*. Sociología y tecnociencia 2018, vol. 8/1, pp. 60-84.

Loh, Janina, - Conferencia «*Roboterethik und Verantwortung. Ein Überblick und kritische Reflexionen*», Workshop Robotik zwischen Recht und Ethik, Forum interdisziplinäre Forschung, TU Darmstadt, mayo 2018.

Marcos, Alfredo y Pérez Marcos, Moisés, *Meditación de la naturaleza humana*, BAC, 2018

Melchiori, Franco Andrés, «*El transhumanismo, las nuevas tecnologías y el derecho a la integridad física*», *Revista Internacional de Derechos Humanos*, 2023, Vol. 13, Núm. 1, pp. 17-44

Montano, Pedro, *La dignidad humana como bien jurídico tutelado por el Derecho Penal*. Conferencia dictada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Bolonia en octubre de 2002 (accesible en Academia.edu)

Parra Sáez, J., «*La mejora humana. Más allá de la radicalidad*», Actas II Congreso internacional de la Red española de Filosofía, vol. II, 2017, pp. 57-70.

Rey, Fernando, *Voz Dignidad Humana*, en el «Diccionario de Procesal Derecho Constitucional y Convencional», de la UNAM, Tomo I, edición, 2021, pp. 1032-1035.

Romeo Casabona, Carlos María, «*Consideraciones jurídicas sobre los procedimientos experimentales de mejora ("enhancement") en neurociencias*», en Romeo Casabona, Carlos María (ed.), «Más allá de la salud. Intervenciones de mejora en humanos», Granada, Comares, 2012, pp. 83-106.

— *«Values for the Future: The Role of Ethics in European and Global Governance by the European Group on Ethics in Science and New Technologies* (EGE)», *Revista de Derecho y Genoma Humano*. Genética, Biotecnología y Medicina Avanzada, Núm. 55, Dykinson, 2022, pp. 221-236.

Velasco Suárez, Diego, «*eutanasia y dignidad. Perspectivas jurídica, filosófica, sociológica e histórica de un debate»*, FCU, Montevideo, 2021.

Wallach Wendell & Colin Allen, «*Moral Machines. Teaching Robots Right from Wrong»,* 2009.

37

PANORAMA LEGAL Y JUDICIAL SOBRE LA MUERTE DIGNA EN AMÉRICA LATINA

Luis Fernando Niño
Profesor Consulto
Universidad de Buenos Aires

SUMARIO: I. Introducción. II. El derecho a morir con dignidad en la república Argentina. II.1. Las leyes que lo regulan. II.2. Acogida del nuevo marco legal en el ámbito judicial. II.3. Nuevos proyectos tendentes a legalizar la eutanasia activa directa. II.4. Concordancia actual entre la legislación argentina y la doctrina de la iglesia católica. III. La situación en otros países de América Latina. III.1. Colombia. III.2. Ecuador. III.3. Perú. III.4. Chile. III.5. Uruguay. IV. Conclusión. V. Bibliografía.

I. Introducción

Una de las conclusiones más firmes de cuantas atiné a plasmar, tras mis años de estudio del derecho humano a morir dignamente, ha sido —y es— la que excluye del marco de lo jurídicamente permitido a la modalidad eutanásica activa directa[1].

Provechosas entrevistas con profesionales del arte de curar e ilustrativas visitas a unidades hospitalarias de terapia intensiva, complementaron el acervo aquilatado tras mis años de estudio. El marco teórico obtenido y las diversas experiencias recogidas me condujeron a proponer, en su hora, de cara a la legislación argentina, una reforma puntual del —ya por entonces vetusto— Código Penal, vigente desde 1922 hasta nuestros días, con más de novecientas reformas a lo largo de su siglo de existencia.

[1] He querido sumarme al valioso volumen en preparación abordando una vez más el tema de mi tesis doctoral —«El derecho a morir con dignidad: consecuencias jurídico penales de su reconocimiento», defendida el 10 de abril de 1992 en la antigua sede de la Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca (España), reconocida «cum laude» por unanimidad—, cuya permanente actualización me ocupa —y preocupa— de cuatro décadas a esta parte. Es, también, otro modo de honrar a nuestro inolvidable Carlos María Romeo Casabona, quien, en el marco de las XV Jornadas organizadas por la célebre Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano, en Bilbao, el 22 de abril de 2008, me invitó a pronunciar una disertación relativa al mismo tópico.

La variación consistía en adicionar un complemento al tratamiento del delito de instigación y ayuda al suicidio —inalterado hasta el presente, pese a la multitud de modificaciones introducidas en dicho cuerpo de leyes[2]— mediante la inclusión de una fórmula, tendente a extraer del ámbito jurídico-penal determinadas modalidades ortotanásicas, practicadas o dirigidas por médicos. Fue, pues, en base a un mero razonamiento de Dogmática penal que estimé ajustado a derecho dejar fuera del marco del precepto proyectado a la llamada eutanasia activa directa, limitándome a reputar justificados dos modalidades de procedimiento encuadrables, respectivamente, en la eutanasia pasiva y en su específica variante contemporánea, la adistanasia o antidistanasia; y, paralelamente, a reputar genéricamente atípica por conglobación, tomando en cuenta la totalidad del orden normativo, la eutanasia activa indirecta o de doble enlace[3].

Las medidas previstas no implicaban, en mi planteo original, el retiro de los medios de hidratación y nutrición, así como la de aquellas relativas a higiene y cuidados propios de la situación del asistido, hasta tanto se comprobare su muerte cerebral. Pero el fecundo contacto ulterior con una pléyade de eminentes médicos[4], me condujo a modificar la fórmula primitiva, actualizándola al compás de nuevas categorías incorporadas por la Medicina intensiva. En consecuencia, sustituí un constructo incluido en aquella, el de «estados comatosos irreversibles» por dos diagnósticos clínicos diferenciados, —estados vegetativos persistentes y permanentes, respectivamente— distinguiendo, de tal modo, el acto médico de retiro de los medios artificiales de reanimación de las funciones cardiorrespiratorias, en estados vegetativos persistentes, de aquel consistente en el retiro de los medios de hidratación y nutrición, en estados vegetativos permanentes[5].

Actualizada de tal manera la iniciativa primigenia de mi tesis, mis esfuerzos por lograr que la vehiculizaran distintos legisladores argentinos no obtuvieron resultado positivo; y la proposición tendente a introducir la fórmula propuesta 'sobre tablas' —es decir, que se debatiera en el recinto sin previo análisis en comisión, a la hora de tratarse distintos proyectos referidos a los derechos del paciente, sucedidos entre los años 90 del pasado siglo y los primeros del presente— sucumbió al perder estado parlamentario

[2] El precepto aún vigente reza así: «Articulo 83. - Será reprimido con prisión de uno a cuatro años, el que instigare a otro al suicidio o le ayudare a cometerlo, si el suicidio se hubiese tentado o consumado».

[3] La regla originalmente propuesta figura en Niño, L.F., *Eutanasia. Morir con dignidad: consecuencias jurídico penales*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1.ª ed.,1994, p. 248 y s.; 2.ª ed., 2004.

[4] Entre ellos, justo es citar a los Dres. Carlos Gherardi, Director del Comité de Ética del Hospital de Clínicas «José de San Martín», dependiente de la Universidad de Buenos Aires, Juan Carlos Tealdi, docente de ese mismo hospital universitario y José Alberto Mainetti, médico y filósofo de la Universidad Nacional de La Plata.

[5] La aparición, en el mismo año de publicación de mi tesis doctoral en Argentina, de la obra de Romeo Casabona, C. M., *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 1994, representó un nuevo aliciente para mantener y perfeccionar mi propuesta.

dichos trámites. Ello no obstante, tal fórmula compuso mi aporte a una singular obra colectiva, que hoy continúa representando un bastión en materia de Deontología Médica en la República Argentina. En el año 2000 fui escogido como relator, aplicado al tema del cuidado del paciente incurable y a la problemática de la eutanasia y el suicidio asistido, para la primera edición del Código de Ética para el Equipo de Salud de la Asociación Médica Argentina[6], publicación que contó con la colaboración de la Sociedad Argentina de Ética en Medicina; y de cuya enorme influencia y plena vigencia en términos bioéticos dan cuenta las quince citas a su texto que integran el «Manual sobre los Derechos de los/as Pacientes para el Equipo de Salud», publicado oficialmente por el Ministerio de Salud de la Nación el 21 de abril de 2021[7].

Años más tarde, en una auténtica enciclopedia sobre «Responsabilidad Profesional de los Médicos»[8], regresé sobre la materia, y reiteré conceptos jurídico-penales adversos a la justificación de la eutanasia activa directa[9]. Y en similares términos me pronuncié, conjuntamente con Rodrigo Leonel Sanabria, en un nuevo manual, consagrado a la Bioética en Medicina, en el año 2008[10]. Más recientemente, volví sobre el tópico en un encuentro internacional promovido por la Fundación de Cultura Universitaria de la República Oriental del Uruguay, convidando —sin éxito— a mis destacados contradicto-

[6] Dicho instrumento normativo cuenta, hasta el presente con tres ediciones; la última, realizada por la Universidad del Aconcagua (Mendoza, Argentina), apareció en diciembre de 2016. Ha sido traducido a doce idiomas y puede consultarse por Internet en el sitio https://www.uda.edu.ar/index.php/catalogo-editorial/55-codigo-de-etica

[7] Puede consultarse en https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/resoluci%C3%B3n-1049-2021-348998/texto

[8] Garay, O. E., «Responsabilidad profesional de los médicos: ética, bioética y jurídica: civil y penal», *La Ley*, Buenos Aires, 2002/2014.

[9] Niño, L. F., «Eutanasia y suicidio asistido», *op. cit.*, p.1123-35. Señalé allí, textualmente, que «(e)n la eutanasia activa directa, el médico cambia su móvil deontológico —curar, recuperar la salud, aliviar y confortar— por el de matar. Poseedor de un saber causal específico, decide, en el mejor de los casos con el consentimiento de su paciente, acabar con su vida en un tiempo y un espacio dados. Éticamente, su acción es reprobable, por soberbia y por lesiva al bien supremo de la vida. Pero, además, jurídico-penalmente no logra justificarse. Es una conducta típica legalmente, desde ya; y, al no aparecer ordenada ni fomentada por otra norma prevaleciente en el caso concreto, también es típica por conglobación. De manera que cabe afirmar que es un comportamiento prohibido para todos. Pasando al siguiente nivel de análisis dogmático, cabe interrogarse si es una conducta antijurídica o pasible de justificación. Descartada la legítima defensa, cuadra inquirir si se trata de un obrar amparado por el estado de necesidad justificante. Y es cuando comprobamos que no lo está, por cuanto dicho precepto permisivo requiere que se afecte el bien de menor valor de cuantos están en conflicto, y de la manera más leve que fuere posible. En la especie, no cabe argumentar que la vida posea menor valor que la dignidad o la libertad ideológica; y aun equiparando tales entidades, no es posible sostener que la destrucción de ese bien supremo sea la manera más leve de afectarlo, en aras de la superación del conflicto evidenciado» (p.1133)

[10] Niño, L. F., Sanabria, R. L, «Eutanasia y suicidio asistido», en Garay, Oscar E. (coord.), *Bioética en Medicina*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2008, p.373 y s., con puntuales citas de Romeo Casabona, C. M., «Los límites…», cit. en nota 6.

res a admitir que, dado el avance registrado en mi país respecto del derecho del paciente a rechazar, según las circunstancias, determinados tratamientos elementales, así como en cuanto a la facultad médica de otorgarle sedación progresiva, aparece sobreabundante la insistencia en construir un ritual eutanásico activo directo[11].

He puesto de relieve, en diferentes encuentros alusivos a esta problemática que, tal como lo pretenden determinados movimientos autonomistas de Estados Unidos, de Gran Bretaña y otros países, se ha presentado públicamente a la eutanasia activa directa como un nuevo derecho individual, cuando en rigor de verdad, a mi modesto criterio, no es tal, por cuanto no entraña obligación refleja alguna para terceros, como se pretende. Carece de base jurídica ese pretendido deber correlativo, en cabeza de terceros, de colaborar activamente con el plan suicida. En todo caso, una figura como la de la nueva ley española[12] o las que, como veremos más adelante, se postulan en América Latina, instituyen una causa de justificación específica para los médicos que ejecuten alguna de esas conductas penalmente típicas, mediando, claro está, todos los recaudos previstos en ella respecto de los presupuestos fácticos a constatarse de cara al sujeto pasivo, porque si alguno de tales recaudos faltare, la conducta del profesional actuante podría quedar incursa, cuando menos, en alguna de las figuras atenuadas del auxilio al suicidio del artículo 143 del Código Penal español de 1995 o en análogas disposiciones de otros cuerpos de leyes[13].

II. El derecho a morir con dignidad en la república Argentina

En el escenario convencional, constitucional, legal y jurisprudencial argentino se conservan armoniosamente —hasta el momento, al menos— los cuatro principios clásicos de la Bioética: el de no maleficencia, regido por la clásica máxima *primum non nocere* (lo primero es no dañar), vedando —en consecuencia— la eutanasia activa directa; el de beneficencia, centrado básicamente en los cuidados paliativos de todo tipo, proveyendo al paciente de sedación y confort; el de autonomía, reconocido con razonable amplitud, y el de justicia, al no introducirse criticables limitaciones tales como las de edad, discapacidad psíquica, nacionalidad o situación migratoria, previstas en leyes como la española, ya mencionada. Pasaré revista a la loable normativa vigente

[11] El coloquio internacional, celebrado con participación de los especialistas Oscar Meini, de Perú, y Diego Silva Forné, de Uruguay, puede recuperarse en el sitio https://www.youtube.com/watch?v=vsHsWo-Oifo Las respectivas exposiciones integran el número 28 (2020) de la Revista de Derecho Penal del referido Fondo de Cultura Universitaria, dirigida por el Profesor Silva Forné.

[12] Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia, vigente desde el 25 de junio de 2021.

[13] Sobre el particular, v. el magistral análisis crítico de Romeo Casabona, C. M., «La ley orgánica reguladora de la eutanasia y la adaptación del Código Penal», en *Revista Penal*, n.º 49, Tirant lo blanch, Valencia, Enero 2022, pp.160-82.

en mi país y a su reflejo en algunos pronunciamientos judiciales, para luego referirme a la situación en que se encuentran otros países del área latinoamericana con relación al acuciante tema.

II.1. **Las leyes que lo regulan**

dos importantes instrumentos legislativos han establecido los parámetros conforme a los cuales ha de desenvolverse la relación entre el paciente y el médico o, en su caso, el equipo de salud: la Ley n.º 26529[14], publicada bajo el epígrafe «DERECHOS DEL PACIENTE EN SU RELACION CON LOS PROFESIONALES E INSTITUCIONES DE LA SALUD», y su homóloga, la Ley n.º 26742[15], que reforma a la anterior en aspectos esenciales referidos al principio de autonomía de la voluntad del paciente.

Mientras la norma general, en su redacción original, se limitaba a consagrar como uno de los derechos de la persona asistida el de «aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de la voluntad» (art. 2.º, inciso e, primer párrafo), la modificatoria incluyó un enunciado que recoge aquellos avances de la Medicina intensiva mencionados en nuestra Introducción, estatuyendo lo siguiente: «(e)n el marco de esta potestad, el paciente que presente una enfermedad irreversible, incurable o se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, informado en forma fehaciente, tiene el derecho a manifestar su voluntad en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital cuando sean extraordinarias o desproporcionadas en relación con la perspectiva de mejoría, o produzcan un sufrimiento desmesurado. También podrá rechazar procedimientos de hidratación o alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible o incurable» (lex et loc. cit., tercer párrafo). Con un añadido que reubica al profesional de la Medicina ante tales cuadros, subrayando el axioma de la beneficencia: «En todos los casos, la negativa o el rechazo de los procedimientos mencionados no significará la interrupción de aquellas medidas y acciones para el adecuado control y alivio del sufrimiento del paciente» (idem, 4.º párrafo).

Es del caso señalar, por lo demás, que ya en el texto original de la ley comentada se reconocía el derecho de «los niños, niñas y adolescentes…a intervenir en los términos de la Ley 26.061[16] a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos

[14] Publicada en el B.O. del 20 de noviembre de 2009. El texto actualizado puede consultarse en https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-26529-160432/actualizacion

[15] Publicada en el B.O. del 24 de mayo de 2012.

[16] Publicada en el B.O. del 26 de octubre de 2005 bajo el título de Ley De Protección Integral De Los Derechos De Las Niñas, Niños Y Adolescentes. En su artículo 2.º redunda en cuanto a la aplicación obligatoria de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, pero añade que «(l)as niñas,

médicos o biológicos que involucren su vida o salud» (art. 2.º, inciso e, segundo párrafo), fórmula que se mantuvo al sobrevenir la mencionada reforma. Tan sólo de cara a la facultad de emitir directivas anticipadas se limita el universo de pacientes habilitados a las personas capaces y mayores de edad, conforme lo estatuye el actual artículo 11.º, con la expresa salvedad, en punto a los alcances de aquellas, de las que implicaren desarrollar prácticas eutanásicas, que se tendrán como inexistentes.

La ampliación en el reconocimiento de las facultades del paciente, ante cuadros como los reseñados en los párrafos precedentes, se compaginó —merced a las modificaciones debidas a la citada ley 26742— con la oportuna variación en la definición de «consentimiento informado», contenida en el artículo 5.º de la ley general reformada. Y, como corolario del nuevo panorama bioético, se incorporó el artículo 11 bis a la norma general, declarando que «(n)ingún profesional interviniente que haya obrado de acuerdo con las disposiciones de la presente ley está sujeto a responsabilidad civil, penal, ni administrativa, derivadas del cumplimiento de la misma».

En definitiva, conforme al texto de la ley vigente, en Argentina las y los pacientes, según cual sea el estadio de su enfermedad o accidente, dentro de los cánones escrupulosamente descritos, gozan del derecho a optar por la modalidad ortotanásica de la que, en mi tesis doctoral, se señaló como eutanasia pasiva, incluyendo la adistanasia o antidistanasia. Pero también, llegado el caso, cuentan con la potestad de dar fin a la propia existencia, sin interferencia de terceros, toda vez que a tal desenlace conduce, indudablemente, la abstención o cese de las maniobras de hidratación y nutrición, a partir del formal rechazo, actual o previamente formalizado, por parte del paciente; todo ello, sin perjuicio de la subsistencia de aquellas medidas y acciones dirigidas al adecuado control y alivio del sufrimiento del paciente.

En concordancia con las prescripciones reunidas en la ley de derechos del paciente analizada hasta aquí, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, vigente desde hace una década[17], al arribar al tema del consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud, incluye el derecho a rechazar todos los procedimientos descritos en aquella, incluyendo los de hidratación y alimentación[18]; y reflejando una clara simetría con el tratamiento específico de la cuestión, el mismo cuerpo de leyes cumple en advertir, al abordar el tópico de las directivas médicas anticipadas, que aquellas «que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas se tienen por no escritas»[19].

---

niños o adolescentes tienen derecho a ser oídos y atendidos cualquiera sea la forma en que se manifiesten, en todos los ámbitos».

[17] Incorporado mediante la ley 26994, publicada oficialmente el 8 de octubre de 2015. V. en www.infoleg.gov.ar

[18] CCyC, artículo 59, inciso g.

[19] CCyC, artículo 60.

Ha menester añadir al conjunto normativo precedentemente descrito la Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, incorporada a nuestro ordenamiento jurídico a través de la ley 27360[20], cuya jerarquía constitucional ha sido acordada por el Congreso Nacional, el día 9 del mes de noviembre de 2022, mediante la sanción de su homóloga 27770[21].

En conclusión: la «muerte natural de un enfermo desahuciado sin someterlo a una prolongación médicamente inútil de su agonía»[22] —más concisamente, la ortotanasia— está emplazada en el ordenamiento jurídico de mi país, sin sacrificio de ninguno de los principios que Van Rensselaer Potter propuso ensamblar más de media centuria atrás[23].

La figura de instigación o ayuda al suicidio a la que hice referencia al comenzar este apartado —y a la que he de retornar incidentalmente— permanece formalmente en el Código Penal, a la espera de una reforma integral de dicho ordenamiento y, obviamente, sin contar con el complemento que propuse más de tres décadas atrás. Pero es indudable que no existe un conflicto de normas, toda vez que, dada la igualdad de jerarquía, corresponde aplicar la norma posterior y especial por sobre la anterior y general[24].

[20] Publicada en el Boletín Oficial del 31 de mayo de 2017.

[21] Publicada en el Boletín Oficial del 30 de noviembre de 2022. En dicho tratado de alcance continental destaca el artículo 4.º, que compromete a los Estados Parte a salvaguardar los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona mayor enunciados en su texto, sin discriminación de ningún tipo; y —a tal fin— a adoptar medidas para prevenir, sancionar y erradicar aquellas prácticas contrarias a la Convención, tales como, entre otras, «los tratamientos médicos inadecuados o desproporcionados». Asimismo, a través de su artículo 6.º obliga a los Estados Parte a la adopción de medidas para que las instituciones públicas y privadas «eviten el sufrimiento innecesario y las intervenciones fútiles e inútiles, de conformidad con el derecho de la persona mayor a expresar el consentimiento informado».

[22] Diccionario de la Real Academia Española: puede consultarse en https://dle.rae.es/ortotanasia ?m=form

[23] Potter, V. R.: «Bioethics: the science of survival», en *Perspectives in Biology and Medicine*, Nueva York, 1970; y *Bioethics. Bridge to the Future*, Prentice-Hall, Englewood Cliffs, N.J.,1971.

[24] Vale apuntar que el diseño del actual panorama legislativo argentino en la materia coincide prácticamente con aquello que los profesionales de la Medicina llaman «tratamiento de fin de vida», toda vez que se ha brindado cauce legal al derecho de toda persona a rechazar cualquier procedimiento de soporte vital, incluyendo los de hidratación y nutrición artificial, al tiempo que se consagra el de recibir cuidados paliativos, tales como la sedación progresiva, la oxigenación por máscara u otro medio de ventilación mecánica y la prevención y control de situaciones tales como escaras, trombosis o infecciones. Una cuidadosa aproximación al tema brindaba ya, muchos años antes de la sanción de la ley española 3/21, Romeo Casabona, C. M., «Aspectos jurídicos del tratamiento del paciente al final de la vida: cuidados paliativos y limitación del esfuerzo terapéutico», en *Medicina paliativa y el tratamiento del dolor en la atención primaria*, Wilson Astudillo A. (Editor y coordinador) Sociedad Vasca de Cuidados Paliativos-Paliativos sin fronteras, Buenos Aires, 1.ª ed., 2012, p.417 y ss.

II.2. **Acogida del nuevo marco legal en el ámbito judicial**

El eco de tantas novedades normativas introducidas en el ámbito bioético resonó tempranamente en los tribunales argentinos. Ya en el año 2015, la Corte Suprema de Justicia de la Nación supo pronunciarse, poniendo de relieve el valor de la autodeterminación de la persona humana, «no solo como límite a la injerencia del Estado en las decisiones del individuo concernientes a su plan de vida, sino también como ámbito soberano de éste para la toma de decisiones libres vinculadas a sí mismo…en tanto dichas decisiones no violen derechos de terceros»[25]. Y, aunque la norma de mayor jerarquía traída a colación para tal aserto fue el artículo 19 de la Constitución Nacional argentina[26], el Alto Cuerpo completó su razonamiento señalando que «(e)s en este marco que la ley 26529 reconoce este derecho a toda persona y dispone lo necesario para asegurar su pleno ejercicio, incluso para casos como el que aquí se examina (conf. artículo 11)»[27]

No acaba allí el mérito de tal sentencia judicial: junto a la admisión de la eutanasia pasiva y de su variedad contemporánea —adistanasia o antidistanasia— la Corte Suprema argentina destacó, en su trascendente fallo, la subsistente obligación de adoptar todas las providencias y acciones tendentes a proveer del adecuado control y el alivio de un eventual sufrimiento del paciente, con explícita referencia al artículo 2, inciso e, in fine, de la referida ley 26529.

Si a tales disposiciones se suma el derecho a recibir cuidados paliativos integrales en el proceso de atención de su enfermedad o padecimiento, previsto en el artículo 5.º, inciso h de dicho instrumento normativo, y se atiende —en particular— al articulado de la Ley de Cuidados Paliativos 27678[28], queda sobradamente expuesto el armónico cuadro al que hice referencia en la Introducción. En suma: todo individuo tiene derecho

[25] Se trató del caso caratulado «D., M. A. s/ declaración de incapacidad», resuelto el 7/7/2015. Puede consultarse en el sitio: http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-ma-declaracion-incapacidad-fa15000231-2015-07-07/123456789-132-0005-1ots-eupmocsollaf?

[26] CN: «Artículo 19.- Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe».

[27] La mención de este último precepto es crucial, por la reserva que en él acertó a incluir el legislador, al prever la facultad del paciente de formular directivas anticipadas y ordenar su respeto por parte del médico a cargo del caso, mediante la frase: «salvo las que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas, las que se tendrán como inexistentes». Allí quedó claramente expuesto el límite; y el máximo intérprete judicial ha sabido distinguir la abstención o retiro de todas las medidas de soporte vital, aun las de hidratación y nutrición, de aquella modalidad que —en mi tesis doctoral— quedó definida como eutanasia resolutiva activa directa.

[28] Publicada en el B. O. del día 21 de julio de 2022. Puede consultarse en el sitio https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do;jsessionid=8187F359080B1A4F54AA78D8AB40AAF5?id=368373

a disponer de su propio curso vital y de hacerlo en condiciones que preserven, en el más alto grado posible, su bienestar hasta el momento de su óbito. Y sólo se prohíbe la acción de terceros enderezada, lisa y llanamente, a darle muerte[29].

II.3. **Nuevos proyectos tendentes a legalizar la eutanasia activa directa**

A despecho de la existencia del plausible diseño normativo que acabo de reseñar, en los últimos años han aparecido en Argentina diversos proyectos orientados a legalizar la eutanasia activa directa y el suicidio asistido. Algunos de ellos perdieron estado parlamentario al no lograr su tratamiento en tiempo y forma, pero sus sostenedores volvieron a presentarlos con pequeñas modificaciones[30].

El más aventurado de tales planteamientos fue introducido formalmente ante la Cámara de Diputados bajo el disonante título «Régimen legal de asistencia para terminar con la propia vida» (Expte. 2874-D-2024 – Trámite Parlamentario n.º 69), suscrito por el legislador Miguel Ángel Pichetto y presentado el 4 de junio de 2024[31].

[29] Otra resolución judicial de singular trascendencia tuvo lugar en la provincia argentina de Córdoba, en el año 2023. Los familiares de un individuo sexagenario, sumido en estado vegetativo desde el 12 de marzo de ese año, a raíz de un episodio traumático, solicitaron, transcurridos más de tres meses desde tal suceso, que el personal de salud del hospital donde se encontraba asistido retirara el soporte vital implementado a su pariente y, en concreto, que procediera a la interrupción de la asistencia de alimentación e hidratación mantenida a su respecto. El Comité de Bioética de dicho centro sanitario aconsejó que se brindara curso favorable, «sin dilaciones inadecuadas ni indebidas», a dicha petición; en igual sentido se expidió un Comité creado por ley provincial para cuestiones análogas. No obstante, la Dirección de dicho nosocomio, mantuvo dicho sostén, argumentando que era preciso contar con un plazo mayor, para asegurar que el cuadro vegetativo del paciente fuera irreversible, basándose en una ley provincial que señalaba el de doce meses. El 2 de noviembre de 2023, tras un arduo trámite judicial emprendido por los representantes del afectado, el Tribunal Superior de Justicia de dicha provincia ordenó el retiro inmediato de las medidas de soporte vital del afectado, al tiempo que exhortó al Ministerio de Salud de tal circunscripción para que procediese a la implementación de un programa de capacitación, «con el fin de garantizar el pleno respeto a la autonomía y a la dignidad» de los pacientes, en el marco de la legislación vigente a nivel nacional. V. en: https://www.justiciacordoba.gob.ar/justiciacordoba/inicio/indexDetalle.aspx?codNovedad=33336

[30] Es el caso de la iniciativa titulada «Ley Alfonso. Buena Muerte Medicamente Asistida», presentada el 13 de mayo de 2024 y registrada bajo el Expediente 2241-D-2024 (T.P. 53), que, según sus autores, «tiene por objeto regular el derecho de toda persona que cumpla con los requisitos exigidos a solicitar y recibir la ayuda necesaria para acceder a una buena muerte medicamente asistida de acuerdo a los principios, garantías, procedimiento y reglas que aquí se establecen», y reproduce parcialmente el proyecto 4734-D-2021, presentado tres años antes. Lo propio sucede con el Expte. 2285-D-2024 (T.P. 54), registrado al día siguiente del precedentemente citado, que trascribe sustancialmente el contenido del Expediente 4855-D-2022 (T.P. 139/2022), igualmente preterido.

[31] V. https://www.hcdn.gob.ar/diputados/mpichetto/proyecto.html?exp=2874-D-2024 Es el único de cuantos fueron elevados a consideración de los pares que, además de distinguir entre eutanasia activa directa y suicidio asistido, regula requisitos diferenciados con respecto a ambas modalidades. Para la primera, coloca como condición la de «sufrir de una enfermedad grave e incurable o un padecimiento

Muchas han sido las voces alzadas contra los diversos intentos de legiferar en la materia, reivindicando la existencia de la pirámide normativa vigente en la Argentina, que preserva la argumentada «muerte digna»[32].

II.4. **Concordancia actual entre la legislación argentina y la doctrina de la iglesia católica**

En el marco de una disciplina como la Bioética, que procura aproximar hechos y valores, saber científico y humanismo, vale destacar aquí la concordancia entre el respeto que el derecho positivo argentino ha sabido guardar —hasta el momento— por los principios basilares de la Bioética y el contenido de diversos documentos emitidos por el actual pontífice.

En el primero de ellos, titulado «Samaritanus bonus», Carta de la Congregación para la Doctrina de la Fe, aprobado por el Papa Francisco I, en plena pandemia, el 22

---

físico o psíquico grave, crónico e imposibilitante (sic), que afecta significativamente la calidad de vida del paciente, diagnosticada por el médico responsable»; pero añade a continuación que «(a) los efectos de esta ley no se requiere que la persona se encuentre en la fase final de una enfermedad terminal o esté experimentando sufrimiento extremo al momento de efectuar la solicitud, a excepción de los pacientes menores de edad…»(art. 4.º, inciso c). Luego aclara que, en rigor, esta última salvedad se postula para los menores de dieciséis años, puesto que extiende la facultad de requerir tal asistencia, en los mismos términos que los descritos para los adultos, a los menores de 16 a 18 años de edad (art. 5.º). E impone, como condición para viabilizar la petición eutanásica, la renuncia expresa, por parte del paciente, a recibir cuidados paliativos (art. 6.º, inciso e). Respecto del suicidio asistido ni siquiera exige una condición de salud determinada, pergeñando como únicos requisitos los de tener nacionalidad argentina o residencia permanente o transitoria en la República Argentina por un periodo no inferior a dos (2) años, contar con capacidad legal al momento de solicitar la asistencia —vedando tal modalidad a personas menores de edad y a incapaces de derecho— y formular la solicitud de manera libre, voluntaria, consciente e informada, sin estar sujeta a presión externa (art. 10.º). Tampoco reclama la actuación de un médico, limitándose a aclarar que «(e) n caso que en el proceso intervenga personal médico, se denominará suicidio medicamente asistido», obviedad que se anuncia en el art. 2.º, inciso b; y en todo el tramo dedicado a dicha modalidad, sólo exige la presencia de un médico «para certificar la muerte de la persona», que podrá tener lugar «ya sea en una institución sanitaria, en el domicilio del paciente o en el ámbito privado que éste indique, respetando su preferencia» (art. 13.º). En materia penal, contrastando netamente con aquella modesta iniciativa propuesta por quien esto escribe varias décadas atrás, el diputado mantiene el antiguo artículo 83 del Código Penal en su precepto y sanción, pero impulsa el añadido de un segundo párrafo, que quedaría redactado del siguiente modo: «(n)o es delito prestar asistencia a una persona para terminar con su vida, en el marco de las prácticas eutanásicas permitidas, ni prestar asistencia a una persona para terminar con su vida impulsado por motivos no egoístas y a su pedido. Se entenderá por motivos no egoístas, a motivos ajenos al interés económico de quien presta la ayuda»; deslucida construcción que no sólo denota imprecisión, sino un arriesgado reduccionismo economicista, que abre cauce a los más odiosos móviles en cabeza del auxiliador.

[32] V. entre ellas, la aguda crítica de Laferriere, J. N., «Presentan en Argentina proyecto de ley de eutanasia», en *SAIJ, Sistema Argentino de Información Jurídica*, edición digital del 21 de noviembre de 2021. Puede consultarse en: Id SAIJ: DACF210215

de setiembre de 2020[33], la enérgica condena de la eutanasia activa directa, en tanto «es un crimen contra la vida humana porque, con tal acto, el hombre elige causar directamente la muerte de un ser humano inocente», encuentra, como contrapeso, en un claro ejercicio de eclecticismo, la obligación moral de evitar el ensañamiento terapéutico»[34].

Un nuevo pronunciamiento de la misma autoridad eclesiástica, la Catequesis del 9 de febrero de 2022, impugnó categóricamente la «programación» de la muerte, sentenciando: «la muerte debe ser acogida, no administrada»[35].

III. La situación en otros países de América Latina

III.1. Colombia

La difundida versión conforme a la cual la eutanasia activa directa posee estatus legal en Colombia es incorrecta. Curiosamente, el artículo 106 del actual Código Penal de dicho país no sólo prevé y sanciona el homicidio por piedad hasta nuestros días, sino que, en virtud de una reforma habida en 2004, la pena para tal delito ha pasado a ser de dieciséis a cincuenta y cuatro meses, en reemplazo de la escala de uno a tres años de prisión[36].

[33] Consultar en https://press.vatican.va/content/salastampa/es/bollettino/pubblico/2020/09/22/carta.html

[34] La nota de mayor temperancia aparece en la referencia al «deber de alimentación y nutrición». De cara a dicho tópico, la referida Carta acierta a distinguir entre los posibles cuadros de situación pasibles de especial consideración ética: «(c)uando la administración de sustancias nutrientes y líquidos fisiológicos no resulte de algún beneficio al paciente, porque su organismo no está en grado de absorberlo o metabolizarlo, la administración viene suspendida»; para luego añadir que «(l)a obligatoriedad de este cuidado del enfermo a través de una apropiada hidratación y nutrición puede exigir en algunos casos el uso de una vía de administración artificial, con la condición que esta no resulte dañina para el enfermo o provoque sufrimientos inaceptables para el paciente». Avanzando en tales ideas, y apelando a otro documento, la «Nueva Carta de los Agentes Sanitarios», emanado del Pontificio Consejo, aunque advierte que «la alimentación y la hidratación, aun artificialmente administradas, son parte de los tratamientos normales que siempre han de proporcionarse al moribundo», modera tal regla general al añadir la frase: «cuando no resulten demasiado gravosos o de ningún beneficio para él».

[35] Fuente: Diario «ABC Sociedad», Madrid, edición digital de ese mismo día. En consonancia, el 8 de agosto de 2024 se presentó el «Pequeño Léxico del final de la vida», un glosario de 88 páginas, sentando cinco posiciones, mencionadas en un comunicado oficial del Vaticano, a saber: oposición absoluta al suicidio asistido y a la eutanasia; defensa del derecho a la vida, especialmente de los más débiles; necesaria evaluación de los tratamientos desproporcionados; mayor atención a los enfermos y colaboración entre Iglesia y política en las cuestiones relativas al final de la vida. Fuente: Vatican News, edición digital en español, de ese mismo día.

[36] En efecto, el precepto es el mismo, y reza así: «El que matare a otro por piedad, para poner fin a intensos sufrimientos provenientes de lesión corporal o enfermedad grave e incurable»; pero, en virtud de una reforma genérica de la agravación de las respuestas penales, impuesta mediante la ley 890 de 2004 (art. 14), la sanción alcanza un máximo de cuatro años y seis meses.

Lo que, en realidad, sucedió fue que, ante una demanda de inconstitucionalidad del artículo 326 del Código Penal vigente en esa época, idéntico —en cuanto al tipo legal— al actual artículo 106, la Corte Constitucional colombiana, por mayoría, resolvió declarar exequible tal enunciado, pero «con la advertencia de que en el caso de los enfermos terminales en que concurra la voluntad libre del sujeto pasivo del acto, no podrá derivarse responsabilidad para el médico autor, pues la conducta está justificada». Así reza en su parte dispositiva la Sentencia C-239 del 20 de mayo de 1997, que se completa con la siguiente disposición: «(e)xhortar al Congreso para que en el tiempo más breve posible, y conforme a los principios constitucionales y a elementales consideraciones de humanidad, regule el tema de la muerte digna».

Tal incitación del órgano judicial al legislativo no ha logrado eco en el Capitolio Nacional, en los veintisiete años que hoy nos separan de ese fallo, pese a su iteración, plasmada en sucesivas resoluciones, tales como las siguientes: T-970 del 2014, T-423 del 2017, T-544 del 2017, T-721 del 2017, T-060 del 2020, C-233 del 2021. En todas ellas, la acogida a las respectivas peticiones eutanásicas, se debió al criterio de una mayoría de miembros de la mencionada Corte. Al expedirse en el último de los asuntos citados, dicho cuerpo decidió, siempre por mayoría de sus componentes, ampliar el universo de casos amparados por lo que consideran una causa de justificación, abarcando no solamente a personas con enfermedades terminales, sino también a aquellas que padecieren enfermedad grave o lesión corporal asociada a intenso sufrimiento, mediando el consentimiento informado y contando como sujeto activo a un médico[37].

Otra inexactitud consiste en interpretar la sanción de la ley colombiana 1733 del 8 de setiembre de 2014 como herramienta para la legalización de la eutanasia activa directa, cuando, en rigor, apunta esencialmente a los cuidados paliativos y reafirma la legalidad de la eutanasia pasiva y de la eutanasia activa indirecta o de doble enlace[38].

[37] V. https://www.ambitojuridico.com/noticias/constitucional/inexistencia-de-regulacion-sobre-acceso-una-muerte-digna-obstaculiza-el

[38] Ya en su artículo 1.º consagra «el derecho que tienen las personas con enfermedades en fase terminal, crónicas, degenerativas e irreversibles, a la atención en cuidados paliativos que pretende mejorar la calidad de vida, tanto de los pacientes que afrontan estas enfermedades, como de sus familias, mediante un tratamiento integral del dolor, el alivio del sufrimiento y otros síntomas, teniendo en cuenta sus aspectos psicopatológicos, físicos, emocionales, sociales y espirituales, de acuerdo con las guías de práctica clínica que establezca el Ministerio de Salud y Protección Social para cada patología. Además, manifiesta el derecho de estos pacientes a desistir de manera voluntaria y anticipada de tratamientos médicos innecesarios que no cumplan con los principios de proporcionalidad terapéutica y no representen una vida digna para el paciente, específicamente en casos en que haya diagnóstico de una enfermedad en estado terminal crónica, degenerativa e irreversible de alto impacto en la calidad de vida». Puede consultarse en: https://www.arlsura.com/index.php/leyes-y-normas/2199-ley-1733-de-2014 Sobre la relevancia crucial del factor paliativo en la consideración de las situaciones ortotanásicas, nuestro homenajeado recuerda su temprana «inquietud taxonómica», frente al desarrollo de «nuevas terapias más eficientes o al menos adecuadas para combatir el dolor». V. Romeo Casabona, C. M., «La Ley Orgánica…», cit., p. 162 y s.

III.2. **Ecuador**

En el caso más resonante y de innegable actualidad, la Corte Constitucional de dicho país declaró la «constitucionalidad condicionada» del artículo 144 del vigente Código Orgánico Integral Penal, que tipifica el homicidio simple, excluyendo de su sanción —diez a trece años de pena privativa de libertad— al médico que ejecute tal conducta en el supuesto en que una persona, expresando su consentimiento inequívoco, libre e informado —o a través de su representante, cuando no pudiere expresarlo—, solicite acceder a un procedimiento de eutanasia activa, por el padecimiento de sufrimiento intenso, proveniente de una lesión necesariamente de carácter corporal, grave e irreversible o una enfermedad que sea grave e incurable[39].

Como en el caso colombiano, «el derecho al libre desarrollo de la personalidad, sin más limitaciones que los derechos de los demás», previsto en el artículo 66, inciso 5.º, resultó dotado, a los ojos del Alto Tribunal, de tal capacidad normativa como para construir una obligación refleja para terceras personas, enderezada a contribuir con el plan suicida. En cuanto al cuerpo de leyes sustantivo en materia penal, el aludido artículo 144 se mantiene intacto, al igual que el artículo 146, 3er. párrafo, que prevé una pena privativa de libertad de tres a cinco años para quien, en el ejercicio o práctica de su profesión, produjere la muerte de otra persona por acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas[40].

III.3. **Perú**

El domingo 21 de abril de 2024 tuvo lugar el primer procedimiento de eutanasia activa directa en dicho país. La psicóloga Ana Estrada, quien sufría de polimiositis, enfermedad degenerativa e incurable que la mantuvo conectada a un respirador artificial durante años, logró, en primer lugar, que el titular del 7.º Juzgado Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante fallo del 23 de febrero de 2021, ordenara al Ministerio de Salud y al seguro social estatal la elaboración de un plan, que especificara los aspectos asistenciales y técnicos de su decisión de quitarse la vida mediante

[39] Sentencia 67-23-IN/24, del 5 de febrero de 2024. El caso concitó el interés público y —muy especialmente— el de las organizaciones no gubernamentales nacionales y extranjeras, briosamente empeñadas en lograr la legalización de la eutanasia activa directa, concurriendo, así, como 'amicus curiae' representantes de la Fundación Probono Colombia, del Colectivo de Mujeres Libres y Soberanas de México y hasta de dos entidades neerlandesas, la Asociación Holandesa para el Fin Voluntario de la Vida y la Federación Mundial de Sociedades por el Derecho a Morir.

[40] Vale aclarar que Paola Roldán Espinosa, la accionante en ese caso, falleció como consecuencia de su enfermedad, esclerosis lateral amiotrófica, sin que se alcanzara a activar el procedimiento autorizado por el Tribunal ecuatoriano (fuente: «La voz del interior» Córdoba, Argentina, edición del 11 de marzo de 2024).

la actuación de un médico. Tras reiteradas demoras y consiguientes multas[41], toda vez que tanto el abogado del Ministerio de Salud como el de la Procuraduría del Ministerio de Justicia se decantaron tempranamente en contra de aquella resolución judicial ante la inexistencia de una ley del Congreso que habilitara tal proceder, el plan resultó aprobado y finalmente concretado[42].

Como en los casos anteriores, el Código Penal peruano continúa previendo y penando el homicidio piadoso en su artículo 112[43], sin concesiones ante las modalidades eutanásicas, sin perjuicio de las recientes y diferentes reformas de su texto en materia de delitos contra la vida.

III.4. **Chile**

Tras cuatro años de arduos debates en el seno del Congreso Nacional de Chile, un proyecto de legalización de la eutanasia que, en verdad, funde en su texto cuatro iniciativas sucesivamente presentadas, y ha sido tenazmente sostenido por el legislador Vlado Mirosevic Verdugo, fundador del Partido Liberal, permanece en tal condición al momento en que redacto esta reseña. El 17 de diciembre de 2020, la Sala de la Cámara de Diputados lo aprobó en general, pese a los cuestionamientos referidos, en especial, a la falta de políticas de cuidados paliativos en dicho país[44]. En esa misma sesión, el parlamentario de mención, tras una encendida prédica en torno a la libertad y a la dignidad, sorprendió a la audiencia con una cruda referencia al móvil que potenciaba su vehemente legiferar: «este es un proyecto que surge de una realidad brutal que se da en Chile; me refiero a la carencia de los cuidados paliativos, los cuales no son universales. Cuando abrimos el debate sobre la eutanasia, el gobierno se comprometió con nosotros a universalizar el derecho a los cuidados paliativos; y entonces, a un paciente respecto del cual la ciencia llegó a su límite y no le puede ofrecer curación, el Estado y la sociedad no lo pueden obligar a sufrir. El Estado y la sociedad tienen que darle el reconocimiento a su propia libertad, a su propia soberanía».

Tal vez deba buscarse en la conmoción originada por ese arrojado intento de fundamentación, que fusionaba valores como la libertad y la propia soberanía con la inequidad en la distribución de medicinas, la causa de la ulterior decisión del Senado chileno de tratar por separado los proyectos referidos a los cuidados paliativos y los alusivos a la eutanasia, en procura de «evitar confusión en la ciudadanía respecto al foco y alcance

[41] Fuente: Diario «Wayka.pe», edición digital del 31/8/2023.

[42] Fuente: BBC Mundo, edición del 22/4/2024. V. en https://www.bbc.com/mundo/articles/clw0gypj7v2o

[43] Artículo 112: «El que, por piedad, mata a un enfermo incurable que le solicita de manera expresa y consciente para poner fin a sus intolerables dolores, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años».

[44] Diario UChile – Radio Universidad de Chile, edición digital del 17/12/2020.

de cada una de estas necesarias leyes, para avanzar en salud, en el país, respecto a los cuidados paliativos»[45]. Esa saludable providencia posibilitó la sanción de la ley 21375, de Cuidados Paliativos Universales, del 1.º de agosto de 2023, uno de cuyos principios establece que éstos «no intentan ni acelerar ni retrasar la muerte»[46].

En tanto, el homicidio simple, regulado en el art. 391, número 2, del Código Penal chileno cuenta hasta esta hora con la pena de presidio mayor en sus grados mínimo a medio[47]; y, al no existir en la Parte Especial una figura que regule el homicidio piadoso o eutanásico, el intérprete debe acudir, llegado el caso, a las circunstancias atenuantes de la Parte General.

III.5. **Uruguay**

La República Oriental del Uruguay es el único país latinoamericano cuyo Código Penal conserva, entre las «Causas de Impunidad» (Libro I, Título II, Capítulo III, art. 37), una fórmula, tradicionalmente atribuida al influjo doctrinal de Luis Jiménez de Asúa, por la que se faculta a los jueces para eximir de pena «al sujeto de antecedentes honorables, autor de un homicidio, efectuado por móviles de piedad, mediante súplicas reiteradas de la víctima». Pues bien; a esa añeja dispensa excepcional ha venido a sumarse, tras un lustro de infructuosas tareas parlamentarias, un flamante instrumento, que guarda cierta analogía con el de la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia, vigente en España. Se trata de la ley 20.431, sancionada por ambas Cámaras del Poder Legislativo de ese país el 15 de octubre de 2025 y promulgada por el Poder Ejecutivo el 24 de este mismo mes y año.

Más allá de algún eufemismo, como el reemplazo del «derecho a solicitar y recibir la ayuda necesaria para morir» por el derecho «a transcurrir dignamente el proceso de morir» (lex cit., art. 1.º), la normativa uruguaya coincide con la hispana en orden a restringir su operatividad a los individuos nacionales o residentes, mayores de edad y psíquicamente aptos (art. 2.º). Las condiciones de admisibilidad del procedimiento, en cuanto al cuadro presentado por el peticionante, son también semejantes, puesto que la fórmula empleada por el legislador sudamericano, en el artículo precedentemente citado, reúne notas que amalgaman las dos situaciones definidas en los incisos b y c del artículo 5.º de la Ley orgánica peninsular, al prescribir «… que curse la etapa terminal de una patología incurable e irreversible, o que, como consecuencia de patologías o

[45] Parra Giordano, D., Montecino Bacigalupo, C., «Chile avanza en salud: Ley de Cuidados Paliativos y con la participación ciudadana primero», en Diario UChile –Radio Universidad de Chile, edición digital del 7/6/2021.

[46] Fuente: www.saludresponde.minsal.cl, órgano de difusión del Ministerio de Salud chileno.

[47] Se trata de una escala de 5 años y un día a 15 años de prisión.

condiciones de salud incurables e irreversibles, padezca sufrimientos que le resulten insoportables, en todos los casos con grave y progresivo deterioro de su calidad de vida».

En ambos casos se prevé, asimismo, la intervención de dos médicos, el actuante —homólogo del «responsable»— y un segundo, cuya eventual discrepancia con aquél derivará el caso a una junta médica; y, en lugar de las dos solicitudes a cursar por el interesado, serán dos las entrevistas a celebrar entre el profesional actuante y su paciente, todo ello conforme lo pautado en el artículo 4.º de la nueva ley.

Una diferencia esencial la brinda el hecho de que sólo se contempla el obrar eutanásico «realizado por un médico o por su orden», conforme reza el artículo 3.º de la flamante ley uruguaya, lo cual obsta a la alternativa contemplada por la Ley orgánica española, en el artículo 3.º, inciso g, in fine. Puede consultarse el texto en el sitio oficial del Parlamento de dicho país: https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/ficha-asunto/165490/ficha_completa?GA.

IV. Conclusión

Las lógicas restricciones aplicadas a quienes participamos en este merecidísimo homenaje me impiden abundar en la cita de otros códigos penales de la región, todos los cuales mantienen la punición para el homicidio piadoso, tales como el de las Repúblicas de Paraguay (art. 106), Brasil (art. 121, 2.ª parte, inciso 1) o El Salvador (art. 130).

En suma, hasta la fecha de entrega de esta aportación, el único caso de legalización de la eutanasia activa directa en toda la región latinoamericana se ha registrado, en fecha harto reciente, en Uruguay, aunque personas y entidades interesadas en el tópico pugnen por difundir noticias que desvirtúen tal evidencia normativa.

Para finalizar, regreso a lo que sostuve en la Introducción: mi principal reparo filosófico y jurídico continúa siendo el mismo, y es coincidente con las opiniones de los magistrados colombianos que se pronunciaron en minoría en la célebre Sentencia C-239 de 1997: cuando se legaliza la eutanasia activa directa se asigna al hiperdimensionado derecho al libre desarrollo de la personalidad una capacidad normativa heterónoma que no le es consustancial.

V. Bibliografía

Laferriere, Jorge Nicolás, «Presentan en Argentina proyecto de ley de eutanasia», en *SAIJ, Sistema Argentino de Información Jurídica,* edición digital del 21 de noviembre de 2021.

Niño, Luis Fernando, Eutanasia. Morir con dignidad: consecuencias jurídico penales, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1.ª ed., 1994, 2.ª ed., 2004.

— Sanabria, Rodrigo Leonel, «Eutanasia y suicidio asistido», en Garay, Oscar E. (coord.), *Bioética en Medicina,* Ad Hoc, Buenos Aires, 2008, p.373-383.

— «Eutanasia y suicidio asistido», en Garay, Oscar Ernesto (coord.), *Responsabilidad profesional de los médicos: ética, bioética y jurídica: civil y penal, La Ley,* Buenos Aires, 2014, p. 1123-35.

Parra Giordano, Denisse, Montecino Bacigalupo, Carolina, «Chile avanza en salud: Ley de cuidados Paliativos y con la participación ciudadana primero», en *Diario UChile – Radio Universidad de Chile,* edición digital del 7/6/2021.

Potter, V. R., «Bioethics: the science of survival», en *Perspectives in Biology and Medicine, The University of Chicago Press,* n.º 49, 1970-71.

— *Bioethics. Bridge to the Future,* Prentice-Hall, Englewood Cliffs, N.J.,1971.

Reta, Adela – Grezzi, Ofelia, *Código Penal de la República Oriental del Uruguay,* anotado y concordado, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1986, p. 51.

Romeo Casabona, Carlos María, *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana,* Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 1994.

— «Aspectos jurídicos del tratamiento del paciente al final de la vida: cuidados paliativos y limitación del esfuerzo terapéutico», en *Medicina paliativa y el tratamiento del dolor en la atención primaria,* editor (coordinador): Wilson Astudillo A., Sociedad Vasca de Cuidados Paliativos sin fronteras, Buenos Aires, 1.ª ed., 2012, p. 417 y ss.

— «La ley orgánica reguladora de la eutanasia y la adaptación del Código Penal», en *Revista Penal,* n.º 49, Tirant lo blanch, Valencia, Enero 2022, pp. 160-82.

38

SOBRE LOS MECANISMOS DE PREVENCIÓN Y REPRESIÓN DE LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES

MIGUEL ÁNGEL NÚÑEZ PAZ*
Catedrático de Derecho penal
Universidad de Huelva

SUMARIO: I. LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL COMO ACTIVIDAD TUTELAR DEL ESTADO EN LA PREVENCIÓN Y REPRESIÓN DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO. II. LAS OBLIGACIONES INTERNACIONALES DE LOS ESTADOS EN LA PREVENCIÓN Y LUCHA CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO. LA VIOLENCIA «ON LINE». III. EL PACTO DE ESTADO EN MATERIA DE VIOLENCIA DE GÉNERO: OTRO MECANISMO ESTATAL DE PREVENCIÓN DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO.

I. LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL COMO ACTIVIDAD TUTELAR DEL ESTADO EN LA PREVENCIÓN Y REPRESIÓN DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO

Uno de los mecanismos tutelares fundamentales del Estado de Derecho, conformando incluso un poder constitucional independiente, junto al Legislativo y al Ejecutivo, es el Poder Judicial, integrado por los Juzgados y Tribunales integrados por Jueces y Magistrados, sometidos únicamente al *imperio de la Ley*, como dispone el art. 117 de la CE, cuando proclama que la justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la Ley.

Este sometimiento, únicamente, al imperio de la Ley diseña unos patrones en las actuaciones jurisdiccionales, tanto en las procesales como en las resolutorias definitivas o firmes.

En un Estado de Derecho no es concebible una actividad, sea privada o pública, que no sea conforme a Ley, y su vulneración no esté sujeta a tutela judicial efectiva, conforme al art. 24 de la C.E. y con las garantías jurídicas de asistencia Letrada del art. 17 de nuestra Carta Magna. Por consiguiente, tanto en el caso que nos ocupa de

* Sirva esta aportación como afectuoso homenaje a quien es referente de toda una generación de penalistas a los que siempre orientó e iluminó desde la sencillez y el rigor científico, como digno heredero de su maestro. Muchas gracias, querido Carlos.

violencia de género como en cualquier conducta sometida a control judicial, opera sin duda alguna la *«presunción de inocencia»,* siendo dicho principio uno de los pilares básicos de un Derecho Penal moderno.

Desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos[1], donde en su apartado 11.1 se proclama que toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la Ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa; o el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950[2], refrendado en multitud de tratados

[1] *Vid.* Declaración Universal de los Derechos Humanos. Adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 217 A (iii) del 10 de diciembre de 1948.

Artículo 11

1. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.

2. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.

[2] *Vid.* Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente. BOE núm. 243 de 10 de octubre de 1.979.

Artículo 6.

1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la Ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la Sala de Audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida considerada necesaria por el Tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia.

2. Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada.

3. Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos:

a) a ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y detalladamente, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él;

b) a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa;

c) a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para pp. arlo, poder ser asistido gratuitamente por un Abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan;

d) a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él y a obtener la citación y el interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra;

internacionales[3], la presunción de inocencia es un principio penal de carácter universal, consagrado, como ya se ha citado, en el art. 24 de la C.E., siendo evidentemente la presunción de inocencia un derecho inalienable de todo ciudadano que a las normas procesales y sustantivas corresponde respetar y proteger.

Sin embargo, a pesar de la obligatoria (por imperativo de Ley) irrenunciabilidad al escrupuloso respeto a este principio nuclear del Derecho Penal, a veces se suceden situaciones sociales en las que la alarma social, (real o aparente, justificada o no), incita al populismo punitivo[4], propiciando que los legisladores dilaten las penas, o disminuyan las garantías procesales, básicamente a impulsos de una expectativa electoral.

---

e) a ser asistido gratuitamente de un intérprete, si no comprende o no habla la lengua empleada en la Audiencia

[3] *Cfr.* Carl Stumer A. *«La presunción de Inocencia».* Prólogo de Colin Tapper. Magdalen College, Oxford. La presunción de inocencia. Perspectiva desde el Derecho probatorio y los derechos humanos Traducción de Walter Reifarth Muñoz. Marcial Pons. p. 15. Madrid. 2018. https://www.marcialpons.es/media/pdf/9788491234586.pdf

La presunción de inocencia está universalmente reconocida como un derecho humano fundamental y como un principio básico en la administración de justicia penal. Cualquier sistema en que se considere a una persona culpable de haber cometido un delito por el simple hecho de ser acusada estaría por debajo de los estándares de justicia comúnmente aceptados. La presunción de inocencia inclina la balanza a favor del acusado al exigir un proceso para establecer la culpabilidad con un alto nivel de certeza. En consecuencia, la condena se hace más difícil y hay una mayor probabilidad de que un culpable no cumpla con su castigo. Todo sistema penal se enfrenta, pues, a una constante tensión entre la protección de los derechos de los acusados, por un lado, y los intereses de la comunidad en condenar a los culpables, por otro. En muchas ocasiones, esta tensión se resuelve con medidas que atentan contra la presunción de inocencia. En cualquier parte del mundo, los que definen las normas de la justicia penal deben disponer de medios para decidir si (y, en caso afirmativo, cuándo) se pueden justificar ciertos límites a la presunción de inocencia.

El autor cita, entre otros tratados internacionales que refrendan la presunción de inocencia:

Declaración Universal de los Derechos Humanos (adoptada el 10 de diciembre de 1948); art. 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (adoptado el 16 de diciembre de 1966, entró en vigor el 23 de marzo de 1976); art. 6.2 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (adoptado el 4 de noviembre de 1950, entró en vigor el 3 de septiembre de 1953); art. 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (adaptada el 22 de noviembre de 1969, entró en vigor el 18 de julio de 1978); la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (adoptada el 27 de junio de 1981, entró en vigor el 21 de octubre de 1986); art. 9 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (Francia, agosto de 1789); art. 11.d) de la Carta Canadiense de los Derechos y las Libertades de 1982; art. 35.3.h) de la Constitución de la República de Sudáfrica de 1996; art. 25.1 de la Charter of Human Rights and Responsibilities Act de 2006 (Estado de Victoria, Australia); art. 25.c) de la New Zeland Bill of Rights Act de 1990. En Estados Unidos, la presunción de inocencia se encuentra implícita en la garantía del debido proceso de las Enmiendas quinta y decimocuarta.

[4] *Cfr.* Antón-Mellón, J. y Antón Carbonell, E. *«Populismo punitivo, opinión pública y leyes penales en España (1995-2016).* Revista Internacional de Pensamiento Político – I Época – Vol. 12 – 2017 – [133-150] – ISSN 1885-589X 150

https://www.google.com/search?q=punicion+popular&oq=punicion+popular&aqs=chrome..69i57.5095j1j8&sourceid=chrome&ie=UTF-8

Sin abordar la incidencia jurídica de este fenómeno socio político en todas las numerosas figuras delictivas que conforman el Código Penal, y ciñéndonos solo a los delitos de violencia de género, hay que reflexionar profunda y serenamente si las modificaciones legales, procesales, y la orientación jurisprudencial que las interpretan están consiguiendo una minoración de los delitos de violencia contra las mujeres.

Desde la Ley 1/2004, que significó un punto de inflexión en la lucha contra la violencia de género, hasta hoy, los delitos de maltrato contra las mujeres en el seno de una relación de pareja no han cesado, y lo que es más trágico, las mujeres asesinadas, tampoco. Más de mil mujeres asesinadas por sus parejas desde el año 2003 hasta el 2019[5], deberían hacer reflexionar a los poderes públicos sobre la efectividad de todo lo actuado y no disponerse a abordar reformas sustantivas o procesales sin las opiniones autorizadas de expertos. Los cambios legislativos a impulsos de medios de comunicación, o de opinión pública mediatizada, hasta ahora no han acertado en la raíz y por tanto en la prevención del problema. Un estudio científico, serio y riguroso, sin influencias demagógicas ni de políticas interesadas, abordando las causas estructurales de la violencia de género, y disponiendo de los medios suficientes para prevenirla, será siempre más eficaz que un aumento indiscriminado de pena o de disminución de las garantías procesales. La posible subjetividad de algunos medios de comunicación de masas, puede crear un estado de opinión que conlleve la elección de la oferta política electoral que dé respuesta inmediata (aunque irreflexiva) que satisfaga sus pretensiones.

Lo que puede condicionar la efectividad de la función jurisdiccional no es la merma de garantías sino la dilación en las resoluciones judiciales. La actividad u omisión del Estado en el cumplimiento de sus funciones, entre ellas la judicial, puede causar perjuicios a los ciudadanos. La Administración de Justicia en España es el servicio público peor valorado por los ciudadanos. En el *«Informe de Calidad de los servicios públicos en tiempos de austeridad»*[6] (informe del 2014), del Ministerio de Hacienda

[5] *Op. cit.* Observatorio Estatal de violencia sobre la mujer. Gobierno de España. http://www.violenciagenero.igualdad.mpr.gob.es/violenciaEnCifras/victimasMortales/fichaMujeres/pdf/Vmortales_2019_06_21.pdf

[6] *Vid.* «Calidad de los Servicios Públicos en tiempo de austeridad». Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, de la Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios. p. 47.

«Aunque puedan tenerse en cuenta las precisiones anteriores a la hora de interpretar los datos que siguen, lo cierto es que el porcentaje de ciudadanos que se declaran satisfechos con el funcionamiento de la administración de Justicia ha caído de forma importante en 2013 (8 puntos porcentuales, pasando del 24 por ciento en 2012 al 16 por ciento en 2013, lo que supone un 25 por ciento de reducción en un solo año del número de satisfechos), alcanzando un mínimo histórico de la serie, que implica que casi 8,5 de cada 10 ciudadanos encuestados consideran que el funcionamiento de la justicia en España no es satisfactorio. Es más, incluso se ha incrementado el porcentaje de personas que se sienten nada satisfechos con su funcionamiento hasta el casi 44 por ciento siendo el porcentaje más alto de toda la serie histórica».

y de Administraciones Públicas, de la Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios, consta que el porcentaje de ciudadanos que se declaran satisfechos con el funcionamiento de la administración de Justicia ha caído de forma importante en 2013 (8 puntos porcentuales, pasando del 24 por ciento en 2012 al 16 por ciento en 2013, lo que supone un 25 por ciento de reducción en un solo año del número de satisfechos), alcanzando un mínimo histórico de la serie, que implica que casi 8,5 de cada 10 ciudadanos encuestados consideran que el funcionamiento de la justicia en España no es satisfactorio. Es más, incluso se ha incrementado el porcentaje de personas que se sienten «nada satisfechas» con su funcionamiento hasta el casi 44 por ciento siendo el porcentaje más alto de toda la serie histórica elaborada por el Ministerio.

Este mal funcionamiento de una Administración Pública esencial para el enjuiciamiento y fallo (en los casos objetos de este estudio) no propicia una actuación que coadyuve, todo lo eficaz que fuera deseable, junto con otros mecanismos tutelares del Estado, a la prevención y represión de los delitos.

Las dilaciones indebidas en los procesos de enjuiciamiento y fallo, a veces conllevan una espera de la resolución definitiva o firme que no favorece la pacificación de la relación traumática de la pareja sometida a juicio, y además tiene un efecto penológico singular: la de atenuar la pena (art. 21.6.º del CP) del autor culpable del delito. La Ley Orgánica 5/2010 de 22 de Junio[7], en su preámbulo hace una declaración de asunción del mal funcionamiento de la Administración de Justicia cuando dice que se ha considerado conveniente otorgar carta de naturaleza legal a la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas, recogiendo los elementos fundamentales de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que ha construido esta circunstancia como atenuante por analogía. Esta circunstancia modificativa, de atenuación de la pena, significa, por una parte, que un mal funcionamiento de una Administración Pública, que debería conllevar una responsabilidad patrimonial del Estado, se convierte en una menor protección penal de la víctima al atenuársele la pena al autor culpable del delito. Desde esta óptica, el Estado no solo no asume su responsabilidad por mal funcionamiento de una Administración

---

https://letradosdejusticia.es/wp-content/uploads/2014/05/www.aeval_.es_export_sites_aeval_comun_pdf_calidad_informes_Informe_Percepcion_2014.pdf

[7] *Vid.* Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE núm. 152 de 23 de junio del 2010.

«En materia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal se ha considerado conveniente otorgar carta de naturaleza legal a la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas. Se exige para su apreciación que el retraso en la tramitación tenga carácter extraordinario, que no guarde proporción con la complejidad de la causa y que no sea atribuible a la conducta del propio imputado. De esta manera se recogen los elementos fundamentales de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que ha construido esta circunstancia como atenuante por analogía».

Pública, sino que desplaza sus efectos hacia a terceros[8]. Y es necesario determinar qué ha de entenderse por un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, y cuál es la responsabilidad del Estado, analizando la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas, su efecto reductor sobre la pena impuesta y la posibilidad de que la víctima del delito pueda exigir algún tipo de compensación a quien tiene la obligación de actuar con justicia, eficacia y dentro de los plazos razonables.

La doctrina construida por el Tribunal Supremo y por el Tribunal Constitucional, antes de la positivización de la atenuante a la que nos referimos, centra su atención técnica en el cumplimiento de una tutela judicial efectiva (art. 24 CE) sin dilaciones indebidas. Y con posterioridad a la LO 5/2010 de 22 de Junio, en la Sentencia del TC de fecha 11 de Abril del 2016[9], el Tribunal Constitucional declara la prohibición de retrasos injustificados en la marcha de los procesos judiciales, imponiendo a los Jueces y Tribunales el deber de obrar con la celeridad que les permita la duración normal o acostumbrada de los litigios de la misma naturaleza y con la diligencia debida en el impulso de las distintas fases por las que atraviesa el proceso. Y todo ello, en coincidencia con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el art. 6.1 del Convenio de Roma[10] (derecho a que la causa sea oída en «un tiempo razonable»), que ha sido tomada como el estándar mínimo garantizado en el art. 24.2 CE. Y asienta una regla de consideración hacia el justiciable, ajeno a la infraestructura material, humana y procesal que el Estado facilita a la Administración de Justicia para el cumplimiento de sus fines, aun cuando el retraso parezca obedecer a causas estructurales y a la carga de trabajo que pese sobre el órgano judicial. Motivos estructurales que, aunque *no*

[8] *Cfr.* Mayordomo Rodrigo, V. «*Atenuación de la pena por dilaciones indebidas y responsabilidad del Estado ante las víctimas*».

Revista General de Derecho Penal. ISSN-e 1698-1189, N.º 27, 2017

https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6037338

Resumen:

La actividad u omisión del Estado en el cumplimiento de cualquiera de sus tres funciones —administrativa, legislativa o judicial puede causar daños a los ciudadanos que deberían ser reparados por él. La realidad nos está demostrando, con demasiada insistencia, que la Justicia en España no está funcionando bien. Tras complejas y eficaces investigaciones y actuaciones de los cuerpos policiales, son muchos los asuntos conocidos en los que o bien las penas prescriben, o se conceden indultos por causas inexplicables o las penas se ven sensiblemente rebajadas debido a retrasos injustificados en la Administración de Justicia.

[9] *Vid.* Sentencia de la Sala Segunda del TC 63/2016, de fecha 11 de abril del 2016. BOE núm. 122 de 20 de mayo del 2016.

[10] *Vid.* Resolución de 5 de abril de 1999, de la Secretaría General Técnica, por la que se hacen públicos los textos refundidos del Convenio para la protección de los derechos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950; el protocolo adicional al Convenio, hecho en París el 20 de marzo de 1952, y el protocolo número 6, relativo a la abolición de la pena de muerte, hecho en Estrasburgo el 28 de abril de 1983. BOE núm. 108, de 6 de mayo de 1999.

«Artículo 6. Derecho a un proceso equitativo…»

imputables directamente al órgano judicial, no impide apreciar la vulneración del derecho del recurrente a un proceso sin dilaciones indebidas, pues esta situación no altera la naturaleza injustificada de dichas dilaciones, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en tanto que el ciudadano es ajeno a esas circunstancias.

Este deficiente funcionamiento de una Administración Pública estatal, además de desamparar a la víctima con una menor protección penal en beneficio del autor culpable del hecho, puede significar una revictimización de la mujer agredida al tener que soportar una excesiva espera en disponer de una resolución judicial firme que dé respuesta a su denuncia.

La injusticia de una justicia lenta nos obliga a reflexionar sobre las responsabilidades del Estado al no dotar a la Administración de Justicia de una infraestructura adecuada para el eficaz cumplimiento de sus fines ante los ciudadanos[11]; y la de los Jueces y Tribunales en el momento de ejercer su actividad jurisdiccional, como órganos gubernativos, que deben articular su funcionamiento con criterios de eficiencia, organización del trabajo, y racionalidad de los mismos, optimizando los recursos de que disponen.

Centrándonos en los efectos que puede producir el posible mal funcionamiento de la Administración de Justicia en la resolución judicial de las denuncias de violencia de género, y en la afectación que una excesiva dilación pueda producir en la víctima, tenemos que meditar nuevamente sobre lo que se denomina revictimización, victimización secundaria, o doble victimización, como proceso mediante el cual se produce un sufrimiento, estrés, y riesgo añadido, por parte de las instituciones (en este caso, la Judicial), con competencia para dar respuesta a la denuncia formulada por la víctima, tanto en el plano represivo de la conducta antijurídica por parte del autor, como en la función preventiva que una resolución firme y dictada en tiempo razonable pueda producir en el mismo para evitar futuras conductas reprochables. Y se acentúa esa inquietud en unos tiempos en los que la consolidación de la Victimología como disciplina de

[11] *Cfr.* Belloch Julbe, J.A. *«Las dilaciones indebidas».* Ponencia presentada por el autor en el curso sobre *«Poder judicial y proceso penal»,* en la Universidad Hispanoamericana Santa María de la Rábida, en agosto de 1989.

«El interés central de la presente Ponencia radica en tratar de avanzar alguna reflexión sobre el alcance de los deberes constitucionales que pesan sobre jueces y tribunales, en el concreto momento de ejercer su función jurisdiccional, ante el hecho evidente de la obvia injusticia de la Justicia lenta. Dicho en términos muy simples la cuestión podría sintetizarse así: 1.- La maquinaria judicial es hoy patológicamente lenta. 2.- La lentitud equivale, casi siempre, a un mayor o menor grado de injusticia. 3.- ¿Qué puede y debe hacer un juez ordinario "mientras tanto"? Esto es, mientras se producen, con inevitable lentitud, las reformas procesales y orgánica de carácter estructural».

https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2529940

carácter científico, sitúa en un plano principal a la víctima, quien en otros tiempos de la ciencia del Derecho Penal solo merecía un sentimiento de pena, y no tanto de justicia[12].

El sistema penal, comprendiendo en él tanto la investigación policial previa, como la Instrucción y la Vista, generan en la víctima una situación de estrés que en muchas ocasiones le hace desistir de su acción, por cuanto puede llegar a causarle incluso más daño traumático que la agresión[13].

La Sentencia del Tribunal Supremo 344/2019 de 4 de Julio, en el fundamento de Derecho noveno aborda la revictimización a la que ha sido sometida la víctima durante la duración del proceso[14].

La atención a las víctimas de los delitos, tras permanecer olvidadas durante tanto tiempo[15], ha propiciado que se dirigiese la vista hacia ellas en orden a conocer sus necesidades, reconocer sus derechos, y a no contraponerlos a los derechos de los delincuentes. Se pueden argüir para explicar este cambio de orientación teórica y de política criminal varios argumentos, (oportunismo político, presión de grupos organizados, etc.), pero sin duda han coadyuvado a esa visibilización los fenómenos del terrorismo y de la violencia de género, que han mostrado con toda crudeza los resultados de esos delitos. Hoy la victimología existe. Y tanto en la función legislativa sustantiva como en la procesal, deberían contemplarse los derechos de las víctimas hasta el punto de hacerles partícipes, como sujetos activos, de la justicia penal.

II. Las obligaciones internacionales de los estados en la prevención y lucha contra la violencia de género. La violencia «on line»

Las funciones tutelares del Estado en su obligación de prevención y lucha contra la violencia de género, no dimanan solo del convencimiento social local y de las normas que produce su poder legislativo nacional. La opinión mundial, expresada por los diver-

[12] *Cfr.* Núñez Paz, M.A. y Guillén López, G. *«Perfil de la Víctima de violencia intrafamiliar y de género desde una realidad latinoamericana. Estudio victimológico comparado de la Ciudad de Hermosillo (Sonora-México)»* dentro de la obra *«Estudios sobre la tutela penal de la violencia de género».* Núñez Castaño, E. y otros. Tirant lo Blanch. p. 305. Valencia. 2010.

«En la actualidad, la víctima adquiere un renovado interés. La Criminología, el Derecho Penal, la Política Criminal, la Psicología Social reconocen lo necesario que resulta su estudio, al mismo tiempo que precisan e incrementan los conocimientos científicos sobre la víctima».

[13] *Cfr.* Acale Sánchez, M. con prólogo de Faraldo Cabana, P. «*Violencia sexual de Género contra las mujeres adultas. Especial referencia a los delitos de agresión y abuso sexuales*». Reus. p. 401, Madrid 2019.

[14] *Op. cit.* STS 344/2019 de 4 de Julio.
https://supremo.vlex.es/vid/798365717

[15] *Cfr.* Larrauri Pijoán, E. *«Victimología: ¿Quiénes son las víctimas? ¿Cuáles sus derechos? ¿Cuáles sus necesidades?»*, N.º 15, pp. 21-31. 1992.
https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2520556

sos Organismos Internacionales, y suscrita por los Estados a través de los instrumentos internacionales de colaboración, como los Convenios, o los Tratados, entre otras formas de asumir los postulados de políticas encaminadas a solventar problemas comunes, obligan a los Estados a trasponer a sus ordenamientos jurídicos las previsiones legales que posibilite la armonización global de las políticas en sus diversos sectores. Y entre ellos, el de la lucha contra el maltrato femenino. La comunidad internacional ya no es insensible a las conductas violentas contra las mujeres por el hecho de serlo y a su discriminación y marginación.

Este objetivo de armonización de los diversos ordenamientos jurídicos mundiales se hace más necesario con la irrupción en las relaciones personales e institucionales de las nuevas tecnologías, significando una verdadera revolución en todos los ámbitos sociales y por ello también, inevitablemente, en el mundo de la delincuencia[16]. A esta realidad tecnológica global no son ajenos los Organismos Internacionales más representativos, como la Organización de las Naciones Unidas, —ONU— o los Internacionales territoriales, como la Unión Europea —UE—, ni los Tribunales Internacionales como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos —TEDH—, o el Tribunal de Justicia de la Unión Europea —TJUE—. La normativa internacional, de aplicación directa en algunos casos, como el Convenio de Estambul, o los Reglamentos de la Unión Europea, o con la necesaria trasposición a los ordenamientos jurídicos locales, como las Directivas en la UE, entre otros tipos de actos jurídicos internacionales, obligan a los Estados miembros a poner en práctica las políticas (en el caso que nos ocupa de lucha contra el maltrato de la mujer) acordadas en el seno de estas institucionales supranacionales.

La incidencia de la tecnología en las comunicaciones global ha creado formas delictivas que ponen en jaque no solo a la normativa sustantiva de cada País, sino a las normas procesales, de investigación policial, de persecución, de enjuiciamiento y fallo y de cumplimiento de la pena. La aparición del acoso y acecho cibernético, la difusión de documentos e imágenes sin consentimiento, y otras formas coactivas delictivas de ciberviolencia a través de Internet, requieren la colaboración de las distintas Policías

[16] *Cfr.* Gonzalez Cussac, J.L. *«Estrategias legales frente a las ciberamenazas».*

El presente trabajo se inserta en el marco del Proyecto de investigación «Nuevas amenazas a la seguridad nacional: terrorismo, criminalidad organizada y tecnologías de la información y la comunicación» (Ministerio de Ciencia e Innovación, referencia DER2008-05707).

https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/296108

«Un ejemplo es suficiente para subrayar la incidencia de estas novedosas proyecciones del terrorismo y del crimen organizado sobre las agendas de seguridad nacional: la globalización, la deslocalización, la ausencia de fronteras y las dificultades para identificar al atacante y capturarlo.

Esta es sin duda una de las cuestiones claves a resolver por los sistemas legales en la actualidad: ¿cómo hacer frente jurídicamente a un delincuente del que no se conoce exactamente ni su identidad ni su ubicación espacial? Es evidente que las estrategias de la disuasión ya no son suficientes, ni en el terreno militar ni tampoco aparentemente en el jurídico».

Nacionales, con unidades especializadas, y siempre necesitando el apoyo institucional de los Estados. Y en este punto, el Estado nacional debe asumir los deberes tutelares asumidos con la ratificación de los instrumentos internacionales suscritos.

Desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos[17] de 1948, donde en su preámbulo se dice que considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres, hasta uno de los más recientes, como el Convenio de Estambul, la comunidad internacional se conciencia y se obliga con el concepto de igualdad y de no discriminación entre hombre y mujer.

La Convención sobre la «Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer», hecho en Nueva York el 18 de diciembre de 1979, ratificado por España[18], proclama que, a los efectos de esa Convención, la expresión «discriminación contra la mujer» denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera. Y además de que los Estados firmantes deben condenar la discriminación contra la mujer en todas sus formas, se les exhorta a seguir sin dilaciones una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer, se comprometan a consagrar en sus Constituciones y en su legislación el principio de igualdad del hombre y la mujer, adoptando las medidas adecuadas, legislativas y de otro orden para prohibir la discriminación. Por tanto, las obligaciones de los Estados firmantes, entre ellos España, ya no dimanan solo de su política local, sino de la política común asumida a través de la ratificación de los diversos instrumentos internacionales, y cuyo incumplimiento puede ser reclamable ante los Tribunales internacionales competentes.

La Recomendación General núm. 19 del Comité de la ONU para la eliminación de la discriminación contra la mujer[19], incide en que la violencia contra la mujer es una forma de discriminación que inhibe gravemente la capacidad de gozar de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre, y recomendó que los Estados incluyeran en sus análisis

[17] *Op. cit.* Declaración Universal de Derechos Humanos Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.

https://www.ohchr.org/en/udhr/documents/udhr_translations/spn.pdf

[18] *Op. cit.* Instrumento de Ratificación de 16 de diciembre de 1983 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, hecha en Nueva York el 18 de diciembre de 1979. BOE núm. 69 de fecha 21 de marzo de 1984.

[19] *Vid.* Office of the high commissioner for human rights. La violencia contra la mujer: 29/01/92 CEDAW recom. general 19. (General comments) recomendación general N.º 19.

http://archive.ipu.org/splz-e/cuenca10/cedaw_19.pdf

https://www.ohchr.org/SP/HRBodies/CEDAW/ pp. es/Recommendations.aspx

información sobre la violencia y sobre las medidas adoptadas para tratarla. Recomendación que ha sido actualizada con la Recomendación núm. 35 de 26 de Julio del 2017[20]. En esta última, se hace una consideración que viene a corroborar que la violencia contra la mujer no es una lucha particular de un grupo social, sino una lacra mundial que hay que erradicar con el compromiso firme de todos los Estados. Dice en su Introducción que, durante más de 25 años, en su práctica, los Estados partes han respaldado la interpretación del Comité, y que la *opinio iuris* y la práctica de los Estados dan a entender que la prohibición de la violencia por razón de género contra la mujer ha pasado a ser un principio del derecho internacional consuetudinario. Y sigue denunciando, esta importante Recomendación, la falta de legislación en algunos Estados para hacer frente a la violencia contra la mujer, agravada por un concepto erróneo de tradición cultural o religiosa fundamentalista[21], y

[20] *Cfr.* Recomendación General núm. 35 de 26 de Julio del 2017.

https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2017/11405.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2017/11405

«A pesar de esos avances, la violencia por razón de género contra la mujer, ya sea cometida por Estados, organizaciones intergubernamentales o agentes no estatales, particulares y grupos armados entre otros, sigue siendo generalizada en todos los países, con un alto grado de impunidad. Se manifiesta en una serie de formas múltiples, interrelacionadas y recurrentes, en diversos ámbitos, del privado al público, incluidos entornos tecnológicos, y trasciende las fronteras nacionales en el mundo globalizado contemporáneo.

En muchos Estados, la legislación para hacer frente a la violencia por razón de género contra la mujer no existe, es insuficiente o se aplica de manera deficiente. La erosión de los marcos jurídicos y normativos que tienen por objeto eliminar la discriminación o la violencia por razón de género, justificadas a menudo en nombre de la tradición, la cultura, la religión o una ideología fundamentalista, y la reducción significativa del gasto público, a menudo como parte de las denominadas "medidas de austeridad" tras las crisis económicas y financieras, contribuyen a debilitar todavía más las respuestas de los Estados. En un contexto de reducción de los espacios democráticos con el consiguiente deterioro del estado de derecho, todos estos factores contribuyen a la persistencia de la violencia por razón de género contra la mujer y conducen a una cultura de impunidad».

[21] *Vid.* En su Introducción, apartado 7, se dice:

7. En muchos Estados, la legislación para hacer frente a la violencia por razón de género contra la mujer no existe, es insuficiente o se aplica de manera deficiente. La erosión de los marcos jurídicos y normativos que tienen por objeto eliminar la discriminación o la violencia por razón de género, justificadas a menudo en nombre de la tradición, la cultura, la religión o una ideología fundamentalista, y la reducción significativa del gasto público, a menudo como parte de las denominadas «medidas de austeridad» tras las crisis económicas y financieras, contribuyen a debilitar todavía más las respuestas de los Estados. En un contexto de reducción de los espacios democráticos con el consiguiente deterioro del estado de derecho, todos estos factores contribuyen a la persistencia de la violencia por razón de género contra la mujer y conducen a una cultura de impunidad.

Y como medidas legislativas generales, se recomienda:

A-29 c) Derogar, en particular en las leyes consuetudinarias, religiosas e indígenas, todas las disposiciones jurídicas que discriminan a la mujer y, de ese modo, consagran, alientan, facilitan, justifican o toleran toda forma de violencia por razón de género…

del entorno tecnológico que está invadiendo espacios de delincuencia desconocidos hasta hace pocos años[22].

En el ámbito regional europeo, el Consejo de Europa, en su Informe Final de Actividad sobre la violencia de género, en documentos elaborados en el marco de la campaña paneuropea para combatir la violencia contra las mujeres (2006-2008)[23], reconoce la difícil puesta en práctica en muchos Estados de las recomendaciones que tanto el Consejo como otras instituciones internacionales han elaborado en jornadas y sesiones de trabajo sobre la violencia contra la mujer. Y considera que, junto a las medidas legislativas, penales y procesales, es fundamental la sensibilización, la educación y la formación como armas fundamentales para combatir la violencia contra la mujer y garantizar la prevención, la protección y la prestación eficaz de los servicios, siendo necesario cambiar las actitudes y creencias que permiten que se produzca la violencia, informar a las mujeres de sus derechos y de los servicios de que disponen y formar al personal que presta esos servicios. Para ello se necesitan programas integrales de sensibilización a largo plazo, y campañas enfocadas hacia temas específicos de educación personal y social. Destaca también el papel nada desdeñable de los medios de comunicación, que pueden desempeñar una función importante en la sensibilización colectiva en la igualdad de género, desterrando estereotipos sexistas que perpetúen las ideas discriminatorias sobre la mujer. Y reiterando en varios apartados la importancia de la educación en la lucha preventiva para la erradicación de la violencia de género, especialmente dirigida a niños y adolescentes.

Como órgano jurisdiccional competente para conocer de las demandas interpuestas contra un Estado por particulares, asociaciones, u otros Estados contratantes, por violación del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos[24], —TEDH— como máxima autoridad judicial para la garantía de los derechos humanos y libertades fundamentales en toda Europa, excepto Bielorrusia, Kazajistán y la Ciudad del Vaticano. En base a la Jurisprudencia del TEDH, y con la construcción doctrinal de la obligación positiva, se puede obligar a los Estados a la prestación de determinadas formas de protección de los derechos.

[22] *Op. cit.* Recomendación General núm. 35 de 26 de Julio del 2017, de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de Naciones Unidas. p. 4.

https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2017/11405.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2017/11405

[23] *Vid.* División de Igualdad de Género y Tráfico de Seres Humanos. Dirección General de Derechos Humanos y Asuntos Jurídicos. Estrasburgo, septiembre de 2008

http://www.violenciagenero.igualdad.mpr.gob.es/violenciaEnCifras/estudios/colecciones/pdf/libro4_consejoeuropa.pdf

[24] *Vid.* página oficial del Consejo de Europa.

https://www.echr.coe.int/ pp. es/home.aspx?p=applicants/spa&c

Esta construcción interpretativa del TEDH no es ajena a nuestra Constitución, por cuanto en el art. 10.2 CE ya dispone que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y Acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España. Y puesto en conexión con el art. 1.1 CE, por el que España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad, y con el art. 9.2 CE, asumiendo que corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, es obvio que la inacción de los Estados en la protección de esos derechos puede ser reclamable ante las instancias internacionales, como es el caso del TEDH[25].

Por citar otro de los instrumentos de cooperación internacional más recientes, traemos nuevamente a colación el Convenio de Estambul[26], suscrito por España y publicado en el BOE de fecha 6 de Junio del 2014. Entre sus objetivos, plasmados en el art. 1, como principios básicos a desarrollar en el resto del articulado, está la de concebir un marco global de políticas y medidas de protección y asistencia a todas las víctimas de violencia contra la mujer y la violencia doméstica, propiciando la cooperación internacional, apoyando y ayudando a las organizaciones y fuerzas y cuerpos de seguridad para cooperar de manera eficaz para adoptar un enfoque integrado con vistas a eliminar la violencia contra la mujer. El resto del articulado desarrolla estos principios, lo que significa que España tiene que adaptar sus mecanismos de actuación a lo asumido a través de este instrumento internacional.

El Convenio de Budapest[27], sobre ciberdelincuencia, aborda de manera frontal la nueva realidad digital, y el uso delictivo de las tecnologías de la información y la comunicación —TIC—. Las definiciones técnicas de su artículo 1, ya nos remite a un mundo tecnológico nuevo que por su alcance global plantea un escenario de actuación distinto a los *modus operandi* clásico de las autorías delictivas estudiadas en los Códigos Penales anteriores a la era digital. El *iter criminis,* es decir, el camino que recorre el autor del

[25] *Cfr.* Freixes Sanjuán, T. *«Las principales construcciones jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El standard mínimo exigible a los sistemas internos de Derecho en Europa»*.

https://personal.us.es/juanbonilla/contenido/cm/tribunal%20europeo%20de%20derechos%20humanos/jurisprudencia%20tedh/principales%20criterios%20jurisprudenciales%20del%20tedh.pdf

[26] *Op. cit.* Instrumento de ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011. BOE núm. 137 de fecha 6 de junio del 2014.

[27] *Vid.* Instrumento de Ratificación del Convenio sobre la Ciberdelincuencia, hecho en Budapest el 23 de noviembre de 2001. BOE núm. 226 de fecha 17 de septiembre del 2010.

hecho punible desde que concibe la idea de delinquir hasta que lo consuma, puede que transite por varios espacios jurídicos, sustantivos y procesales, diferentes. Esta nueva forma comisiva, como instrumento para cometer delitos de violencia de género (*on line),* deben poner en guardia a los Estados y disponer de fuerzas y Cuerpos de Seguridad especializados en ciberdelincuencia, y asumir los poderes públicos unos deberes de cooperación y ayuda mutua internacional, por cuanto el *forum loci delicti comissi* clásico puede dificultar la persecución del delito, y en casos extremos, llegar a la impunidad.

Los útiles para esta forma de comisión del delito puede ser un sistema informático, la expansión de datos informáticos, a través de un proveedor de servicios (art. 1 Convenio de Budapest), iniciado en un país, alojado el servidor en otro, y con una víctima, o víctimas, en otros. Sin una cooperación internacional y con una armonización de sus ordenamientos punitivos y procesales, y sobre todo, con la firme voluntad de cumplir las obligaciones asumidas en los Convenios y Tratados Internacionales, estas conductas de agresión de género resultan difícilmente perseguibles.

La problemática sobre competencia jurisdiccional queda reflejada en el art. 22 del Convenio (Jurisdicción), creando unas reglas de atribución de competencia, (y normas de conflicto de competencia), que solo con la buena voluntad de los Estados se pueden salvar. La soberanía particular de cada Nación, reflejada en sus Códigos Penal y en sus normas procesales puede obstaculizar, en los casos de falta de colaboración, la investigación, persecución y enjuiciamiento de estos delitos que nos ocupa, dejando a las partes que reivindiquen su jurisdicción respecto de un presunto delito contemplado en el presente Convenio, a que celebren «consultas», siempre que sea oportuno, con miras a determinar cuál es la jurisdicción más adecuada para las actuaciones penales.

Y por último, y sin la pretensión de ser exhaustivo, en el ámbito de la Unión Europea, el Parlamento Europeo, entre otras resoluciones, la de «*Integración de la perspectiva de género en el Parlamento Europeo Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de enero de 2019, sobre la integración de la perspectiva de género en el Parlamento Europeo (2018/2162(INI*))[28], en base a los artículos 2 y 3 del Tratado de la Unión Europea (TUE), que establecen el principio de la igualdad entre hombres y mujeres como un valor de la Unión, además de otras declaraciones y Convenciones sobre la igualdad de géneros, considera que el principio de igualdad de género es un valor fundamental de la Unión Europea que se encuentra consagrado en los Tratados de la Unión y en la Carta de los Derechos Fundamentales, y que el artículo 8 del TFUE[29] estipula que en

[28] *Vid.* Parlamento Europeo, 2014-2019. *«Integración de la perspectiva de género en el Parlamento Europeo Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de enero de 2019, sobre la integración de la perspectiva de género en el Parlamento Europeo*» (2018/2162(INI).

http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2019-0010_ES.pdf?redirect

[29] *Vid.* Tratado del funcionamiento de la Unión Europea.

El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea es uno de los cuatro documentos constitutivos de la Unión Europea, junto con el Tratado de la Unión Europea (Tratado de Maastricht), el Tratado

todas sus acciones la Unión se fijará el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer, promover su igualdad y combatir la discriminación en la definición y ejecución de sus políticas y acciones.

Estas referencias a organismos internacionales que han abordado el problema de la violencia de género, nos sitúa frente a la realidad de que esta lacra no es un problema local sino global, que con mayor o menor intensidad afecta a todos los pueblos, y que resulta vital adoptar políticas comunes de coordinación, armonización de los mecanismos de prevención y represión, y una voluntad decidida a la cooperación y colaboración entre Estados. Especialmente, cuando las formas comisivas del delito desbordan el ámbito territorial (físico y jurídico) de un Estado, utilizando sus autores los recursos TIC que posibilitan delinquir en cualquier País del mundo y desde cualquier lugar, haciendo difícilmente aplicables las clásicas reglas competenciales procesales. Pero sin duda resulta esperanzador que la concienciación mundial sobre este grave problema común de la violencia contra las mujeres, por el hecho de ser mujeres, se haya plasmado en resoluciones de las grandes instituciones mundiales, representativas, en su conjunto, de todos los Estados, que apuestan sin reserva en la lucha para erradicar esta lacra.

La Organización de las Naciones Unidas, de ámbito universal, y la ONU-Mujeres[30], entidad de la ONU para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de la Mujer, o las constituidas dentro de un espacio regional, citando, por cercanía, al Consejo de Europa y al Consejo Europeo, además de organizaciones en otras áreas regionales de los demás Continentes, todas se han pronunciado inequívocamente a favor de la lucha contra la violencia de que son víctimas las mujeres en todo el mundo, exhortando a los Estados a que garanticen recursos eficaces para luchar contra las violaciones de los derechos humanos, y entre los más generalizados, la violencia contra las mujeres. Y en esa línea, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, estableciendo a través de su jurisprudencia la obligación positiva de los Estados en esa función tutelar de protección y aseguramiento de los derechos de todos sus ciudadanos, les impele a actualizar sus mecanismos de respuesta, tanto policiales como jurídicos sustantivos y procesales, a fin de prevenir y reprimir la violencia de género en sus espacios territoriales de soberanía, con la posible sanción judicial en caso de dejación de funciones.

Estas consideraciones nos llevan a concluir que, a pesar de una cierta dispersión normativa en materia de prevención y erradicación de la violencia de género, y de los problemas en varios órdenes que plantea la ciberdelincuencia contra las mujeres, se observa que se van conformando unos estándares mínimos de protección que todos los Estados deben garantizar a las víctimas. No obstante, como los avances tecnológicos

---

constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (Tratado Euratom) y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDF).

https://www.boe.es/doue/2010/083/Z00047-00199.pdf

[30] *Op. cit.* ONU-Mujeres, https://www.unwomen.org/es

suelen superar los espacios normativos[31], no se puede descansar en esta lucha, máxime, cuando las cifras de malos tratos y de asesinatos de mujeres nos devuelven la imagen de la insuficiencia de la respuesta institucional.

III. El pacto de estado en materia de violencia de género: otro mecanismo estatal de prevención de la violencia de género

Tras la Ley 1/2004, se hizo necesario mejorar y actualizar dicha norma, a cuyo fin el Congreso de los Diputados aprobó por unanimidad el 23 de noviembre del 2016 una proposición no de ley con el objetivo de impulsar un Pacto de Estado contra la violencia de género. Y con la finalidad de articular dicho Pacto, se creó una Subcomisión en el seno de la Comisión de Igualdad del Congreso, que tras la comparecencia de 66 expertos, aprobó el 24 de Julio de 2017 un informe contemplando hasta 213 medidas[32] a incluir en el Pacto de Estado. Tras el paso por la Comisión de Igualdad pasó al Pleno del Congreso el 28 de septiembre del 2017 (núm. expediente 154/2), siendo aprobado en dicho Pleno, como así lo comunicó la Presidenta del Congreso de los Diputados a la Vicepresidenta del Gobierno y Ministra de la Presidencia y para la Administraciones Territoriales con fecha 29 de septiembre del 2017. Paralelamente, el 21 de diciembre del 2016 se constituyó en el Seno de la Comisión de Igualdad del Senado una Ponencia, a raíz de la cual se elaboró un informe con 265 medidas, aprobándose por la Comisión de Igualdad del Senado el 28 de Julio del 2017, y ratificado por unanimidad en el pleno del Senado el 13 de Septiembre[33]. En el diario de sesiones del Senado, del día 18 de Julio de 2017, se reconoce que, aunque es de destacar que España es un referente entre los países de nuestro entorno en esta lucha, pero, a pesar de los avances, queda un largo camino por recorrer porque la violencia sobre las mujeres no cesa, se perpetúa y se presenta con nuevas manifestaciones y de ahí la urgencia de ese pacto.

Para el desarrollo de ese Pacto de Estado, el Real Decreto Ley 9/2018 de 3 de Agosto 2018[34], articula una serie de medidas de protección de las víctimas, como el refuerzo de la asistencia jurídica, la no obligatoriedad de la denuncia para la acreditación de su

[31] Piénsese, por ejemplo, qué virtualidad tendría una orden de alejamiento contra un ciberacosador, con respecto a su víctima, si el medio del acoso es un ordenador, o un teléfono móvil, situado en cualquier país del mundo, y la víctima situada a miles de kilómetros, en otro Estado.

[32] *Vid.* Diario Oficial del Congreso de los Diputados. Secretaría General. http://www.mujeresenred.net/IMG/pdf/Pacto_de_estado_contra_la_violencia_de_genero.pdf

[33] *Vid.* Diario de Sesiones. Cortes Generales. Senado. http://www.senado.es/legis12/publicaciones/pdf/senado/ds/DS_C_12_155.PDF

[34] *Vid.* Real Decreto-Ley 9/2018, de 3 de agosto, de medidas urgentes para el desarrollo del Pacto de Estado contra la violencia de género. BOE núm. 188 de 4 de agosto de 2018.

condición de víctima mediante otras formas constatables de esa situación[35], la protección de los menores hijos de víctimas de violencia de género, y disposiciones de contenido económico y presupuestario.

La acreditación de una situación de violencia de género mediante informe de instituciones sociales, de los servicios especializados, o de los servicios de acogida destinados a víctimas de violencia de género de la Administración Pública competente, o por cualquier otro título (art. 23 RD-L 9-2018), es una medida discutible. La situación reconocida por algún organismo público de una víctima de violencia de género, pero de cuya situación no media denuncia o resolución judicial, puede plantear la cuestión nada accesoria, desde la óptica procesal penal, de asumir el hecho de denunciar obligatoriamente al tener conocimiento de la comisión de un delito público[36], o guardar silencio, lo que podría conllevar alguna responsabilidad del funcionario actuante.

Y considerando, como mecanismo eficaz de prevención y persecución de toda conducta relacionada con la violencia de género, el art. 27 del Convenio de Estambul, «alienta» a toda persona testigo de la comisión de cualquier acto de violencia incluido en el ámbito de aplicación del Convenio, «o que tengan serias razones para creer que se podrá cometer algún acto o que haya riesgo de que se produzcan nuevos actos de violencia» para que lo denuncien a las organizaciones o autoridades competentes[37].

En el otro aspecto del hecho «delictivo» estaría el presunto sujeto activo, quien, por una declaración de la víctima en una sede administrativa asistencial, quedaría marcado como maltratador «*inaudita parte»,* algo que en Derecho Penal está proscrito por cuanto atenta a los principios de presunción de inocencia, defensa, contradicción e inmediación judicial, es decir, de tutela judicial efectiva (art. 24 CE).

No cabe duda de que tanto la sociedad civil como los Poderes Públicos están concienciados para afrontar la lucha contra la violencia de género, en su doble vertiente de prevención y represión. Sin embargo, los resultados, a la luz de los datos del Observatorio Estatal de

[35] *Op. cit.* RD-Ley 9/2018.

«Artículo 23. Acreditación de las situaciones de violencia de género.

Las situaciones de violencia de género que dan lugar al reconocimiento de los derechos regulados en este capítulo se acreditarán mediante una sentencia condenatoria por un delito de violencia de género, una orden de protección o cualquier otra resolución judicial que acuerde una medida cautelar a favor de la víctima, o bien por el informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de que la demandante es víctima de violencia de género. También podrán acreditarse las situaciones de violencia de género mediante informe de los servicios sociales, de los servicios especializados, o de los servicios de acogida destinados a víctimas de violencia de género de la Administración Pública competente; o por cualquier otro título, siempre que ello esté previsto en las disposiciones normativas de carácter sectorial que regulen el acceso a cada uno de los derechos y recursos».

[36] *Vid.* A este respecto, el deber de denunciar que impone art. 262 de la LECr.

[37] *Op. cit.* Instrumento de ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011.

https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2014-5947

Violencia sobre la Mujer, no son satisfactorios. El número de asesinatos de mujeres a manos de sus parejas no cesa, y los casos de maltrato en cualquiera de sus formas, tampoco.

Hay que admitir que no es fácil desterrar esta lacra, pero la insatisfacción por los resultados no deseados no puede llevar al Estado (y en la configuración territorial de España, a las Autonomías dentro de sus competencias legislativas), a legislar en una especie de huida hacia adelante sobre la violencia de género de manera no suficientemente reflexiva, olvidando que se trata de una conducta penal que debe ser abordada desde la doble vertiente de los sujetos activos y pasivos de la acción. La asistencia jurídica y social de las víctimas, deseable y obligada en todos los casos, no puede conducir a la creación de normas que conculquen principios básicos del Derecho Penal. Por ejemplo, y por razón de cercanía, la acreditación de la violencia de género en el art. 30 de la Ley 7/2018 de 30 de Julio, del Parlamento de Andalucía[38]. En dicha norma autonómica se dispone que en los supuestos en que se exija la acreditación de la situación de violencia de género para el reconocimiento de los derechos regulados en la referida Ley y de aquellos que se deriven de su desarrollo reglamentario, solo en el apartado e) se contempla que se aporte resolución judicial por violencia de género, o documento acreditativo de la orden de protección, medidas cautelares o sentencia condenatoria por violencia de género. En otros cinco apartados de los que describe la norma (de un total de 8), resulta suficiente con la certificación de un órgano administrativo (servicios sociales, y cualquier otro que venga establecido por norma de rango legal), o un informe del Ministerio Fiscal

[38] *Vid.* Ley 7/2018, de 30 de julio, por la que se modifica la Ley 13/2007, de 26 de noviembre, de medidas de prevención y protección integral contra la violencia de género. BOJA núm. 148 de 1 de agosto de 2018.

Artículo 30. Acreditación de la violencia de género.

1. En los supuestos en que se exija la acreditación de la situación de violencia de género para el reconocimiento de los derechos regulados en la presente Ley y de aquellos que se deriven de su desarrollo reglamentario, esta acreditación se realizará, según lo establecido para cada caso, a través de los siguientes medios:

a) Certificación o informe de los servicios sociales y/o sanitarios de la Administración Pública competente.

b) Certificación o informe de los servicios de atención a víctimas de la Administración Pública competente.

c) Certificación o informe de los servicios de acogida de la Administración Pública competente.

d) Informe de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social, en los casos de acoso sexual y por razón de sexo en el ámbito laboral.

e) Resoluciones judiciales por violencia de género: documento acreditativo de la orden de protección, medidas cautelares o sentencia condenatoria por violencia de género.

f) Informe del Ministerio Fiscal de cuyo contenido se desprenda que existen indicios de violencia de género.

g) Atestado de la autoridad policial que acredite la existencia de indicios razonables sobre la condición de víctima.

h) Cualquier otro que venga establecido por norma de rango legal».

(que no es el titular de la función jurisdiccional) o un Atestado de la autoridad policial que acredite la existencia de indicios razonables sobre la condición de víctima (lo que sitúa a la policía como «autoridad» y además con la facultad cuasi-jurisdiccional de apreciar indicios de violencia de género). Esta facilidad administrativa para declarar sobre un hecho (delictivo) con el objetivo de la obtención de beneficios sociales, pugna con la dispensa de declarar en el procedimiento penal —si se llegare al mismo— del art. 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a la que se acogen muchas denunciantes en el acto del Juicio. Esta última postura procesal es entendible desde muchos puntos de vista: es una violencia peculiar y distinta, que sume a la mujer que la sufre en una situación de pérdida marcada de su autonomía personal; es una violencia ejercida por alguien conocido, cercano y en algún momento, querido, conviviendo en el mismo domicilio, y en muchos casos con hijos comunes. Y esa falta de pruebas a través de la —no— declaración de la denunciante, si no concurren con otras, en muchos casos propicia la absolución del acusado. Habría que articular un procedimiento que evitase la revictimización de la mujer objeto de maltrato, concediendo valor probatorio a la primera declaración ante el Juzgado, y no teniendo que repetirla en el plenario por la violencia psicológica del momento. Pero no es recomendable que, en sede administrativa, con un objetivo no de justicia penal, sino de ayuda social, la declaración sea cuasi-constitutiva de la comisión de un hecho penal por parte de un autor, y en sede judicial, sea dispensada de declarar lo mismo.

Esta Ley, que se inspira en la corriente normativa del Convenio de Estambul, (según su Exposición de Motivos), y a la necesidad ineludible de armonizar la legislación de los países miembros del Consejo de Europa, evitando un ámbito distinto de protección a las referidas víctimas de violencia en función de su país de residencia, así como a lo emanado de las instituciones de la Unión Europea, como ámbito regional al que pertenecemos, pretende facilitar la asistencia social y económica a las víctimas —algo loable, sin duda— pero teniendo como presupuesto la declaración en sede administrativa de un hecho delictivo, sin percatarse de que aparejada a esa afirmación de la comisión de un delito está la determinación de la autoría delictiva de una persona, algo inadmisible en Derecho Penal.

El art. 18.4 del Convenio de Estambul ciertamente contiene una disposición que pretende facilitar la prestación de servicios sociales no haciéndolo depender de la voluntad de la víctima de emprender acciones legales ni de testimoniar contra cualquier autor de delito. Y en ese sentido, pero con ampliación del concepto, el art. 23 de la Ley 1/2004 LOPIVG, con la reforma de R.D Ley 9/2018. Pero que un órgano administrativo *(«por cualquier otro título»),* certifique que existe una situación de violencia de género (lo que conlleva necesariamente la existencia de un autor) para conseguir una serie de prestaciones económicas por parte de quien dice ser la víctima, puede ser un procedimiento administrativo peligroso que vulnere todos los principios básicos del Derecho Penal. No se puede obviar que la violencia de género es un hecho de naturaleza jurídico penal regulada por normativa penal sustantiva y procesal, no pudiendo un funciona-

rio administrativo certificar la comisión de ese hecho, tanto por falta de competencia jurisdiccional, como prescindiendo de todas las garantías que lleva consigo la tutela judicial efectiva del art. 24 CE, entre ellas, el derecho a la defensa y a la presunción de inocencia. Esa forma de conseguir beneficios económicos no es compatible con la expedición de un documento administrativo, por un funcionario, de presunta autoría de un hecho penal, que incluso podría ser aportado en un eventual procedimiento penal posterior como prueba documental, pudiendo el inculpado verse obligado a tener que probar su inocencia.

En el plano crítico, hoy se cuestiona que el Pacto de Estado, transcurridos tres años de vigencia (2017-2020), y a trece años de la LOPIVG (2004-2017), resulte un instrumento que haya acreditado una eficiencia como para apreciar un serio avance en la pretendida erradicación de esta lacra social.

La resistencia a admitir un derecho penal sexuado como respuesta jurídico penal a la violencia de género, con unas reformas sustantivas y procesales que una vez sometidas a la prueba de la operatividad diaria de los Juzgados y Tribunales no arrojan un resultado pacífico[39], y que con la información estadística que nos ofrecen los Observatorios de violencia sobre la mujer, que tampoco nos alientan a creer en su acierto, conforman una realidad normativa con más riesgos que avances[40].

[39] *Op. cit.* Tardón Olmos, M. «*La interpretación de la análoga relación de afectividad, «aun sin convivencia»,* http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Actividad-del-Observatorio/Premios-y-Congresos/relacionados/La-interpretacion-de-la-analoga-relacion-de-afectividad---i-aun-sin-convivencia--i-

[40] *Cfr.* Villacampa Estiarte, C. «*Pacto de estado en materia de violencia de género: ¿más de lo mismo?»,* Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. pp. 1-38. Artículos ISSN 1695-0194-2018 http://criminet.ugr.es/recpc/20/recpc20-04.pdf

39

LA VIGENCIA DEL DELITO DE MANIPULACIÓN GENÉTICA A EXAMEN: ¿ES NECESARIA UNA ACTUALIZACIÓN?*

Ekain Payán Ellacuria**
Profesor Adjunto de Derecho Administrativo
Universidad del País Vasco UPV/EHU

SUMARIO: I. Introducción. II. La edición genética humana en línea germinal vía *crispr-cas9*. III. Los instrumentos jurídicos sobre edición de genes a escala supranacional. III.1. Marco internacional. III.2. Marco europeo. IV. La regulación de la ingeniería genética en la normativa española. IV.1. Análisis jurídico-penal del artículo 159 del Código Penal. V. Consideraciones finales. VI. Bibliografía.

* El presente trabajo se enmarca dentro del proyecto de investigación: Grupo de Investigación del Sistema Universitario Vasco en Ciencias Sociales y Jurídicas aplicadas a las Nuevas Tecnociencias de la UPV/EHU (IT 1541-22), Departamento de Educación del Gobierno Vasco"; y «El Derecho Penal ante los retos actuales de la Biomedicina (DERPEBIO)». Referencia: PID2022-136743OB-I00. Proyectos de Generación de Conocimiento 2022. Entidades financiadoras: MCIN / AEI / y FEDER Una manera de hacer Europa.

** El Profesor Romeo Casabona fue un auténtico maestro, en el sentido más literal de la palabra, para aquellos que tuvimos el honor de conocerle. Es de sobra conocida su distinguida y vasta obra académica, a la que se dedicó en cuerpo y alma, y sobre la que, por inabarcable, no me extenderé en esta ocasión, pues podría incurrir en el indeseable riesgo de dejar alguna sin citar. Pero el Profesor Romeo fue mucho más. Era todo un referente, una persona que lideraba con el ejemplo, de las que uno siempre procuraba escuchar con la máxima atención, pues detrás de cada conversación —no infrecuentemente a altas horas de la noche— y sus múltiples y jocosas anécdotas siempre subyacía un valioso consejo, cuando no una lección para la vida. Mente lúcida y trabajador incansable, como muestra de su carácter aragonés que pregonaba con orgullo también en «su Bilbao», no cejó en su empeño hasta culminar con éxito su tercer doctorado, esta vez, en Historia Medieval. Y ya, sabedor de la misión cumplida, a pesar de que había vislumbrado con audacia nuevas áreas de investigación en las que había conseguido involucrar a varios de sus discípulos, se permitió marchar. Me siento profundamente agradecido al Profesor Romeo por haber creído en mí, dándome la oportunidad de iniciar mi investigación bajo su dirección mientras disfrutaba de una beca de colaboración de la Universidad de Deusto en la extinta Cátedra Interuniversitaria Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano, y por todo cuanto hizo por mí en adelante. Llevaré, junto a la familia académica que fundó y de la que tan satisfecho se sentía, su legado siempre conmigo. Sirva a tal efecto y como reconocimiento a su eterna figura esta humilde contribución sobre uno de los muchos desafíos de los que fue pionero en ocuparse: el delito de manipulaciones genéticas. Con mi gratitud y admiración, hasta siempre, Profesor.

I. Introducción

Los avances en genética, en general, y en biotecnología, en particular, que ya se adivinaban con motivo del Proyecto Genoma Humano, tuvieron su traslación, primero, en los proyectos de ley orgánica de 1992 y 1994[1] y, después, en el Libro II de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (CP) mediante la introducción de un nuevo Título V, bajo la denominación «delitos relativos a la manipulación genética». Lo hizo, incluso, provisto de una cierta nota de excepcionalidad en el contexto del Derecho Penal Comparado[2] y con anterioridad al Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina (Convenio de Oviedo), auspiciado no solo por un fin simbólico, sino preventivo[3] ante la relevancia de los bienes jurídicos que se pretendían tutelar.

Desde entonces, las sucesivas reformas del CP impulsadas en 2003, 2010 y 2015 no han llevado aparejada una modificación material de las figuras delictivas que integran el predicho título, cuyo contenido original subsiste en su integridad. Empero, es, precisamente, en ese último año cuando se produjo el primer ensayo clínico[4] a través de una de las herramientas de edición genética más prometedoras de los últimos tiempos[5] en tanto en cuanto tiene la virtualidad de curar enfermedades genéticas graves de carácter hereditario: *CRISPR-Cas9*.

Tras una década de progreso en el uso de esta técnica —que ya habría tenido como corolario el nacimiento de, al menos, los dos primeros seres humanos editados genéticamente[6]— y 30 años de vigencia de los delitos de manipulación genética, parece

[1] Con marcadas diferencias entre ambos, pues mientras el primero abogaba por su inclusión en el CP, el segundo se inclinaba por su regulación a través de las leyes especiales de 1988 —Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida; y Ley 42/1988, de 28 de diciembre, de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos. Ambas precursoras de las actuales leyes 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (LTRHA); y 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica (LIB), respectivamente—. El Profesor Romeo se mostró, en atención a la diversidad de bienes jurídicos protegidos y modalidades comisivas, más proclive a esta segunda vía, si bien no consideró particularmente censurable la protección penal. Romeo Casabona, Carlos María, «Genética y Derecho Penal: los delitos de lesiones al feto y relativos a las manipulaciones genéticas», *Derecho y Salud*, Núm. 1, Vol. 4, 1996, p. 171, p. 173.

[2] Secundando las iniciativas legislativas en Reino Unido, Alemania, Francia y, allende las fronteras europeas, Brasil. Véase Romeo Casabona, Carlos María, «Genética…», ob. cit., pp. 168-170.

[3] Urruela Mora, Asier, «La clonación humana ante la reforma penal y administrativa en España», *Revista Penal*, Núm. 21, 2008, pp. 177-178.

[4] De Miguel Beriain, Iñigo y Armaza Armaza, Emilio José, «Un análisis ético de las nuevas tecnologías de edición genética: el CRISPR-Cas9 a debate», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Vol. 52, 2018, p. 180.

[5] No en vano, su desarrollo ha supuesto la concesión del Nobel de Química 2020 a los equipos de investigación liderados por Doudna y Charpentier. The Royal Swedish Academy of Sciences, *The Nobel Prize in Chemistry 2020*, 2020. Disponible en: https://www.nobelprize.org/prizes/chemistry/2020/press-release/ [Última consulta: 4 de mayo de 2025].

[6] Regalado, Antonio, «Exclusive: Chinese scientists are creating CRISPR babies», *MIT Technology Review*, 2018. Disponible en: https://www.technologyreview.com/2018/11/25/138962/exclusive-chinese-scientists-are-creating-crispr-babies/ [Última consulta: 4 de mayo de 2025].

adecuado cuestionarse si su configuración actual se antoja suficiente para responder a los retos no ya *futuribles*, sino del *presente* que representan las tecnologías convergentes, si requieren de una actualización o si, más bien al contrario, debieran suprimirse.

Tendente a resolver esta hipótesis, primero se introducirá la terapia génica para el tratamiento de enfermedades, deslindando entre línea somática y germinal. Acto seguido, se hará referencia a los instrumentos jurídicos internacionales sobre edición de genes y a la regulación de la manipulación genética en la normativa española. En concreto, se abordará la estructura dogmática del art. 159 del CP, con particular énfasis en los distintos elementos que integran la teoría del delito. Por último, se concluirá con una propuesta *de lege ferenda* en orden a cohonestar más adecuadamente los principios generales del Derecho Penal.

II. La edición genética humana en línea germinal vía *CRISPR-Cas9*

Aunque ha sido a partir del año 2013, con la adición de la endonucleasa *Cas9* a *CRISPR*[7], cuando se ha constatado la posibilidad de aplicar la edición de genes a todo tipo de organismos vivos —y, por cuanto aquí interesa, en seres humanos—, la experiencia española con esta herramienta molecular se remonta dos décadas atrás. Y es que fue al profesor Francisco Juan Martínez Mójica, microbiólogo de la Universidad de Alicante, a quien se debe el descubrimiento de la repetición de unas secuencias en el genoma de determinados microoorganismos, que actúan como una suerte de sistema natural de defensa frente a infecciones víricas externas al incorporarlas a su memoria inmunitaria[8].

Su funcionamiento consiste en dirigir las tijeras moleculares (*Cas9*) a través de *CRISPR*, que hace las veces de guía, hacia la región del ADN en que se quiere realizar la incisión con el objetivo de inactivar —silenciar— la expresión genética deletérea, convirtiéndola en saludable. A pesar de las ventajas que suponen su efectividad, sencillez y coste económico decreciente, el principal obstáculo radica en la falta de seguridad de la técnica[9]. En efecto, el desconocimiento científico acerca de los sistemas de reparación

[7] Jinek, Martin, Chylinski, Krzystof, Fonfara, Ines, Hauer, Michael, Doudna, Jennifer A. y Charpentier, Emmanuelle, «A Programmable Dual-RNA-Guided DNA Endonuclease in Adaptive Bacterial Immunity», *Science*, Vol. 337, 2012.

[8] Mojica, Francisco Juan Martínez, Juez, Guadalupe y Rodríguez-Valera, Francisco, «Transcription at different salinities of Haloferax mediterranei sequences adjacent to partially modified Pstl sites», *Molecular Microbiology*, No. 3, Vol. 9, 1993, pp. 613-621. Este hallazgo también ha merecido el otorgamiento de diversos reconocimientos, entre los que destaca el galardón de Medicina más prestigioso de EE. UU. en 2017: el Premio Albany Medical Center. Disponible en: https://web.ua.es/es/actualidad-universitaria/historico/2017/septiembre17/25-30/el-cientifico-de-la-universidad-de-alicante-francis-mojica-primer-espanol-que-recibe-el-premio-albany-de-medicina.html [Última consulta: 4 de mayo de 2025].

[9] Marfany, Gemma, «Interrogantes y retos actuales de la edición genética», *Revista de Bioética y Derecho*, Núm. 47, 2019, pp. 19-20.

impide tener certeza sobre la ausencia de efectos fuera de la diana génica o producción de mosaicismo, pues actúan azarosamente, ignorándose su mayor o menor intensidad respecto a aquella que originalmente se pretende evitar.

En puridad, la terapia génica, entendida como «la administración deliberada de material genético en un paciente humano con intención de corregir un defecto genético, descartando de tal manipulación la inteligencia, el comportamiento y el aspecto físico»[10], puede producirse en línea somática o germinal. La primera tiene lugar sobre la persona nacida y carece de capacidad para alterar su patrón genético[11], por lo que los efectos se extinguen con el fallecimiento y es, en principio, lícita[12]. Por el contrario, aquella que acontece durante la etapa embrionaria en línea germinal tiene la potencialidad de afectar a las células reproductivas y, por ende, de ser heredadas por *toda* su descendencia[13].

Como se verá en los sucesivos documentos, no siempre se menciona explícitamente a cuál de las líneas se refiere, o si lo hace a ambas. No en vano, las intervenciones en línea germinal humana han copado el interés de bioeticistas y juristas, lo que ha concitado hondos debates que permanecen latentes[14] y de los que procedemos a ocuparnos a continuación.

[10] Lacadena, Juan-Ramón, «Manipulación genética», en Gafo, Javier (ed.), *Fundamentación de la bioética y manipulación genética*, Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1988, p. 162.

[11] Aunque tampoco cabría descartar categóricamente que puedan producirse mutaciones genéticas espontáneas con capacidad de alcanzar a las células germinales. Romeo Casabona, Carlos María, *Los genes y sus leyes. El derecho ante el genoma humano*, Cátedra Interuniversitaria Fundación BBVA-Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano-Comares, Bilbao-Granada, 2002, pp. 106-107.

[12] Así se deduce del apartado 92 del Informe Explicativo del Convenio de Oviedo, cuando, en un intento de arrojar luz sobre el art. 13 del mismo cuerpo legal, abre la puerta a tratar a pacientes con terapia génica en línea somática: «El artículo no prohíbe las intervenciones de tipo somático que podrían tener efectos secundarios no deseados en la línea germinal. Tal puede ser el caso, por ejemplo, de ciertos tratamientos de cáncer por radio o quimioterapia, que pueden afectar al sistema reproductor de la persona que se somete al tratamiento». Disponible en: https://www.chospab.es/comite_etica/documentos/documentos_internacionales/Informe_Explicativo_Convenio_Oviedo.pdf [Última consulta: 4 de mayo de 2025].

[13] «(…), cuando se tratara de realizar una terapia génica en la línea germinal, significaría que cualquier modificación que se practicase podría afectar a la propia dotación genética del embrión, la cual sería heredada por su futura descendencia. Actualmente, todavía no se conocen los efectos secundarios negativos a que podría dar lugar este tipo de terapia por lo que en un principio no será oportuno adoptar medidas definitivas, siendo que es más apropiado esperar a que se tengan más conocimientos sobre los efectos y una vez obtenidos, se decidirá la conveniencia o no de su práctica, apoyándose en normas jurídicas para proteger siempre los intereses de la descendencia». Emaldi Cirión, Aitziber, *El consejo genético y sus implicaciones jurídicas*, Cátedra Interuniversitaria Fundación BBVA-Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano-Comares, Bilbao-Granada, 2001, p. 98.

[14] De Miguel Beriain, Iñigo, «¿Modificar o no modificar el genoma de nuestra descendencia? Algunos comentarios a raíz de la Declaración del Comité de Bioética de España sobre la edición genómica en humanos», *Revista de Bioética y Derecho*, Núm. 47, 2019, pp. 63-64.

III. Los instrumentos jurídicos sobre edición de genes a escala supranacional

III.1. Marco internacional

En primer lugar, no debe desmerecerse la pronunciada carga moral de la Declaración Universal sobre los Derechos Humanos (DUDH), de 10 de diciembre 1948 —cuyo articulado ha sido mayoritariamente abrazado por el constitucionalismo moderno— ni la naturaleza jurídicamente vinculante de los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 16 de diciembre de 1966, reconociendo este último el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 12.1 PIDESC).

Sentado lo anterior, el tratado internacional por excelencia sobre las intervenciones en el genoma humano, dado su carácter vanguardista y de obligado cumplimiento para 29 de los 46 Estados miembros del Consejo de Europa que lo han ratificado —España inclusive, por lo que una, vez publicado en el Boletín Oficial del Estado, forma parte de nuestro ordenamiento jurídico interno en virtud del art. 96 de la Constitución Española (CE)— vio la luz en la capital del Principado de Asturias de la que toma su nombre. En efecto, el Convenio de Oviedo establece, en su art. 13, dos requisitos cumulativos: «Únicamente podrá efectuarse una intervención que tenga por objeto modificar el genoma humano por razones preventivas, diagnósticas o terapéuticas y solo cuando no tenga por finalidad la introducción de una modificación en el genoma de la descendencia»[15]. Como puede colegirse, el precepto ampara su uso para terapia génica, pero se infiere[16]

[15] Instrumento de Ratificación del Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina), hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997. Disponible en: https://www.boe.es/boe/dias/1999/10/20/pdfs/A36825-36830.pdf [Última consulta: 4 de mayo de 2025]. Al anterior se adicionan cuatro protocolos adicionales, los dos primeros ratificados por España: por el que se prohíbe la clonación de seres humanos (1998); sobre el trasplante de órganos y tejidos de origen humano (2002); sobre investigación biomédica (2005); y sobre análisis genéticos con fines de salud (2008). Almqvist, Jessica & Romano, Cesare P. R., «The Regulation of Human Germline Genome Modification in Europe», en Boggio, Andrea, Romano, Cesare P. R. & Almqvist, Jessica (eds.), *Human Germline Modification and the Right to Science. A Comparative Study of National Laws and Policies*, Cambridge University Press, Cambridge, 2020, pp. 173-174.

[16] Tras el transcurso de 25 años, en ejercicio del art. 32 del Convenio de Oviedo, el Comité Directivo de Derechos Humanos del Consejo de Europa en los ámbitos de la Biomedicina y la Salud realizó una reexaminación del art. 13 motivada por su inconcreción. Finalmente, decidió en octubre de 2022 mantener inalterado su tenor literal, si bien proporcionó algunas aclaraciones terminológicas. Council of Europe. Steering Committee for Human Rights in the Fields of Medicine and Health (CDBIO), *Intervention on the Human Genome. Re-examination process of Article 13 of the Oviedo Convention. Conclusions and clarifications*, 2022, p. 2. Disponible en: https://www.coe.int/es/web/human-rights-and-biomedicine/-/genome-editing-technologies-final-conclusions-of-the-re-examination-of-article-13-of-the-oviedo-convention [Última consulta: 4 de mayo de 2025].

la interdicción de *cualquier forma* de edición genética —también con fines de salud— que implique una modificación en la línea germinal[17].

Aunque tienen consideración de *soft law*, han de citarse tres declaraciones de la Unesco, aprobadas el 11 y 12 de noviembre de 1997 y el 19 de octubre de 2005, respectivamente. La primera es la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos (DUGHDH), subrayando ya desde su art. 1 que «(…) En sentido simbólico, el genoma humano es el patrimonio de la humanidad»[18] y cuyo art. 24 imbrica el principio inspirador de los derechos fundamentales a la dignidad humana con las intervenciones en línea germinal[19]. La segunda es la Declaración sobre las Responsabilidades de las Generaciones Actuales para con las Generaciones Futuras[20], siendo significativo el exhorto dual a la protección del genoma humano y a la diversidad biológica (art. 6) y al patrimonio común de la humanidad (art. 8). La tercera y por la que se culmina esta labor orientadora para coordinar la actuación de los Estados es la Declaración Universal

[17] «Es obvio que con esta frase se refiere a la terapia génica germinal y la prohíbe tajantemente —curativa como no curativa— puesto que no permite la realización de una intervención que modifique el genoma de la descendencia y precisamente, la terapia en línea germinal es la única que puede modificar dicho genoma en las generaciones futuras. Por tanto, nos encontramos que ante la regla general de permitir las intervenciones en el genoma con función médica tenemos una excepción: que dicha intervención no modifique el genoma de la descendencia». Emaldi Cirión, Aitziber, «Las intervenciones sobre el genoma humano y la selección de sexo (Capítulo IV)», en Romeo Casabona, Carlos María (ed.), *El Convenio de Derechos Humanos y Biomedicina. Su entrada en vigor en el ordenamiento jurídico español*, Cátedra Interuniversitaria Fundación BBVA-Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano-Comares, Bilbao-Granada, 2002, p. 209. Proponen una reforma del art. 13 que permita modificar la línea germinal por motivos terapéuticos, con la única exclusión de la eugenesia y estableciendo mientras tanto una moratoria condicionada a la seguridad *suficiente* de la técnica, Casado, María y López Baroni, Manuel Jesús, «La necesaria reforma del Convenio de Oviedo. A modo de presentación», en Casado, María y López Baroni, Manuel Jesús (coords.), *El Convenio de Oviedo cumple años. Propuestas para su modificación*, Universitat de Barcelona, Barcelona, 2020, p. 19.

[18] Muestra su estupor por la asociación de lo simbólico al patrimonio genético de la humanidad, con el consiguiente riesgo de difuminar su importancia jurídico-conceptual y derivar en un vaciamiento de su contenido, Romeo Casabona, Carlos María, «El Bioderecho y la Bioética, un largo camino en común», *Revista Iberoamericana de Bioética*, Núm. 3, 2017, p. 15.

[19] «El Comité Internacional de Bioética de la Unesco contribuirá a difundir los principios enunciados en la presente Declaración y a proseguir el examen de las cuestiones planteadas por su aplicación y por la evolución de las tecnologías en cuestión. Deberá organizar consultas apropiadas con las partes interesadas, como por ejemplo los grupos vulnerables. Presentará, de conformidad con los procedimientos reglamentarios de la Unesco, recomendaciones a la Conferencia General y presentará asesoramiento en lo referente al seguimiento de la presente Declaración, en particular en lo tocante a la identificación de prácticas que pueden ir en contra de la dignidad humana, como las intervenciones en línea germinal». Disponible en: https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/universal-declaration-human-genome-and-human-rights [Última consulta: 4 de mayo de 2025].

[20] Disponible en: https://www.unesco.org/es/legal-affairs/declaration-responsibilities-present-generations-towards-future-generations [Última consulta: 4 de mayo de 2025].

sobre Bioética y Derechos Humanos[21], donde también se expande la protección a las generaciones subsiguientes y, en especial, a su constitución genética (art. 16).

III.2. **Marco europeo**

La primera fuente del Derecho de la UE que puso coto a la edición genética fue la Directiva 98/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 1998, relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas, al expresar en su art. 6.2 que: «En virtud de lo dispuesto en el apartado 1, se considerarán no patentables, en particular: (…) b) los procedimientos de modificación de la identidad genética germinal del ser humano; (…)».

Teniendo como referente el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Convenio Europeo de Derechos Humanos), de 4 de noviembre de 1950, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), de 18 de diciembre del 2000, recoge un catálogo de derechos subjetivos de los ciudadanos europeos, afirmando sin ambages[22] en torno al derecho a la integridad de la persona del art. 3.2 b): «la prohibición de las prácticas eugenésicas, en particular las que tienen como finalidad la selección de las personas». Como quiera que los fines meliorativos o perfectivos a menudo suponen una reminiscencia a la eugenesia[23], no están permitidos en los Estados miembros de la UE.

La tercera norma jurídica comunitaria es la Directiva 2001/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de abril de 2001, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros sobre la aplicación de buenas prácticas clínicas en la realización de ensayos clínicos de medicamentos de uso humano. Su art. 9.6, además de ordenar la obtención de una autorización escrita para iniciar los ensayos clínicos que conlleven medicamentos de terapia génica, proclama: «No podrán realizarse ensayos de terapia génica que produzcan modificaciones en la identidad génica germinal del sujeto».

[21] Disponible en: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000146180_spa [Última consulta: 4 de mayo de 2025].

[22] «Sin embargo, no incluye ninguna referencia a la EGLGH, lo que resulta incoherente si tenemos presente que el Convenio Europeo sobre Derechos Humanos y Biomedicina de 1997, (…), y muchos Estados miembros de la Unión prohibían estas intervenciones en todo caso, y que el European Group on Ethics in Science and New Technologies (EGE) de la Comisión Europea se había manifestado también a favor de la prohibición». Bellver Capella, Vicente, «La revolución de la edición genética mediante CRISPR-Cas9 y los desafíos éticos y regulatorios que comporta», *Cuadernos de Bioética*, Núm. 90, Vol. 27, 2016, p. 230.

[23] Define los contornos entre la eugenesia tradicional y contemporánea, Lema Añón, Carlos, «¿Mejores que quién? Intervenciones de mejora, derechos humanos y discriminación», en Romeo Casabona, Carlos María (ed.), *Más allá de la salud. Intervenciones de mejora en humanos*, Comares, Bilbao-Granada, 2012, p. 47 y ss.

El último y más reciente texto es el Reglamento (UE) núm. 536/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre los ensayos clínicos de medicamentos de uso humano que, en consonancia con la Directiva 2001/20/CE[24], proscribe en su art. 90 que: «(…) No podrán realizarse ensayos clínicos de terapia génica que produzcan modificaciones en la identidad genética germinal del sujeto». Ello se contrapone a la Directiva 2009/120/CE de la Comisión, de 14 de septiembre de 2009, que modifica la Directiva 2001/83/CE del Parlamento Europeo y de Consejo, por la que se establece un código comunitario sobre medicamentos para uso humano, en lo que se refiere a los medicamentos de terapia avanzada, en tanto en cuanto, en lo tocante a los requisitos específicos para medicamentos de terapia génica, mandata en su art. 4.2.2. a) que: «los estudios de biodistribución deberán incluir investigaciones sobre la persistencia, la eliminación y la movilización; también deberán abordar el riesgo de transmisión a la línea germinal», lo que ha suscitado dudas interpretativas[25].

IV. La regulación de la ingeniería genética en la normativa española

El análisis del ordenamiento jurídico español ha de cimentarse sobre la base de su norma suprema. Por un lado, el art. 20.1.b) CE reconoce y protege la libertad de investigación científica y técnica como derecho fundamental[26] como derecho fundamental, lo que entraña reserva de ley orgánica (art. 81.1 CE) y tutela jurisdiccional por medio de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (TC, art. 53.2 CE) una vez expedita la vía de los tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad[27]. El art. 44.2 CE lo consagra como principio rector de la política social y económica, en lo que supone un compromiso formal de los poderes públicos de promover la ciencia y la investigación científico-técnica en beneficio del interés general —cuyo fomento y coordinación general es, a la postre, competencia exclusiva del Estado, mientras que el fomento de la investigación es asumido en concurrencia competencial con las comunidades autónomas, *ex* arts. 149.1.15.ª y 148.1.17.ª CE, respectivamente—. Por otro, la *Carta Magna* contiene entre sus arts. 14-29 y 30.2 la relación de derechos fundamentales y libertades públicas que pueden verse afectados por las intervenciones genéticas[28], pudiendo ser los más habituales los relativos a la igual-

[24] Considerando 75 del reglamento.

[25] López Baroni, Manuel Jesús, «Las Tres Europas frente a la encrucijada genómica», *Revista de Bioética y Derecho*, Núm. 47, 2019, pp. 83-84.

[26] Asimismo, arts. 19 DUDH, 15.3 PIDESC, 15 del Convenio de Oviedo, 12 b) DUGHDH y 13 CDFUE.

[27] Véase más ampliamente Bernardo-Álvarez, María Ángela, «La libertad de investigación como derecho fundamental: una aproximación jurídica», *Laicidad y libertades. Escritos jurídicos*, Núm. 23, 2023, pp. 102-118.

[28] El art. 20.4 CE opera como un límite interno más amplio al extender su red de protección a los arts. 10-55 CE y con remisión, entre otras, a la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del

dad y no discriminación (art. 14), vida e integridad física y moral (art. 15) e intimidad personal y familiar (art. 18.1). En consecuencia, el legislador español ha velado por una búsqueda de equilibrio entre los distintos bienes jurídicos que podrían verse lesionados o puestos en peligro, toda vez que ninguno de ellos ostenta carácter absoluto y habrán de ser debidamente ponderados conforme a las circunstancias concretas de cada caso.

Siguiendo en el descenso normativo, el CP tipifica entre sus arts. 159-162 los delitos relativos a la manipulación genética. Volveremos sobre este punto en la siguiente sección.

Cuando la intervención genética carezca de entidad y peligrosidad social suficiente como para ventilarse en un procedimiento penal —guiado, no se olvide, por los principios de intervención mínima y *ultima ratio*— habrá que estar a lo establecido por las leyes administrativas. Así, el art. 26.2.c) LTRHA acota la contravención de la norma a la existencia de fines no curativos o curativos no aprobados por la autoridad competente: «Son infracciones muy graves: 10.ª La selección del sexo o la manipulación genética con fines no terapéuticos o terapéuticos no autorizados»[29]. Las cuantías y límites de las multas administrativas figuran correlativamente en el art. 27.1 LTRHA: «Las infracciones (…) serán sancionadas con multa (…) las muy graves, desde 10.001 euros hasta un millón de euros». Junto con el anterior, el art. 74.2.C) LIB mantiene la misma calificación, si bien prescinde de la finalidad terapéutica: «Son infracciones muy graves: a) La realización de *cualquier* intervención dirigida a la introducción de una modificación en el genoma de la descendencia» (cursivas añadidas)[30]. La sanción pecuniaria del art. 75.1 LIB transcribe la de la LTRHA: «Las infracciones (…) contra

---

derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, y a Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia que les sirven de desarrollo: «Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia». Completan los límites a la investigación con gametos, preembriones o embriones humanos los arts. 18.2 del Convenio de Oviedo, 14.2 y 15 LTRHA y 33.1, 34.1 y 35.1 LIB, que prohíben la constitución de preembriones y embriones humanos con fines de experimentación, así como la transferencia a la mujer de gametos utilizados en investigación o experimentación y originar preembriones con fines de procreación, autorizándose única y condicionalmente la investigación o experimentación con preembriones sobrantes procedentes de la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida. Sobre el estatuto jurídico del ser humano en formación y su perspectiva gradualista, véase Romeo Casabona, Carlos María, «El estatuto jurídico del embrión humano», *Monografías Humanitas*, Núm. 4, 2004.

[29] Denotan escepticismo sobre la aplicabilidad de esta disposición debido a la falta de un procedimiento claro para la autorización de dichas técnicas, hasta el punto de considerarla inoperante, Romeo Casabona, Carlos María, De Miguel Beriain, Iñigo & Duardo Sánchez, Aliuska, «Gene Editing from the Perspective of Spanish Law», en Taupitz, Jochen & Deuring, Silvia (eds.), *Rechtliche Aspekte der Genom-Editierung an der menschlichen Keimbahn. A Comparative Legal Study*, Vol. 47, Springer, Berlín, 2020, p. 403.

[30] Siguiendo la literalidad de este precepto, no se consideraría infracción grave una intervención dirigida a cambiar la línea germinal. De Miguel Beriain, Iñigo, «Should human germ line editing be allowed? Some suggestions on the basis of the existing regulatory framework», *Bioethics*, Vol. 33, No. 1, 2019, p. 110.

lo previsto en esta Ley serán sancionadas con multa (…) las muy graves desde 10.001 euros hasta 1.000.000 de euros».

Por otro lado, la propiedad industrial se protege en España por medio de la Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes. Dentro de las excepciones a la patentabilidad, y de forma idéntica a la Directiva 98/44/CE, el art. 5 reproduce: «No podrán ser objeto de patente: 1. (…) b) Los procedimientos de modificación de la identidad genética germinal del ser humano».

En una posición jerárquicamente inferior se encuentran las disposiciones administrativas de carácter general. A pesar de que las leyes 35/1988, de 22 de noviembre, y 42/1988, de 28 de diciembre, fueron derogadas por la LTRHA y LIB, respectivamente, continúan en vigor sendos reglamentos ejecutivos anteriores a estas últimas: por un lado, el Real Decreto 412/1996, de 1 de marzo, por el que se establecen los protocolos obligatorios de estudio de los donantes y usuarios relacionados con las técnicas de reproducción humana asistida y se regula la creación y organización del Registro Nacional de Donantes de Gametos y Preembriones con fines de reproducción humana; por otro, el Real Decreto 413/1996, de 1 de marzo, por el que se establecen los requisitos técnicos y funcionales precisos para la autorización y homologación de los centros y servicios sanitarios relacionados con las técnicas de reproducción humana asistida. Finalmente, ha de mencionarse el Real Decreto 1090/2015, de 4 de diciembre, por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos, los Comités de Ética de la Investigación con medicamentos y el Registro Español de Estudios Clínicos, cuyo art. 17.3 secunda la dicción del antedicho art. 90 del Reglamento (UE) núm. 536/2014: «Quedan prohibidos los ensayos clínicos con medicamentos de terapia génica que produzcan modificaciones en la identidad génica de la línea germinal de la persona».

En síntesis, podría concluirse que la normativa española en materia de edición genética es fragmentaria y ciertamente restrictiva, si bien han de considerarse diversos matices que sirven para modular esta última manifestación[31].

IV.1. **Análisis jurídico-penal del artículo 159 del Código Penal**

El presente epígrafe versa exclusivamente sobre el art. 159 del CP, al incardinarse en el Título V tipos penales que —a salvo, por lo general, de la utilización de la ingeniería genética para la producción de armas biológicas o exterminadoras de la especie humana *ex* art. 160.1 del CP[32]— trascienden el concepto de manipulación genética en sentido

[31] Romeo Casabona, Carlos María, De Miguel Beriain, Iñigo & Duardo Sánchez, Aliuska, «Gene Editing from the Perspective of Spanish Law», en Taupitz, Jochen & Deuring, Silvia (eds.), *Rechtliche…*, ob. cit., pp. 393-396.

[32] De la Cuesta Arzamendi, José Luis, «Armas biológicas o exterminadoras e ingeniería genética: perspectiva jurídico-penal», en Romeo Casabona, Carlos María (ed.), *Genética y Derecho Penal.*

estricto[33], lo que ha sido puesto de manifiesto por la doctrina especializada[34] y cuya ubicación sistemática solo encuentra su débil engarce en la compartición de técnicas de genética humana utilizadas para la comisión del ilícito[35].

La manipulación de genes humanos era una materia emergente en el momento de su positivización que, al estar supeditada a los avances biomédicos, podía hacer atisbar su carácter cambiante[36]. Sin embargo, se ha dicho ya que este tipo penal no ha sido objeto de ulteriores modificaciones[37], lo que no exceptúa la edición genética y sin que ello suponga incurrir en analogía *in malam partem* (art. 4.1 CP)[38].

La conducta típica consiste en la «alteración del genotipo»[39] a través de intervenciones —generalmente, instrumentales— ejercidas sobre el gen. Aunque en términos

---

Previsiones en el Código Penal Español de 1995, Cátedra Interuniversitaria Fundación BBVA-Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano-Comares, Bilbao-Granada, 2001, p, 258.

[33] «Se hace necesario distinguir entre lo que es la verdadera y estricta manipulación genética (que tiene por objetivo la transformación del patrimonio hereditario del hombre) y otras actuaciones que no lo son, porque no modifican tal patrimonio, como la inseminación artificial. Utilizando la diferenciación desarrollada por Mantovani, que parte de la homogeneidad o heterogeneidad de contenidos, cabe distinguir entre un significado *restrictivo* y propio de manipulación genética, que comporta la modificación de los caracteres naturales del patrimonio genético. Supone la creación de nuevos genotipos, mediante la transferencia programada de un segmento específico de ADN, que contiene una particular información genética, de un organismo viviente a otro. Y, junto éste, un significado *amplio* e impropio que abarca también las manipulaciones de los gametos y de los embriones (no siempre dirigidas a la modificación del patrimonio genético, ni utilizando necesariamente técnicas de información genética o del ADN recombinante), e igualmente las técnicas de fecundación asistida, en las que sólo hay una manipulación germinal u obstétrica sin que ésta afecte al patrimonio hereditario». PERIS RIERA, Jaime Miguel, *La regulación penal de la manipulación genética en España. (Principios penales fundamentales y tipificación de las genotecnologías)*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 38-39.

[34] ROMEO MALANDA, Sergio, «Delitos relativos a la manipulación genética», en Romeo Casabona, Carlos María, Sola Reche, Esteban y Boldova Pasamar, Miguel Ángel (coords.), *Derecho Penal. Parte Especial*, 3.ª Edición, Comares, Granada, 2023, p. 129.

[35] Críticamente al respecto, SOLARI MERLO, Mariana Noelia, «Manipulación genética y bienes jurídicos: cuando la especie determina el interés afectado», *Nuevo Foro Penal*, Núm. 101, Vol. 19, 2023, p. 99.

[36] JORGE BARREIRO, Agustín, «Los delitos relativos a la manipulación genética en sentido estricto», en Romeo Casabona, Carlos María (ed.), *Genética…*, ob. cit., pp. 76-77.

[37] «1. Serán castigados con la pena de prisión de prisión de dos a seis años e inhabilitación especial para el empleo o cargo público, profesión u oficio de siete a diez años los que, con finalidad distinta a la eliminación o disminución de taras o enfermedades graves, manipulen genes humanos de manera que se altere el genotipo. 2. Si la alteración del genotipo fuera realizada por imprudencia grave, la pena será de multa de seis a quince meses e inhabilitación especial para el empleo o cargo público, profesión u oficio de uno a tres años».

[38] ROMEO CASABONA, Carlos María, DE MIGUEL BERIAIN, Iñigo & DUARDO SÁNCHEZ, Aliuska, «Gene Editing from the Perspective of Spanish Law», en Taupitz, Jochen & Deuring, Silvia (eds.), *Rechtliche…*, ob. cit., p. 398.

[39] «Delito consistente en la manipulación ilícita de genes humanos con el resultado de alterar el conjunto de genes o factores hereditarios de una persona contenidos en los cromosomas integrados en

generales se viene aludiendo a la capacidad de alterar, modificar, reordenar, suprimir o sustituir genes humanos, las voces autorizadas apuntan a que el estado actual de la ciencia limita, por el momento, la técnica a la inserción génica sin eliminación del defectuoso[40]. En todo caso, se trata de una acción positiva que, siguiendo la doctrina dominante, excluye que pueda producirse en la modalidad de comisión por omisión (art. 11 CP)[41].

El tipo del párrafo primero prohíbe su uso con finalidad distinta a la terapéutica, o, lo que es lo mismo, aquella que va más allá del estado *normal* o no patológico de salud. Se traduce, así, en la mayor aceptabilidad de los bienes absolutos frente a aquellos posicionales o comparativos[42]. Y es que, *a sensu contrario*, de la alusión a la «(…) finalidad *distinta* a la eliminación o disminución de taras o enfermedades graves, (…)» ha de entenderse implícita la exclusión penal de aquellas que pretendan reparar o aminorar malformaciones o patologías graves[43], sin perjuicio de su remisión a la normativa administrativa[44]. Igualmente, tampoco se encontraría amparada en el párrafo segundo aquella actuación terapéutica que no sea acorde a las reglas de la *lex artis ad hoc*[45]. Aunque no se especifica el medio con el que ha de realizarse, se entiende que,

---

cada uno de los núcleos celulares. Dicho conjunto se denomina *genotipo*». Diccionario panhispánico del español jurídico. Disponible en: https://dpej.rae.es/lema/alteraci%C3%B3n-del-genotipo [Última consulta: 4 de mayo de 2025].

[40] Romeo Malanda, Sergio, «Delitos relativos a la manipulación genética», en Romeo Casabona, Carlos María, Sola Reche, Esteban y Boldova Pasamar, Miguel Ángel (coords.), *Derecho*…, ob. cit., p. 131.

[41] Empero, resultaría controvertido el caso de los investigadores principales de proyectos de investigación, responsables de departamentos experimentales o médico/a responsable que, ocupando posición de garante en cumplimiento de un deber legal (art. 20.7 CP) o contractual de actuar, con infracción de ese deber jurídico y creación previa del riesgo para con el bien jurídico protegido, actúen con inobservancia de su responsabilidad *in vigilando*. García González, Javier, *Límites penales a los últimos avances de la ingeniería genética aplicada al ser humano*, Edersa, Madrid, 2001, p. 307.

[42] De Miguel Beriain, Iñigo, «¿Modificar…», ob. cit., p. 62, pp. 68-70.

[43] «(…), la primera apreciación que hay que realizar es la permisividad del legislador español respecto a la terapia génica germinal ejecutada de acuerdo a las reglas que se determinen en el ámbito del derecho administrativo-sanitario. De modo que, sea cual sea el contenido que se le dé al tipo del artículo 159 del Código Penal, la alteración del genotipo con finalidad de eliminar taras o enfermedades graves, actuando conforme a la *lex artis* profesional, queda extramuros del derecho punitivo». Benítez Ortuzar, Ignacio Francisco, *Aspectos jurídico-penales de la reproducción asistida y la manipulación genética humana*, Edersa, Madrid, 1997, p. 449. Entiende que constituye un elemento del tipo del delito de manipulación genética y no una causa de justificación, Portero Henares, Manuel, «La eliminación de taras o enfermedades graves como elemento del tipo del delito de manipulación genética», *Revista de Derecho y Genoma Humano. Genética, Biotecnología y Medicina Avanzada = Law and the Human Genome Review. Genetics, Biotechnology and Advanced Medicine*, Núm. 49, 2018, pp. 170-171.

[44] En la literatura se advierte, de hecho, sobre el «peligro de administrativización del Derecho Penal», limitándose este a una función sancionadora y secundaria, que absorbe varias de las características propias de la infracción administrativa. Peris Riera, Jaime Miguel, *La…*, ob. cit., pp. 68-70.

[45] García González, Javier, *Límites…*, ob. cit., pp. 314-315.

al tratarse de un delito de resultado material, este ha de ser dirigido, idóneo y real para tal fin, lo que requerirá el concurso de las herramientas biotecnológicas más efectivas, siendo atípicos los demás supuestos[46].

En cuanto al examen del tipo objetivo, el sujeto activo de este delito puede ser *cualquier* persona física[47] o jurídica[48] —«(…) los que, (…)»—, si bien es dable pensar que, por un lado, la formación en genética o medicina reproductiva de la que se precisa[49] para acometer el hecho típico; y, por otro, el establecimiento de la pena de inhabilitación especial para el empleo o cargo público, profesión u oficio convierte, desde un punto de vista material, al personal científico —y, en su caso, al equipo médico— en el autor —cooperadores necesarios— más probable del tipo.

El sujeto pasivo, en su dimensión individual, podría ser cualquier ente, toda vez que el tipo no delimita a qué estadio de desarrollo de la vida humana en formación se refiere. Una interpretación amplia permitiría incluir, en la medida en que se destinen a la reproducción humana, los gametos o el cigoto y el preembrión[50] o el embrión preim-

[46] Romeo Malanda, Sergio, «Delitos relativos a la manipulación genética», en Romeo Casabona, Carlos María, Sola Reche, Esteban y Boldova Pasamar, Miguel Ángel (coords.), *Derecho*…, ob. cit., pp. 131-132.

[47] También la mujer gestante que, teniendo dominio del hecho, presta su útero o permite la intervención a través de su cuerpo. Romeo Malanda, Sergio, *Intervenciones genéticas sobre el ser humano y Derecho penal*, Comares, Bilbao-Granada, 2006, pp. 299-301, p. 364.

[48] Art. 162 CP: «En los delitos contemplados en este título, la autoridad judicial podrá imponer alguna o algunas de las consecuencias previstas en el artículo 129 de este Código cuando el culpable perteneciere a una sociedad, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades». Este artículo fue introducido por medio de la reforma de 2003 y ha sido valorado positivamente: «(…) cabe señalar la difícil individualización de responsabilidades generada por la intervención de un elevado número de personas en la realización del injusto típico, así como la dificultad de perseguir en la práctica estas conductas pus serán realizadas, con bastante seguridad, desde el anonimato de especializados laboratorios. En este sentido, la posibilidad de aplicar una serie de medidas sobre las personas jurídicas constituye todo un acierto respecto a la regulación anterior». Peris Riera, Jaime M., «Manipulación genética, delitos relativos a (jurídico)», en Romeo Casabona, Carlos María (dir.), *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, Tomo II, Comares, Granada, 2011, p. 1065.

[49] Aunque *a priori* quepa considerar la naturaleza de estos delitos como especial, no obsta que puedan ser realizados por personas con conocimientos más elementales, tales como estudiantes o ayudantes, lo que hace más plausible su configuración como delito común para la doctrina mayoritaria. Romeo Malanda, Sergio, *Intervenciones…*, ob. cit., pp. 296-297.

[50] Para algunos autores quedaría excluido: «Desde un punto de vista sistemático, parece inadecuada la actual ubicación de estos delitos relativos a la manipulación genética si pretendieran proteger la vida humana preembrionaria, tanto porque no se sitúan junto a los otros tipos penales que protegen la vida humana cuanto porque se incluyen en el mismo Título delitos que indubitadamente no tienen por objeto dicha protección (reproducción asistida sin consentimiento de mujer)». Hernández Plasencia, José Ulises, «La protección penal del embrión preimplantatorio», en Romeo Casabona, Carlos María (ed.), *Genética*…, ob. cit., p. 118.

plantatorio[51], mientras que una interpretación restrictiva se circunscribiría al embrión postimplantatorio, al feto y al ser humano nacido[52]. En su vertiente supraindividual, alcanza la especie humana.

El objeto material en este ilícito es el genotipo, que se presume permanente y relativo a un ser humano[53]. Ahora bien, ha de puntualizarse que su modificación ya comporta la lesión del bien jurídico, por lo que la concurrencia de estas notas, junto a la de irreversibilidad, solo redundará en una mayor lesividad de la conducta dentro de la fase de determinación del marco penal concreto[54].

Por su parte, la identificación de un único bien jurídico tradicional fue tempranamente superada[55], no tanto por la aparición de nuevos intereses merecedores de protección penal, sino porque se erigieron nuevos modos de ataque[56]. Así, los distintos sectores doctrinales han venido invocando una multiplicidad de bienes, que dista mucho de ser pacífica: la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad, la vida humana prenatal y la integridad física y moral, la libertad individual, la intimidad personal, la salud, el genotipo, la identidad genética del ser humano individual[57], la inalterabilidad e intangibilidad del patrimonio genético no patológico o, de manera abreviada, la integridad genética, siendo esta última la que mayor consenso ha generado[58]. Se trata, en suma, de

[51] Para otros, quedan fuera del ámbito de protección del art. 159 CP las manipulaciones genéticas que se realicen sobre cualquiera de las anteriores entidades biológicas *in vitro*, incluso embriones preimplantatorios. Romeo Malanda, Sergio, *Intervenciones…*, ob. cit., pp. 357-358, p. 362.

[52] Dada la amplitud del tipo, es partidario de la exclusión de este último y su traslación a los delitos de lesiones de los arts. 149 y 150 CP, Romeo Casabona, Carlos María, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, Comares, Granada, 2004, p. 279, p. 288.

[53] Romeo Casabona, Carlos María, *Los…*, ob. cit., p. 283.

[54] Romeo Malanda, Sergio, «Delitos relativos a la manipulación genética», en Romeo Casabona, Carlos María, Sola Reche, Esteban y Boldova Pasamar, Miguel Ángel (coords.), *Derecho*…, ob. cit., p. 132.

[55] Véase, entre otros, Méndez Rodríguez, Cristina y Ruiz Rodríguez, Luis R., «Bien jurídico y modelos de protección en los delitos relativos a la manipulación genética», en Terradillos Basoco, Juan María, Méndez Rodríguez, Cristina y Ruiz Rodríguez, Luis (coords.), *Manipulación genética y nuevo Código Penal*, Universidad de Cádiz, San Roque, 1996, p. 13; Benítez Ortuzar, Ignacio Francisco, *Aspectos…*, ob. cit., p. 443; García González, Javier, *Límites*…, ob. cit., p. 285.

[56] Méndez Rodríguez, Cristina y Ruiz Rodríguez, Luis R., «Bien…», ob. cit., p. 15.

[57] Romeo Malanda, Sergio, «Delitos relativos a la manipulación genética», en Romeo Casabona, Carlos María, Sola Reche, Esteban y Boldova Pasamar, Miguel Ángel (coords.), *Derecho*…, ob. cit., p. 130.

[58] De la Cuesta Arzamendi, J. L., «Los llamados «delitos de "manipulación genética" en el nuevo Código Penal español de 1995», *Revista de Derecho y Genoma Humano = Law and the Human Genome Review*, Núm. 5, 1996, p. 62; Portero Henares, Manuel, «La…», ob. cit., p. 169; Sánchez Vilanova, M., «A propósito de la inalterabilidad e intangibilidad del patrimonio genético humano como bien digno de protección penal», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, Núm. 41, 2019, p. 147; Martínez Pérez, María Dolores, «El patrimonio genético de la humanidad como bien jurídico-penal», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Núm. 29, Vol. 29, 2023, p. 281, p. 295. A mayor

intereses de titularidad individual y, a su vez, colectiva[59], en tanto en cuanto conectan con la evolución humana.

La diferencia más relevante entre los arts. 159.1 y 159.2 estriba en el tipo subjetivo. La conducta del párrafo primero requiere dolo, al concurrir los elementos cognoscitivos y volitivos en el sujeto activo, pudiendo este ser directo de primer grado o eventual. De esta manera, serán punibles aquellas manipulaciones génicas sin fines terapéuticos que se produzcan en la línea germinal y supongan alteración genotípica, así como aquellas que, sin ser esta su finalidad principal, asuman las consecuencias antijurídicas que de tal intervención se pudieran derivar. Mientras tanto, el párrafo segundo aúna —al contrario y autónomamente del que le precede— tanto aquella intervención que, no teniendo por objeto alterar el genotipo, lo produce involuntariamente como la que, con finalidad terapéutica, lo modifique mediando una conducta *gravemente* imprudente[60]. En buena lógica, el más absoluto desprecio a la debida diligencia profesional o actuación negligente únicamente puede ser atribuida al facultativo, lo que resulta coherente con la pena accesoria de inhabilitación especial. Precisamente, en el alcance penológico radica otra de las diferencias más notables: el tipo básico se castiga con pena de prisión de dos a seis años[61] e inhabilitación de siete a diez años; por el contrario, el tipo imprudente

---

abundamiento, se desprende un conjunto de bienes, cuya tutela penal es susceptible de ser preservada: la inalterabilidad e intangibilidad del patrimonio genético no patológico del ser humano; la identidad e irrepetibilidad del ser humano, como derecho a la individualidad y a la condición de ser de uno mismo distinto a los demás, aceptando la complejidad y variabilidad de la naturaleza humana; el aseguramiento de la dotación genética doble y con ello de la línea genética masculina y femenina, a lo que pueden añadirse potenciales riesgos para la salud genética del procreado; y la protección de la supervivencia de la especie humana. Romeo Casabona, Carlos María, «Límites penales de las manipulaciones genéticas», en VV. AA., *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, Vol. II, Fundación BBV, 1994, pp. 204-206.

[59] Una de las críticas a esta vertiente dual y que no ha sido resuelta consiste en que asumir la relación de alternatividad entre ambos bienes jurídicos permitiría reputar suficiente la lesión de uno de ellos para entender consumado el tipo, lo que merecería una rebaja de la pena debido a la disminución del injusto y en seguimiento del principio de proporcionalidad. Romeo Malanda, Sergio, *Intervenciones…*, ob. cit., pp. 344-345.

[60] Romeo Casabona, Carlos María, *Los…*, ob. cit., p. 286. Algunos autores presentan dudas sobre estas notas. Por un lado, considerando extensiva al párrafo segundo la finalidad no terapéutica del párrafo primero: «Quedarían fuera, por tanto, las alteraciones del genotipo producidas por imprudencia grave en el marco de manipulaciones de genes humanos llevadas a cabo con el fin de eliminar o disminuir taras o enfermedades graves, las cuales sólo podrían ser, en consecuencia, punibles, de traducirse en resultados lesivos para la vida, salud e integridad personal, a través de los tipos generales de homicidio, aborto, lesiones o lesiones al feto». De la Cuesta Arzamendi, J. L., «Los…», ob. cit., p. 65. Por otra parte, cuestiona gramaticalmente la modalidad imprudente una interpretación teleológica que pudiera dar lugar a interpretar la existencia de una conducta doloso-eventual en el caso de los profesionales de la genética, Benítez Ortuzar, Ignacio Francisco, *Aspectos…*, ob. cit., p. 449, p. 456, p. 458.

[61] Una parte de la doctrina ha calificado negativamente la penalidad por la existencia de cierta desproporción comparativa con otros tipos penales, como son los de lesiones causantes de una grave enfermedad somática o psíquica y aborto consentido (arts. 145 y 149 CP, respectivamente). García

lo hace con pena de multa de seis a quince meses e inhabilitación de uno a tres meses, motivada por el menor desvalor de la acción.

Por lo demás, resulta de aplicación a este segundo párrafo lo explicitado respecto a los elementos típicos del art. 159.1 del CP, con la diferencia de que en la tipología imprudente no cabe su comisión en grado de tentativa (art. 16.1 CP) y sí el error de tipo vencible (art. 14.1 CP).

Por último, el delito de manipulación genética puede entrar en concurso ideal o medial (art. 77 CP), según se trate, con aquellos contra la vida y la integridad personal, tales como los de homicidio, aborto, lesiones y lesiones al feto[62].

V. Consideraciones finales

Retomando las hipótesis que se planteaban al inicio de este trabajo, parece razonable que, si la incorporación del delito de manipulación genética trataba de satisfacer un doble fin simbólico y preventivo ante el riesgo que ya entonces se anticipaba para importantes bienes jurídicos individuales y colectivos, a la vista de lo expuesto, la necesidad de su salvaguarda efectiva subsiste, aún con mayor intensidad, en la actualidad a pesar de su inaplicación hasta la fecha[63]. Así lo aconsejan el principio de precaución, dada la

---

González, Javier, *Límites*…, ob. cit., p. 321. Otra parte se sitúa en una posición diametralmente opuesta, para la que la alarma social que genera la posibilidad real de que esta técnica se aplique en la práctica la convierte en insuficiente. García Miranda, Carmen María, «La regulación jurídica de la manipulación genética», en Gómez y Díaz-Castroverde, José M. y Sanz Larruga, Francisco Javier (dirs.), Juane Sánchez, Miguel (coord.), *Lecciones de Derecho Sanitario*, Servizo de Publicacións Universidade da Coruña, A Coruña, 1999, p. 618. Para una tercera corriente, se considera suficiente y adecuada. Romeo Casabona, Carlos María, *Los*…, ob. cit., p. 287.

[62] En caso de concurrencia entre el bien jurídico supraindividual del delito de manipulación genética con alguno de los bienes individuales protegidos por las referidas figuras delictivas. Romeo Casabona, Carlos María, *Los*…, ob. cit., p. 278. De hecho: «Es muy factible que estas lesiones al feto vengan motivadas por las técnicas de manipulación genética que incidan sobre el concebido y no nacido, pudiendo ocasionar un menoscabo en su salud o integridad. Nos encontramos entonces con dos conductas delictivas distintas: lesiones al feto y manipulación genética, que inciden sobre bienes jurídicos diferentes: la salud e integridad corporal del feto, y la inalterabilidad del patrimonio genético, por lo que estaríamos ante un supuesto de concurso ideal (un sólo hecho vulnera dos bienes jurídicos) de delitos, aplicando la pena más elevada, que sería la del delito de manipulación genética, en su mitad superior (art. 77 C.P.)». García Miranda, Carmen María, «La regulación jurídica de la manipulación genética», en Gómez y Díaz-Castroverde, José M. y Sanz Larruga, Francisco Javier (dirs.), Juane Sánchez, Miguel (coord.), *Lecciones*…, ob. cit., p. 619.

[63] La experiencia más cercana al respecto tuvo lugar por medio de Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Mataró, de 2 de agosto de 1990, que, estimando una solicitud de selección de sexo por parte de una mujer que ya había tenido cinco hijos varones y que deseaba gestar una niña ante el trastorno depresivo que le provocaba la ideación de ausencia de cuidados durante su senectud, fue revocado por Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 14.ª, de 12 de noviembre de 1990, al no estar fundada en fines terapéuticos para el embrión, sino para la madre. Sea como fuere, la inexistencia

incertidumbre científica y los daños graves e irreversibles que son consustanciales al estado del arte de la edición genética germinal[64], y la gobernanza democrática[65]. En consecuencia, el mantenimiento de este tipo penal viene refrendado por argumentos científicos, jurídicos y sociales.

Despejada la incógnita acerca de su permanencia en el CP, coincidimos con el Profesor Romeo Casabona en que conviene depurar su técnica legislativa[66]. En primer lugar, no deja de resultar paradigmático que el legislador haya perdido la oportunidad de continuar con la hoja de ruta iniciada con la reforma del término «disminuidos» del art. 49 CE, sustituyéndola por la —acertada— «personas con discapacidad», para hacer lo propio con el término «taras» del art. 159.1 CP, suprimiéndolo. En todo caso, la indeterminación inherente al concepto de enfermedad, así como a su gravedad, seguiría incólume. En este sentido, sería plausible la creación de un listado de enfermedades, lo que redundaría en un mejor cumplimiento del principio de legalidad penal y taxatividad[67] (art. 25.1 CP) y en una mayor seguridad jurídica (art. 9.3 CE) tanto para los

---

de jurisprudencia no parece suficiente para avalar su destipificación: «En relación con otros delitos que no son cometidos nunca o lo son muy raramente, no se duda (como ocurre, p. ej., con los delitos contra la seguridad exterior del Estado), sin embargo, de la importante tarea que corresponde al Derecho Penal». Romeo Casabona, Carlos María, *Los…*, ob. cit., p. 275.

64 Romeo Casabona, Carlos María, «Aportaciones del principio de precaución al Derecho Penal», en Romeo Casabona, Carlos María (ed.), *Principio de precaución, Biotecnología y Derecho*, Cátedra Interuniversitaria Fundación BBVA-Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano-Comares, Bilbao-Granada, 2004, p. 392.

65 Por ejemplo, en sendas encuestas de la Fundación BBVA: «Los fines también condicionan la aceptación de la edición genética de embriones: mientras que resulta ampliamente aceptada, salvo en Alemania, para evitar la transmisión de enfermedades hereditarias (destacando la aceptación en España y Reino Unido), es ampliamente rechazada en todos los países en su uso hipotético para aumentar las capacidades mentales y, más aún, para modificar las características físicas». Fundación BBVA, *Estudio Europeo de Valores Fundación BBVA Tercera parte: Valores y actitudes en Europa hacia la ciencia, la tecnología y la naturaleza*, 2020, p. 54. Disponible en: https://www.fbbva.es/wp-content/uploads/2020/01/Presentacion_Estudio_Valores_Esfera_Privada_2019_Ciencia_Naturaleza.pdf [Última consulta: 4 de mayo de 2025]; «Las áreas que suscitan expectativas más favorables son la energía solar, seguida por Internet y la biotecnología (…). Aunque la mayoría cree que se trata de aplicaciones que mejorarán nuestra vida en los próximos años, las expectativas se moderan algo en campos como la robótica, nanotecnología, exploración del espacio e ingeniería genética». Fundación BBVA, *Estudio de opinión pública sobre cultura científica*, 2024, pp. 6-7. Disponible en: https://www.fbbva.es/wp-content/uploads/2024/03/anexo-cultura-cientifica-internacional.pdf [Última consulta: 4 de mayo de 2025].

66 Romeo Casabona, Carlos María, *Los…*, ob. cit., p. 288.

67 Denuncia que el tipo adolece, a grandes rasgos, de esta exigencia formal, García González, Javier, *Límites…*, ob. cit., pp. 283-284. Sobre la jurisprudencia constitucional del principio de taxatividad, véase, por todas, STC 75/2024, de 8 de mayo, FJ 3.º (ECLI:ES:TC:2024:75). Aprecia, más bien al contrario, un problema del principio de determinación, Portero Henares, Manuel, «La…», ob. cit., p. 180.

agentes sanitarios como para los operadores jurídicos implicados[68]. No siendo ajenos a las dificultades —tales como la ausencia de criterios objetivos y la constante labor de actualización— que entronca esta encomienda, lo más indicado parecería, llegados a ese punto, remplazar la descripción típica a la «(…) finalidad distinta a la eliminación o disminución de taras o enfermedades graves» por la más integradora «intervención no terapéutica», Ello también evitaría tener que interpretar qué ha de entenderse por «finalidad».

En segundo lugar, se ha puesto de manifiesto la falta de armonización para con otros textos internacionales[69] y nacionales, lo que también impregna la terminología, pues mientras estos últimos se refieren, indistinta y alternativamente, entre otros, al «genoma de la descendencia», a la «línea germinal» o a la «identidad genética germinal», el CP lo hace al «genotipo». Este último concepto presenta una innegable ambigüedad, pues puede hallarse en cualquier célula somática o germinal[70], lo que tiene desigual alcance y merece distinta respuesta penal. Por ello, nos adherimos a los comentaristas que abogan por entender que las referencias a la «alteración de genotipo» habrían de ser, *de lege ferenda*, a la «(…) alteración de la línea germinal»[71]. Ello sería coherente con los más recientes documentos que se han analizado, aportando, nuevamente, certidumbre. Paralelamente, consideramos preferible la redacción del tipo en tercera persona del singular frente al plural vigente, pues no puede descartarse de plano la posibilidad técnica de que llegue a ser realizado por un avezado científico en la intimidad de su laboratorio y sin necesidad de ser asistido por un equipo de profesionales sanitarios —aunque esto último sea, directa o indirectamente, más probable—.

En suma, se propone que la redacción del art. 159.1 CP sea la que sigue: «Será castigado con la pena de prisión de dos a seis años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de siete a diez años quien acometiere una intervención no terapéutica sobre un gen o genes humanos modificando la línea germinal». Se excluyen aquellas células germinales humanas extraídas, de conformidad con la

[68] Romeo Malanda, Sergio, *Intervenciones…*, ob. cit., pp. 200-202, pp. 360-361. Sirva a modo de ejemplo, salvando las distancias, el anexo del Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio, para la aplicación y desarrollo, en el sistema de la Seguridad Social, de la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave.

[69] De la Cuesta Aguado, Paz M., «Protección penal del genoma y preembrión. Análisis comparado y propuesta alternativa», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECPC)*, Núm. 21, 2019, pp. 4-12.

[70] García González, Javier, *Límites…*, ob. cit., p. 286.

[71] Benítez Ortuzar, Ignacio Francisco, *Aspectos…*, ob. cit., p. 438, p. 443, pp. 454-455; García González, Javier, *Límites…*, ob. cit., p. 289, p. 304. Otros autores proponen sustituir la mención al «genotipo» por la de «genoma humano», si quisiera protegerse la integridad genética y el fenotipo, respectivamente. Romeo Malanda, Sergio, *Intervenciones…*, ob. cit., pp. 342-343; De la Cuesta Aguado, Paz M., «Protección…», ob. cit., p. 25.

legislación administrativa, con fines de experimentación o investigación que no vayan a ser utilizadas con fines reproductivos.

En tercer y último lugar, en el caso del art. 159.2 CP, hay quien opina que su calificación ha de ser la de un delito de peligro abstracto o de mera actividad, por lo que la referencia a «Si la alteración del genotipo (…)» es tautológica y debería suprimirse[72]. Coincidiendo en la exorbitante amplitud del tipo, mostramos nuestras reservas al respecto, pues del mismo no se puede evidenciar la inexigencia de un resultado concreto, debiendo estarse a una interpretación restrictiva del mismo[73] y a una estructura análoga a la del párrafo primero por su gravedad[74]. Dicho todo lo cual, sugerimos, como decíamos *supra*, su sustitución por «Si la modificación de la línea germinal humana (…)».

VI. Bibliografía

Almqvist, Jessica & Romano, Cesare P. R., «The Regulation of Human Germline Genome Modification in Europe», en Boggio, Andrea, Romano, Cesare P. R. & Almqvist, Jessica (eds.), *Human Germline Modification and the Right to Science. A Comparative Study of National Laws and Policies*, Cambridge University Press, Cambridge, 2020.

Bellver Capella, Vicente, «La revolución de la edición genética mediante CRISPR-Cas9 y los desafíos éticos y regulatorios que comporta», *Cuadernos de Bioética*, Núm. 90, Vol. 27, 2016.

Benítez Ortuzar, Ignacio Francisco, *Aspectos jurídico-penales de la reproducción asistida y la manipulación genética humana*, Edersa, Madrid, 1997.

Bernardo-Álvarez, María Ángela, «La libertad de investigación como derecho fundamental: una aproximación jurídica», *Laicidad y libertades. Escritos jurídicos*, Núm. 23, 2023.

Casado, María y López Baroni, Manuel Jesús, «La necesaria reforma del Convenio de Oviedo. A modo de presentación», en Casado, María y López Baroni, Manuel Jesús (coords.), *El Convenio de Oviedo cumple años. Propuestas para su modificación*, Universitat de Barcelona, Barcelona, 2020.

Council of Europe. Steering Committee for Human Rights in the Fields of Medicine and Health (CDBIO), *Intervention on the Human Genome. Re-examination process of Article 13 of the Oviedo Convention. Conclusions and clarifications*, 2022. Disponible en: https://www.coe.int/es/web/human-rights-and-biomedicine/-/genome-editing-technologies-final-conclusions-of-the-re-examination-of-article-13-of-the-oviedo-convention [Última consulta: 4 de mayo de 2025].

De la Cuesta Aguado, Paz M., «Protección penal del genoma y preembrión. Análisis comparado y propuesta alternativa», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECPC)*, Núm. 21, 2019.

De La Cuesta Arzamendi, José Luis, «Los llamados «delitos de "manipulación genética" en el nuevo Código Penal español de 1995», *Revista de Derecho y Genoma Humano = Law and the Human Genome Review*, Núm. 5, 1996.

[72] Benítez Ortuzar, Ignacio Francisco, *Aspectos*…, ob. cit., pp. 453-454.

[73] García González, Javier, *Límites*…, ob. cit., p. 293, p. 297, p. 301.

[74] Romeo Casabona, Carlos María, *Los*…, ob. cit., p. 289.

— «Armas biológicas o exterminadoras e ingeniería genética: perspectiva jurídico-penal», en Romeo Casabona, Carlos María (ed.), *Genética y Derecho Penal. Previsiones en el Código Penal Español de 1995*, Cátedra Interuniversitaria Fundación BBVA-Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano-Comares, Bilbao-Granada, 2001.

De Miguel Beriain, Iñigo y Armaza Armaza, Emilio José, «Un análisis ético de las nuevas tecnologías de edición genética: el CRISPR-Cas9 a debate», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Vol. 52, 2018.

— «Should human germ line editing be allowed? Some suggestions on the basis of the existing regulatory framework», *Bioethics*, Vol. 33, No. 1, 2019.

De Miguel Beriain, Iñigo, «¿Modificar o no modificar el genoma de nuestra descendencia? Algunos comentarios a raíz de la Declaración del Comité de Bioética de España sobre la edición genómica en humanos», *Revista de Bioética y Derecho*, Núm. 47, 2019.

Emaldi Cirión, Aitziber, *El consejo genético y sus implicaciones jurídicas*, Cátedra Interuniversitaria Fundación BBVA-Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano-Comares, Bilbao-Granada, 2001.

— «Las intervenciones sobre el genoma humano y la selección de sexo (Capítulo IV)», en Romeo Casabona, Carlos María (ed.), *El Convenio de Derechos Humanos y Biomedicina. Su entrada en vigor en el ordenamiento jurídico español*, Cátedra Interuniversitaria Fundación BBVA-Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano-Comares, Bilbao-Granada, 2002.

Fundación BBVA, *Estudio Europeo de Valores Fundación BBVA Tercera parte: Valores y actitudes en Europa hacia la ciencia, la tecnología y la naturaleza*, 2020. Disponible en: https://www.fbbva.es/wp-content/uploads/2020/01/Presentacion_Estudio_Valores_Esfera_Privada_2019_Ciencia_Naturaleza.pdf [Última consulta: 4 de mayo de 2025].

— *Estudio de opinión pública sobre cultura científica*, 2024. Disponible en: https://www.fbbva.es/wp-content/uploads/2024/03/anexo-cultura-cientifica-internacional.pdf [Última consulta: 4 de mayo de 2025].

García González, Javier, *Límites penales a los últimos avances de la ingeniería genética aplicada al ser humano*, Edersa, Madrid, 2001.

García Miranda, Carmen María, «La regulación jurídica de la manipulación genética», en Gómez Y Díaz-Castroverde, José M. y Sanz Larruga, Francisco Javier (dirs.), Juane Sánchez, Miguel (coord.), *Lecciones de Derecho Sanitario*, Servizo de Publicacións Universidade da Coruña, A Coruña, 1999.

Hernández Plasencia, José Ulises, «La protección penal del embrión preimplantatorio», en Romeo Casabona, Carlos María (ed.), *Genética y Derecho Penal. Previsiones en el Código Penal Español de 1995*, Cátedra Interuniversitaria Fundación BBVA-Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano-Comares, Bilbao-Granada, 2001.

Jinek, Martin, Chylinski, Krzystof, Fonfara, Ines, Hauer, Michael, Doudna, Jennifer A. y Charpentier, Emmanuelle, «A Programmable Dual-RNA-Guided DNA Endonuclease in Adaptive Bacterial Immunity», *Science*, Vol. 337, 2012.

Jorge Barreiro, Agustín, «Los delitos relativos a la manipulación genética en sentido estricto», en Romeo Casabona, Carlos María (ed.), *Genética y Derecho Penal. Previsiones en el Código Penal Español de 1995*, Cátedra Interuniversitaria Fundación BBVA-Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano-Comares, Bilbao-Granada, 2001.

Lacadena, Juan-Ramón, «Manipulación genética», en Gafo, Javier (ed.), *Fundamentación de la bioética y manipulación genética*, Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1988.

LEMA AÑÓN, Carlos, «¿Mejores que quién? Intervenciones de mejora, derechos humanos y discriminación», en Romeo Casabona, Carlos María (ed.), *Más allá de la salud. Intervenciones de mejora en humanos*, Comares, Bilbao-Granada, 2012.

LÓPEZ BARONI, Manuel Jesús, «Las Tres Europas frente a la encrucijada genómica», *Revista de Bioética y Derecho*, Núm. 47, 2019.

MARFANY, Gemma, «Interrogantes y retos actuales de la edición genética», *Revista de Bioética y Derecho*, Núm. 47, 2019.

MARTÍNEZ PÉREZ, María Dolores, «El patrimonio genético de la humanidad como bien jurídico-penal», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Núm. 29, Vol. 29, 2023.

MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina y RUIZ RODRÍGUEZ, Luis R., «Bien jurídico y modelos de protección en los delitos relativos a la manipulación genética», en Terradillos Basoco, Juan María, Méndez Rodríguez, Cristina y Ruíz Rodríguez, Luis (coords.), *Manipulación genética y nuevo Código Penal*, Universidad de Cádiz, San Roque, 1996.

MOJICA, Francisco Juan Martínez, JUEZ, Guadalupe y RODRÍGUEZ-VALERA, Francisco, «Transcription at different salinities of Haloferax mediterranei sequences adjacent to partially modified Pstl sites», *Molecular Microbiology*, No. 3, Vol. 9, 1993.

PERIS RIERA, Jaime Miguel, *La regulación penal de la manipulación genética en España. (Principios penales fundamentales y tipificación de las genotecnologías)*, Civitas, Madrid, 1995.

— «Manipulación genética, delitos relativos a (jurídico)», en Romeo Casabona, Carlos María (dir.), *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, Tomo II, Comares, Granada, 2011.

PORTERO HENARES, Manuel, «La eliminación de taras o enfermedades graves como elemento del tipo del delito de manipulación genética», *Revista de Derecho y Genoma Humano. Genética, Biotecnología y Medicina Avanzada = Law and the Human Genome Review. Genetics, Biotechnology and Advanced Medicine*, Núm. 49, 2018.

REGALADO, Antonio, «Exclusive: Chinese scientists are creating CRISPR babies», *MIT Technology Review*, 2018. Disponible en: https://www.technologyreview.com/2018/11/25/138962/exclusive-chinese-scientists-are-creating-crispr-babies/ [Última consulta: 4 de mayo de 2025].

ROMEO CASABONA, Carlos María, «Límites penales de las manipulaciones genéticas», en VV. AA., *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, Vol. II, Fundación BBV, 1994.

— «Genética y Derecho Penal: los delitos de lesiones al feto y relativos a las manipulaciones genéticas», *Derecho y Salud*, Núm. 1, Vol. 4, 1996.

— *Los genes y sus leyes. El derecho ante el genoma humano*, Cátedra Interuniversitaria Fundación BBVA-Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano-Comares, Bilbao-Granada, 2002.

— *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, Comares, Granada, 2004.

— «Aportaciones del principio de precaución al Derecho Penal», en Romeo Casabona, Carlos María (ed.), *Principio de precaución, Biotecnología y Derecho*, Cátedra Interuniversitaria Fundación BBVA-Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano-Comares, Bilbao-Granada, 2004.

— «El estatuto jurídico del embrión humano», *Monografías Humanitas*, Núm. 4, 2004.

— «El Bioderecho y la Bioética, un largo camino en común», *Revista Iberoamericana de Bioética*, Núm. 3, 2017.

— DE MIGUEL BERIAIN, Iñigo & DUARDO SÁNCHEZ, Aliuska, «Gene Editing from the Perspective of Spanish Law», en Taupitz, Jochen & Deuring, Silvia (eds.), *Rechtliche Aspekte der Genom-Editierung an der menschlichen Keimbahn. A Comparative Legal Study*, Vol. 47, Springer, Berlín, 2020.

ROMEO MALANDA, Sergio, *Intervenciones genéticas sobre el ser humano y Derecho penal*, Comares, Bilbao-Granada, 2006.

— «Delitos relativos a la manipulación genética», en Romeo Casabona, Carlos María, Sola Reche, Esteban y Boldova Pasamar, Miguel Ángel (coords.), *Derecho Penal. Parte Especial*, 3.ª Edición, Comares, Granada, 2023.

SÁNCHEZ VILANOVA, M., «A propósito de la inalterabilidad e intangibilidad del patrimonio genético humano como bien digno de protección penal», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, Núm. 41, 2019.

SOLARI MERLO, Mariana Noelia, «Manipulación genética y bienes jurídicos: cuando la especie determina el interés afectado», *Nuevo Foro Penal*, Núm. 101, Vol. 19, 2023.

THE ROYAL SWEDISH ACADEMY OF SCIENCES, *The Nobel Prize in Chemistry 2020*, 2020. Disponible en: https://www.nobelprize.org/prizes/chemistry/2020/press-release/ [Última consulta: 4 de mayo de 2025].

URRUELA MORA, Asier, «La clonación humana ante la reforma penal y administrativa en España», *Revista Penal*, Núm. 21, 2008.

40

PROTECCIÓN DE LOS DATOS PERSONALES EN EL ÁMBITO PENAL EUROPEO: EQUILIBRIOS Y DESAFÍOS FRENTE A LA SEGURIDAD PÚBLICA*

Miren Josune Pérez Estrada**
Profesora Titular de Derecho Procesal
Universidad del País Vasco UPV/EHU

SUMARIO: I. Introducción. II. La protección de datos personales como derecho fundamental en el contexto normativo europeo. III. La influencia del tribunal de justicia de la unión europea (tjue) en la consolidación del derecho fundamental a la protección de datos. IV. El principio de disponibilidad como base de la cooperación judicial y policial en el ámbito penal. V. Principios del tratamiento de datos personales en la directiva (ue) 2016/680 y su transposición en la LO 7/2021: desafíos y limitaciones. VI. Conclusiones: el difícil equilibrio entre la seguridad pública y la protección de los datos personales. VII. Bibliografía.

I. Introducción

La evolución tecnológica y la globalización han generado nuevos desafíos en la protección de los datos personales, particularmente en lo que respecta a la prevención, investigación y enjuiciamiento de delitos. La Directiva (UE) 2016/680 y su transposición al ordenamiento interno mediante la LO 7/2021 fomentan la cooperación tecnológica entre autoridades para combatir el terrorismo y prevenir la criminalidad, facilitando la libre circulación de datos personales y garantizando su protección. Antes de la Directiva, la diversidad legislativa dificultaba la cooperación judicial y policial, un obstáculo que se ha superado, aunque aún persisten nuevos retos. La Directiva actual armoniza

* El presente trabajo se enmarca dentro del Proyecto GODAS «Gobernanza de los usos secundarios de datos de salud y genéticos en espacios compartidos», PID2022-137140OB-I00, financiado por MCIU-022/P65, liderado por los profesores Íñigo De Miguel Beriain y Pilar Nicolás Jiménez y dentro de las actividades del Grupo consolidado de investigación en Ciencias Sociales y jurídicas aplicadas a las nuevas Tecnociencias (GIC21/21).

** Este trabajo se dedica con profundo respeto y admiración a la memoria del profesor Carlos Romeo Casabona.

las normativas de protección de datos en la UE, aunque establece un umbral más bajo que el Reglamento General de Protección de Datos y excluye actividades relacionadas con la seguridad nacional y la política exterior. A pesar de sus limitaciones, el marco jurídico vigente representa un esfuerzo fundamental por equilibrar la seguridad pública y la protección de los datos. Su efectividad dependerá de las implementaciones nacionales y de las decisiones de los tribunales nacionales y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

II. La protección de datos personales como derecho fundamental en el contexto normativo europeo

El marco normativo europeo en materia de protección de datos personales se caracteriza por la difícil tarea de equilibrar la privacidad individual y la seguridad pública. La protección de los datos personales ha sido consolidada como un derecho fundamental autónomo, reconocido en el artículo 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante, CDFUE)[1] y con pleno valor jurídico desde el artículo 16 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE), también conocido como el Tratado de Lisboa.

La regulación europea prioriza la protección de los datos personales frente a posibles vulneraciones derivadas de la libre circulación o el tratamiento masivo de información. Este enfoque responde a los desafíos de la era digital y se alinea con los principios de la CDFUE, que sitúa la dignidad de las personas como eje central de los derechos de la ciudadanía europea. En consecuencia, la normativa busca garantizar una protección adecuada ante los avances científicos y tecnológicos que puedan amenazar estos derechos[2].

Incluso antes de su consagración en la CDFUE, el derecho a la protección de datos personales ya estaba recogido en instrumentos como la Directiva 95/46/CE[3], relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y su libre circulación, así como en la Decisión Marco 2008/977/JAI, destinada a regular la cooperación policial y judicial en materia penal. Sin embargo, ambas normativas fueron consideradas insuficientes y posteriormente derogadas.

[1] Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000/C 364/01). DOUE, 18 de diciembre de 2000.

[2] Una de las características de la sociedad actual es la digitalización de su actividad lo que permite almacenar y transmitir en dispositivos digitales o en formato digital abundante información y datos personales. Sobre las notas que caracterizan la irrupción de las nuevas tecnologías con motivo de la Revolución Industrial 4.0 *Vid.* Barona Vilar, S., *Algoritmización del derecho y de la justicia: de la Inteligencia Artificial a la Smart Justice*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 42-76. También Planchadell Gargallo, A., «Inteligencia Artificial y medidas cautelares», BARONA VILAR, S. (ed.), *Justicia algorítmica y neuroderecho: una mirada multidisciplinar* Tirant lo Blanch, 2021, pp. 389-419.

[3] DOUE, de 4 de mayo de 2016.

El actual marco normativo está conformado por el Reglamento (UE) 2016/679, conocido como el Reglamento General de Protección de Datos (en adelante, RGPD)[4], y la Directiva (UE) 2016/680[5], específicamente diseñada para la cooperación policial y judicial. Ambos textos[6] buscan garantizar de manera integral el derecho a la protección de datos personales en la Unión Europea, estableciendo normas uniformes que reflejan la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) y fortalecen la confianza mutua entre los Estados miembros. La regulación también subraya la necesidad de proteger a las personas frente a la recopilación masiva e indiscriminada de datos personales, promoviendo un uso proporcionado y respetuoso con los derechos fundamentales[7].

III. La influencia del tribunal de justicia de la unión europea (tjue) en la consolidación del derecho fundamental a la protección de datos

En la ponderación entre seguridad y protección de los datos personales la labor del TJUE ha sido fundamental y ha actuado como impulsor de la evolución legislativa en la materia, tanto que podemos afirmar que en la actual normativa sobre el derecho

[4] El Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril de 2016, sobre la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (RGPD), aunque directamente aplicable ha supuesto que por parte del legislador español se actualizase la norma nacional de Protección de Datos de 1999, promulgando la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos personales y garantías de los y garantía de los derechos digitales. BOE núm. 294, de 06 de diciembre de 2018.

[5] Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo. DOUE, de 4 de mayo de 2016.

[6] Hay una difícil delimitación práctica entre el ámbito del RGPD y la Directiva 2016/680. *Vid.*, entre otros, Caruana, M. M., «The reform of the EU data protection framework in the contex of the police and criminal justice sector: harmonisation, scope, oversight and enforcement», *Internacional Review of Law, Computers & Technology,* vol. 33, n.º 3, 2019, pp. 249-270.

[7] Estudia el contexto normativo Pérez Luño-Robledo, E., «La nueva normativa europea para la Protección de Datos personales», *Derechos y Libertades: Revista de Filosofía del Derecho y Derechos Humanos*, núm. 40, enero 2019, pp. 213-238. Otras normas a tener en cuenta dentro del marco normativo de la protección de datos en la UE son la Directiva (UE) 2016/681 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativa a la utilización de datos del Registro de Nombres de los Pasajeros (PNR) para la prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de los delitos de terrorismo y de la delincuencia grave y la Directiva (UE) 1153/2019, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio del 2019, por la que se establecen normas destinadas a facilitar el uso de información financiera y de otro tipo para la prevención, detección, investigación o enjuiciamiento de infracciones penales y por la que se deroga la Decisión 2000/642/JAI del Consejo.

fundamental a la protección de los datos y en el ejercicio efectivo de este derecho la jurisprudencia del TJUE ha desarrollado un papel fundamental[8].

La actual jurisprudencia del TJUE si bien parte de la premisa fundamental de la protección de los datos como elemento necesario del derecho al respeto de la vida privada admite el reconocimiento de una cierta injerencia por parte de la autoridad pública si la misma está justificada o resulta necesaria para asegurar la «seguridad nacional», la «seguridad pública» y para la prevención de los delitos.

El TJUE aplica, de esta manera, lo establecido en el artículo 52, apartado 1, CEDH que dispone que estas limitaciones «…deberán ser establecidas por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Sólo se podrán introducir limitaciones respetando al principio de proporcionalidad cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás»[9]. Pero, en cualquier caso, el TJUE actúa como garante del derecho fundamental a la protección de los datos personales ante un uso incorrecto, ilegítimo o discrecional por parte de las autoridades públicas nacionales y europeas en la lucha antiterrorista o frente a la criminalidad organizada.

Por lo tanto, el TJUE ha desempeñado un papel importante de fiscalización para garantizar, en la lucha contra el terrorismo, la protección de los derechos fundamentales, en general, y en lo que nos afecta en este trabajo, en la salvaguarda del derecho fundamental a la protección de los datos personales. Incluso su jurisprudencia ha impulsado la actual legislación en materia de protección de la privacidad sobre todo a partir de mayo del 2016 con la adopción del «paquete de Protección de Datos», que constituyen el RGPD y la Directiva 2016/680, en el tratamiento y protección de los datos personales en el ámbito penal.

Recordemos que, hasta entonces, hasta la aprobación de las actuales normas europeas, nos encontrábamos con unas normas en este ámbito, la Directiva 95/46/CE y la DM 2008/977, insuficientes en cuanto a la protección de los datos personales y una falta evidente de armonización al resultar un ámbito de aplicación heterogéneo por parte de los Estados miembros. Resulta así crucial la labor que ha efectuado el TJUE para la

[8] Rallo Lombarte, A., «El Tribunal de Justicia de la Unión Europea como juez garante de la privacidad en Internet», *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 39, 2017, p. 584. Disponible en: http://revistas.uned.es/index.php/TRC/article/view/19150, acceso el 19 de enero de 2024; Piñar Mañas, J. L., Recio Gayo, M. (2018), *El derecho a la protección de datos en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, Wolters Kluwer-La Ley, Madrid, 2018, pp. 300.

[9] Conviene señalar que esta línea del TJUE se pone de manifiesto con motivo de las recientes sentencias de los últimos años cuando, en virtud del artículo 52 de la Carta, justifica una invasión en la privacidad o una limitación del derecho fundamental a la protección de los datos personales.

protección de los datos de las personas físicas como consecuencia de la recopilación, la conservación y la transferencia de información de los datos de los ciudadanos europeos por razones de seguridad pública.

Destacan, en este sentido, tres pronunciamientos del TJUE realizados durante los años 2014-2016 que han influido de manera directa en la actual legislación europea sobre protección de los datos personales y que han conllevado importantes cambios en la normativa: a) la anulación de la Directiva 2006/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la conservación de los datos personales de tráfico telefónico y telemático, con consecuencias en la negociación de la Directiva (UE) PNR[10] (STJUE, 8 de abril de 2014, conocida como sentencia Digital Rights Ireland[11]); b) la anulación del Acuerdo «Safe Harbour», adoptado en 2000, sobre el intercambio de datos entre EE.UU.-UE, que ha conducido a la conclusión del nuevo Acuerdo «Privacy Shield» en 2016 (sentencia de 6 de octubre de 2015 o sentencia Schrems o Facebook[12]); y c) la sentencia de 21 de diciembre de 2016 o sentencia Tele2 Sverige-Watson[13], especialmente crítica respecto de la legislación del Reino Unido y Suecia sobre la compatibilidad de las normativas nacionales de retención de datos, es decir, la recopilación y conservación de datos de tráfico telefónico y el posterior acceso de las autoridades nacionales, de conformidad con la legislación europea.

La importancia de las tres sentencias que se destacan radica en que el TJUE pone de manifiesto la necesidad de proteger la privacidad frente ataques indiscriminados que pueda sufrir como consecuencia o con el motivo de asegurar la seguridad pública. Puesto que entiende que los ataques a la privacidad con motivo del control de las actividades delictivas graves y, en particular, del terrorismo comprometen la propia libertad. Es por ello que existe por parte del TJUE una especial preocupación ante el abuso de técnicas de vigilancia pública que considera especialmente invasivas de la vida privada, como lo son las técnicas destinadas a la conservación masiva, opaca e indiscriminada de datos personales.

[10] Directiva (UE) 2016/681 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativa a la utilización de datos del Registro de Nombres de los Pasajeros (PNR) para la prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de los delitos de terrorismo y de la delincuencia grave. Se transpone en España por LO 1/2020, de 16 de septiembre, sobre la utilización de los datos del Registro de Nombres de Pasajeros para la prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de delitos de terrorismo y delitos graves (BOE, núm. 248, de 17 de septiembre de 2020).

[11] STJUE, de 8 de abril de 2014, Digital Rights Ireland Ltd (asunto C-293/12). ECLI:EU:C:2014:238.

[12] STJUE, de 16 de julio de 2020, Schrems II (asunto C-311/18). ECLI:EU:C:2015:650.

[13] STJUE, de 21 de diciembre de 2016, Tele2 Sverige (asuntos C-203/15 y C-698/15). ECLI:EU:C:2016:970.

IV. El principio de disponibilidad como base de la cooperación judicial y policial en el ámbito penal

La UE se concibe como un espacio en el que priman la libertad, la democracia y los derechos y libertades fundamentales que actúan como elementos impulsores de su propio progreso. Tenemos que recordar la preeminencia del valor de la dignidad humana como núcleo central y seña de identidad de la UE que se recoge en el propio preámbulo de la CDFUE[14]. En este sentido el art. 67, apartado 1, TFUE sostiene que la UE constituye un «espacio de libertad, seguridad y justicia dentro del respeto de los derechos fundamentales y de los distintos sistemas y tradiciones jurídicos de los Estados miembros». Precisamente, en la consolidación de esta concepción garantista de la UE ha tenido una importancia trascendental la jurisprudencia del TJUE como garante de los derechos fundamentales recogidos en la CDFUE, como bien antes hemos puesto de relieve.

Aunque conviene apuntar la importante restricción que contiene el art. 267 TFUE en relación con el art. 4.2 TFUE relativa a que el TJUE, «no será competente para comprobar la validez o proporcionalidad de las operaciones efectuadas por la policía u otros servicios con funciones coercitivas de un Estado miembro, ni para pronunciarse sobre el ejercicio de las responsabilidades que incumben a los Estados miembros respecto del mantenimiento del orden público y de la salvaguardia de la seguridad interior». Este límite encuentra su fundamento en que son los tribunales de cada Estado miembro los que deciden, en atención al principio de proporcionalidad, si las actividades realizadas por los órganos policiales en materia de seguridad nacional se ajustan a la legalidad[15].

Precisamente, esta excepción se recoge en el RGPD, en su considerando 16 y en su correlativo art. 23, apartado 1[16], como una reserva de la soberanía nacional para los

[14] La CDFUE consagra el valor de la dignidad humana en su preámbulo: «Consciente de su patrimonio espiritual y moral, la Unión está fundada sobre los valores indivisibles y universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad, y se basa en los principios de la democracia y el Estado de Derecho. Al instituir la ciudadanía de la Unión y crear un espacio de libertad, seguridad y justicia, sitúa a la persona en el centro de su actuación. (…) La presente Carta reafirma, dentro del respeto de las competencias y misiones de la Unión, así como del principio de subsidiariedad, los derechos que emanan, en particular, de las tradiciones constitucionales y las obligaciones internacionales comunes a los Estados miembros, del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, las Cartas Sociales adoptadas por la Unión y por el Consejo de Europa, así como de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos».

[15] *Vid.* al respecto Rizzo, G., D*erecho a la privacidad y seguridad en el espacio público europeo,* tesis doctoral (dir. José Vila Fernández y Pablo Zapatero Miguel), Universidad Carlos, Madrid, 2019.

Disponible en: https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/29719/tesis_giuseppe_rizzo_2019.pdf?sequence=1&isAllowed=y, acceso el 14 de febrero de 2024, p. 144.

[16] El Considerando 16 expresa: «El presente Reglamento no se aplica a cuestiones de protección de los derechos y las libertades fundamentales o la libre circulación de datos personales relacionadas con

asuntos relacionados con las políticas de seguridad. El problema con el que nos encontramos es la falta de una definición legal sobre lo que constituye «seguridad nacional», unido a que se utilizan términos similares como «seguridad interna» o «seguridad del Estado» y, además, el concepto de «seguridad nacional» varía de un Estado a otro.

No existe, por lo tanto, una definición legal uniforme de seguridad nacional, lo cual conlleva el riesgo de que los Estados utilicen las disposiciones de manera arbitraria a favor de su soberanía poniendo en peligro derechos y libertades individuales[17], aún a pesar de la efectiva colaboración policial y judicial en materia penal que se contiene en el art. 83 TFUE[18].

La garantía que posibilita esta cooperación judicial penal tiene su base en el denominado «principio de disponibilidad», según el cual, las autoridades competentes de los Estados miembros de la UE pueden acceder y disponer de información relacionada con investigaciones y procesos penales en condiciones similares a las del Estado donde se registró la información. El principio de disponibilidad implica la obligación de ceder los datos disponibles para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento penal, en base a la regla de la finalidad; incluso, permite que la cesión de datos no esté necesariamente sujeta a la regla de especialidad, lo que significa que la autoridad del

---

actividades excluidas del ámbito de del Derecho de la Unión, como las actividades relativas a la seguridad nacional. Tampoco se aplica al tratamiento de datos de carácter personal por los Estados miembros en el ejercicio de las actividades relacionadas con la política exterior y de seguridad común de la Unión». Siguiendo en la misma línea de limitaciones, el mismo Reglamento contempla limitaciones también en el artículo 23, apartado 1: «El Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se aplique al responsable o el encargado del tratamiento podrá limitar, a través de medidas legislativas, el alcance de las obligaciones y de los derechos establecidos (…), cuando tal limitación respete en lo esencial los derechos y libertades fundamentales y sea una medida necesaria y proporcionada en una sociedad democrática para salvaguardar: a) la seguridad del Estado; b) la defensa; c) la seguridad pública; d) la prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o la ejecución de sanciones penales, incluida la protección frente a amenazas a la seguridad pública y su prevención; e) otros objetivos importantes de interés público general de la Unión o de un Estado miembro (…)».

[17] Mantiene esta teoría Rizzo, G., D*erecho a la privacidad y seguridad en el espacio público europeo*, *op. cit.*, p. 145.

[18] El artículo 83 del TFUE en referencia al terrorismo como forma grave de delincuencia establece «El Parlamento Europeo y el Consejo podrán establecer, mediante directivas adoptadas con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en ámbitos delictivos que sean de especial gravedad y tengan una dimensión transfronteriza derivada del carácter o de las repercusiones de dichas infracciones o de una necesidad particular de combatirlas según criterios comunes. Estos ámbitos delictivos son los siguientes: el terrorismo, la trata de seres humanos y la explotación sexual de mujeres y niños, el tráfico ilícito de drogas, el tráfico ilícito de armas, el blanqueo de capitales, la corrupción, la falsificación de medios de pago, la delincuencia informática y la delincuencia organizada».

Estado receptor podrá utilizar los datos para prevenir, investigar o enjuiciar delitos diferentes para los que se solicitó la cesión de los datos[19].

En la evolución más reciente del principio de disponibilidad destacan dos instrumentos, la Decisión Marco 2008/615/JAI sobre cooperación transfronteriza en materia de terrorismo y delincuencia organizada[20] (en adelante, DM 2008/615), conocida como Decisión Prüm, así como la Decisión Marco de 2006/960, sobre simplificación en el intercambio e inteligencia de los Servicios de Seguridad que marcan sus principios rectores[21] (en adelante, DM 2006/960).

Aunque el instrumento que consolida el principio de disponibilidad de los datos personales en los asuntos penales es la DM 2008/977 que se encarga de la protección de datos personales tratados en el marco de la cooperación judicial en materia penal. Si bien y pese a los intentos del legislador europeo la DM 2008/977 tuvo escasa aplicación[22],

[19] En nuestro ordenamiento, el principio de especialidad, que requiere la relación de la investigación con un delito específico, no impide la transferencia de datos personales de una causa a otro proceso penal según el artículo 579 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECRIM). Sin embargo, esta transferencia está condicionada a la legitimidad de la injerencia en los derechos fundamentales del investigado en la primera causa. Y, también, la legitimidad para la transferencia de información debe depender de la concurrencia en la segunda causa de los presupuestos del artículo 588 bis a., es decir, la necesidad y excepcionalidad de la medida de investigación en el segundo procedimiento que condujo a esos datos. Etxeberia Guridi, J. F., «Principio de disponibilidad y protección de datos personales: a la búsqueda del necesario equilibrio en el espacio judicial penal europeo», *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, núm. 23, 2009, pp. 351-366. Galán Muñoz, A., «La protección de datos de carácter personal en los tratamientos destinados a la prevención, investigación y represión de delitos: hacia una nueva orientación de la política criminal de la Unión Europea», Colomer Hernández, I. (dir.), Oubiña Barbolla, S., *La transmisión de datos personales en el seno de la cooperación judicial penal y policial en la Unión Europea*, Aranzadi, Navarra, 2015, pp. 42 y ss; *Ibidem,* «Los nuevos instrumentos de prevención y lucha contra el nuevo terrorismo: malas noticias para la intimidad y otros derechos fundamentales», Oubiña Barbolla, S. (coord.), Catalina Benavente, M. A., Colomer Hernández, I. (dir), *Cesión de datos personales y evidencias entre procesos penales y procedimientos administrativos sancionadores o tributarios*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2017, pp. 81 y ss.

[20] DOUE núm. 210, de 6 de agosto de 2008.

[21] Sobre los antecedentes y la estructura de la Decisión Prüm, De Hoyos Sancho, M., «Profundización en la cooperación transfronteriza en la Unión Europea: obtención, registro e intercambio de perfiles de ADN de sospechosos», Arangüena Fanego, C. (dir.) *Espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: últimos avances en cooperación judicial penal,* Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 152 y ss.

[22] Gonzalez Cano, I., «Cesión y tratamiento de datos personales, principio de disponibilidad y cooperación judicial penal en la Unión Europea», *op. cit.* pp. 1339-1340, apunta las razones de su escaso éxito y señala tres motivos: el primero, que la DM 2008/977 no tenía efecto directo en los ordenamientos de los Estados; el segundo de los motivos, la limitación de la DM al ámbito transfronterizo, pero sin que fuera vinculante para los asuntos internos de los Estados, por tanto, se excluían del ámbito de aplicación de la DM la recopilación y el tratamiento de los datos nacionales o «domésticos». Ello daría lugar a la divergencia entre los estándares de garantías establecidos en la DM respecto a la transferencia transfronteriza de datos personales, y el nivel garantista del Derecho interno para su tratamiento dentro del propio Estado lo que obstaculizaba la cooperación transfronteriza; y tercero, la DM de 2008 no establecía el

entre otros y, en esencia, debido a los diferentes estándares de garantías establecidos para la protección de los datos personales.

El nivel de garantía ofrecido por la DM 2008/977 respecto a la transferencia de datos personales era diferente al que ofrecía el derecho interno en el tratamiento de los datos personales. Esta situación obstaculizaba en la práctica la cooperación transfronteriza[23] y motivó que se dictase la Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos y por la que se deroga la DM 2008/977/JAI del Consejo (en adelante, Directiva (UE) 2016/680).

V. Principios del tratamiento de datos personales en la directiva (ue) 2016/680 y su transposición en la LO 7/2021: desafíos y limitaciones

La Directiva 2016/680, así la norma de transposición LO 7/2021, sobre protección de datos en el ámbito judicial y policial[24], reitera los principios establecidos en la normativa de protección de datos anterior, la Directiva 95/46/CE. La novedad radica en que, por primera vez, la UE dispone que estos principios se apliquen también en el ámbito policial y presenta menores exigencias en materia de transparencia y estándares más bajos de exigencia para el consentimiento del interesado, que no es necesario, con motivo de razones de interés público ejercido por autoridades competentes y al amparo de la legislación de la UE o nacional[25].

En este sentido, el tratamiento de datos personales debe cumplir con los siguientes principios: ser «lícito y leal», recopilados con fines determinados, explícitos y legítimos, no procesados de manera incompatible con esos fines, ser «adecuados», «pertinentes y

---

principio de especialidad el Estado cesionario utilice los datos obtenidos para otros fines y para la investigación y enjuiciamiento de otros delitos, directamente relacionados o no con aquellos para cuya investigación y enjuiciamiento se cedieron, lo que conllevaba un grave déficit de garantías para el sospecho o encausado y reticencias por parte del Estado cedente.

[23] Lo señala Fiodorova, A. «La transmisión de información personal y datos personales en la Unión Europea para fines de investigación de delitos», *op. cit.*, pp. 134 y 135. Sobre este tema también Sánchez Domingo, M. B., «La Protección de Datos personales en el espacio de libertad, seguridad y justicia. Especial consideración a las transferencias de datos a terceros países y organizaciones internacionales según la directiva 2016/680», *Revista de Estudios Europeos,* núm. 69, 2017, pp. 17-36.

[24] Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo, de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales. BOE núm. 126, de 27/05/2021.

[25] Esta cuestión la estudia Leiser, M., Custers, B., «The Law Enforcement Directive: Conceptual Challenges of EU Directive 2016/680», *European Data Protection Law Review,* vol. 5, Issue 3, 2019, pp. 367-378. Disponible en: https://ssrn.com/abstract=4014545, acceso el 10 de febrero de 2024.

no excesivos[26]» en relación con los propósitos para los cuales se procesan, «exactos» y, cuando sea necesario, «actualizados». Además, se deben tomar medidas razonables para garantizar la corrección de datos inexactos y conservarlos por un tiempo limitado, y se debe establecer la obligación de informar a las personas sobre los posibles riesgos, reglas, salvaguardas y derechos aplicables al tratamiento de sus datos personales[27].

El principio de finalidad es crucial en la regulación del intercambio de información y responde a la limitación del uso de datos personales a los fines específicos, estableciendo que dichos datos deben conservarse durante un tiempo limitado. Se destaca la necesidad de establecer un equilibrio entre la seguridad y la privacidad en el almacenamiento de datos, asegurando que sea razonable y proporcional a las necesidades de la investigación de delitos graves[28].

La Directiva introduce exigencias estrictas en cuanto a transparencia y proporcionalidad en el uso de registros de operaciones y el intercambio de datos. En este sentido, las autoridades de control deben supervisar de cerca el intercambio de información entre las autoridades policiales, contribuyendo a una aplicación coherente de la Directiva en toda la UE. Aunque permite el tratamiento de datos personales para fines distintos de los establecidos inicialmente, siempre que cumplan ciertas condiciones y sean necesarios y proporcionados a los efectos de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, incluidas la protección y la prevención frente a las amenazas contra la seguridad pública, aplicándose para

[26] La cantidad masiva de datos que se utiliza en las grandes bases de datos en las áreas de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento criminal contrasta con el requisito de minimización de los datos personales que la normativa impone. En este sentido, Bas Seyyar, M. & Geradts, Z. J. M. H., «Privacy impact assessment in large-scale digital forensic investigations». *Forensic Science International: Digital Investigation*, 2020.

Disponible en: https://doi.org/10.1016/j.fsidi.2020.200906, acceso el 10 de febrero 2024.

La prevención delictiva va ganando peso respecto a la tradicional persecución del delito ya cometido con la que comparte instrumentos ámbitos y objetivos y que se basa en la obtención y análisis de información masiva generalizada y difusa. Sobre este tema GALGANI, B., «Giudizio penales, habeas data e garanzie fondamentali», *Archivio penale*, núm. 1, 2019, pp. 13-14, analiza esta cuestión en este sentido: a) parece que el concepto de seguridad se ha transformado pasando de ser un interés público primario a ser un derecho fundamental de la persona, casi un valor «súper primario»; b) se ha producido también una «transmutación policial» en la investigación criminal pues se está pasando de la cultura investigadora a la cultura preventiva; c) lo anterior, así como esas tareas e información que, sobre todo en la fase preventiva, resulta compartida o fuente común para agentes de la investigación penal, agentes de la Seguridad Pública y agentes de la seguridad nacional, están volviendo opacas las fronteras y límites del proceso penal».

En relación con la regulación de la evaluación de impacto referida a la Protección de Datos, la Ley Orgánica de transposición de la directiva no aporta matices relevantes lo que puede considerarse como una oportunidad desaprovechada.

[27] Art. 4 Directiva (UE) 2016/680 y art. 6 LO 7/2021.

[28] Art. 5 Directiva (UE) 2016/680 y art. 8 LO 7/2021.

otros fines el RGPD[29]. La Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales[30] (en adelante, LO 3/2018) de transposición de la Directiva (UE) 2016/680 también lo contempla así a menos que el tratamiento se efectúe como parte de una actividad que quede fuera del ámbito de aplicación del Derecho de la UE.

Es importante el matiz que incorpora la Directiva (UE) 2016/680 respecto a la necesidad de que deben separarse los datos personales que se basan en hechos de los datos que se basan en apreciaciones personales; de ahí que las autoridades competentes no deben transmitir ni poner a disposición datos personales inexactos o incompletos, verificando la calidad de los datos antes de su trato[31]. También se establece en el art. 6 la obligación del responsable de datos de establecer, «en la medida de lo posible, una distinción clara entre datos personales» de personas para las cuales existen motivos fundados para presumir que han cometido o están a punto de cometer delitos, personas condenadas por un crimen[32], víctimas del crimen o personas a las que algunos hechos

[29] Art. 4.2 Directiva (UE) 2016/680 y art. 6.2 LO 7/2021.

[30] BOE núm. 294, de 6 de diciembre de 2018.

[31] Art. 7 Directiva (UE) 2016/680 y art. 10 LO 7/2021.

[32] En la LO 7/2021, art. 9, se amplían los supuestos de categorización de los datos personales a las personas que puedan colaborar en la comisión de la infracción penal y a las personas sancionadas por una infracción penal; además se añade un último párrafo al artículo en el sentido: «Lo anterior no debe impedir la aplicación del derecho a la presunción de inocencia tal como lo garantiza el artículo 24 de la Constitución». Lo cierto es que si con motivo del tratamiento de datos de manera preventiva y sin conocimiento del interesado se están acumulando indicios para incoar un proceso penal ello podría vulnerar el derecho de defensa. Precisamente, es lo quiere evitar el legislador nacional al contemplar ese último párrafo en el artículo que, por el contrario, no se contiene la Directiva 680/2016. Amplía también el ámbito subjetivo de las categorías de interesados a fin de garantizar también las demás categorías de interesados y no sólo la del sospechoso, investigado o acusado. Sobre este tema Galgani, B., «Giudizio penale, habeas data e garanzie fondamentali», *op. cit.*, p. 13. Para Guzmán Fluja, V. C., «Consideraciones sobre el alcance objetivo y subjetivo de la directiva UE 680/2016»*, op. cit.*, p. 876, quedan fuera del ámbito de aplicación de la directiva «los datos personales que resultan tratados por efecto de la labor de prevención mediante el uso de las técnicas de policía preventiva, proactiva y predictiva, mediante el análisis masivo de datos y la vigilancia generalizada: las personas a las que pertenecen esos datos personales pueden ni saber que están siendo tratadas a estos efectos, pueden no tener ninguna vinculación con hechos criminales, pueden ser objeto de atribución errónea de esa vinculación…». Es decir, en palabras de Guzmán Fluja, «los presospechosos que nos vinculan luego a un proceso penal y los no sospechosos cuyos datos son tratados en esa tarea de prevención». *Vid.* también sobre el tema, Bas Seyyar, M., & Geradts, Z. J. M. H., «Privacy impact assessment in large-scale digital forensic investigations». *Forensic Science International: Digital Investigation*, *op. cit.*, p. 7.

Interesantes consideraciones de Asencio Mellado, J. M., «La imputación como modo determinante del modelo procesal de investigación», *Revista General de Derecho Procesal,* núm. 40, septiembre, 2016, que diferencia entre la investigación y la instrucción y su trascendencia en la garantista averiguación de los delitos y sus autores, la necesidad de ceñir el proceso penal a hechos concretos, el peligro de las indagaciones preventivas o prospectivas y como todo ello afecta a la legalidad de la imputación.

autorizan a considerar víctimas potenciales del crimen y los terceros involucrados[33]. Las autoridades policiales nacionales tratarán los datos de manera diferente según la categoría de datos de que se trate; esta cuestión es problemática porque el interesado puede que no haya sido informado de los datos tratados a los fines de prevención y sus datos queden a la espera de que se determine si tienen alguna utilidad en el futuro[34].

Con respecto a los datos sensibles, la regla general es la prohibición de tratamiento de todos los datos que revelen origen racial o étnico, opiniones políticas, creencias religiosas o filosóficas, condiciones de salud y vida sexual, excepto en el caso que sea estrictamente necesario o si se autoriza por la legislación de la UE o del Estado miembro; o de otro modo, si es necesario para salvaguardar un interés vital del interesado u otra persona física y la legislación nacional brinde protecciones adecuadas. Se incluye también dentro del rango de datos sensibles los genéticos y datos biométricos, destinados a identificar inequívocamente a una persona natural[35].

Se protege, también, que el interesado de los datos no esté sujeto a una decisión que evalúe los aspectos personales que le conciernen basada, exclusivamente, en el tratamiento automatizado y que produzca efectos jurídicos negativos en su contra o que afectan significativamente a su persona. En cualquier caso, dicho tratamiento debe estar

[33] Respecto del tratamiento de las víctimas de las infracciones penales el tratamiento de los datos personales es menos problemático. Para el estudio de su reforzado protagonismo en el proceso penal, *Vid.* Gómez Colomer, J. L., *Estatuto jurídico de la víctima del delito. La posición jurídica de la víctima del delito ante la justicia penal. Un análisis basado en el derecho comparado y en las grandes reformas españolas que se avecinan*, Aranzadi, 2014.

[34] Para Guzmán Fluja, V. C., «Consideraciones sobre el alcance objetivo y subjetivo de la directiva UE 680/2016», *op. cit.*, pp. 877, «se produce una inquietante nebulosidad entre los límites del proceso penal, de la seguridad pública, incluso, de la seguridad nacional, y aquí tiene su reflejo sobre todo en expresión» persona respecto de la cual existan motivos fundados para presumir pueda cometer una infracción penal o relativa a la protección y prevención frente a las amenazas contra la Seguridad Pública» (también hay referencia a las potenciales víctimas, pero esto no genera problemas tan graves). Es conveniente recordar que resulta un hecho cada vez más frecuente y contrastado que el aspecto de prevención delictiva gana peso respecto al tradicional de persecución del delito ya cometido y que ese aspecto de prevención delictiva comparte instrumentos, ámbitos y objetivos con la prevención y protección frente a amenazas a la Seguridad Pública, y, como se dice, incluso la protección de la seguridad nacional, y que se puede resumir en la obtención y análisis de información de forma masiva, generalizada y, por ello, también difusa».

[35] Art 10 Directiva 2016/680. El legislador nacional ha añadido en el art. correlativo de la norma interna, art. 13 LO 7/2021, los siguientes dos párrafos: «2. Las autoridades competentes, en el marco de sus respectivas funciones y competencias, podrán tratar datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física con los fines de prevención, investigación, detección de infracciones penales, incluidas la protección y la prevención frente a las amenazas contra la seguridad pública.

3. Los datos de los menores de edad y de las personas con capacidad modificada judicialmente o que estén incursas en procesos de dicha naturaleza, se tratarán garantizando el interés superior de los mismos y con el nivel de seguridad adecuado». Es relevante que el legislador español incluya el uso del tratamiento de datos biométricos para identificar a una persona física en los casos también de amenazas contra la Seguridad Pública. No se debe olvidar que el legislador de la UE eligió no incluir este supuesto.

sujeto a medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades del interesado, al menos el derecho a la intervención humana que se realizar por parte del responsable del tratamiento.

Especialmente problemática en el ámbito de la actuación de la policía y justicia penal es la elaboración de perfiles[36]. Recordemos que atendiendo a los artículos 21 y 52 de la CDFUE queda «prohibida» la «elaboración de perfiles» que conduzca a la «discriminación de las personas físicas» basada en datos personales que, por su naturaleza, son particularmente sensibles en términos de derechos y libertades fundamentales.

El abuso de perfiles produce efectos jurídicos negativos para el interesado o le afectan en gran medida, como el hecho de que una persona sea puesta bajo vigilancia o detenida por motivos de tratamiento automatizado de datos de carácter personal. Una cosa es crear perfiles para el procesamiento de datos personales con fines generales (que se utilizarán, por ejemplo, con fines de marketing) y otra completamente distinta es crear perfiles que, posteriormente, se utilicen para la prevención y la investigación del delito. Si bien, se sostiene que su uso adecuado resulta útil en el desempeño de funciones policiales su uso debe ofrecer las garantías sustanciales y procesales suficientes para su realización.

En consecuencia, se permite el uso de la información en el contexto de la policía y la justicia penal, incluso sobre la base de datos sensibles, sin perjuicio de salvaguardar las garantías adecuadas para los derechos y las libertades de las personas[37].

VI. Conclusiones: el difícil equilibrio entre la seguridad pública y la protección de los datos personales

La evolución tecnológica y la globalización han planteado nuevos retos en la protección de los datos personales, especialmente debido al aumento de los sistemas de recopilación e intercambio de información para actividades como la prevención, investigación, detección y enjuiciamiento de infracciones penales.

Aunque ciertas aplicaciones de inteligencia artificial pueden ser útiles en estos ámbitos, el Reglamento de IA (Ley de IA)[38] prohíbe específicamente sistemas de inte-

[36] Art. 11 Directiva y art. 14 LO 7/2021.

[37] Sobre el tema *Vid.* Etxeberria Guridi, J. F., «La identificación de personas mediante pruebas genéticas y bancos de perfiles de ADN: evolución normativa en el contexto europeo», *revista de derecho y genoma humano: genética biotecnología y medicina avanzada,* núm. Extra 1, 2014, pp. 135-156. *Ibidem*, «La orden europea de investigación (OEI) y la obtención de perfiles de ADN: algunas incoherencias», *op. cit.*, pp. 537-557.

[38] Aprobado por el pleno del Parlamento Europeo el 13 de marzo de 2024 la propuesta de Reglamento del parlamento europeo y del consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (ley de inteligencia artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión. Com/2021/206 final, disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-ontent/ES/TXT/?uri=celex%3A52021PC0206

ligencia artificial que puedan vulnerar derechos fundamentales o representar un riesgo significativo para la seguridad pública, como la identificación biométrica en tiempo real por parte de las autoridades. Existen excepciones limitadas para su uso, como la búsqueda de víctimas de delitos, la persecución de ataques terroristas o la prevención de crímenes graves castigados con más de cinco años de privación de libertad, siempre sujeto a autorización judicial previa.

Tanto la Directiva (UE) 2016/680, que regula la protección de los datos personales en el ámbito penal, como su transposición al derecho interno español a través de la LO 7/2021, destacan la relevancia de la tecnología en la colaboración con las autoridades policiales y judiciales para combatir el terrorismo y prevenir la delincuencia. Además, subrayan la importancia de facilitar la libre circulación de datos personales entre las autoridades competentes, tanto a nivel nacional y europeo como en la transferencia a terceros países y organizaciones internacionales, garantizando un alto nivel de protección de datos mediante un marco normativo coherente dentro de la UE.

El objetivo principal de la Directiva (UE) 2016/680 no es restringir el flujo de información entre organismos en la Unión, sino institucionalizar y agilizar los flujos de datos, permitiendo el tratamiento de datos personales en el ámbito penal bajo normas uniformes. Ante la posibilidad de que los datos recopilados para fines de seguridad o investigación penal sean transmitidos dentro de Europa y al extranjero, se exige que los Estados miembros garanticen niveles mínimos de protección para dichos datos.

Un aspecto clave de esta Directiva es su enfoque en preservar el derecho a la privacidad mientras se optimiza la seguridad de los ciudadanos europeos. Esto contrasta con la percepción, amplificada por amenazas terroristas recientes, de que la privacidad debe sacrificarse en favor de la seguridad. Antes de la entrada en vigor de esta normativa, la diversidad legislativa entre los Estados miembros dificultaba la investigación penal y obstaculizaba la cooperación entre autoridades, lo que hacía imprescindible establecer disposiciones uniformes que promovieran la confianza mutua y la eficacia en la colaboración policial y judicial.

El papel del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) es fundamental en la consolidación del derecho a la protección de datos personales, garantizando este derecho incluso frente a su tratamiento por parte de las autoridades competentes para garantizar la seguridad nacional o en actividades policiales preventivas. Sin embargo, la Directiva excluye ciertas actividades relacionadas con la seguridad nacional y las políticas de seguridad y exterior común de su ámbito de aplicación, dejando estas cuestiones bajo la jurisdicción de los Estados miembros y generando ambigüedades que deberán ser aclaradas por el TJUE y los tribunales nacionales.

También se observa una notable limitación en la ausencia de referencias a los regímenes jurídicos aplicables a organismos europeos como Europol y Eurojust, así como en el tratamiento del intercambio de datos personales entre estas agencias y terceros países u organizaciones internacionales. Además, la definición de términos como «seguridad

pública» carece de claridad tanto en la Directiva como en su norma de transposición, lo que puede dar lugar a interpretaciones divergentes y problemas en su aplicación práctica.

Un aspecto novedoso de la Directiva es la aplicación de principios de protección de datos personales en el ámbito policial. No obstante, establece un umbral de protección más bajo que el RGPD, ya que no exige el consentimiento del interesado, lo que podría facilitar la recopilación indiscriminada de datos y el uso de sistemas de vigilancia masiva que amenacen la privacidad y la libertad individual. Aunque se fomenta la cooperación entre autoridades y se reconocen principios de protección de datos en los intercambios con terceros países, el verdadero desafío radica en equilibrar medidas efectivas de seguridad con la protección de derechos fundamentales, especialmente en áreas ambiguas como la «seguridad nacional» y la «seguridad pública».

Por último, se observa un creciente énfasis en la prevención delictiva, que está ganando protagonismo respecto a la persecución del delito consumado. Aunque esta tendencia puede mejorar la seguridad, también plantea riesgos significativos para la privacidad, los datos personales y las garantías procesales.

En definitiva, pese a las limitaciones y ambigüedades, este marco jurídico representa un paso importante hacia la armonización de normas sobre protección de datos en el ámbito penal en la UE. Su efectividad dependerá de la implementación nacional, la actuación uniforme de los tribunales y la supervisión del TJUE para garantizar la protección de los derechos fundamentales.

IV. Bibliografía

Asencio Mellado, J. M., «La imputación como modo determinante del modelo procesal de investigación», *Revista General de Derecho Procesal,* núm. 40, septiembre, 2016.

Barona Vilar, S., *Algoritmización del derecho y de la justicia: de la Inteligencia Artificial a la Smart Justice*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

Bas Seyyar, M., & Geradts, Z. J. M. H., «Privacy impact assessment in large-scale digital forensic investigations». *Forensic Science International: Digital Investigation*, 33:200906, 2020.Disponible en: https://doi.org/10.1016/j.fsidi.2020.200906

Caruana, M. M., «The reform of the EU data protection framework in the contex of the police and criminal justice sector: harmonisation, scope, oversight and enforcement», *Internacional Review of Law, Computers & Technology,* vol. 33, n.º 3, 2019.

De Hoyos Sancho, M., «Profundización en la cooperación transfronteriza en la Unión Europea: obtención, registro e intercambio de perfiles de adn de sospechosos», Arangüena Fanego, C. (dir.), *Espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: últimos avances en cooperación judicial penal.* Lex Nova, Valladolid, 2010.

Etxeberia Guridi, J. F., «Principio de disponibilidad y protección de datos personales: a la búsqueda del necesario equilibrio en el espacio judicial penal europeo», *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, núm. 23, 2009.

— «La sentencia del TEDH S. y Marper c. Reino Unido, de 4 de diciembre de 2008, sobre ficheros de adn y su repercusión en la normativa española», Herrán, A. I., Emaldi, A., Enciso, M. (eds.), *Derecho y nuevas tecnologías*), Universidad de Deusto, 2010.

— «La identificación de personas mediante pruebas genéticas y bancos de perfiles de ADN: evolución normativa en el contexto europeo», *Revista de derecho y genoma humano: genética biotecnología y medicina avanzada,* núm. extra 1, 2014.
— «La orden europea de investigación (OEI) y la obtención de perfiles de ADN: algunas incoherencias», en Moreno Catena, Víctor y Romero Pradas, M. Isabel (dirs.) y Laro González, E. (ed.), *Nuevos postulados de la cooperación judicial en la Unión Europea, Libro homenaje a la prof. González Cano, M. I.*, Tirant lo Blanch, Valencia 2021.

Fiodorova, A. «La transmisión de información personal y datos personales en la Unión Europea para fines de investigación de delitos», Colomer Hernández, I., Oubiña Barbolla, S. (dirs.), *La transmisión de datos personales en el seno de la cooperación judicial penal y policial en la Unión Europea*, Aranzadi, Navarra, 2015.

Galán Muñoz, A., «La protección de datos de carácter personal en los tratamientos destinados a la prevención, investigación y represión de delitos: hacia una nueva orientación de la política criminal de la Unión Europea», Colomer Hernández, I. (dir.), Oubiña Barbolla, S., *La transmisión de datos personales en el seno de la cooperación judicial penal y policial en la Unión Europea*, Aranzadi, Navarra, 2015.

Galán Muñoz, A., «Los nuevos instrumentos de prevención y lucha contra el nuevo terrorismo: malas noticias para la intimidad y otros derechos fundamentales», en Oubiña Barbolla, S. (coord.), Catalina Benavente, M. Á., Colomer Hernández, I. (dirs.), *Cesión de datos personales y evidencias entre procesos penales y procedimientos administrativos sancionadores o tributarios*,), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2017.

Galgani, B., «Giudizio penale, habeas data e garanzie fondamentali», *Archivio penale*, núm. 1, 2019.

Gómez Colomer, J. L., *Estatuto jurídico de la víctima del delito. La posición jurídica de la víctima del delito ante la justicia penal. Un análisis basado en el derecho comparado y en las grandes reformas españolas que se avecinan*, Aranzadi, Navarra, 2014.

González Cano, M. I., «Cesión y tratamiento de datos personales, principio de disponibilidad y cooperación judicial penal en la Unión Europea», en Oubiña Barbolla, S. Catalina Benavente, M. A. (coords.), Colomer Hernández, I. (dir.), *Cesión de datos personales y evidencias entre procesos penales y procedimientos administrativos sancionadores o tributarios,* Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2017.

Guzmán Fluja, V. C., «Consideraciones sobre el alcance objetivo y subjetivo de la Directiva UE 680/2016, en Moreno Catena, V. y Romero Pradas, M. I. (dirs.), Laro González, E. (ed.), *Nuevos postulados de la cooperación judicial en la Unión Europea*, *Libro homenaje a la prof. González Cano*, M. I., Tirant lo Blanch, Valencia 2021.

Leiser, M., Custers, B., «The Law Enforcement Directive: Conceptual Challenges of EU Directive 2016/680», *European Data Protection Law Review,* vol. 5, Issue 3, 2019. Disponible en: https://ssrn.com/abstract=4014545

Pérez Luño-Robledo, E., «La nueva normativa europea para la Protección de Datos personales», *Derechos y Libertades: Revista de Filosofía del Derecho y Derechos Humanos*, núm. 40, enero 2019.

Piñar Mañas, J. L., Recio Gayo, M. (2018), *El derecho a la protección de datos en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, Wolters Kluwer-La Ley, Madrid, 2018.

Planchadell Gargallo, A., «Inteligencia Artificial y medidas cautelares», Barona Vilar, S. (ed.), *Justicia algorítmica y neuroderecho: una mirada multidisciplinar*, Tirant lo Blanch, 2021.

RALLO LOMBARTE, A., «El Tribunal de Justicia de la Unión Europea como juez garante de la privacidad en Internet», *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 39, 2017.Disponible en: http://revistas.uned.es/index.php/TRC/article/view/19150

RIZZO, G., D*erecho a la privacidad y seguridad en el espacio público europeo,* tesis doctoral (dir. José Vila Fernández y Pablo Zapatero Miguel), Universidad Carlos, Madrid, 2019.Disponible en: https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/29719/tesis_giuseppe_rizzo_2019.pdf?sequence=1&isAllowed=y

SÁNCHEZ DOMINGO, M. B., «La Protección de Datos personales en el espacio de libertad, seguridad y justicia. Especial consideración a las transferencias de datos a terceros países y organizaciones internacionales según la directiva 2016/680», *Revista de Estudios Europeos,* núm. 69, 2017.

41

LA RESPUESTA DEL DERECHO PENAL ANTE EL HURTO MULTIRREINCIDENTE: ASPECTOS PROBLEMÁTICOS Y POSIBLES SOLUCIONES

Ramon Ragués i Vallès
Catedrático de Derecho Penal
Universitat Pompeu Fabra[*]

SUMARIO: I. Introducción: un serio problema para la seguridad ciudadana. II. ¿Todos los hurtos leves son iguales? III. ¿Es el valor de la cosa el criterio determinante de la gravedad de los hurtos? IV. ¿Es relevante que el delito de hurto se cometa en determinados lugares? V. ¿Es la pena de multa la respuesta adecuada para todos los hurtos leves? VI. ¿Existe alguna manera de anticipar la atribución al sujeto del estatus de multirreincidente? VII. Consideraciones finales. VIII. Bibliografía.

I. Introducción: un serio problema para la seguridad ciudadana

La peligrosidad criminal fue uno de los numerosos temas a los que *Carlos Romeo* dedicó su atención a lo largo de su brillante trayectoria académica, que es motivo de merecido homenaje en la presente obra. Como muestra de agradecimiento por sus contribuciones científicas y en recuerdo de los buenos momentos compartidos, en este texto pretende abordarse un aspecto concreto de la peligrosidad criminal de la mano de un problema que, desde hace tiempo, genera especial preocupación, sobre todo en algunas ciudades. Se trata de la aparente insuficiencia de la respuesta del ordenamiento jurídico vigente ante aquellos sujetos que cometen hurtos de poca importancia cuantitativa, pero que lo hacen de manera repetida, habitual o, incluso, profesional. Según una parte importante de la opinión pública, esta reiteración, no seguida de una reacción

[*] La redacción del presente trabajo se enmarca en la ejecución del proyecto de investigación PID2023-147308NB-I00). Mucha de la información sobre el Derecho comparado tomada en consideración para la redacción del presente trabajo tiene su origen en un informe mucho más extenso sobre el tratamiento del delito de hurto multirreincidente elaborado en 2024 para el Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona en coautoría con *Pau Alabau Pereiro*, a quien agradezco mucho su colaboración en este proyecto. Las conclusiones alcanzadas en las siguientes páginas son, no obstante, estrictamente personales.

contundente, genera una importante sensación de inseguridad, especialmente en las ciudades más turísticas, y fomenta la percepción general de que la justicia es incapaz de frenar esta forma de criminalidad[1].

A fin de valorar hasta qué punto dicha impresión está justificada se analizarán algunas diferencias relevantes entre la regulación española del hurto y el tratamiento de este delito en el Derecho comparado. En concreto, se valorará la atribución en Derecho español de carácter leve a actuaciones muy diversas (II); la vinculación de la gravedad o levedad de este delito fundamentalmente al valor del objeto sustraído (III); o la consideración o no de ciertos lugares de comisión del hurto para determinar la gravedad de este delito (IV). Seguidamente, y también a la luz del Derecho comparado, se valorará si realmente la pena de multa es la consecuencia más adecuada para todas las situaciones abarcadas por la figura del hurto leve (V) y se planteará la conveniencia de aligerar las dificultades probatorias que en el sistema español complican la consideración de un sujeto como multirreincidente (VI). Las páginas finales servirán para intentar ofrecer algunas consideraciones a tener en cuenta en el contexto de la reforma del delito de hurto, que actualmente se discute en las Cortes Generales (VII).

Antes de entrar en materia conviene advertir, no obstante, de que en estas páginas no se ignora que buena parte de los problemas para una correcta prevención y persecución de los hurtos leves tiene que ver con la falta de suficientes recursos, tanto policiales como judiciales. Sin embargo, dado que la asignación de más recursos a la administración de justicia es siempre un escenario improbable, el presente trabajo tratará de proponer algunos cambios en el texto de la ley que, contando más o menos con los mismos medios humanos y materiales, permitan enfrentarse de manera más eficiente a este problema.

Sin embargo, entre los recursos a considerar en la prevención del hurto multirreincidente *no se tendrá en cuenta la prisión provisional* que, en el art. 503 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal vigente, permite imponer esta medida a los presuntos responsables de hurtos leves cuando cometan tal delito «con habitualidad». Por las razones ya expuestas en otro lugar, esta previsión legal se considera una medida de seguridad predelictual encubierta de dudosa legitimidad, cuyo uso no debería en modo alguno promoverse[2]. Con mayor motivo si se tiene en cuenta que, debido al habitual retraso en la tramitación de los procedimientos, enviar a un sospechoso de hurto leve a prisión preventiva significa en muchos casos —a la vista de las moderadas penas imponibles a

[1] En una encuesta del mes de julio de 2024 la seguridad era la principal preocupación de los ciudadanos de Barcelona: https://www.barcelona.cat/infobarcelona/ca/tema/ajuntament/publicats-els-resultats-del-segon-barometre-de-barcelona-del-2023-3_1422753.html. La ciudad encabezaba los *rankings* publicados por algunos medios de comunicación sobre los lugares donde es más probable ser víctima de los carteristas en Europa. A modo de ejemplo: https://es.euronews.com/viajes/2024/05/03/los-destinos-turisticos-europeos-favoritos-de-los-carteristas.

[2] Ragués i Vallès, *La prisión provisional*, p. 124 ss y 189 ss.

este delito— que el tiempo de privación de libertad sufrido durante la ejecución de la medida cautelar no podrá ser posteriormente descontado de la pena.

II. ¿Todos los hurtos leves son iguales?

La regulación española del delito de hurto plantea una primera particularidad ciertamente llamativa, si se la compara con la de otros países próximos. En concreto, que todo apoderamiento (sin fuerza, violencia o intimidación) de una cosa por valor igual o inferior a 400 euros merece la consideración de leve y solo debe ser sancionado con una pena de multa de uno a tres meses. Las únicas excepciones a esta regla —dejando por el momento de lado los preceptos específicamente pensados para supuestos de reincidencia— son las agravantes previstas en los arts. 234.3 CP y 235 CP:

a) En el primer caso (art. 234.3 CP), se establece que la pena prevista se impondrá en su mitad superior «cuando en la comisión del hecho *se hubieran neutralizado, eliminado o inutilizado, por cualquier medio, los dispositivos de alarma o seguridad instalados en las cosas sustraídas*». Sin embargo, con dicha agravación no se rebasa la citada pena máxima de tres meses de multa, aplicable cuando el valor del objeto sustraído no supera los 400 euros. Por otra parte, el radio de acción de esta agravante es limitado: seguramente sirva para la sustracción de objetos como bicicletas, que suelen protegerse con candados; o para determinados productos a los que, en superficies comerciales, se añaden dispositivos de alarma, como algunas bebidas alcohólicas o ciertas prendas de ropa. Pero no para las sustracciones de carteras o teléfonos móviles, que actualmente son muy habituales[3].

b) Más severa es la pena en el caso de las *agravantes del art. 235 CP*, cuya concurrencia endurece el marco penal aplicable hasta una pena de prisión de uno a tres años. Sin embargo, la mayoría de tales agravantes (por ejemplo, que el objeto del delito tenga un elevado valor cultural, científico o artístico, que sea una cosa de primera necesidad, que el delito revista especial gravedad etc.) difícilmente pueden darse en hurtos que tienen por objeto bienes cuyo valor no supera los 400 euros. De tal suerte que la aplicación del art. 235 CP en casos de sustracción de objetos de escaso valor parece quedar reservada a los casos de utilización de menores de dieciséis años para cometer el delito (apartado 8.º), o cuando dicha comisión se lleva a cabo por miembros de organizaciones o grupos criminales (apartado 9.º).

Fuera de estos casos, todos los hurtos leves se castigan solo con la citada pena de multa. Una sanción, desde luego, no especialmente disuasoria, máxime teniendo

[3] Solo en Cataluña, por ejemplo, en 2023 se hurtaron o robaron un promedio diario de 185 teléfonos móviles, lo que supone un total de más de 67.000 teléfonos sustraídos a lo largo de todo el año, según informan fuentes policiales citadas en https://www.elperiodico.com/es/sociedad/20241112/robo-telefonos-moviles-cataluna-datos-111581773.

en cuenta que —debido a la interpretación de la jurisprudencia sobre el momento de consumación de este delito[4]— la gran mayoría de hurtos que logran esclarecerse y llevarse a los tribunales para su enjuiciamiento *quedan casi siempre en grado de tentativa*, con la correspondiente rebaja penológica. En la práctica, cuando el autor alcanza la disponibilidad sobre el objeto sustraído y consuma el hurto, difícilmente logra ser identificado y castigado *a posteriori*. Un criterio, por cierto, que podría cambiarse con la correspondiente reforma legal, pues, aunque el criterio de la disponibilidad abstracta haya sido asumido por constante jurisprudencia desde hace muchos años, cabría perfectamente cambiar la ley para fijar de modo expreso otro momento consumativo (por ejemplo, la simple extracción del objeto del lugar donde se encontraba).

Partiendo de este marco normativo, la cuestión a plantearse es si, efectivamente, todos los hurtos por debajo de la citada cuantía revisten una misma gravedad —o levedad, si se prefiere— y merecen, por tanto, la pena mencionada; o si, por el contrario, cabe efectuar algunas distinciones relevantes, hasta el punto de entender que existen algunos casos más graves, actualmente no debidamente considerados por el Código Penal, que deberían desbordar la pena máxima de tres meses de multa prevista para el hurto leve. Tomando en cuenta el Derecho comparado, parece que cabría distinguir a tal efecto, como mínimo, entre dos supuestos de hurto muy frecuentes en la práctica, pero diferenciables en cuanto a su grado de afectación a la seguridad pública:

a) Por un lado, los *hurtos de objetos de escaso valor cometidos en establecimientos comerciales abiertos al público*, en los que no suele existir aproximación física, ni enfrentamiento alguno, entre sujeto activo y pasivo y cuya comisión suele afectar a víctimas que casi siempre son personas jurídicas. En estos casos, los hurtos pueden procesarse prácticamente como si fueran un coste más de la actividad empresarial, un riesgo susceptible de ser prevenido con medidas tecnológicas o humanas *ad hoc* y también asegurado en caso de que tales medidas fracasen[5].

b) Por otro lado, los *hurtos de objetos de valor escaso cometidos respecto de víctimas individuales en lugares públicos,* tales como la calle, los medios de transporte público, etc. En estos casos, suele existir una aproximación física entre autor y víctima, con el consiguiente riesgo de que se desencadene algún tipo de intimidación o violencia, y es mucho menos probable que el perjudicado cuente con algún tipo de seguro que le resarza del daño sufrido.

[4] Sobre el momento consumativo de este delito, *Cfr.*, por todos, Robles Planas, en *Lecciones*, p. 242 ss.

[5] Sobre las dimensiones de este fenómeno en España *Cfr.* el informe de la CEOE de 2019 titulado «Documento de posición sobre el hurto multireincidente en el comercio en España», disponible en https://www.ceoe.es/es/publicaciones/economia/documento-de-posicion-sobre-el-hurto-multirreincidente-en-el-comercio-en. Este texto contiene, por cierto, diversas propuestas de reforma.

Esta segunda clase de delitos genera, sin duda, mucha mayor inseguridad ciudadana[6]: nadie deja de acudir a ciertos comercios por el hecho de que en ellos se cometan hurtos de los objetos que allí se comercializan; en cambio, la comisión de tal delito respecto de personas físicas puede tener como efecto que se eviten determinadas zonas o lugares de una ciudad o, en general, que se desaconseje visitarla a los turistas. Sin ir más lejos, la actual preocupación social motivada por el fenómeno del hurto reincidente, antes mencionada, se refiere exclusivamente a los hurtos cometidos sobre víctimas humanas en lugares públicos y no tanto a sustracciones en establecimientos comerciales.

Un estudio del Derecho comparado permite advertir cómo en países culturalmente cercanos se valoran de manera distinta uno y otro caso. En el Estado de Nueva York, por ejemplo, tomar la cosa directamente de la persona de la víctima excluye la aplicación del hurto más leve, aunque la cuantía sea muy baja, y la infracción pasa de ser considerada una falta (*misdemeanor*) a merecer el tratamiento propio de un delito (*felony*) (art. 155.30). En Inglaterra y Gales, por su parte, el denominado *shoplifting*, que es la modalidad más leve de hurto, solo se aplica cuando se comete en comercios y la cuantía no llega a las 200 libras esterlinas[7]. Finalmente, en Italia la habilidad del autor en la ejecución del delito —como sucede en el caso de los carteristas— da lugar a un hurto agravado y también se excluye la modalidad básica más leve (art. 625.4 CP). Aunque sin éxito, en la década de 1970 en Alemania llegó a plantearse incluso la despenalización de los hurtos en establecimientos comerciales en el llamado Proyecto Alternativo de Código Penal, como ejemplo de la menor gravedad que se atribuye a estos hechos[8].

A la vista de estos ejemplos, una cuestión que convendría plantearse en futuras reformas del ordenamiento jurídico español es *si acaso tendría sentido trazar algún tipo de distinción en el tratamiento punitivo de ambas situaciones acorde con su distinta gravedad*. Tal vez la multa pueda ser una consecuencia asumible en los hurtos en establecimientos comerciales, pero dicha consecuencia parece no considerar de modo suficiente la gravedad del hecho cuando el ladrón arrebata la cosa —sin necesidad de recurrir a la violencia o intimidación— del cuerpo de la propia víctima o del interior de objetos que esta lleva en su poder, como carteras, bolsas, etc. Más adelante (*infra* V) se entrará a valorar cuál puede ser la respuesta adecuada para estos últimos casos.

[6] En general, sobre la lesividad propia de la delincuencia patrimonial leve, *Cfr.* Silva Sánchez, *Estudios Penales y Criminológicos*, Núm. 25, 2005, pp. 331-360. En especial, sobre los hurtos cometidos en grandes almacenes y establecimientos de autoservicio, *ibidem*, p. 351 ss.

[7] Así lo dispone la Magistrate's Courts Act de 1980 en su Sección 22 A.

[8] Para más detalles, Silva Sánchez, *Estudios Penales y Criminológicos*, Núm. 25, 2005, pp. 332-336.

III. ¿Es el valor de la cosa el criterio determinante de la gravedad de los hurtos?

El vigente art. 234 CP considera que, a efectos de calibrar la gravedad de los hurtos, el criterio fundamental debe ser el valor de la cosa sustraída y, en tal sentido, se establece la citada barrera de los 400 euros entre hurto leve y menos grave, dejando al margen las situaciones de mayor gravedad previstas en el ya citado art. 235 CP.

De entrada, parece tener sentido que, si el hurto es un delito contra el patrimonio, la mayor o menor afectación a este interés sea el elemento determinante de la gravedad de estos hechos. Sin embargo, esta vinculación entre lesividad y cuantía no parece valorar adecuadamente determinados aspectos lesivos de ciertos hurtos de comisión frecuente. Por ejemplo, los hurtos de documentación generan graves complicaciones a los ciudadanos afectados —especialmente si son extranjeros que están de viaje— además del riesgo de que los documentos sustraídos se usen con fines ilícitos. En tal sentido, la prensa informa de fraudes masivos cometidos a partir de documentos de identidad previamente hurtados, tales como contratación de préstamos o adquisición de bienes *on line*[9].

Algo parecido sucede en el caso de sustracción de medios de pago, como tarjetas de crédito o de débito, o con aquellas sustracciones que tienen por objeto el teléfono móvil, que hoy en día contiene información personal y, de modo cada vez más frecuente, se emplea también como medio de pago. De nuevo, en el Estado de Nueva York se excluye la posibilidad de aplicar la modalidad más leve de hurto cuando el delito recae sobre tarjetas de crédito o débito (art. 155.30). Por su parte, en el Código Penal italiano se agrava la pena del delito cuando este recae sobre el equipaje de un viajero, por la mayor vulnerabilidad de estos sujetos y las consecuencias más graves que para cualquier persona tiene el quedar desposeído de las pertinencias más básicas cuando se encuentra lejos de su lugar de residencia (art. 625.6 CP).

En estos supuestos los daños asociados al hurto no solo tienen para la víctima una dimensión patrimonial, sino que se amplían a numerosas molestias (o serios contratiempos, si se encuentra fuera de su país) y a riesgos de sufrir ulteriores perjuicios. Ello no

[9] Por ejemplo, la noticia publicada en 2024 en https://www.elperiodico.com/es/sociedad/20240602/cae-banda-dnis-robados-obtenian-103239486. En ella se informa de la existencia de una banda en la costa mediterránea española dedicadas a la sustracción de DNIs y a su posterior utilización ilícita con más de setecientas víctimas y ganancias superiores al millón de euros. Según se relata en la noticia, «un DNI escaneado o fotografiado es un bien valioso, con el que se puede comerciar en canales oscuros de internet, y con el que se puede obtener financiación y compras a crédito. Los estafadores adquirían datos de identidad de DNIs fotografiados por integrantes de la banda que trabajaban en lugares de ocio de la zona (…) Con la foto del DNI, les bastaba entrar en una web de créditos online, simular un préstamo y, si la web daba el ok, formalizarlo en falso. Cuando la web pedía datos de solvencia, como la nómina o el empleo, a operarios especializados, en posesión de algunas contraseñas, les bastaba con meterse en la página de la Seguridad Social para obtener la antigüedad en el puesto de trabajo. Los mismos peones falsificaban nóminas y recibos bancarios a nombre de la víctima, la documentación de apoyo que suelen pedir las financieras».

significa que el hurto deba perder su consideración de delito patrimonial; pero sí que cabe replantearse que, en la valoración de la gravedad de este hecho delictivo —cuando se trata de distinguir entre delito leve y menos grave—, solo deba valorarse la dimensión económica y no puedan tenerse en cuenta otras clases de perjuicios. De hecho, es posible que con el paso del tiempo estos otros daños adquieran mayor relevancia para las víctimas que la dimensión estrictamente económica, pues cada vez es menos frecuente que las personas lleven consigo dinero en efectivo.

Un replanteamiento de la regulación de este delito debería tener en cuenta estas circunstancias, como, de hecho, ya sucede en alguna de las proposiciones de ley actualmente en tramitación, que proponen agravar la pena cuando el delito recaiga sobre un teléfono móvil[10]. Las mismas razones que justifican la inclusión de este objeto se extienden a otras cosas muebles ya citadas, como la documentación personal. La duda, en todo caso, es si dicha agravación debe consistir en pasar directamente del delito leve (castigado con multa de 1 a 3 meses) al tipo agravado del art. 235 (prisión de uno a tres años), como se sugiere en algunas proposiciones de ley, o si sería preferible aplicar la pena del tipo básico de hurto cuando la cosa vale más de 400 euros, es decir, prisión de seis a dieciocho meses.

IV. ¿Es relevante que el delito de hurto se cometa en determinados lugares?

El Derecho penal español, como ya se ha expuesto, no toma en cuenta el lugar de comisión del delito de hurto para valorar la gravedad de tales hechos. Esta es otra diferencia con la regulación vigente en otros países. Por ejemplo:

a) En Francia el artículo 311-4, 7.º CP prevé una pena de hasta cinco años de prisión y 75.000 euros de multa cuando el hurto se cometa «dentro de un vehículo destinado al transporte colectivo de pasajeros o en un lugar destinado al acceso a un medio de transporte colectivo de viajeros».

b) En Italia, entre las circunstancias que agravan la pena de acuerdo con el art. 625 CP, está la prevista cuando el delito se comete «en cualquier tipo de vehículo, en estaciones, en aeropuertos o andenes, en hoteles u otros establecimientos donde se sirva comida o bebidas» o «si el delito se comete en un transporte público». En cuanto a esta última (art. 625.8 *bis* CP), se trata de una modalidad relativamente reciente, introducida

[10] Tal es el caso de la proposición de ley presentada por el grupo parlamentario de Junts per Catalunya el 12 de abril de 2024, que propone incluir entre las agravantes específicas del art. 235 aquellos casos en los que el objeto del delito consista en «dispositivos móviles informáticos o de comunicación, o dispositivos electrónicos o tecnológicos». Esta propuesta coincide en buena medida con la presentada asimismo por el Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona: https://www.icab.cat/ca/actualitat/noticies/noticia/NOTA-DE-PREMSA-LICAB-presenta-dues-propostes-legislatives-per-combatre-la-multireincidencia-i-lokupacio-illegal/.

mediante el Decreto para la Seguridad Pública de 2009. La doctrina considera que se justifica por la situación de mayor vulnerabilidad en la que se encuentran las víctimas cuando se desplazan en determinados medios de transporte. Una parte de la doctrina ha sido muy crítica con esta reforma, porque las acciones de los carteristas tradicionalmente no habían sido consideradas en Italia como una modalidad básica de hurto, sino que, como se ha expuesto anteriormente, ya se aplicaba la modalidad de hurto con habilidad (art. 625.3 CP)[11].

c) En Portugal el artículo 204.1 b) CP fija una pena de prisión de hasta cinco años o pena de multa de hasta 600 días para los casos en los que el autor sustraiga un objeto localizado o transportado en un vehículo, situado en un lugar destinado al depósito de objetos o transportado por usuarios de un medio de transporte colectivo, aunque la sustracción tenga lugar en una estación, parada o muelle. En cuanto al transporte de viajeros, el precepto abarca cualquier medio de transporte, ya sea aéreo, marítimo, ferroviario o por carretera. La mención a los objetos «transportados en vehículo» alcanza los supuestos de sustracción de equipajes —aunque sea equipaje de mano— dentro de un determinado medio de transporte o en los lugares descritos en el tipo penal.

En Italia otra agravante que tiene en cuenta el lugar de comisión fue también incorporada al Código Penal en el año 2009 y se aplica en el caso de víctimas que están extrayendo—o acaban de extraer— dinero procedente de una entidad de crédito, oficina postal o cajero automático (625.8 ter CP). La finalidad de esta agravante es castigar con mayor pena los actos de apoderamiento que tienen lugar en las inmediaciones de los cajeros en un momento en el que la víctima puede llevar encima cantidades de dinero especialmente elevadas.

La necesidad de introducir esta clase de agravantes en Derecho español es dudosa. Ciertamente, el que determinados lugares sean escenario habitual del presente delito puede generar un efecto de mayor inseguridad en tales entornos en particular e, incluso, inhibir a algunos usuarios de acudir a ellos. Sin embargo, tal efecto no parece ser lo bastante grave como para afectar de manera relevante a los intereses sociales vinculados con estos lugares, como es el libre desplazamiento de las personas con los medios públicos de transporte. Por otra parte, la mayor vulnerabilidad asociada a las aglomeraciones que a menudo suelen darse en tales entornos parece ya tenerse en cuenta si se rechaza el carácter leve de los hurtos cometidos directamente sobre la persona de la víctima, como se ha propuesto anteriormente (*supra* II). Finalmente, en cuanto a la proximidad de ciertos hurtos a bancos o cajeros automáticos, la mayor potencialidad lesiva de estos hechos en España ya se tiene en cuenta con el salto de pena asociado a la mayor cuantía aplicable cuando a la víctima se le sustraen más de 400 euros.

[11] Amarelli, en *Tratatto*, p. 131 ss.

V. ¿Es la pena de multa la respuesta adecuada para todos los hurtos leves?

La respuesta a semejante pregunta parece que debe ser negativa si se atiende a lo dispuesto por el Derecho comparado. Así, por ejemplo, el hurto atenuado en Italia tiene una pena prevista de prisión de hasta un año (art. 626); el *shoplifting* inglés puede conllevar una pena de prisión de hasta seis meses (sección 22 A Magistrate's Courts Act); el *petit larceny* en Nueva York tiene una pena de privación de libertad de hasta 364 días (art. 70.15); el hurto sobre bienes de escaso valor en Alemania puede suponer una pena de prisión de hasta cinco años o multa (§ 242 StGB); el hurto leve en Portugal tiene prevista una pena abstracta de hasta tres años de prisión o multa (art. 203 CP); y en Francia, en caso de no concurrir los requisitos para seguir el procedimiento de *amende forfaitaire*, el hurto leve puede ser castigado con una pena de hasta tres años de prisión (313-33 CP).

En estos casos, ciertamente, se prevén penas alternativas y la ejecución de la pena de prisión suele quedar en suspenso si se trata de la primera condena. Sin embargo, la posibilidad de prisión efectiva para determinados casos excepcionales existe, algo que, por el contrario, está completamente excluido en España. Ello tiene consecuencias a efectos de reincidencia, por cuanto la segunda condena en Derecho español sigue mereciendo una simple pena de multa y, en cambio, en muchos de estos ordenamientos, cuando el sujeto reincide, puede ya entrar en juego la pena efectiva de prisión al quedar descartada cualquier posible suspensión.

En estas circunstancias, cabe imaginar un modelo regulatorio que *excluyera la aplicación de la modalidad más leve cuando este delito se cometiera directamente sobre la persona de la víctima o bien recayera sobre alguno de los objetos citados en el apartado anterior*, aunque no superaran el valor de 400 euros. En estos casos podría aplicarse una pena de prisión de corta duración, que la primera vez no supondría prácticamente nunca una privación efectiva de libertad, pero sí a partir de la segunda. Ello simplificaría la actual regulación, que obliga a esperar al tercer delito y a acreditar que el valor supera los 400 euros con independencia de cuáles sean las circunstancias de comisión, además de aumentar la capacidad disuasoria de la sanción impuesta.

VI. ¿Existe alguna manera de anticipar la atribución al sujeto del estatus de multirreincidente?

El art. 234.2 CP contempla actualmente un precepto específico pensado para combatir la multirreincidencia en la comisión de delitos leves de hurto. Concretamente, señala este precepto que, «en el caso de que el culpable hubiera sido condenado ejecutoriamente al menos por tres delitos comprendidos en este Título, aunque sean de carácter leve, siempre que sean de la misma naturaleza y que el montante acumulado

de las infracciones sea superior a 400 €, se impondrá la pena del apartado 1 de este artículo», es decir, una pena de prisión de seis a dieciocho meses[12].

El sistema penal español parece partir de la premisa de que la única manera de probar que una persona se dedica de modo habitual a la comisión de hurtos es por medio de sus antecedentes penales. Ello provoca importantes problemas prácticos cuando se pretende aplicar los preceptos específicamente pensados para imponer penas de prisión a sujetos con tres antecedentes. En concreto:

a) En primer lugar, el *excesivo tiempo que transcurre desde que el sujeto comete los diversos delitos hasta que estos son objeto de condena firme* y tenidos en cuenta para agravar la pena comporta que, durante un periodo no precisamente breve, el sujeto ya sea *de facto* reincidente, pero no conste formalmente como tal para el sistema de justicia penal, pues los primeros delitos pueden estar pendientes de condena o, incluso, de celebrarse el juicio.

b) Por otra parte, si el sujeto se dedica a la comisión de hurtos leves, la *necesidad de acreditar que la cuantía de estos delitos supera en su conjunto los 400 euros* dificulta también la aplicación de las agravantes de multirreincidencia. Ello se explica porque la cuantía del hurto que motiva cada condena no suele constar —al menos hasta tiempos recientes— en el certificado de antecedentes penales, lo que obliga a solicitar testimonio de las correspondientes sentencias condenatorias mediante exhorto a los respectivos juzgados[13]. Además, puede ser que, en algunas de tales sentencias previas, no hubiera llegado a concretarse el valor exacto del objeto, por no ser ello necesario en caso de existir consenso entre las partes procesales en que su valor era inferior al requerido por la ley para el delito menos grave.

La vinculación entre el estatus de multirreincidente y los antecedentes penales supone algo parecido a un sistema de prueba tasada que, en cambio, es dudoso que se haya seguido en otros delitos, como por ejemplo el delito de violencia doméstica habitual (art. 173 CP), el delito de alteración de precios (art. 284.2 CP) o el delito de abuso de información privilegiada (art. 285.2 CP). En estas dos últimas figuras delictivas la habitualidad es un elemento de agravación que no parece exigir necesariamente la aportación de antecedentes por condenas previas, sino que la concurrencia de hechos delictivos previos se encuentra abierta a ser probada de maneras distintas. Salvando las distancias, algo parecido sucede con el delito de blanqueo de capitales (art. 301 CP), que,

[12] Sobre el alcance de este precepto y los problemas de aplicación práctica que plantea, ver la Circular 1/2022 de la Fiscalía General del Estado sobre la reforma del delito de hurto operada en virtud de la Ley Orgánica 9/2022, de 28 de julio, así como el trabajo de Maraver Gómez, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Núm. 25, 2023, pp. 1-29.

[13] Con todo, según fuentes judiciales, desde 2022 el aplicativo del Ministerio de Justicia ya permite registrar tal circunstancia, aunque no conste reforma normativa con tal propósito.

según doctrina y jurisprudencia dominantes, no requiere que exista una previa condena por el delito del que dimanan los bienes posteriormente blanqueados.

En otras palabras: cabría defender que *no siempre que el Código Penal toma en cuenta la comisión de otros delitos en un tipo penal es imprescindible que tales infracciones hayan sido objeto de condena firme*, sino que basta con que el juez alcance la convicción de que dichos delitos se han cometido. ¿Sería posible algo parecido en el delito de hurto? En un sistema como el español, en el que rige el principio de libre valoración de la prueba, de entrada nada parece obstar a que el juez tome en consideración, por ejemplo, declaraciones testificales, informes policiales o indicios de cualquier signo (circunstancias del hecho, objetos que se encuentren en poder del detenido etc.) que acrediten que una persona, de manera constante y reiterada, se dedica a la comisión de hurtos. No obstante, esta manera de proceder topa con serios obstáculos y requeriría de dos importantes cambios:

1. El primero, de una modificación del Código Penal que *sustituyera la exigencia de tres condenas por una simple mención a la habitualidad*, en la línea de los tres delitos citados anteriormente.

2. El segundo cambio afectaría a la *reacción de los cuerpos policiales ante la denuncia de estos delitos*, que ya no solo deberían limitarse a instruir el correspondiente atestado en cada caso singular de hurto y enviarlo al juzgado, sino que deberían efectuar además una tarea de recopilación de información respecto de cada sujeto para acreditar al juez que se trata de alguien dedicado profesionalmente a la comisión de tal delito. En cierto modo los atestados policiales ya contienen de manera fragmentaria esta información cuando incluyen, por ejemplo, el número de detenciones previas de un sujeto; se trataría, no obstante, de procesar más a fondo estos datos —en principio accesibles para los cuerpos policiales— y preparar informes sobre el perfil de tales sujetos, a los que —según declaran a menudo a los medios agentes de policía— muchas veces suelen conocer perfectamente.

Varios ordenamientos jurídicos cercanos contemplan en su articulado una agravación por «profesionalidad» del sujeto activo del delito:

a) En Alemania el § 243 StGB prevé una pena agravada para los casos «especialmente graves» de hurto, entre los que es particularmente destacable el recogido en el numeral tercero, que hace referencia al autor que «hurte profesionalmente». La concurrencia de esta modalidad incrementa el marco penal aplicable al delito de hurto, fijando una pena privativa de libertad de tres meses a diez años. Sin embargo, la circunstancia agravante de profesionalidad queda excluida—y, por tanto, la pena aplicable es la del tipo básico de hurto— si el objeto sobre el que recae el hurto tiene un escaso valor, en virtud del § 243. 2 StGB.

La jurisprudencia ha afirmado que un sujeto actúa «profesionalmente» cuando «persigue la *intención* de procurarse, a través de la comisión reiterada del hecho delictivo,

una fuente continua de ingresos de cierta duración y entidad»[14]. En cuanto a la intención, dado que se trata de un elemento subjetivo, debe probarse principalmente a través de indicios. Algunos indicios destacados por la doctrina y la jurisprudencia son el número y la frecuencia de otros hurtos[15], el valor de los objetos hurtados y la relación entre las ganancias derivadas de este delito y los ingresos legales que percibe el sujeto activo[16].

Con todo, algunos autores alertan de interpretaciones judiciales que recurren a elementos controvertidos como «la inclinación del acusado hacia el lujo» o la condición de drogodependiente del sujeto[17]. Por otra parte, conviene remarcar que la mera existencia de antecedentes penales no justifica la apreciación de esta circunstancia[18]. Aunque la intención del ladrón profesional debe ir orientada a la obtención de una «fuente continua de ingresos» a través de la comisión reiterada de hurtos, tanto la doctrina como la jurisprudencia coinciden en la admisión de este elemento subjetivo incluso en el caso de delincuentes primarios, según las circunstancias del caso[19]. A diferencia de lo que sucede en otros países del entorno próximo, como en Austria[20], el Código Penal alemán no establece un umbral a partir del cual se afirme la existencia de una fuente de ingresos de «cierta entidad», sino que deberán considerarse las circunstancias concretas del caso[21].

b) Por su parte, en Portugal el artículo 204.1 h) del Código Penal prevé una pena de hasta cinco años de prisión o pena de multa de hasta 600 días en caso de que el autor actúe «haciendo de la práctica de hurtos su estilo de vida».

La doctrina y la jurisprudencia han incidido en la necesidad de delimitar este concepto respecto de la habitualidad delictiva, es decir, de la mera comisión reiterada de hurtos[22]. En efecto, si bien la apreciación de esta agravante presupone la existencia de múltiples hurtos con anterioridad a la ejecución de la conducta enjuiciada, se trata de

[14] BGH, Sentencia 529/16, de 9 de marzo de 2017.

[15] Brodowski, *wistra*, 2018, pp. 100-101.

[16] OLG Fráncfort, Sentencia 364/15, de 15 de enero de 2016.

[17] Vogel / Brodowski, *LK-StGB*, § 243, núm. marg. 35 a 37.

[18] Vogel / Brodowski, *LK-StGB*, § 243, núm. marg. 37.

[19] En cuanto a la doctrina, Schmitz, *MüKo-StGB*, § 243, núm. marg. 41; Bosch, en *Schönke/Schröder – StGB*, § 243 núm. marg. 31. Para la posición de los tribunales, *Vid.* BGH, Urteil 2 StR 14/17, de 14 de junio de 2017.

[20] El § 70.2 del Código Penal austríaco establece que una fuente de ingresos de cierta entidad es aquella que supera los 400 euros mensuales de media anual.

[21] El OLG Fráncfort, Sentencia 364/15, de 15 de enero de 2016, rechazó aplicar la circunstancia de profesionalidad en el caso de un sujeto que obtuvo unos ingresos derivados del delito de 55 euros cuando sus ingresos mensuales legales ascendían a los 1.430 euros.

[22] Así lo recalca el Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, proceso 184/18.1PBCVL. C2. S1, de 29 de septiembre de 2021, que recuerda que, en el año 1995, se derogó la calificación de habitualidad del Código, de forma que la nueva agravante de «modo de vida» está más próxima a la «profesionalidad» que a «la habitualidad».

una condición necesaria pero no suficiente[23]. En este sentido, es imprescindible que, mediante la comisión repetida de hurtos, el autor persiga la intención de procurarse un medio de subsistencia más o menos regular[24]. No obstante, los rendimientos obtenidos a partir de la práctica delictiva no deben constituir, necesariamente, la exclusiva fuente de ingresos del sujeto, pudiendo ser intermitentes o incluso esporádicos[25].

El elemento esencial consiste en que las ganancias obtenidas mediante la comisión reiterada de hurtos contribuyan de forma significativa al mantenimiento del autor. Para la valoración de este último elemento, la jurisprudencia suele recurrir a la periodicidad con que la infracción ha sido ejecutada, así como a los rendimientos mensuales obtenidos por medio de la comisión del delito[26]. Otros indicios empleados por la jurisprudencia para apreciar que el sujeto hace de la práctica de hurtos su *modus vivendi* han sido sus ingresos lícitos comparativamente inferiores a los rendimientos delictivos, su situación de desempleo durante el periodo de reiteración delictiva, la ausencia de otras fuentes de ingresos lícitas declaradas, la ostentación de un poder adquisitivo incompatible con las ganancias declaradas, la «profesionalidad» demostrada en la ejecución concreta del delito, etc[27].

La doctrina suele negar la concurrencia de esta modalidad agravada cuando se trata de un delincuente primario[28]. Para la existencia de infracciones previas de la misma naturaleza, la jurisprudencia suele referirse no solo a los antecedentes penales, sino también a las denuncias, antecedentes policiales y datos contenidos en ficheros policiales[29].

Sin embargo, la eventual *traslación de este tipo de agravaciones al Derecho español* plantea algunas dudas, fundamentalmente derivadas del derecho fundamental a la presunción de inocencia y de la prohibición del Derecho penal de autor:

[23] Sentencia del Tribunal de Apelación de Évora, asunto 139/20.6GBABT. E1, de 4 de junio de 2024; Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, caso 90/17.7GBFND. C2. S1, de 13 de enero de 2022, citando a Faria Costa, en *Comentário Conimbricense,* págs. 70 y ss.; Sentencia del Tribunal de Apelación de Coimbra, asunto 1239/10.6PBCBR. C1, de 7 de noviembre de 2018.

[24] Pinto do Alburquerque, *Comentario*, p. 870.

[25] En este sentido se ha venido pronunciando de forma inmutable el Tribunal Supremo portugués, *Vid.* Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, proceso 23/20.3GABNV. L1. S1, de 18 de mayo de 2023; proceso 90/17.7GBFND. C2. S1, de 13 de enero de 2022.

[26] Sentencia del Tribunal de Apelación de Coimbra, asunto 1239/10.6PBCBR. C1, de 7 de noviembre de 2018.

[27] Sentencia del Tribunal de Apelación de Oporto, caso 135/14.2GAVFR. P1, de 10 de mayo de 2017; Sentencia del Tribunal de Apelación de Coimbra, asunto 1239/10.6PBCBR. C1, de 7 de noviembre de 2018; Sentencia del Tribunal de Apelación de Coimbra, asunto 202/10.1PBCVL. C1, de 16 de junio de 2015.

[28] Pinto do Alburquerque, *Comentario*, p. 870.

[29] Sentencia del Tribunal de Apelación de Coimbra, asunto 111/19.9PBCVL. C1, de 27 de enero de 202; Sentencia del Tribunal de Apelación de Coimbra, asunto 202/10.1PBCVL. C1, de 16 de junio de 2015.

a) En cuanto a las primeras, guardan relación con el hecho de *que pueda castigarse a alguien con una mayor pena por la comisión de delitos previos que todavía no han sido proclamados como tales* de modo firme por el sistema de justicia penal.

En tal sentido, conviene tener muy presente la Sentencia del Tribunal Constitucional 185/2014, de 15 de diciembre (ponente Valdés Dal-Ré), que se pronunció acerca de la constitucionalidad del antiguo art. 623.1 del Código Penal. Este precepto establecía una pena de localización permanente o multa a los que cometieran un hurto si el valor del objeto superase los 400 euros y precisaba que, «en los casos de perpetración reiterada de esta falta, se impondrá en todo caso la pena de localización permanente. En este último supuesto, el Juez podrá disponer en sentencia que la localización permanente se cumpla en sábados, domingos y días festivos en el centro penitenciario más próximo al domicilio del penado». Finalmente, se añadía que, «para apreciar la reiteración, se atenderá al número de infracciones cometidas, hayan sido o no enjuiciadas, y a la proximidad temporal de las mismas».

En la resolución citada este último párrafo fue sometido a una *interpretación conforme a la Constitución* por considerarse que su constitucionalidad era dudosa a la vista del art. 24 CE. A tal efecto, el Tribunal precisó en su Sentencia que el precepto podía salvarse «en tanto se interprete que, para apreciar la reiteración, las faltas de hurto han de haber sido objeto de condena firme en otro proceso, o ser enjuiciadas y objeto de condena en el proceso en el que se plantee la aplicación de aquel precepto».

En palabras del Tribunal, «además de que la exigencia de firmeza es obligada desde la perspectiva de los principios constitucionales informadores del Derecho penal, en concreto desde el principio de culpabilidad y la exigencia compartida con el principio de presunción de inocencia de atribución personal del hecho doloso o imprudente al sujeto, también una interpretación sistemática atenta a la voluntad del legislador abona la reducción del tenor literal a los supuestos de pronunciamientos condenatorios firmes. Por un lado, la reincidencia como elemento agravatorio de la responsabilidad penal prevista en el art. 22.8 CP exige la ejecutoriedad de la condena previa. Por otro lado, la definición auténtica de reo habitual contenida en el art. 94 CP alude a delitos por los que el sujeto haya sido 'condenado', referencia que se interpreta y aplica con el requisito de firmeza, lo que también sucede respecto a la exigencia de habitualidad como elemento típico del delito de violencia habitual (art. 173.2 y 3 CP), que puede venir integrado, de forma paralela a lo que sucede en la reiteración de faltas, por actos de violencia enjuiciados (se interpreta que con condena firme) o no enjuiciados»[30][31].

[30] El citado art. 94 CP disponía que «a los efectos previstos en la sección 2.ª de este capítulo, se consideran reos habituales los que hubieren cometido tres o más delitos de los comprendidos en un mismo capítulo, en un plazo no superior a cinco años, y hayan sido condenados por ello».

[31] Además, añade el Tribunal que «incluso en la génesis de este precepto se evidencia la demanda de firmeza, pues la disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 5/2010 que lo introdujo instaba el

b) Y, en cuanto a la perspectiva de la prohibición del Derecho penal de autor, las dudas derivan de la circunstancia *de que estas agravaciones se basen en una condición personal del sujeto concebida de una manera predominantemente subjetiva*, como la disposición futura a cometer nuevos delitos, un juicio de intenciones de muy difícil acreditación procesal y de muy dudosa compatibilidad con el principio de responsabilidad por el hecho.

Todas estas razones hacen que la previsión de una agravación por habitualidad desvinculada de las previas condenas firmes no parezca viable en el ordenamiento español vigente. Hoy por hoy, la consideración del sujeto como multirreincidente solo cabe admitirla a partir de los antecedentes penales, lo que obliga a que los esfuerzos deban dirigirse a una mayor celeridad en el enjuiciamiento, sin que sea factible recurrir a otra suerte de «atajos» normativos.

VII. Consideraciones finales

Comparada con la de otros ordenamientos jurídicos cercanos, la regulación del hurto leve en España plantea ciertas diferencias que no parecen contribuir, precisamente, a su efectividad en la lucha contra la comisión reiterada de tal delito. Algunos de los rasgos característicos de tal regulación deberían repensarse, en particular, que el valor de la cosa sea prácticamente siempre la característica determinante de la gravedad del hecho y que la multa —atenuada, casi siempre, por quedar el hecho en grado de tentativa— sea la pena prevista hasta que no se produce el tercer delito.

Esta regulación explica en buena medida la sensación de falta de rigor denunciada al inicio de las presentes páginas, acentuada por la suma lentitud procesal motivada por la insuficiencia de recursos humanos y materiales. Desde luego, no se propone aquí que las deficiencias procesales se resuelvan, sin más, con un incremento de penas. Sin embargo, además de las urgentes mejoras en la persecución efectiva de estos delitos, prestando atención al Derecho comparado podrían repensarse algunos aspectos de la vigente regulación de esta infracción penal en España, cuya reforma en algunos puntos concretos podría contribuir a una prevención más efectiva de estas infracciones penales.

VIII. Bibliografía

Amarelli, Giuseppe, Capítulo III, «Le circonstanze aggravanti», en Fiore, *Trattato di diritto penale. Parte speciale. I delitti contro il patrimonio*, Utet, Turín, 2010, pp. 101-136.

Bosch, Nikolaus, «§ 243 Besonders schwerer Fall des Diebstahls», en Schönke / Schröder, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 30.ª ed., 2019, C.H. Beck, Múnich, núm. marg. 31.

---

establecimiento de un sistema electrónico de registro para las faltas afín de dar virtualidad a la previsión del art. 623.1 CP, previsión que muestra la apuesta por una multirreincidencia específica para la falta de hurto vinculada, como en la reincidencia genuina del art. 22.8 CP, a condenas firmes».

Brodowski, Dominik, «Die Gewerbsmäßigkeit im deutschen Strafrecht», *wistra*, (3), 2018, pp. 100-101.

Faria Costa, José, «Artículo 204», en Figueiredo Dias (dir.), *Comentário Conimbricense do Código Penal. Parte Especial*, Coimbra Editora, tomo II, 1999, págs. 70 y ss.

Maraver Gómez, Mario, «La regulación de la multirreincidencia en los delitos de hurto tras la reforma producida por la Ley Orgánica 9/2022, de 28 de julio», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Núm. 25, 2023, pp. 1-29.

Pinto do Alburquerque, Paulo, *Comentário do Código Penal*, 4.ª ed., Universidade Católica Editora, Lisboa, 2021.

Ragués i Vallès, Ramon, *La prisión provisional como* ultima ratio*,* Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Sao Paulo, 2023.

Robles Planas, Ricardo, «Delitos contra el patrimonio (I)», en Silva Sánchez (dir.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, 9.ª ed., Atelier, Barcelona, 2023, pp. 239-266.

Schmitz, Roland, «§ 243 Besonders schwerer Fall des Diebstahls», en Erb / Schäfer (eds.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, C.H. Beck, Múnich, t. IV, 4.ª ed., 2021, núm. marg. 41.

Silva Sánchez, Jesús-María, «Delincuencia patrimonial leve: una observación del estado de la cuestión», *Estudios Penales y Criminológicos*, Núm. 25, 2005, pp. 331-360.

Vogel, Joachim / Brodowski, Dominik, «§ 243», a Cirener (eds.), *Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch*, tomo XIII, 13.ª ed., de Gruyter, Berlín, 2022, nm. 35 a 37.

42

EL CONCEPTO DE PERSONA EN EL DELITO DE HOMICIDIO*

EDUARDO RAMON RIBAS
Catedrático de Derecho Penal
Universitat de les Illes Balears

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL DELITO DE HOMICIDIO: CONCEPTO Y REGULACIÓN. III. ¿QUIÉN ES EL «OTRO» AL CUAL SE REFIEREN LOS ARTÍCULOS 138 Y 142 DEL CÓDIGO PENAL? IV. ¿CUÁNDO SE ADQUIERE LA CONDICIÓN DE PERSONA? IV.1. El concepto amplio de persona. IV.2. El concepto restrictivo de persona: STS 817/2024, de 2 de octubre. V. EL DELITO DE ABORTO: CONCEPTO Y REGULACIÓN. VI. CONCLUSIONES. VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Este es, resumidamente, el relato de hechos que toma como base, manteniéndolo, el Tribunal Supremo en su sentencia 817/2024, de 2 de octubre:

> «Los acusados, Cecilia y Samuel, actuaron como comadrona y ginecólogo, respectivamente, encargados del parto de Patricia, cuyo embarazo, que se había desarrollado con normalidad, fue atendido por el segundo. El día X de 2015 Patricia comenzó a tener contracciones, por lo que acudió al hospital, quedando ingresada sobre las 13 horas para dar a luz; en el momento del ingreso tenía una dilatación de 3 cm y se practicó rotura artificial de la bolsa amniótica fluyendo aguas claras. En ese momento el feto se encontraba vivo y en situación de bienestar fetal.
>
> Iniciado el trabajo del parto, la acusada Cecilia, como comadrona, quedó al cuidado y control de su desarrollo, formando parte de su función poner en inmediato conocimiento del facultativo ginecólogo cualquier incidencia que pudiera surgir susceptible de poner en riesgo la salud de la madre o del feto. Sobre las 13:30 horas visitó a la paciente el Sr. Samuel, marchándose después y volviendo a acudir sobre las 14 horas para vigilar la

* El tema elegido enlaza de forma muy directa con mi tesis doctoral, publicada como monografía con el siguiente título: «El delito de lesiones al feto. Incidencia en el sistema de tutela de la vida y la salud» (Comares, Granada 2002). Precisamente fue el homenajeado, el Dr. Carlos M.ª Romeo Casabona, quien me sugirió que centrara mi investigación en dicho tema tras una breve estancia de una semana en Bilbao, en marzo de 1995. A él, obviamente, con toda admiración y estima, dedico este texto.

aplicación de la anestesia epidural, marchándose sobre las 14:15 a su consulta y a atender otro parto. Desde esa hora fue la comadrona la encargada exclusivamente de vigilar el desarrollo del parto, si bien en varias ocasiones hablaba por teléfono con el ginecólogo para informarle de cómo estaba la situación y en todas esas ocasiones la comadrona dijo al acusado que iba todo bien.

Patricia fue monitorizada a las 13:06 horas, iniciándose el registro cardiotográfico (RCTG) externo para el control de la dinámica uterina y de la frecuencia cardíaca fetal. El registro se interrumpió entre las 16:32 y las 17:10 horas y finalizó a las 18:51 horas.

A pesar de que la comadrona, Cecilia, estaba capacitada para leer e interpretar el registro cardiotográfico, no detectó, debiendo hacerlo por sus conocimientos profesionales, que el mismo mostraba, sin duda desde las 15:30 horas, una actividad uterina defectuosa y alteraciones de la frecuencia cardíaca fetal, con taquicardia y deceleraciones repetidas, que exigían que hubiese avisado al ginecólogo para poner en su conocimiento los indicadores de sufrimiento fetal y que éste, responsable de adoptar las decisiones consiguientes, valorase la realización de pruebas para saber si procedía continuar el trabajo de parto o bien la finalización del mismo por la vía más rápida mediante cesárea.

La acusada utilizó para la estimulación del parto el medicamento "Oxitocina", que resultaba inapropiado porque en el momento del inicio de la monitorización las contracciones en 10 minutos eran 7 u 8 (polisistolia) por lo que no debió administrarse y en varios momentos, ante los signos mostrados por el registro cardiotográfico de declaración prolongada de la frecuencia cardiaca fetal y nuevos episodios de polisistolia, debió suspenderse su aplicación. En los momentos en los que el mencionado registro mostraba estos signos el útero de la paciente estaba íntegro y el feto vivo, por lo que si se hubiera dado aviso al médico para que éste practicara la cesárea urgentemente no se hubiese producido la rotura de dicho órgano ni el fallecimiento del feto.

La realización de una cesárea por rotura uterina se clasifica como cesárea emergente y el tiempo desde la indicación hasta el inicio no debe sobrepasar los quince minutos. Sin embargo, la paciente permaneció en la sala de dilatación hasta las 18:51 horas, cuando, tras haber alcanzado la dilatación completa, fue trasladada al paritorio, a donde acudió el ginecólogo Sr. Samuel, quien, al no localizar el latido fetal, avisó a un ecógrafo y, al no conseguir visualizar la actividad cardiaca, inició a las 19:10 horas una cesárea de urgencia, comprobando que se había producido una rotura parcial (lateral derecha) del útero. El feto, una niña, nació en parada cardiorrespiratoria y tras 10 minutos de maniobras de reanimación falleció a las 19:32 horas. Desde la evidencia clínica de la rotura uterina con bradicardia fetal mantenida hasta que se extrajo el feto transcurrieron 76 minutos.

La causa de la muerte del feto, que no presentaba malformaciones externas ni internas y tenía un adecuado desarrollo para la edad gestacional, fue hipoxia fetal extrínseca (no causada por una malformación o un problema fetal intrínseco) o asfixia fetal, que se podía haber evitado porque desde las 15:25 horas aparecieron en el registro de monitorización cardiotográfico alteraciones de la frecuencia cardíaca sugestivas de pérdida de bienestar fetal y fue causada por la interrupción del riego sanguíneo que produjo la rotura uterina, que podía haberse detectado cuando se produjo, a las 18:04 horas, porque desaparecieron las contracciones uterinas, debiendo haberse practicado entonces, en un tiempo máximo de quince minutos, una cesárea, pues era la única posibilidad de supervivencia para el feto».

El Juzgado de lo Penal núm. 12 de Valencia, con fecha 30 de septiembre de 2021, dictó sentencia declarando a la comadrona, Cecilia, autora responsable de un delito de homicidio por imprudencia grave profesional en concurso con un delito de lesiones (de la embarazada, Patricia), pronunciándose la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Valencia, con fecha 28 de abril de 2022, en idéntico sentido.

II. El delito de homicidio: concepto y regulación

Dando principio al Libro II («Delitos y sus penas») del Código Penal y, más concretamente, a su Título I («Del homicidio y sus formas»), el artículo 138 del Código Penal dispone que «*el que matare a otro será castigado, como reo de homicidio, con la pena de prisión de diez a quince años*» (art. 138.1). Acto seguido, dicho precepto prevé una agravación de la pena (debiéndose imponer la superior en grado) en determinados casos (art. 138.2)[1].

Posteriormente, el artículo 142 prevé el castigo de quien *por imprudencia grave o menos grave causare la muerte de otro*[2]. La pena imponible en el primer caso es, con carácter general, la de prisión de uno a cuatro años (art. 142.1); en el segundo, la de multa de tres a dieciocho meses[3]. En virtud de esta segunda previsión es posible afirmar

[1] Artículo 138. 2. *Los hechos serán castigados con la pena superior en grado en los siguientes casos: a) cuando concurra en su comisión alguna de las circunstancias del apartado 1 del artículo 140, o b) cuando los hechos sean además constitutivos de un delito de atentado del artículo 550.*

[2] La imprudencia que no alcanzare el carácter de menos grave (en principio, la *imprudencia leve*) no dará lugar a responsabilidades penales, aunque sí provocaría el nacimiento de responsabilidades de orden civil (esto es, indemnizatorias o reparatorias).

[3] Previéndose agravaciones, en ambos casos, en forma de penas adicionales de privación de derechos, en determinados supuestos. En efecto, el artículo 142.1 se completa con las siguientes previsiones:

Si el homicidio imprudente se hubiera cometido utilizando un vehículo a motor o un ciclomotor, se impondrá asimismo la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de uno a seis años. A los efectos de este apartado, se reputará en todo caso como imprudencia grave la conducción en la que la concurrencia de alguna de las circunstancias previstas en el artículo 379 determinara la producción del hecho.

Si el homicidio imprudente se hubiera cometido utilizando un arma de fuego, se impondrá también la pena de privación del derecho al porte o tenencia de armas por tiempo de uno a seis años.

Si el homicidio se hubiera cometido por imprudencia profesional, se impondrá además la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un periodo de tres a seis años.

Y el artículo 142.2 con estas:

Si el homicidio se hubiera cometido utilizando un vehículo a motor o un ciclomotor, se impondrá también la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de tres a dieciocho meses. Se reputará en todo caso como imprudencia menos grave aquella no calificada como grave en la que para la producción del hecho haya sido determinante la comisión de alguna de las infracciones graves de las normas de tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial. La valoración sobre la existencia o no de la determinación deberá apreciarse en resolución motivada.

que existe un delito leve de homicidio: en efecto, la mencionada pena de multa es una pena leve, lo cual obliga a considerar que el delito es igualmente leve[4].

La sencilla fórmula utilizada por los artículos 138 y 142, aparentemente de fácil comprensión, encierra, sin embargo, un gran número de dudas. El tipo objetivo de homicidio, consecuencia jurídica al margen, consiste, como hemos visto, en *matar a otro*, resultando difícil encontrar otra fórmula típica más clara y concisa. Pese a todo, son numerosas las interrogantes que plantea, pudiendo reducirlas, en este momento, a dos: la primera, ¿qué significa *matar*?; la segunda, ¿quién es el *otro* al que se refiere el tipo penal?

Según el diccionario de la RAE, matar significa *quitar la vida a un ser vivo*. Aunque el significado normativo de un término puede apartarse del que habitualmente le es atribuido[5], faltando una previsión legal en tal sentido es obligado concluir que nos hallamos ante un término *descriptivo*, cuya comprensión, por tanto, requiere limitar su interpretación, que no podrá superar el marco trazado por el tenor literal. La conducta *matar* tipificada en el artículo 138 CP significa, por ello, *quitar la vida*. Esto último indudablemente sucede cuando una persona dispara contra otra provocando su muerte instantánea o cuando, con idéntico resultado, la empuja arrojándola al vacío. No todos los casos son, sin embargo, igualmente sencillos: ¿cabe afirmar que *mata* quien transmite a otro una grave enfermedad, falleciendo transcurridos varios años?

III. ¿Quién es el «otro» al cual se refieren los artículos 138 y 142 del código penal?

Unánimemente se afirma que el *otro* al cual hace referencia el artículo 138 es una *persona*, por lo que el delito de homicidio tiene como función proteger la vida de las personas y no, en cambio, de modo más general, la vida humana o, dicho de otro modo, la vida de todo ser humano, incluido el *nasciturus*. La tutela de este se realiza a través de otra figura penal: el delito de aborto (artículos 144 y siguientes Código Penal).

La protección de la vida humana está encomendada, por tanto, a dos figuras penales cuya función y ámbito de aplicación parecen perfectamente diferenciados: mientras

---

Si el homicidio se hubiera cometido utilizando un arma de fuego, se podrá imponer también la pena de privación del derecho al porte o tenencia de armas por tiempo de tres a dieciocho meses.

Salvo en los casos en que se produzca utilizando un vehículo a motor o un ciclomotor, el delito previsto en este apartado solo será perseguible mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.

[4] «*Cuando la pena, por su extensión, pueda considerarse como leve* (la multa de hasta tres meses, art. 33.4) *y menos grave* (la multa de más de tres meses, art. 33.3)», *el delito se considerará, en todo caso, como leve*» (art. 13.4).

[5] Así, por ejemplo, el artículo 239 CP establece que se considerarán llaves falsas, entre otras, «*las llaves legítimas perdidas por el propietario u obtenidas por un medio que constituya infracción penal*».

el homicidio castiga la causación (dolosa o imprudente) de la muerte de personas, el aborto se ocupa de sancionar idéntica conducta (dolosa o imprudente, excluyéndose a la mujer embarazada en este segundo caso), si bien referida a seres humanos que aún no alcanzaron la condición de persona. ¿Cuándo se adquiere esta condición?

Al respecto se han sostenido jurisprudencialmente, resumiendo, dos tesis: la más tradicional afirma que el *nasciturus* se convierte en persona una vez finalizado el nacimiento[6]; una segunda más reciente ha considerado que el momento decisivo no es la finalización del nacimiento, sino su comienzo, el cual tiene lugar con el inicio de los dolores propios del parto.

En cualquier caso, es importante observar que el concepto de persona utilizado por el Derecho Penal es diferente del establecido en el Código Civil[7], lo cual no debe sorprender, pues un mismo término puede tener diversos significados según el ámbito jurídico en el que es empleado ya que su interpretación debe realizarse a la luz de los principios y funciones propios de cada rama del Derecho. Es posible, incluso, que un concepto tenga diversos significados en el seno de una misma rama jurídica: la razón, una vez más, dependerá de la específica función que dicho concepto, y la figura a la que pertenece, desempeñen.

IV. ¿Cuándo se adquiere la condición de persona?

IV.1. El concepto amplio de persona

Como acabo de mencionar, una relativamente reciente jurisprudencia ha considerado que el momento decisivo no es la finalización del nacimiento, sino su comienzo, el cual tiene lugar con el inicio de los dolores propios del parto, aproximadamente 48 horas antes de la expulsión.

En este sentido se pronunció el Tribunal Supremo en su sentencia 241/1999, de 22 de enero: «*El comienzo del parto pone fin al estadio fetal y ese comienzo surge con el llamado periodo de dilatación y continua con el periodo de expulsión, en ambos tiempos el nacimiento ya ha comenzado. Las contracciones de la dilatación tienden a ampliar la boca del útero hasta su total extensión y al mismo tiempo empujan al niño hacia fuera, hay ya intento de expulsión del cuerpo materno, que enlaza con las contracciones y dolores propios de la expulsión que coincide con la fase terminal del nacimiento o parto.*

[6] Suscitándose, entonces, nuevos interrogantes: ¿cuándo se produce el término del nacimiento?; ¿es suficiente la expulsión total del claustro materno?; ¿es necesario el corte del cordón umbilical?

[7] Según declara el artículo 29 del Código Civil, «*el nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente*».

Acto seguido establece el artículo 30 que «l*a personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno*».

Decíamos que el comienzo del nacimiento pone fin al estadio fetal y, por consiguiente, se transforma en persona lo que antes era un feto. No existe en Derecho Penal un precepto que señale, como sucede en el Código Civil, la delimitación, a los efectos pertinentes, de la consideración jurídica de persona. Lo que no cabe duda es que la conceptuación de persona a partir del momento en que se inicia el nacimiento se sitúa en la línea de la mayor efectividad de los derechos a la vida, a la integridad física y a la salud que proclaman los artículos 15 y 43 de nuestra Constitución.

El ser humano, cuyo nacimiento se ha iniciado, constituye el bien jurídico protegido y al mismo tiempo el objeto que sufre la acción u omisión que como delitos de homicidio o lesiones se tipifican en el Código Penal. No son, pues, los delitos de aborto ni de lesiones al feto los que procede examinar. No es la salud, integridad o vida del feto lo que se pone en peligro sino la salud e integridad física de una "persona", el otro, al que se refieren el artículo 420 del Código Penal derogado y el artículo 147 del vigente Código Penal».

Con fecha 29 de noviembre de 2001 el Tribunal Supremo, en su sentencia 2252, vuelve a pronunciarse en el mismo sentido, recordando que la precedente sentencia, la de 22 de enero de 1999, retoma y profundiza en doctrina jurisprudencial anterior. «*De acuerdo con esta doctrina la muerte de un niño, como sucedió en el presente caso, que vivió varias horas y murió como consecuencia de la desacertada técnica utilizada en su nacimiento, constitutiva de imprudencia leve, colma cumplidamente las exigencias típicas del art. 621.2.º del C.º Penal*[8]*, porque ya era una persona, penalmente protegible»*[9].

[8] El artículo 621 del Código Penal de 1944/73 tipificaba la falta de homicidio.

[9] «*Se declara probado*», dice dicha resolución, «*que el día 2 de noviembre de 1996, sobre las 0'50 horas, ingresó en la Clínica Virgen de la Vega, de Murcia, Soledad, paciente de 38 años de edad, primigesta y primípara en estado de gestación a término, cuyo embarazo había evolucionado con total normalidad, siendo tratada hasta entonces por el doctor D. Jose Miguel.*

A su entrada en la Clínica, la Sra. Soledad presentaba bolsa amniótica con rotura espontánea desde las 22'50 horas del día 1 de noviembre, siendo examinada por la matrona D.ª Gabriela sin que presentara contracciones ni dilatación, permaneciendo en habitación hasta las 6 horas, en que fue bajada a paritorio y donde a solicitud de la Sra. Soledad y con autorización de la matrona D.ª Camila, mayor de edad y sin antecedentes penales, se le aplicó por el Médico anestesista anestesia epidural y fue monitorizada.

Entre las 8'30 horas y las 9 horas, D.ª Soledad fue reconocida por el ginecólogo en funciones de guardia en la Clínica Virgen de la Vega, Doctor D. Vicente, mayor de edad y sin antecedentes penales, el cual se hizo cargo del parto al estar ausente el doctor Jose Miguel, que había marchado a un congreso.

El doctor Vicente procedió a la utilización de ventosa como mecanismo de extracción del feto, a pesar de encontrarse éste en primer plano de Hodge y haberle dicho la matrona que el niño estaba algo alto. Además la Sr. Soledad tenía una dilatación incompleta de unos 6 centímetros.

Al necesitar vencer una fuerte resistencia, la ventosa derrapó al menos una vez, y finalmente el niño nació a las 9'40 horas mediante parto distócico, con una vuelta prieta de cordón alrededor del cuello y un peso de 3 kilos y 600 gramos, presentando mal estado general, hipotónico y flácido, debido a una hipoxia isquemia, lo que a su vez dio lugar a una parada respiratoria y reanimación cardiopulmonar con ventilación asistida.

En efecto, el Tribunal Supremo, en sentencia de 5 de abril de 1995, condenó por un delito de imprudencia temeraria con resultado de lesiones graves causadas al feto cuando no existía la específica tipicidad del artículo 158 del Código Penal, que prevé actualmente el castigo de las lesiones al feto causadas por imprudencia grave.

Esta última resolución, dice el Alto Tribunal en su citada sentencia de 29 de noviembre de 2001, «*al analizar desde el punto de vista penal las lesiones causadas al feto durante el curso de la gestación*», «*negaba, en definitiva, que existiera un auténtico vacío normativo en este punto y afirmaba que era posible, aún desde la perspectiva de aquel tiempo, una construcción jurídico-penal como había venido implícitamente haciendo la jurisprudencia de esta Sala, citando al respecto cinco sentencias, para concluir que se podía atribuir al feto, "con un sentido progresivo que se emancipa de las ficciones civiles, condición humana diferenciada de su progenitora y penalmente protegible; la posibilidad del delito doloso y, consecuentemente, del delito imprudente no es cuestionable en nombre del principio de legalidad*"».

El Tribunal Supremo, en fin, había extendido el ámbito de aplicación de los delitos de lesiones a las personas al considerarlos aplicables también a las causadas al feto, lo cual había hecho dada la inexistencia, corregida por el Código Penal de 1995, de delitos de lesiones al feto. La mencionada sentencia de 22 de enero de 1999, ciertamente, retoma dicha doctrina, mientras la sentencia de 29 de noviembre de 2011 se apoya en ella para considerar cometido, como han hecho diversos tribunales desde entonces, un delito de homicidio y no uno de aborto[10].

Posteriormente se trasladó al recién nacido a la Unidad de Cuidados Intensivos Neonatales del Hospital Virgen de la Arrixaca, donde falleció a las nueve horas y cuarenta y cinco minutos de su ingreso (22 horas 30 minutos del 2-11-1996) no autorizando la familia del feto que se practicara la necropsia.

La causa de la muerte del feto fue un fracaso multiorgánico secundario a shock hipovolémico y miocárdico, siendo el shock hipovolémico secundario a hemorragia subaponeurótica espicraneal.

Las circunstancias de tratarse del parto de una primípara de 38 años de edad, distócico, con anestesia epidural, encontrándose el feto alto, en primer plano de Hodge, hacían arriesgado el sistema de la vacuoextracción.

Y esta utilización de la ventosa para este caso concreto y desde ese primer plano causó la hemorragia subaponeurótica epicraneal y favoreció la presión del cordón umbilical sobre el cuello del feto».

[10] *Vid.*, recientemente, sentencia 1546/2023, de la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Toledo. «*Conviene recordar*», dice dicha resolución, «*que el derecho penal es un derecho fragmentario y autónomo lo cual supone que tiene capacidad para crear y dotar de contenido sus propias categorías, es decir, que no depende de una calificación de los hechos llevada a cabo por otra rama del ordenamiento positivo para establecer los tipos penales.*

Viene esto a colación de que según el art. 30 del Código Civil la cualidad de persona se adquiere una vez que se vive desprendido del claustro materno pero ese concepto no tiene por qué condicionar lo que en el ámbito penal pueda resultar máxime cuando el propio art. 30 establece esa definición de cara al ámbito civil, sin vocación, por tanto, de que se extienda fuera de ese marco legal.

IV.2. **El concepto restrictivo de persona: sts 817/2024, de 2 de octubre**

La citada sentencia 817/2024, de 2 de octubre, del Tribunal Supremo, declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación de la acusada Cecilia y casa y anula la sentencia, de fecha 28 de abril de 2022, dictada por la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Valencia, considerando cometido un delito de aborto por imprudencia grave profesional.

«*Entiende el recurrente que no existió un delito de homicidio, sino, en todo caso, un aborto y esto es lo que debe ser estimado*», dice el Alto Tribunal. ¿Cómo fundamenta su decisión?

- «*En el presente caso*», dice el Tribunal Supremo, «*lo que se modifica es el sujeto pasivo del delito, ya que en la condena por aborto es el feto, y, también, la mujer embarazada, mientras que en la condena por homicidio imprudente lo era el ser nacido ya, y lo que los hechos probados refieren con constancia y reiteración, como apunta el recurrente, es del "feto" y se incide en que el feto, una niña, nació en parada cardiorrespiratoria, y que la causa de la muerte del feto, que no presentaba malformaciones externas ni internas y tenía un adecuado desarrollo para la edad gestacional, fue hipoxia fetal extrínseca (no causada por una malformación o un problema fetal intrínseco) o asfixia fetal*».
- *«La mayoría doctrinal recuerda que, en los delitos contra la vida, sea independiente o dependiente, coinciden el sujeto pasivo (sea feto o ya nacido) (que es el titular del bien jurídico protegido) y el objeto material (el cuerpo sobre el que recae la acción). Incide, así, la doctrina que el delito de homicidio es el*

Con esa base es con la que el recurrente pretende la estimación de este motivo pues, se dice que si la niña aún no había nacido porque muere en el trabajo de parto no puede ser persona y por tanto no puede calificarse su muerte como homicidio.

Sin embargo, y recordando lo que se acaba de decir en torno a la autonomía del derecho penal, que a los efectos civiles no se pueda considerar como persona en tanto que no ha nacido, dejemos de lado la exigencia temporal que recoge el art. 30 ya citado, no supone que para el derecho penal la noción de persona no pueda adelantarse a un estadio anterior.

Desde un punto de visto biológico incluso en el momento del parto es posible diferenciar dos situaciones.

En la primera el feto no tiene capacidad para mantenerse viable si no es por la unión a través del cordón umbilical, con la madre. En un segundo momento incluso en fase intrauterina el feto ya será capaz de mantenerse con vida sin esa unión. No se trata de una viabilidad que pueda ser obtenida por medios clínicos, como sucede con neonatos que de no ser por estos medios no podrían salir adelante, ni tampoco de aquellos casos en los que aun sin precisar de esos cuidados el feto aun debería, por naturaleza, permanecer en el claustro materno. Se trata de la manifestación de que ha concluido el ciclo normal de gestación y el parto le pone fin. Lo cual obliga a determinar dentro del proceso del parto, a partir de cuándo cabe dar por concluida la necesidad natural de que feto aun permanezca en el útero».

Acto seguido, la Audiencia Provincial de Toledo se refiere a las citadas sentencias 2252/2001, de 29 de noviembre, y 241/1999, de 22 de enero, haciendo propia su doctrina.

punto de referencia de todos los delitos contra la vida humana independiente mientras que el delito de aborto regulado en los arts.144 y siguientes constituye el referente de los delitos contra la vida humana dependiente».

- *«Se puede afirmar, también, que hay vida independiente y, por tanto, objeto material del delito de homicidio cuando la expulsión ha llegado a un punto en el que es posible matar directamente a la criatura, sin intervenir sobre el cuerpo de la madre, existiendo aborto hasta ese momento».*
- *«No se habla en ningún caso en la sentencia de la muerte del nacido, sino de la muerte del feto, porque eso es lo que describen los hechos probados».*
- *«Hay que tener en cuenta que no se pueden establecer a priori criterios diferenciadores para acudir a entender que hay homicidio o aborto y habrá que acudir a las circunstancias de cada caso, —aunque en supuestos similares siempre es aconsejable la acusación por ambos tipos penales al objeto de poder comprobar tras la prueba de qué tipo concreto se trata—, pero la mejor doctrina apunta que resultará decisiva la dirección objetiva ex ante de la conducta».*
- *«Así, se señala que si ex ante la acción es adecuada para destruir la vida del feto, bien en el interior del claustro materno, bien mediante su expulsión prematura, deberá aplicarse el régimen jurídico propio del aborto, con independencia de que la muerte tenga lugar, finalmente, varios días o incluso semanas después. Es necesario, en suma, que el retraso de dicha muerte sea meramente circunstancial o casual, esto es, consecuencia de la gran resistencia física opuesta por el feto, de la relativamente ineficaz acción ejecutada por el autor. No se trata, pues, tanto si la muerte se produce fuera del claustro materno, sino el análisis del origen».*
- *«Así, en el caso que ahora estamos analizando resulta evidente que tiene gran importancia y relevancia el origen ex ante a la expulsión del feto como causa directa de la muerte, lo que determina que se trate de aborto y no de homicidio».*
- *«Con ello, la mejor doctrina apunta que el elemento decisorio es la previsibilidad objetiva: cuando, desde una perspectiva ex ante, la ejecución de la acción prenatal sea adecuada para producir la muerte del feto, bien en el interior del claustro materno, bien mediante su expulsión prematura, será aplicable el delito de aborto, con independencia de que el resultado, casual o circunstancialmente, se produzca después del nacimiento. Sin embargo, si la muerte no se manifiesta como una consecuencia residual de una acción prenatal cuyo resultado circunstancialmente se retrasó estaríamos ante un homicidio».*
- *«El "factum" en este caso nos lleva a la conclusión, como planteaba subsidiariamente el recurrente, a un delito de aborto imprudente y no de homicidio imprudente».*
- *«Por otro lado, los matices que diferencian la tipificación en uno y otro caso son determinantes de que se opte por una y otra calificación ante unos mismos hechos, no siendo tan relevante, como vemos, que la muerte se produzca fuera del claustro materno si existe un origen ex ante determinante de la muerte fuera».*

- *«En cualquier caso, en el aborto imprudente y el homicidio imprudente la clave está en la conducta imprudente, esto es, en la acción carente de la mínima diligencia y prudencia exigible que atrae la imprudencia grave y que en este caso queda probado un efecto "ad intra" al afectar directamente al feto como consta en la redacción de hechos probados, más que una afectación "ad extra" o extra claustro de la madre, por cuanto aunque fallezca cuando estaba fuera, la certificación de la muerte en ese momento no atrae la tipificación de homicidio imprudente, cuando el origen lo es ex ante, como consta en los hechos probados a los que nos remitimos».*
- *«En consecuencia, la conducta es de imprudencia grave y al ser el origen y manifestación de la misma "ad intra" se trata de aborto. Si lo fuera en la acción imprudente "ad extra" lo sería como homicidio. Además, de que la certificación de la muerte no atrae la condena como homicidio, como ya hemos precisado».*
- *«Además, en cuanto al bien jurídico protegido en ambos casos es la vida. Nada más que en el aborto es la vida humana prenatal o dependiente, a diferencia de la vida enteramente formada y postnatal, como apunta la mejor doctrina».*

V. El delito de aborto: concepto y regulación

La regulación del delito de aborto la hallamos en los artículos 144, 145, 145 bis y 146 del Código Penal, esto es, en el Título II de su Libro II, rubricado «Del aborto».

El primero de dichos preceptos, el artículo 144, prevé el castigo de quien «*produzca el aborto de una mujer sin su consentimiento*» o «*mediante violencia, amenaza o engaño*».

El artículo 145 declara que será castigado «*el que produzca el aborto de una mujer, con su consentimiento, fuera de los casos permitidos por la ley*» (art. 145.1); también, aunque con pena sensiblemente menos grave, «*la mujer que produjere su aborto o consintiere que otra persona se lo cause, fuera de los casos permitidos por la ley* (art. 145.2).

El artículo 145 bis dispone que será castigado quien, «*dentro de los casos contemplados en la ley, practique un aborto: a) Sin contar con los dictámenes previos preceptivos; b) Fuera de un centro o establecimiento público o privado acreditado. En este caso, el juez podrá imponer la pena en su mitad superior*».

Por último, el artículo 146 establece que será castigado «*el que por imprudencia grave ocasionare un aborto*», agravándose la pena si es cometido por imprudencia profesional. «*La embarazada*», concluye dicho artículo, «*no será penada a tenor de este precepto*».

De la referida regulación es obligado destacar la inexistencia de un concepto legal de aborto, pues la Ley se limita a decir que será castigada la producción de un aborto, sin indicar, no obstante, *qué es un aborto*[11].

[11] En relación con el aborto «*el primer problema con que nos encontramos es qué debemos de entender, desde el punto de vista jurídico-penal, por aborto, pues el CP, como en tantas ocasiones, no nos*

Ante el silencio de la ley, son diversas las opciones que se abren: considerar, por ejemplo, que el aborto, cuya acción obviamente debe producirse antes del nacimiento, consiste en producir la muerte del *nasciturus*, antes, por tanto, de que el ser humano alcance la condición de persona (concepto restringido de aborto). Así, quien mata a un feto durante el segundo mes de gestación realiza, sin duda, un aborto.

Una segunda opción es entender que el aborto siempre requiere, en efecto, una acción prenatal, si bien el resultado muerte del ser humano puede producirse antes o después del nacimiento (concepto amplio de aborto). Si es esta la opción seguida, podrían adjetivarse como aborto acciones que, pese a ejecutarse antes del nacimiento, producen la muerte una vez el ser humano ya es persona.

La doctrina, por supuesto, se ha ocupado del tema, destacando la posición de Romeo Casabona[12], en cuya opinión, lo relevante no es la interrupción del embarazo, sino la destrucción del *nasciturus*, del feto (autorizándose, de este modo, el castigo de la de muerte de un feto gemelar sin interrupción simultánea del embarazo).

A mi juicio, expresado ya en mi tesis doctoral[13], resultará decisiva la dirección objetiva *ex ante* de la conducta. Si *ex ante* la acción es adecuada para destruir la vida del feto, bien en el interior del claustro materno, bien mediante su expulsión prematura, deberá aplicarse el régimen jurídico propio del aborto, con independencia de que la muerte tenga lugar, finalmente, varios días o incluso semanas después.

Es necesario, en suma, que el *retraso* de dicha muerte sea meramente circunstancial o casual, esto es, consecuencia de la gran resistencia física opuesta por el feto, de la relativamente ineficaz acción ejecutada por el autor[14], o de los cuidados posnatales

---

proporciona una definición; cuestión de la máxima importancia, pues de ello dependerá en gran medida el alcance del delito». *Vid.* Romeo Casabona, Carlos María, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*», Madrid 1994, pág. 403. No debe sorprender, por lo tanto, como subraya Farré Trepat, que, «*con ser el aborto una de las cuestiones que más ha interesado a la Ciencia Penal contemporánea, el mismo concepto del aborto y su delimitación frente a los delitos contra la vida humana independiente gozan de cierta imprecisión*». *Cfr.* Farré Trepat, «Sobre el concepto de aborto y su delitmitación de los delitos contra la vida humana independiente», *ADPCP* 1990, pág. 337.

[12] *Vid. El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*, ob. ult. cit., pág. 403.

[13] Citada *supra* nota 1.

[14] Veamos mediante un ejemplo el significado atribuido a los términos *relativamente ineficaz:* si bien la sustancia ingerida por una mujer posee, según indican los conocimientos científicos, carácter abortivo, es decir, es adecuada para causar la muerte del feto, la pequeña cantidad consumida permite al *nasciturus* llegar a nacer y, sin embargo, morir, debido a los efectos de aquella sustancia, poco después de nacer. Si hubiera tomado mayor cantidad de aquel producto la muerte, muy probablemente, habría tenido lugar antes. Ello es precisamente lo que sucedió en el denominado caso Contergan: la ingestión de un medicamento conocido con este nombre, cuya sustancia básica lo constituía la Talidomida, produjo graves malformaciones en miles de niños no nacidos; muchos de ellos murieron dentro del claustro materno; otros murieron, como consecuencia de los graves menoscabos sufridos, poco después de nacer; en fin, un tercer grupo de ellos llegó a sobrevivir, eso sí, con la devastadora manifestación de las heridas sufridas en el período prenatal y, en concreto, sin extremidades inferiores y/o superiores, o con ellas gravemente atro-

que le mantuvieron en vida durante determinado tiempo. En cambio, cuando desde una perspectiva *ex ante* sea previsible que el resultado se producirá una vez adquirida la condición de persona, la conducta deberá someterse a las normas que regulan el homicidio. Ello sucederá, por ejemplo, en supuestos de producción de resultados a largo plazo.

A través de esta configuración de los delitos de aborto y homicidio se eliminan, de una parte, indeseados vacíos legales y, de otra, se esclarecen las relaciones entre ellos. Además, la flexibilización de los rígidos conceptos de aborto y homicidio permite adecuarse a las exigencias de justicia material del caso. Así, si alguien realiza, con o sin dolo, una conducta adecuada para matar al feto y este, pese a ello, sobrevive al nacimiento, falleciendo setenta y dos horas después como consecuencia de las graves heridas causadas por la acción prenatal, parece adecuado apreciar un aborto consumado, doloso o imprudente, y aplicar las reglas correspondientes.

> Estimar, si, por ejemplo, el sujeto actuó con dolo de aborto, tan solo una tentativa de dicho delito, o bien dicha tentativa en concurso con un homicidio imprudente, por sí solo superiormente castigado que el aborto consumado[15], resulta no sólo artificioso sino, sobre todo, injusto.
>
> Lo mismo ocurre en casos de imprudencia: si esta la cometió la madre y el feto muere inmediatamente, bien dentro del útero, bien por la inviabilidad asociada a su prematura expulsión, su conducta no será punible. Si, en cambio, llega a nacer y muere cuarenta y ocho horas después, resultaría injusto apreciar un homicidio culposo. Si la imprudencia la hubiere cometido un profesional de la medicina y la muerte sobreviene también de modo inmediato, existiría un aborto imprudente punible; si aconteciere tres días después del nacimiento, ¿debe apreciarse un homicidio o considerarse atípica (por no constituir ni aborto ni homicidio) la conducta?

En cambio, cuando la acción inicial es *ex ante* adecuada para causar la muerte una vez producido el nacimiento ¿debería excluirse el castigo por homicidio *«aunque fuera objetivamente previsible e incluso efectivamente conocido por el sujeto el cambio del "status" que había de experimentar el objeto»*?[16].

En mi opinión, y con palabras de Silva Sánchez, «*desde un punto de vista normativo, lo decisivo es la naturaleza del riesgo (o de los riesgos) creados por la conducta,*

---

fiadas. La producción de la muerte, de lesiones o la ausencia de ambas, tuvo que ver, en gran medida, con las cantidades ingeridas por las mujeres embarazadas y, más concretamente, con la concentración de dicha sustancia en el lugar del efecto. *Vid.*, sobre todo ello, Landes Gericht Aachen, sentencia de 18.12.1970, en *JZ* 1971, págs. 507 ss. Parte de dicha sentencia puede encontrarse también, traducida, en Gómez Benitez, *Causalidad, imputación y cualificación por el resultado*, Madrid 1988, págs. 125 ss.

[15] Con lo que resultaría beneficiado quien empleara mayor intensidad criminal y se asegurara la producción inmediata del resultado.

[16] *Vid.* Silva Sánchez, Jesús María, «La dimensión temporal del delito y los cambios de "status" jurídico-penal del objeto de la acción», en *El nuevo Derecho Penal español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Pamplona 2001, pág. 761.

su dimensión objetiva y subjetiva y si el resultado da cuenta de dichos riesgos: los explica»[17]. Aplicado al caso ahora tratado: si el riesgo asociado a una acción es, pese a su carácter prenatal, la muerte de la persona que llegue a nacer, y la muerte explica aquel riesgo, debe apreciarse un delito contra la vida humana independiente[18]; en otro caso, el delito aplicable será el de aborto.

En definitiva, es perfectamente posible sostener que los supuestos integrados por una acción prenatal y un resultado posnatal constituirán en ocasiones aborto y otras veces homicidio. El respeto a la seguridad jurídica procederá de la aplicación de criterios generales que permitirán una aplicación previsible e igual del Derecho. Además, no olvidemos que las nociones de aborto y homicidio ofrecidas, distintas de las habitualmente manejadas en la doctrina, no contradicen el tenor literal de los preceptos que los tipifican. Mientras el art. 144 se limita a señalar que será castigado *quien produzca el aborto de una mujer*, dejando abierta la cuestión sobre la delimitación de su contenido, los artículos 138 y 142 prevén el castigo de *quien matare a otro*, no deduciéndose de ello límite alguno en relación con acciones de carácter prenatal.

III. Conclusiones

1.- El delito de homicidio consiste, objetivamente, en *matar a otro*, es decir, según comprensión jurisprudencial y doctrinal unánime, en *matar a otra persona*.

En diversas ocasiones se ha admitido, también el Tribunal Supremo, la posibilidad de aplicar dicho delito, producido aquel resultado, *a pesar del carácter prenatal de la acción*, adoptándose de esta forma un concepto amplio de homicidio.

2.- El Código Penal no define el concepto de persona, el cual se configura, por tanto, como un concepto jurídico con un elevado grado de indeterminación.

3.- El Código Penal tampoco define el concepto de aborto, limitándose a prever el castigo de su comisión en diversos supuestos: por supuesto, sin consentimiento de la mujer embarazada, pero también, fuera de los casos permitidos por la ley, concurriendo su consentimiento. Se prevé asimismo el castigo de la mujer embarazada que produce su aborto o consiente que otra persona se lo cause fuera de los casos permitidos por la ley. Los artículos 144 y siguientes no *sienten la necesidad* de determinar en qué consiste abortar.

Evidentemente, la acción propia de un delito de aborto debe producirse antes de que el feto se transforme en persona, pero el resultado, según diversas sentencias, puede tener lugar una vez se ha producido dicha transformación. En efecto, el propio

[17] *Vid.* Silva Sánchez, Jesús María, «La dimensión temporal del delito y los cambios de "status" jurídico-penal del objeto de la acción», ob. ult. cit., pág. 767.

[18] *Vid.*, en el mismo sentido, Laurenzo Copello, Patricia, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial.I,*Tirant lo Blanch, Valencia 1997, pág. 296

Tribunal Supremo en algunas ocasiones ha calificado como aborto la muerte, incluso varios días después del nacimiento, de la persona nacida. Ello sucedió, por ejemplo, en la STS de 6 de diciembre de 1985, en la que el Alto Tribunal consideró constitutiva de aborto consumado la muerte de un niño de cuatro días que falleció como consecuencia de una afección denominada *neumopatía de membranas hialinas*, frecuente en los niños prematuros.

En estos casos, se produce una ampliación del concepto de aborto, integrado siempre por una acción prenatal y capaz de abarcar, no obstante, resultados que consistan en la muerte de una persona.

4.- Los diferentes posicionamientos adoptados por el Tribunal Supremo no responden a una premeditada línea de actuación, sino a la necesidad de resolver, de modo materialmente justo, casos concretos. Esto es, *intuitivamente* se califica una conducta como aborto u homicidio según las circunstancias del caso, sin intentar ofrecer unos criterios generales que permitan resolver cualquier caso planteable. En relación con ello, es posible advertir, por lo tanto, que, si bien los conceptos de aborto y homicidio no son restrictivos, pues en ocasiones abarcan resultados posnatales y acciones prenatales respectivamente, tampoco son *ilimitadamente* amplios o, expresado de otro modo, su amplia conceptuación está sometida a evidentes límites que, no obstante, no se han explicitado por el Tribunal Supremo y, por ello, únicamente pueden *intuirse*.

Esto es, a pesar de que el concepto de aborto abarca también resultados consistentes en la muerte de personas, no toda muerte posnatal será susceptible de ser calificada como aborto. ¿En qué casos sí será aplicable, por tanto, el régimen jurídico propio de aquél? Análoga reflexión cabe realizar respecto del homicidio. Pese a abarcar también acciones prenatales, no toda acción prenatal causante de la muerte de una persona podrá considerarse constitutiva de homicidio ¿Cuándo procederá dicha calificación?

Aunque todo ello no es fruto, insisto, de un previo posicionamiento general en la materia por parte del Alto Tribunal, es acertado, en mi opinión, calificar alternativamente como aborto u homicidio según las circunstancias que concurran. Ahora bien, es preciso, si no desea atentarse contra las exigencias derivadas del principio de seguridad jurídica, determinar los criterios genéricos que permitirán aplicar bien las reglas relativas al aborto, bien las disposiciones que disciplinan el homicidio.

5.- Históricamente, jueces y tribunales han considerado que el nacimiento y, más exactamente, su finalización con la expulsión del feto, determinan la transformación jurídica del ser humano, que deja de ser un feto, un *nasciturus*, para convertirse en una persona. Algunas sentencias, sin embargo, y muy destacadamente dos del Tribunal Supremo, la 241/1999, de 22 de enero, y la 2252/2002, de 29 de noviembre, ampliaron el concepto de persona, adelantando el momento de la transformación al inicio de los dolores propios del parto, lo cual lleva consigo como consecuencia la aplicación del régimen propio de los delitos de homicidio.

6.- A mi juicio, resultará decisiva la dirección objetiva *ex ante* de la conducta. Si *ex ante* la acción es adecuada para destruir la vida del feto, bien en el interior del claustro

materno, bien mediante su expulsión prematura, deberá aplicarse el régimen jurídico propio del aborto, con independencia de que la muerte tenga lugar, finalmente, varios días o incluso semanas después. Es necesario, en suma, que el *retraso* de dicha muerte sea meramente circunstancial o casual, esto es, consecuencia de la gran resistencia física opuesta por el feto, de la relativamente ineficaz acción ejecutada por el autor, o de los cuidados posnatales que le mantuvieron en vida durante determinado tiempo. En cambio, cuando desde una perspectiva *ex ante* sea previsible que el resultado se producirá una vez adquirida la condición de persona, la conducta deberá someterse a las normas que regulan el homicidio. Ello sucederá, por ejemplo, en supuestos de producción de resultados a largo plazo.

Esta es también la posición que ha sostenido el Tribunal Supremo en su reciente sentencia 817/2024, de 2 de octubre. La coincidencia literal de alguno de sus argumentos con los que sostengo tiene explicación: dicha sentencia acoge precisamente lo que sostuve en mi tesis doctoral y, poco antes, en un artículo rubricado «Entre el aborto y el homicidio: imprudencia e imputación objetiva en los delitos de resultado. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de trece de octubre de 1993 (RJ 7380)»[19]. O, dicho de otro modo, cuando dicha resolución afirma que «*la mejor doctrina apunta que resultará decisiva la dirección objetiva ex ante de la conducta*», se está refiriendo a la que sostuve en aquellas obras, cuya realización acometí, como he explicado, por sugerencia del Prof. Romeo Casabona.

7.- La citada sentencia 817/2020, de 2 de octubre, adopta, en fin, dos decisiones de extrema importancia. Como acabamos de ver, deja sentada la base para calificar, con arreglo a criterios jurídicos y no de manera puramente intuitiva, como aborto u homicidio supuestos de acción prenatal con resultado muerte de una persona.

En segundo lugar, reduce el ámbito de aplicación propio del delito de homicidio al adoptar un concepto más restrictivo de persona que el seguido por jurisprudencia anterior. Este *nuevo* concepto es adoptado, sin embargo, sin hacer referencia a las resoluciones antes comentadas, es decir, y principalmente, las referidas sentencias del Tribunal Supremo 241/1999, de 22 de enero, y 2252/2002, de 29 de noviembre.

La condición de persona, en efecto, no se adquiere ya desde el comienzo de los dolores propios del parto, aproximadamente 48 horas antes de la expulsión, pues, según la mencionada sentencia 817/2024, «*se puede afirmar, también, que hay vida independiente y, por tanto, objeto material del delito de homicidio, cuando la expulsión ha llegado a un punto en el que es posible matar directamente a la criatura, sin intervenir sobre el cuerpo de la madre, existiendo aborto hasta ese momento*».

El concepto de persona, en fin, es más restrictivo ahora, pero el de homicidio sigue siendo un concepto amplio, pues puede configurarse con acciones prenatales.

[19] *Vid. Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 2001.

IV. Bibliografía

Farré Trepat, «Sobre el concepto de aborto y su delitmitación de los delitos contra la vida humana independiente», *ADPCP* 1990, pág. 337

Laurenzo Copello, Patricia, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial.I,*Tirant lo Blanch, Valencia 1997, pág. 296

Romeo Casabona, Carlos María, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*», Madrid 1994, pág. 403

Silva Sánchez, Jesús María, «La dimensión temporal del delito y los cambios de "status" jurídico-penal del objeto de la acción», en *El nuevo Derecho Penal español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Pamplona 2001, pág. 761.

43

DELITOS DE ABOLIÇÃO VIOLENTA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E GOLPE DE ESTADO NO DIREITO BRASILEIRO: BREVES NOTAS

LUIZ REGIS PRADO
Catedrático de Direito Penal
Faculdade Autônoma de Direito (São Paulo)

SUMARIO: I. CONSIDERAÇÕES GERAIS. II. DELITO DE ABOLIÇÃO VIOLENTA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. II.1. Tipo delitivo: aspectos essenciais. III. DELITO DE GOLPE DE ESTADO. III.1. Tipo delitivo: aspectos essenciais. IV. BIBLIOGRAFIA.

I. CONSIDERAÇÕES GERAIS

Os denominados delitos políticos revestiam-se, em tempos remotos, de acentuada gravidade. Sua trajetória histórica aparece dividida por Carrara em três períodos distintos: o primeiro, correspondente às formas embrionárias de delito político, inicia-se na Antiguidade e desemboca na Roma republicana, onde assume a configuração do *perduellio*; o segundo, de maior duração, estende-se do Império Romano, até o ano de 1786, com destaque para os crimes de lesa-majestade; o terceiro período - dito contemporâneo - prolonga-se até os dias atuais[1]. Nesta fase derradeira, a noção de delito político compreende, sob o título de delitos contra a segurança do Estado, os atentados à segurança nacional interna e externa e aos direitos políticos dos cidadãos.

Assim, em Roma, o delito político tem como objeto jurídico a *majestas*[2] e a segurança interna e externa da *civitas*. Logo, deve atacar de modo direto a comunidade e

[1] Segundo a crítica observação de Francesco CARRARA, o Período Medieval, consagrando os delitos de lesa-majestade, revela-se terrível e fantasmagórico: «Terrível, porque se apoia em milhões de cadáveres; fantasmagórico, porque buscava substituir com os fantasmas do medo, e com princípios excepcionais e ferozes, os preceitos da justiça» (*Programa de Derecho Criminal*. Parte especial. Trad. José ORTEGA TORRES. Bogotá: Temis, 1980, VII, p. 514). Apenas com o advento da Lei toscana de 30.11.1786, tem-se a definitiva abolição do título «delitos de lesa-majestade».

[2] Na dicção de Cícero: *Majestas est magnitudo quaedam populi romani in eius potestate ac cure retinendo*. É a própria *dignitas civitatis*.

produzir dano efetivo à segurança ou à *majestas*. São duas as formas de delito político conhecidas pelos romanos: *perduellio* e *crimen majestatis imminutae*[3].

Nas palavras de Romolo Rota, o delito político em Roma nem sempre estava sob a égide do Direito Penal comum, mas, muitas vezes, era punido pelo Direito bélico, e, nos casos mais leves, por sanções disciplinares e de polícia.[4]

Considera-se *perduellio*, «o ato de hostilidade à pátria»[5]. Além de ofender a dignidade estatal, provoca dano efetivo ou, pelo menos, perigo à segurança e à tranquilidade social, enquanto o *crimen imminutae majestatis* tem antes caráter moral de ultraje à *majestas* do príncipe. A traição à pátria ou o impedimento de comícios públicos são considerados casos de *perduellio*, ao passo que envergar a cor púrpura, vestes ou ornamentos reservados ao imperador, ou fazer alusão à sua debilidade são delitos *imminutae majestatis*, pois, tais fatos não representam perigo algum ao Estado, mas, apenas, produzem enfraquecimento, e atacam o decoro e a majestade do soberano».[6]

Durante a época do Império, os delitos políticos têm por objeto apenas a pessoa do imperador - legítimo representante da soberania popular -, suas decisões, os oficiais que o representam, o palácio e a família imperial. Na época, o processo punitivo adotado em matéria de delitos de lesa-majestade reveste-se de considerável arbítrio, com o desprezo das mais elementares garantias processuais (v.g. igualdade, publicidade), e a imposição de penas severas (v.g. morte, *deportatio*, *relegatio*, confisco, infâmia, etc.). Tão somente no Império que o *crimen imminutae majestatis* assume caráter de figura própria, distinta do *perduellio*[7].

Na Idade Média, aos autores dos delitos de lesa-majestade é frequentemente aplicada a pena de morte, entremeada por suplícios vários.[8]

No Brasil, as Ordenações Filipinas, que vigoraram no país de 1603 a 1830, dispunham amplamente no Livro V, Título VI, do crime de lesa majestade, punidos com a morte e confisco de bens.[9]

Dentre as vozes que se insurgem contra os abusos relativos aos delitos de lesa-majestade, destaca-se a de Cesare Beccaria, para quem, «Somente a tirania e a ignorância, que confundem os vocábulos e as ideias mais claras, podem dar lugar a esse nome e, por

[3] Mommsen, Theodor. *Derecho Penal romano*. Trad. Pedro DORADO. Bogotá: Temis, 1999, p.341

[4] *Il delito politico nell'Età Antica*. Torino: Frattelli Rocca Editore, 1907, p. 80-81

[5] Mommsen, Theodor. Op.Cit. p. 341

[6] Rota, Romolo. Op.Cit., p. 113.

[7] *Ibidem*, p. 112 e ss. Também, Quintano Ripollés, Antonio. «Delito político». In: *Nueva Enciclopedia Jurídica.* Barcelona: Francisco Seix, 1954, t. VI, p. 609.

[8] *Cf.* Jiménez de Asúa, Luís. *Tratado de Derecho Penal*: Buenos Aires: Losada, 1964, t.III, p. 187; García Valdés, Carlos. *El delito político*, Madrid : Edicusa, 1976. p. 7; Albuquerque Mello, Celso de. *Curso de Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994. t. II, p. 780.

[9] Detalhes sobre a evolução histórica da legislação penal brasileira, Prado, Luiz Regis; Gomes, Luís Roberto. *Codificação penal brasileira*. Opúsculo histórico. Londrina: Thoth, 2024, p. 19 e ss.

conseguinte, a pena máxima, a crimes de natureza diversa e fazer, assim, dos homens, como em outras mil oportunidades, vítimas de uma palavra».[10]

A noção de crime político funciona como «instrumento exclusivo de defesa do poder, criado por esse mesmo poder, não apenas para proteger sua legitimidade e estabilidade, mas para amparar seus excessos». [11]

Coube à Revolução Francesa o mérito de inaugurar a época de redefinição da natureza dos delitos políticos. Sob o influxo das ideias liberais, ao delito político passa a ser dispensado tratamento mais consentâneo com as exigências de benignidade, então reclamadas. Embora o processo tenha tido como inspiração os postulados defendidos em 1789, tão somente com a Revolução de 1830 se concretiza efetivamente a separação entre delitos políticos e delitos comuns, sendo aqueles apenados com menor severidade.[12]

Em fins do século XIX, a concessão de asilo territorial ao criminoso político, amparada por razões humanitárias, torna-se uma prática largamente aceita.

Na época contemporânea, a grande maioria dos tratados e leis internas confere ao delito político tratamento diferenciado, vedando a extradição de seus autores, e concedendo asilo aos refugiados.

No Brasil, a defesa do Estado (preservação da ordem e da lei) aparece nos textos constitucionais vinculada à segurança nacional nas Constituições brasileiras de 1934, 1937, 1946 e 1967.

Assim, desde a Constituição de 1934, sucessivas leis tratam da preservação da ordem política e social e da segurança nacional, embora a incorporação política dos conteúdos e métodos da doutrina de segurança nacional se inicia em meados da década de 1950 no corpo da Escola Superior de Guerra, fundada em 1949, expressando os valores vigentes entre os militares brasileiros e seus aliados civis, inclusive no que diz respeito às medidas de desenvolvimento econômico.[13]

Com a Constituição Federal de 1988, produz-se significativa mudança no tratamento da questão da segurança nacional e defesa do Estado, porque «a competência da União deixa de garantir a segurança nacional, a ordem política e social e passa a assegurar, com os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, a 'guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas'».[14]

[10] Beccaria, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Antonio Carlos Campana. São Paulo: Bushatsky, 1978, p.237.

[11] Ruiz Funes, Mariano. *Evolución del delito político*. México: Editorial Hermes, s/d, p. 49.

[12] *Cf.* Jiménez de Asúa, Luís. Op.Cit., p. 172-173

[13] Giannazi, Carlos, *A doutrina de segurança nacional e o milagre econômico*. São Paulo: Cortez, 2013, p. 105.

[14] Reale Junior, Miguel; Wunderlich, Alexandre. Parecer sobre a Lei de Segurança Nacional e a defesa do Estado de Direito no Brasil. *RBCCrim*, v. 182, 2021, p. 336.

Nota-se, portanto, uma ruptura com a mentalidade incorporada pela doutrina da segurança nacional, e destaque à preservação e defesa das instituições democráticas.

Nesse contexto, muito se discute acerca da compatibilidade da Lei 7.170/1983, promulgada ainda durante o regime militar, e denominada Lei de Segurança Nacional, com a Constituição Federal de 1988.

Contudo, tal controvérsia se encontra hoje superada devido à revogação promovida pela Lei 14.197/2021, que, inclusive, abandona o uso do termo segurança nacional.

No que tange ao bem jurídico tutelado pelos novos tipos penais, busca-se proteger o próprio Estado democrático de Direito (ordem democrática e constitucional), mas cada tipo penal apresenta âmbito de tutela específico (bem jurídico em sentido técnico)[15], conforme à natureza das condutas, e as instituições democráticas que atingem ou colocam em perigo.

É de ser observado que a ideia de Estado de Direito implica determinada concepção da democracia (termo em si equívoco), que forja compromisso entre a ideologia democrática e os valores liberais. Daí que a substituição do *Polizeistat* pelo *Rechtsstaat* envolve um processo de democratização das instituições, suas possibilidades e limites.[16]

Em termos gerais, por Estado democrático de Direito «se entende aquele em que os governos têm legitimação democrática, essencialmente à base de eleição por sufrágio universal de assembleias representativas, com a participação livre de uma pluralidade de partidos e com o mínimo de informação e debate político (…). A adição do conceito democrático à ideia de Estado significa a exigência de respeito aos princípios fundamentais do Estado de Direito, como o império da lei, da divisão das funções estatais, da legalidade da Administração, da lei como expressão da vontade geral, e, finalmente, do respeito, garantia e realização material dos direitos e liberdade fundamentais».[17]

É o Estado da cidadania, do indivíduo feito cidadão, onde imperam os direitos fundamentais, a separação dos Poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário), as eleições plurais, livres e transparentes, a plena liberdade individual, o respeito à dignidade da pessoa, a segurança jurídica, a igualdade formal, a primazia da Constituição e das leis, etc.

Como assevera Maihofer, cuida-se do modelo democrático ocidental, mais precisamente, da «democracia constitucional em liberdade».[18]

Em 2021, a lei 14.197 insere o Título XII no Código Penal, artigos 359-I a 359-T, que dispõe sobre os crimes contra o Estado Democrático de Direito. Divide-se o referido Título em seis Capítulos (I a VI), sendo que do I ao V, o legislador estabelece as tipificações, e o VI trata das disposições gerais.

[15] Prado, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*, 8. ed. São Paulo: Forense, 2019, p. 129 e ss.

[16] *Cf.* Chevallier, Jean. *L'État de droit*. Paris: Montchretien, 1999, p. 58.

[17] *Ibidem*, p. 73-74.

[18] Maihofer, Werner *et alii*. *Manual de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 2001, p. 219.

A referida legislação também revoga a Lei 7.170/1983 (Lei de Segurança Nacional), e o artigo 39 do Decreto-Lei 3.688/1941 (Lei de Contravenções Penais).

No presente texto, abordam-se brevemente e de modo específico os delitos de abolição violenta do Estado democrático de Direito (art. 359-L, CP) e golpe de Estado (art.359-M, CP).[19]

II. Delito de abolição violenta do estado democrático de direito

De primeiro, a Lei 7.170, de 1983, «não optou pela técnica conceitual, repelindo a experiência de definições expressas previstas nos dois últimos diplomas legislativos que deram vida à Doutrina de Segurança Nacional, optando por estabelecer no seu pórtico que o texto versa sobre os crimes que lesam ou expõem a perigo de lesão 'a integridade territorial e a soberania nacional', 'o regime representativo e democrático, a Federação e o Estado de Direito' e 'a pessoa dos chefes dos Poderes da União'».[20]

A chamada «doutrina da segurança nacional» começa a ser elaborada logo após o fim da Segunda Guerra Mundial e, originalmente, tem duas vertentes principais, a norte-americana e a francesa, estendendo-se posteriormente a outros países, especialmente na América Latina.

Trata-se de corpo multidisciplinar que sintetiza certa forma de pensamento voltada a orientar programa de ação ou, ainda, estrutura programática endereçada à prática militar, mas, também, profundamente vinculada ao «pensamento e prática estratégicos, ancorados na geopolítica».[21]

Quanto à sucessão de leis penais, a Lei 14.197/2021 apresenta inovações em relação à antiga Lei de Segurança Nacional, com *novatio legis in melius e in pejus,* aplicando-se, assim, as regras comuns de retroatividade de lei penal mais benéfica e irretroatividade de lei posterior mais severa.

II.1. Tipo delitivo: aspectos essenciais

Dentre as citadas infrações penais, tem-se o novel delito de abolição violenta do Estado democrático de Direito previsto no artigo 359-L do Código Penal, com o seguinte teor: «Tentar, com emprego de violência ou grave ameaça, abolir o Estado Democrático de Direito, impedindo ou restringindo o exercício dos poderes constitucionais. Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, além da pena correspondente à violência».

[19] Com detalhes, Prado, Luiz Regis. *Tratado de Direito Penal brasileiro*. 6. ed. Londrina: Thoth, 2024, v.II, t.III, p.495 e ss.

[20] Reale Júnior, Miguel; Wunderlich, Alexandre. *Op. cit.*, p. 333-384.

[21] Giannazi, C. *Op. cit.*, p. 86.

Protege-se o Estado democrático de Direito, especialmente as instituições democráticas que exercem os poderes constitucionais (União, Estado, Distrito Federal e Município, no âmbito do Poder Executivo, e Poderes Legislativo e Judiciário).

A concepção de Estado democrático de Direito não contempla a simples reunião formal das características do Estado de Direito, com os elementos de legitimação democrática, mas, ao contrário, inaugura um conceito novo, que busca materializar o respeito aos princípios fundamentais do Estado de Direito, ou seja, de realização material dos direitos e liberdades fundamentais.[22]

O sujeito ativo pode ser qualquer pessoa (delito comum), e o sujeito passivo é qualquer um dos poderes constitucionais atacados pela conduta do agente.

O tipo penal incrimina a conduta de tentar, com emprego de violência ou grave ameaça, abolir o Estado Democrático de Direito, impedindo ou restringindo o exercício dos poderes constitucionais *(*tipo simples/anormal/congruente*).*

Tentar abolir significa buscar, procurar, pretender, empenhar-se, intentar eliminar, suprimir, extinguir ou destruir o Estado democrático de Direito (elemento normativo extrajurídico do tipo).

Além disso, é preciso que seja empregada violência (coação física) ou grave ameaça (coação moral) à pessoa ou grupos de pessoas. Impedindo (impossibilitando) ou restringindo (dificultando, reduzindo) o exercício dos poderes constitucionais (Poderes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, no âmbito do Executivo, e Poderes Legislativo e Judiciário) são espécies de condutas por meio das quais se realiza a tentativa de eliminar o Estado democrático de Direito. Com a violência ou grave ameaça evidencia-se o aspecto positivo da conduta típica.

Tão somente os ataques ao funcionamento regular dos poderes constitucionais, no sentido de buscar impedir ou limitar a sua atuação, ou seja, o exercício de suas atribuições constitucionalmente delineadas, configuram o delito em comento.

Portanto, é imprescindível que haja uma atuação concreta voltada a inviabilizar ou pelo menos restringir, por meio de violência ou grave ameaça, a atividade legislativa do Poder Legislativo, a atividade de administração e governabilidade do Poder Executivo ou a atividade de prestação jurisdicional do Poder Judiciário. Não estão contempladas pelo tipo penal as manifestações individuais ou sociais, protestos ou críticas dirigidas à atuação de integrantes desses poderes. Neste último caso, tem particular relevância o princípio da proporcionalidade (proibição do excesso), ao versar sobre o exercício de direitos individuais fundamentais (crítica política, por exemplo), na medida em que a participação direta do povo, a liberdade de expressão, o acesso ao espaço público para se manifestar, o pluralismo político e de ideias constituem o verdadeiro núcleo da democracia.

[22] Prado, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*, p. 74.

O tipo subjetivo está representado pelo dolo, consistente na vontade livre e consciente de tentar abolir o Estado democrático de Direito, por violência ou grave ameaça, impedindo ou restringindo o exercício dos poderes constitucionais.

O delito se consuma no momento em que o agente emprega violência ou grave ameaça, impedindo ou limitando o exercício dos poderes constitucionais, que configura o atentado ao próprio do Estado democrático de Direito. Pela estrutura típica, apresenta-se como delito de consumação antecipada (delito de resultado cortado), cuja realização se produz sem que o agente alcance seu objetivo. O simples início de execução marca a consumação delitiva.

A tentativa não se afigura como possível, visto que iniciada a execução do ato violento ou da grave ameaça, voltada a impedir ou restringir o exercício de um poder constitucional e abolir o Estado democrático de Direito, o delito já se encontra consumado.

Portanto, não há falar-se em «tentativa» de tentar abolir o Estado democrático de Direito. Se o agente consegue impedir o exercício de algum órgão do Poder Judiciário, *v.g.,* mediante ameaça de acionamento de bombas para inviabilizar os trabalhos desenvolvidos em juízo ou tribunal, o delito está se consumando enquanto perdurar aquela situação (o agente responde por um único delito —permanente—, e não por vários crimes em continuidade delitiva).

A pena prevista para o delito em exame é a de reclusão de quatro a oito anos, além da pena correspondente à violência. Em se tratando de crime cometido com violência (homicídio, lesão corporal, etc.), o sujeito ativo deve responder pelo artigo 359-L, em concurso formal, com o delito correspondente ao ato de violência praticado. Se, diversamente, é empregada tão somente a grave ameaça, ocorrerá a consunção.

No tocante ao processo e o julgamento, faz-se necessário observar que o atentado pode recair sobre os poderes constitucionais que são ou não de interesse da União. Por exemplo, no caso de se impedir ou se restringir a atividade do Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça, compete à Justiça Federal o processamento e julgamento, por haver interesse direto da União.

De outro lado, se for realizada tentativa de impedir o funcionamento de determinada Câmara Municipal, o interesse pertence ao Município. Contudo, há de se considerar a natureza política da conduta ilícita e, sendo assim, a competência permanece da Justiça Federal.

A ação penal é pública incondicionada.

III. Delito de golpe de estado

É oportuno sublinhar que a expressão «golpe de Estado» (do francês, *coup d'État*), além de ser equívoca e ampla, sofre com o processo evolutivo da própria noção de Estado inúmeras mutações.

A respeito do tema, convém fazer referência ao texto de Curzio Malaparte, autor de «Técnicas de golpe de Estado» (Paris, 1931), livro polêmico, no qual afirma que o

essencial a um golpe de Estado não é a ideologia, mas sim a técnica: «A razão desse livro não é discutir programas políticos, sociais e econômicos dos catilinários; antes é mostrar que o problema da conquista e da defesa do Estado '*non è un problema politico, ma técnico*', que a arte de defender o Estado é regulada pelos mesmos princípios que regem a arte de conquistá-lo, e que as circunstâncias favoráveis de um golpe de Estado não são necessariamente de natureza política e social e não dependem das condições gerais do país».[23]

No contexto das nuances que envolvem o tema, põe-se em destaque a famosa declaração de Louis-Napoléon Bonaparte, depois do golpe de Estado de 1851, como justificação de sua conduta: « Je n'étais sorti de la legalité que pour entrer dans le droit. Plus de sept millions de suffrages viennent de m'absoudre».

O emprego do termo se inicia no século XVII, relacionado a medidas políticas (violentas ou não) relativas à tomada do poder.

Assim, a ideia de golpe de Estado pode ser apreendida em dois momentos distintos da história dos regimes políticos. No primeiro, durante o *Ancien Régime* (séc. XVII), a noção de golpe de Estado constitui mais uma manifestação da *raison d'État*, sendo, portanto, tido como ato legítimo.

Nessa época, o golpe de Estado aparece como reação legítima contra a anarquia, com base na necessidade mais extrema e última – *Necessitas legem non habet*. É nesse contexto que se faz presente a importante obra de Gabriel Naudé, *Considérations sur les coups d'État*, de 1639.

Ao depois, no segundo, a partir da Revolução francesa (séc. XVIII), gradualmente, vai perdendo o referido caráter, para se converter em um ato ilegítimo, que viola a ordem constitucional e legal estabelecidas.

Desse modo, com o passar do tempo, e o advento do constitucionalismo (Idade Moderna), «faz-se referência às mudanças no Governo feitas na base da violação da Constituição legal do Estado, normalmente de forma violenta, por parte dos próprios detentores do poder político».[24]

O golpe de Estado, em sentido estrito, emerge conceituado como a ruptura violenta da ordem jurídica estatal, provocada por determinados órgãos ou instituições do Estado. Exige um mínimo de preparação e de organização.

O fator surpresa-velocidade também costuma estar presente. Como exemplo, citem-se: golpes de Silla (88 a.C.) e Cesar (44 a.C.), na República romana; golpe de Estado de Louis-Napoléon Bonaparte, 1851; Putsch da cervejaria, de Hitler, 1923; golpe de

[23] *Tecnica del Colpo di Stato*. Milano: Adelphi, 2011, p. 256. De sua vez, Edward Luttwak assinala que o termo «golpe de estado» é relativamente recente, sendo que decorre do «surgimento do Estado moderno com sua burocracia profissional e forças armadas permanentes» (*Coup dÉtat*. New York: Alfred Knopp, 1968, p.3).

[24] Barbé, Carlos. Golpe de Estado. In: Bobbio, N.; *et alii*. *Dicionário de política*, 1, p. 545.

maio, de Jósef Pilsudski (Polônia), 1926; autogolpe, de Getúlio Vargas, 1938 (Brasil); golpe de Estado,1911 (China); golpe de Estado, 1952 (Egito), entre tantos outros.

Desse modo, está o golpe de Estado em posição contrária ao sistema democrático, onde só há uma via legal admissível para a ascensão ao poder: eleição livre, transparente e pluripartidária, com ampla participação popular.

Convém observar ainda, que, em termos genéricos, o termo «golpe de Estado» significa a existência de determinada atuação ou movimento contra ou fora da lei, com vistas a alterar o regime político vigente, a ordem constitucional e legal e os poderes públicos. Noutro dizer: tomada repentina e ilegal do poder por determinado grupo, seja civil, seja militar.

O conceito de golpe de Estado não se confunde com o de guerrilha revolucionária, cuja «finalidade é desgastar até o aniquilamento ou derrota das forças armadas ou policiais a serviço do Estado».[25]

Também, não há sinonímia com a insurreição, a sedição, a revolta popular, a guerra civil, a revolução ou a simples conjura palaciana.

A revolução é vista «como processo que instaura um novo ordenamento político e jurídico, e contrapõe-se a mesma ao Golpe de Estado, que só realiza mudanças de menor porte». [26]

Na revolução, há, em geral, a ativa participação da grande massa popular. Costuma ter preparação e organização detalhadas, feitas com antecedência. É importante mencionar que a revolução visa a instauração de uma nova ordem jurídica e social, em substituição a anterior (v.g., revolução francesa, 1789; revolução russa, 1917).

A insurreição ou sublevação, por sua vez, se caracteriza por ser um movimento «generalizado de um núcleo de indivíduos contra o poder dominante, normalmente identificado com o Governo; coincide em geral com qualquer rebelião de massa e é caracterizado pelo uso da violência, mesmo que esta não se manifeste necessariamente em forma física ou material, mas somente moral».[27]

De seu turno, a sedição, que muitas vezes inclui a insurreição e a revolta popular, envolve um levante público, tumultuoso e desordenado (pouca organização), que objetiva conseguir, fora dos ditames legais ou pela força, determinado objetivo. Pode ter lances de violência. Revolta-se, contra o poder público ou instituição, contra as leis, decisão ou atuação de um órgão estatal. Em geral, há participação popular ou de grupos.

No Código espanhol (1995), versão original, estatui-se expressamente sobre a sedição (art.544) e rebelião (art. 472). Em 2022, por motivação política (Ley Orgánica 14), suprime-se o delito de sedição.

[25] *Ibidem*, p. 546.
[26] *Ibidem*, p. 546.
[27] Bravo, G. M. Insurreição. In: Bobbio, Norberto *et alii*. *Op. cit.*, 1, p. 631-632.

A Constituição Francesa (1793) reconhece o direito à insurreição nos termos seguintes: «Quand le gouvernement viole les droits du peuple, l'insurrection est, pour le peuple et pour chaque portion du peuple, le plus sacré des droits et le plus indispensable des devoirs»(art.35).

Com isso, traz-se à baila a delicada questão relacionada ao direito de resistência, e à desobediência civil pelo qual o povo ou uma parcela dele busca se opor à tirania, à opressão.

Já a guerra civil, vem a ser o choque armado e violento entre cidadãos de um Estado ou país. Não há guerra civil senão quando os integrantes de uma mesma nação se armam uns contra os outros, para substituir pela força a regulação pacífica e constitucional, no dizer de Garraud (v.g., guerra civil americana, 1861-1865; guerra civil russa (1917); guerra civil espanhola, 1936-1939).

De qualquer modo, é preciso sublinhar que não há uma definição unanimemente aceita de golpe de Estado.

A ação, em geral, se caracteriza modernamente por alguns elementos: infração à lei e à constituição; invocação do bem do Estado (sem o golpe, o Estado não sobreviveria ao perigo - *status necessitatis*.). São elencados ainda: medida de força, violenta e, às vezes, brutal; medida rápida, repentina e fulgurante; o golpe de Estado não pode ser visto a *posteriori* (isso porque ele inflama o julgamento pejorativo sobre o golpe de Estado); pertencimento dos autores a uma instância estatal elevada (altos funcionários).

A má reputação do golpe de Estado provém, sobretudo, desses dois elementos. Aliás, tanto o golpe de Estado como o Estado de exceção e a revolução têm os citados aspectos em comum.

O Estado de exceção, em princípio, se distingue pela vocação de ser provisório, temporário, e supõe, após a crise, a volta à normalidade. O que não se verifica com o golpe de Estado e a revolução.

Todavia, ninguém pode garantir objetivamente, num primeiro momento, que se está diante de um ou de outro, e o que vai ocorrer ao final. Na verdade, a intenção de permanecer ou não em estado de ilegalidade é insondável.

A violação à Constituição e às leis, e, ao mesmo tempo, o bem do Estado são fenômenos que se opõem, são logicamente inconciliáveis.[28]

No Brasil, o Código Criminal do Império do Brasil (1830) prevê expressamente os tipos delitivos contra a Constituição do Império e Forma do Seu Governo (art.85-86); contra o Chefe do Governo (art.87-90); contra o Livre Exercício dos Poderes Políticos (art.91-99) e contra o Livre Gozo e Exercício dos Direitos Políticos dos Cidadãos (art.100-106). Em outro título (Título IV – Crimes contra a Segurança Política do Império

[28] Saint-Bonnet, F. Technique juridique du coup d' État. In: Bluche, F. *Le prince, le peuple et le droit*. Paris: Puf, 2000, p.123 e ss.

e Pública Tranquilidade), dispõe sobre os delitos de conspiração (art.107-109); rebelião (art.110); sedição (art.111-112) e insurreição (art.113-115).

Também, o Código Penal do Brasil republicano (1890) capitula os tipos legais de conspiração (art.115-117); sedição e ajuntamento ilícito (art.118-123).

Na legislação comparada, por exemplo, o Código Penal italiano (1930) pune a «insurrezione armata» (art.284); a «devastazione, saccheggio e strage» (art.285); a «guerra civile» (art. 286), e a «usurpazione di potere politico o comando militare» (art.287).

De sua vez, o Código espanhol, em vigor, dispõe sobre os «Delitos contra la Constitución»- Título XXI do Livro II, e, no artigo 472, elenca uma série de condutas relativas ao delito de rebelião[29].

O Código Penal português, em vigor, mantém a nomenclatura do Código Penal de 1886, e dispõe no Título V – «Dos Crimes contra o Estado», Capítulo I – «Dos Crimes contra a Segurança do Estado» (art.308).

Já o Código Penal francês (1992) altera a proposta anterior (Código de 1810), estabelecendo: Livro Quarto (Des Crimes et Délits contre la Nation, l'État et la Paix Publique – art. 410-1 a 414-9).

Por derradeiro, convém evidenciar que a matéria relativa aos delitos políticos (e suas variadas formas) se apresenta complexa e dotada de grande ambiguidade, sendo de difícil deslinde.

Além dos elementos típicos objetivos que caracterizam cada delito (aqui, os artigos 359-L e 359-M), é preciso estar atento à finalidade exigida e as condutas praticadas. Assim, por exemplo, no golpe de Estado (ou abolição violenta do Estado democrático de Direito), busca-se atingir às instituições fundamentais do Estado, sua própria existência, autonomamente considerada.

Já em outro tipo de revolta (insurreição, sedição, revolta popular etc.), mais comum, os objetivos são outros, de menor gravidade.

Na última hipótese, em geral, pretende-se questionar (insurgir, protestar, rebelar-se), inclusive com certa violência, mas não se almeja a derrocada ou a tomada do governo, dos poderes ou instituições.

Daí a ingente necessidade de a intervenção penal ser seletiva e muito cuidadosa, se quiser respeitar o próprio Estado democrático de Direito, que se procura defender e preservar.

Assinala-se que a noção de golpe de Estado pode ser melhor conhecida através da enumeração de alguns dados fáticos próprios ao fenômeno: «1) Na tradição histórica, o Golpe de Estado é uma ato efetuado por órgãos do Estado. Em suas manifestações

[29] *Cf.* Romeo Casabona, Carlos María; Sola Reche, Esteban; Boldova Pasamar, Miguel Ángel (coord.). *Derecho Penal*. Parte especial. 2 ed. Granada: Comares. 2022, p. 786 e ss.

atuais, o Golpe de Estado, na maioria dos casos, é levado a cabo por um grupo militar ou pelas forças armadas como um todo. Num caso contrário, a atitude das forças armadas é de neutralidade-cumplicidade. 2) As consequências mais habituais do Golpe de Estado consistem na simples mudança de liderança política. 3) O Golpe de Estado pode ser acompanhado e/ou seguido de mobilização política e/ou social, embora isso não seja um elemento normal ou necessário ao golpe. 4) Habitualmente, o Golpe de Estado é seguido do reforço da máquina burocrática e policial do Estado. 5) Uma das consequências mais típicas do fenômeno acontece na forma de agregação da instância política, já que é característica normal e eliminação ou dissolução dos partidos políticos».[30]

III.1. **Tipo delitivo: aspectos essenciais**

o atual Código Penal, alterado pela Lei 14.197/2021, agasalha a figura legal do golpe de Estado, no artigo 359-M: «Tentar depor, por meio de violência ou grave ameaça, o governo legitimamente constituído: Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 12 (doze) anos, além da pena correspondente à violência».

Nesse tipo legal, tutelam-se o Estado democrático de Direito e a ordem constitucional, que dependem, dentre outras coisas, da existência de governo legitimamente constituído.

O tipo não exige nenhuma qualificação específica do autor, tendo adotado o Código sistemática conceitual diversa da comumente veiculada pela ciência política. Não qualifica, portanto, a autoria (civil ou militar, por exemplo).

Daí que o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa (delito comum), e o sujeito passivo vem a ser o governo constituído legitimamente no âmbito do Poder Executivo da União.

Na tipicidade objetiva, incrimina-se a conduta de tentar depor, por meio de violência ou grave ameaça, o governo legitimamente constituído (tipo simples/anormal/congruente).

O núcleo típico vem a ser tentar depor, que significa destituir ou derrubar, um governo legitimamente constituído (elemento normativo extrajurídico do tipo).

No Brasil, o governo (Poder Executivo Federal) é formado por meio de eleições periódicas do presidente da República (e do vice-presidente da República) que, após tomar posse, compõe o corpo de ministros de Estado, também integrantes do governo.

Como no delito anterior, a destituição se dá por meio de violência (coação física) ou grave ameaça (coação moral). Estes elementos são imprescindíveis, sendo que o tipo legal adota um conceito estrito de golpe de Estado.

A partir de leitura isolada (ou mesmo desavisada) do tipo penal, não haveria empecilho em caracterizar o crime previsto no artigo 359-M como a conduta atentatória a governo estadual ou municipal.

[30] Barbé, Carlos. Golpe de Estado. In: Bobbio, N.; *et alii*. *Dicionário de política*, 1, p. 546-547.

Todavia, o tipo penal deve ser interpretado conjuntamente com o seu *nomen juris* (golpe de Estado), e de modo estrito, que é o fenômeno ao qual se vincula a ideia de ruptura institucional, com a consequente ruptura da ordem constitucional legítima.

Já a tentativa de deposição de um governador ou prefeito pode consubstanciar o delito precedente de abolição violenta do Estado democrático de Direito (art. 359-L), pois, implica restrição ou impedimento do exercício de poder constitucional legalmente constituído.

Na tipicidade subjetiva, exige-se o dolo direto, consistente na vontade livre e consciente de tentar depor um governo legitimamente constituído. A ação dolosa deve estar regularmente configurada sem nenhum lampejo de dúvida.

Na realidade, a modalidade delitiva, de caráter político, se caracteriza pela intenção direta e clara de derrubar, destituir, no caso, de «tentar depor o governo legitimamente constituído», com utilização dos meios elencados no tipo de injusto. Ainda que não exija o tipo elemento subjetivo do injusto. Para alguns, seria o caso de «dolo intenso».

O delito se consuma no momento em que o agente emprega violência ou grave ameaça, para tentar depor o governo legitimamente instituído. É, então, delito de consumação antecipada (ou de resultado cortado). Vale dizer: o simples início de execução já consuma o delito.

Como no delito anterior (art. 359-L), a tentativa, portanto, não é admissível. Iniciada a execução do ato violento ou da grave ameaça, voltada a depor um governo legitimamente instituído, o delito já se encontra consumado.

O delito de golpe de estado pode ser assim classificado: comum, doloso, comissivo, de resultado cortado, instantâneo e plurissubsistente.

Comina-se a pena de reclusão de quatro a doze anos, além da pena correspondente à violência. Se o delito for praticado com violência (homicídio, lesão corporal etc.), o sujeito ativo deve responder pelo artigo 359-M em concurso formal com o delito correspondente ao ato de violência realizado. Se, diversamente, é empregada tão somente a grave ameaça, ocorrerá a consunção.

O processo e julgamento do referido delito são de competência da Justiça Federal (crime de natureza política). A ação penal é pública incondicionada.

IV. Bibliografia

Albuquerque Mello, Celso de, *Curso de Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro : Renovar, t.II, 1994.

Barbé, Carlos. Golpe de Estado. In: Bobbio, Norberto *et alii*. *Dicionário de política*. Trad. Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Monaco, João Ferreira e Luís Guerreiro Pinto Cacais. 5 ed. Brasilia: Edunb, v.1, 1961.

Beccaria, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Antonio Carlos Campana. São Paulo: Bushatsky, 1978.

Bravo, Gian Mario. Insurreição. In: Bobbio, Norberto *et alii*. *Dicionário de política.* Trad. Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Monaco, João Ferreira e Luís Guerreiro Pinto Cacais. 5 ed. Brasilia: Edunb, v.1, 1961.

Carrara, Francesco. *Programa de Derecho Criminal*. Parte especial. Trad. José Ortega Torres. Bogotá: Temis, t.VII, 1980.

Chevallier, Jean. *L'État de Droit*. Paris: Montchretien, 1999.

García Valdés, Carlos. *El delito político*, Madrid : Edicusa, 1976.

Giannazi, Carlos. *A doutrina de segurança nacional e o milagre econômico*. São Paulo: Cortez, 2013.

Jiménez de Asúa, Luís. *Tratado de Derecho Penal*: Buenos Aires: Losada, t. III, 1964

Luttwak, Edward. *Coup dÉtat*. New York: Alfred Knopp, 1968.

Maihofer, Werner *et alii*. *Manual de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 2001.

Malaparte, Curzio. *Tecnica del Colpo di Stato*. Milano: Adelphi, 2011.

Mommsen, Theodor. *Derecho Penal romano*. Trad. Pedro DORADO. Bogotá: Temis, 1999.

Prado, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*, 8. ed. São Paulo: Forense, 2019.

— *Tratado de Direito Penal brasileiro*. 6. ed. Londrina: Thoth, v.II, t.III, 2024.

— Gomes, Luís Roberto. *Codificação penal brasileira*. Opúsculo histórico. Londrina: Thoth, 2024.

Quintano Ripollés, Antonio. «Delito político». In: *Nueva Enciclopedia Jurídica.* Barcelona: Francisco Seix, t. VI, 1954.

Reale Junior, Miguel; WunderlicH, Alexandre. Parecer sobre a Lei de Segurança Nacional e a defesa do Estado de Direito no Brasil. *RBCCrim*, v. 182, 2021.

Romeo Casabona, Carlos Maria; Sola Reche, Esteban; Boldova Pasamar, Miguel Ángel (coords.), *Derecho Penal*. Parte especial. 2 ed. Granada: Comares. 2022.

Rota, Romolo, *Il delito politico nell'Età Antica*. Torino: Frattelli Rocca Editore, 1907.

Ruiz Funes, Mariano, *Evolución del delito político*. México: Editorial Hermes, s/d.

Saint-Bonnet, F., Technique juridique du coup d' État. In: Bluche, F. *Le prince, le peuple et le droit*. Paris: Puf, 2000.

44

LA PRESTACIÓN DE AYUDA PARA MORIR EN PACIENTES CON TRASTORNOS MENTALES GRAVES: ALGUNAS CONSIDERACIONES JURÍDICO-PENALES[*]

SERGIO ROMEO MALANDA[**]
Profesor Titular de Derecho Penal
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria
Adjunct Associate Professor
Faculty of Law, University of Tasmania (Australia)

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA VALIDEZ DEL CONSENTIMIENTO PRESTADO POR PERSONAS CON TRASTORNOS MENTALES GRAVES. II.1. Previo: el alcance del derecho a la vida en el ámbito de la muerte voluntaria asistida. II.2. Capacidad para consentir la PAM. II.2.1. *Régimen jurídico de la capacidad en la LORE.* II.2.2. *Estado de la cuestión en la jurisprudencia.* II.3. El consentimiento emitido a través de voluntades anticipadas. II.4. Capacidad, consentimiento y responsabilidad penal en el ámbito de la PAM. III. SALUD MENTAL Y CONTEXTO EUTANÁSICO. III.1. La jurisprudencia del TEDH: el caso Mortier c. Bélgica de 2022. III.2. El régimen jurídico de la LORE. III.2.1. *El contexto eutanásico en la LORE.* III.2.2. *La interpretación del contexto eutanásico por el TC. Valoración crítica.* III.3. Las comisiones de garantía y evaluación autonómicas: el caso de la CGE de Cataluña. III.4. Primeras decisiones jurisprudenciales. III.5. La determinación del contexto eutanásico y su relevancia jurídico-penal. IV. CONCLUSIONES. V. BIBLIOGRAFÍA.

[*] El presente trabajo se ha elaborado en el marco del Proyecto de Investigación «El Derecho Penal ante los retos actuales de la Biomedicina (DERPEBIO)». Referencia: PID2022-136743OB-I00. Proyectos de Generación de Conocimiento 2022. Entidades financiadoras: MCIN, AEI y FEDER Una manera de hacer Europa.

[**] Este libro, que comenzó su andadura como un sentido y merecido homenaje a mi maestro, el profesor Carlos María Romeo Casabona, por su jubilación, tras una larga e intensa vida dedicada íntegramente a la Universidad, ha acabado convirtiéndose en un triste homenaje póstumo, debido a su inesperado fallecimiento en el verano del 2024. Tuve la suerte de conocer al profesor Romeo Casabona en mi segundo año de carrera y su enseñanza enseguida generó en mí una enorme fascinación por una nueva e incipiente disciplina jurídica, como era el bioderecho. Como alumno de cuarto curso me incorporé como becario de colaboración a la Cátedra de Derecho y Genoma Humano, que el dirigía en la Universidad de Deusto, y su magisterio ha marcado mi trayectoria académica hasta su fallecimiento. Su rigor intelectual y buen hacer universitario ha dejado un grupo de trabajo muy cohesionado. Y a buen seguro su pensamiento permanecerá indeleble a través del trabajo que continuaremos desarrollando en el futuro todos sus discípulos.

I. Introducción

El día 25 de junio de 2021 entró en vigor en España la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia (en adelante, LORE). Esta ley modifica el Código Penal descriminalizando ciertas conductas consistentes en la causación o cooperación activa «a la muerte de otra persona cumpliendo lo establecido en la ley orgánica reguladora de la eutanasia» (art. 143.5 CP). De esta manera, España entra en el grupo del reducido número de países que, de una u otra manera, consideran lícita dicha conducta.

No obstante, hay que tener en cuenta que el régimen legal en este grupo de países difiere en gran medida. Por un lado, existen algunos países donde únicamente se permite la cooperación en el suicidio ajeno —realizado de propia mano— (p. ej., algunos estados de los EEUU, Suiza), mientras que en otros se permite tanto esta práctica, como la cooperación ejecutiva[1].

Atendiendo al mecanismo legal por el que se ha legalizado la práctica, en algunos países simplemente existe una legalización *de facto*, al no estar prohibida la cooperación al suicidio (Alemania, Suiza); en otros la práctica se ha legalizado a través de normas jurídicas que regulan de manera más o menos exhaustiva la misma (Bélgica, Países Bajos, Luxemburgo, Australia, Nueva Zelanda, Portugal o España, en otros); mientras que en un tercer grupo de países la legalización se ha producido de manera indirecta a través de la declaración de inconstitucionalidad de los delitos que castigaban la cooperación al suicidio de manera absoluta, sin margen para permitir, en casos excepcionales, la prestación de dicha ayuda (Colombia, Canadá, Italia, Perú o Ecuador, entre otros).

Otras diferencias significativas las encontramos en cuestiones tales como la amplitud del contexto eutanásico (limitado a enfermedades graves en fase terminal que originen graves sufrimientos al paciente —p. ej., EEUU, Australia—; comprendiendo también otros padecimientos crónicos de carácter imposibilitante —p. ej., Bélgica, Portugal o España[2]—; o incluso sin restricción alguna —Alemania, Suiza—) o la edad del sujeto

[1] Es el caso de España. El art. 3.g) LORE prevé que la prestación de ayuda para morir se puede producir en dos modalidades: 1.ª) La administración directa al paciente de una sustancia por parte del profesional sanitario competente. 2.ª) La prescripción o suministro al paciente por parte del profesional sanitario de una sustancia, de manera que esta se la pueda auto administrar, para causar su propia muerte.

[2] La prestación de ayuda para morir ha quedado descriminalizada cuando el sujeto pasivo sufra un padecimiento grave, crónico e imposibilitante o una enfermedad grave e incurable. El art. 3.b) y c) LORE define de esta manera el denominado «contexto eutanásico»: «Padecimiento grave, crónico e imposibilitante»: situación que hace referencia a limitaciones que inciden directamente sobre la autonomía física y actividades de la vida diaria, de manera que no permite valerse por sí mismo, así como sobre la capacidad de expresión y relación, y que llevan asociado un sufrimiento físico o psíquico constante e intolerable para quien lo padece, existiendo seguridad o gran probabilidad de que tales limitaciones vayan a persistir en el tiempo sin posibilidad de curación o mejoría apreciable. En ocasiones puede suponer la dependencia absoluta de apoyo tecnológico. c) «Enfermedad grave e incurable»: la que por su naturaleza origina sufri-

pasivo (solo mayores de edad —requisito exigido por la mayor parte de los países—, o también menores —Bélgica, Países Bajos—).

En este trabajo nos vamos a centrar de manera específica en una cuestión especialmente controvertida, como es la del acceso a la prestación de ayuda para morir (en adelante, PAM) a personas que padecen trastornos mentales graves.

La Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, así como la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (que adecua nuestro ordenamiento jurídico a dicha Convención), parten de la base de que las personas con discapacidad (también psíquica o intelectual) tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, por lo que se hace necesario adoptar las medidas pertinentes para proporcionar a estas personas acceso al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. De ahí que deba promoverse, protegerse y asegurarse el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, cuya voluntad y preferencias han de ser respetadas, pudiendo estas, como regla general, tomar sus propias decisiones.

Como no puede ser de otra forma, también habrá que garantiza el derecho de las personas con problemas de salud mental al acceso a la PAM en los términos previsto por la LORE. Pero estos casos presentan ciertas particularidades que hacen que su permisividad sea una cuestión especialmente controvertida[3].

Así, la Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas expresaba sus reparos en un informe del año 2019[4], en los siguientes términos:

> «Desde la perspectiva de derechos de las personas con discapacidad, preocupa seriamente que la posibilidad de la legalización de la eutanasia y del suicidio asistido pueda poner en peligro la vida de las personas con discapacidad. Si la muerte asistida estuviera al alcance de todas las personas que presentan un trastorno de salud o una deficiencia, independientemente de que tengan o no una enfermedad terminal, la sociedad podría entender que es mejor estar muerto que vivir con una discapacidad. En consecuencia, una importante preocupación es que las personas cuya deficiencia sea reciente opten por la muerte asistida a causa de prejuicios, temores y bajas expectativas sobre lo que significa

---

mientos físicos o psíquicos constantes e insoportables sin posibilidad de alivio que la persona considere tolerable, con un pronóstico de vida limitado, en un contexto de fragilidad progresiva.

[3] *Vid.* Nicolini, Marie E. / Kim, Scott Y. H. / Churchill, Madison E. / Gastmans, Chris, «Should euthanasia and assisted suicide for psychiatric disorders be permitted? A Systematic review of reasons», Psycological Medicine, n.º 50, 2020, pp. 1241-1256.

[4] Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Derechos de las personas con discapacidad Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad,* 2019, §§ 36-38.

> vivir con una discapacidad, antes incluso de haber tenido la oportunidad de aceptar la nueva situación de discapacidad y adaptarse a ella. Además, las personas con discapacidad pueden decidir poner fin a su vida a causa de factores sociales, como la soledad, el aislamiento social y la falta de acceso a servicios de apoyo de calidad. Un tercer problema es que las personas con discapacidad, sobre todo las personas de edad con discapacidad, pueden ser vulnerables a presiones explícitas o implícitas de su entorno, lo que incluye las expectativas de algunos familiares, las presiones financieras, los mensajes culturales e incluso la coacción».

Para abordar este tema, en primer lugar analizaremos las condiciones necesarias para dar por válido el consentimiento prestado por una persona con trastornos mentales graves; en segundo término se estudiará hasta qué punto tienen encaje en el «contexto eutanásico» regulado por la LORE aquellos padecimientos que tienen su origen única y exclusivamente en un trastorno mental grave (como puede ser una depresión mayor o trastornos de personalidad).

En definitiva, se trata de responder a las siguientes preguntas: ¿es valido el consentimiento prestado por una persona que padece un trastorno mental grave? Y de ser así, ¿resulta lícita la PAM si el sufrimiento que padece dicho sujeto se debe única y exclusivamente al padecimiento de una enfermedad de dicha naturaleza?

La respuesta que demos a estas preguntas condicionará, indefectiblemente, la posibilidad de exigir responsabilidad penal al personal sanitario que interviene en la PAM, bien por un delito de cooperación al suicidio (art. 143 CP), bien de homicidio (art. 138 CP), según corresponda.

II. La validez del consentimiento prestado por personas con trastornos mentales graves

II.1. Previo: el alcance del derecho a la vida en el ámbito de la muerte voluntaria asistida

La relación entre salud mental y capacidad para consentir un acto médico es, indudablemente, uno de los temas más importantes y complejos en la asistencia sanitaria. La principal cuestión que se va a plantear cuando solicita la PAM una persona diagnosticada con un problema de salud mental (más aún si se trata de trastorno mental grave) es si tiene realmente capacidad suficiente para recibir la prestación, pues puede haber dudas acerca de si el deseo de morir exteriorizado con la solicitud de PAM es realmente libre o está condicionado por una ideación suicida generada por la enfermedad mental que padece.

De ahí que quepa preguntarse, como cuestión previa, si prestar ayuda para morir a una persona que sufre un trastorno mental grave (por lo tanto, altamente vulnerable) no supone un atentado contra el derecho fundamental a la vida.

En efecto, tradicionalmente se ha ofrecido como argumento contra la legalización de la eutanasia el hecho de que esta acción supondría una vulneración clara y directa del derecho a la vida, derecho que está protegido y garantizado por normas nacionales

e internacionales de derechos humanos. Por mencionar solo dos ellas, así se recoge en el art. 2 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales Roma, de 4 de noviembre de 1950 (CEDH), y en el art. 15 CE.

Pero el derecho a la vida no implica la obligación del mantenimiento de la misma en todo caso y circunstancia. Menos aún contra la voluntad de su titular. Que exista el derecho a la vida no conlleva indefectiblemente un deber de vivir. Así lo han declarado recientemente, en relación con el tema que aquí nos ocupa, el Tribunal Europeo de Derecho Humanos (TEDH) y del Tribunal Constitucional español (TC), vinculando directamente dicho derecho con la capacidad para consentir. Por lo tanto, el reconocimiento de la disponibilidad de la vida, al menos en determinadas circunstancias, no es *per se* contrario al derecho a la vida.

De este modo, en la sentencia del TEDH en el caso *Mortier c. Bélgica,* de 4 de octubre de 2022, se ha enjuiciado la compatibilidad de la Ley belga de eutanasia con el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH).

El asunto trae causa de la demanda presentada por el hijo de una mujer con depresión crónica a la que se le había practicado la eutanasia, alegando la vulneración del derecho a la vida, protegido en el art. 2 CEDH. De manera muy resumida, el TEDH viene a decir lo siguiente a este respecto: a) No es posible derivar del art. 2 CEDH un derecho a morir, ya sea a manos de un tercero o con la asistencia de una autoridad pública (§ 119); b) El art. 2 CEDH obliga a las autoridades nacionales a impedir que una persona (más aún si pertenece a grupos vulnerables) ponga fin a su vida si la decisión no ha sido tomada libremente y con pleno conocimiento de causa (§§ 121 y 146); c) El derecho a elegir el modo y el momento de poner fin a la propia vida, siempre que uno pueda formarse libremente su propia voluntad y actuar en consecuencia, es uno de los aspectos del derecho al respeto de la vida privada, en el sentido del art. 8 CEDH (§§ 124 y 135).

En definitiva, el Tribunal considera que, si bien no es posible deducir del art. 2 CEDH un derecho a morir, el derecho a la vida consagrado en dicha disposición no puede interpretarse en el sentido de que prohíbe en sí mismo la despenalización condicional de la eutanasia (§ 138). Ahora bien, para ser compatible con el art. 2 CEDH, la legalización de la eutanasia debe estar respaldada por garantías adecuadas y suficientes que prevengan posibles abusos y aseguren el respeto al derecho a la vida (§ 139).

En este sentido, el TEDH señala que el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha considerado que la eutanasia no constituye, por sí misma, una violación del derecho a la vida, siempre que esté protegida por sólidas salvaguardias legales e institucionales. Estas garantías deben asegurar que la intervención médica se lleve a cabo únicamente cuando exista una solicitud explícita, inequívoca, libre e informada por parte de la persona interesada. Por ello, la normativa del país que decida regular la eutanasia debe impedir su práctica si la decisión no ha sido tomada de manera libre y con pleno conocimiento de las implicaciones.

De manera similar se ha pronunciado el TC español en la STC 19/2023, de 22 de marzo (ECLI:ES:TC:2023:19, F.J. 6), siguiendo la estela de la sentencia anteriormente citada del TEDH. Allí se afirma lo siguiente:

> «(…) La decisión libre y consciente de poner fin a la propia vida constituye una expresión de la autonomía personal que le es inherente (…) Este derecho de autodeterminación respecto de la propia muerte en contextos eutanásicos incluye también el derecho de la persona a recabar y usar la asistencia de terceros que sea necesaria para llevar a la práctica la decisión de manera compatible con su dignidad y con su integridad personal».

Y añade que «toda regulación de la eutanasia activa directa ha de respetar asimismo el derecho de autodeterminación que le sirve como fundamento constitucional», existiendo un déficit de protección «si el legislador no hubiese adoptado medida de protección alguna, si las medidas adoptadas fuesen manifiestamente inadecuadas para alcanzar el objetivo de protección requerido o si no fuesen suficientes para proporcionar el nivel de protección exigido por la Constitución».

El aspecto clave es, por lo tanto, el derecho de autodeterminación, no constituyendo la eutanasia «un atentado al derecho a la vida si se rodea de sólidas garantías legales e institucionales que permitan verificar que los profesionales de la medicina aplican una decisión explícita, no ambigua, libre e informada del paciente, a fin de que el mismo sea protegido frente a presiones y abusos». O dicho de otra forma, «la existencia de una voluntad auténticamente propia, libre y consciente de una persona capaz es el elemento que marca la frontera entre el ámbito de protección del derecho fundamental a la vida y el derecho fundamental a la autodeterminación respecto de la propia muerte en situaciones eutanásicas».

De ello se deriva que el Estado tiene «la obligación de garantizar que la decisión de poner fin a la propia vida en contextos de sufrimiento extremo se adopta y se lleva a término de conformidad con la voluntad libre y consciente de una persona capaz, lo que exige la articulación de mecanismos suficientes para garantizar el carácter informado, reflexivo, estable y ajeno a coacciones de una decisión tan trascendental».

En definitiva, podemos afirmar que la práctica de una PAM a un paciente con problemas de salud mental vulneraría el derecho a la vida del mismo si esta se lleva a cabo sin su consentimiento válidamente emitido. Ello lleva necesariamente a hacerse dos preguntas: a) ¿puede una persona con un trastorno mental grave solicitar y consentir válidamente, con carácter general, la PAM? Y b) si ello es posible, ¿recoge la LORE suficientes garantías para poder asegurar que dicha capacidad existe en el caso concreto?

II.2. **Capacidad para consentir la PAM**

II.2.1. ***Régimen jurídico de la capacidad en la LORE***

En primer lugar, corresponde analizar si la LORE pone alguna limitación a la práctica de la PAM atendiendo a las condiciones de salud mental del solicitante.

El art. 3 LORE define el «consentimiento informado» como «la conformidad libre, voluntaria y consciente del paciente, manifestada en pleno uso de sus facultades después

de recibir la información adecuada». Y entre los requisitos para recibir la PAM, el art. 5 recoge: a) haber formulado dos solicitudes de manera voluntaria y por escrito, o por otro medio que permita dejar constancia, y que no sea el resultado de ninguna presión externa (letra c); b) Prestar consentimiento informado previamente a recibir la prestación de ayuda para morir (letra d).

Por supuesto, para poder emitir un consentimiento informado válido, el sujeto deberá tener suficiente capacidad de hecho. El art. 3.h) LORE define la «situación de incapacidad de hecho» como la «situación en la que el paciente carece de entendimiento y voluntad suficientes para regirse de forma autónoma, plena y efectiva por sí mismo, con independencia de que existan o se hayan adoptado medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica».

En ningún momento, la LORE excluye a personas con problemas de salud mental de su ámbito de aplicación. Existe suficiente evidencia científica que señala que estas personas pueden tomar, en muchas ocasiones, decisiones plenamente responsables sobre su salud[5]. Cuestión distinta es que, tratándose de pacientes psiquiátricos, la determinación de la capacidad a lo largo de todo el proceso sea un elemento de especial complejidad, dado el innegable estado de especial vulnerabilidad en el que se encuentran estas personas. Y es innegable que algunos trastornos mentales, «en determinados momentos, pueden comprometer las funciones psíquicas esenciales para tomar decisiones relevantes»[6].

Lo que sí puede resultar dudoso es si poseen esa capacidad *plena* exigida por la LORE quienes requieren de apoyos para emitir su voluntad. Según Tomás-Valiente Lanuza, las medidas de apoyo a las que se refiere el art. 3.h) LORE únicamente comprendería las que se provean para personas con discapacidades físicas y sensoriales, no pudiendo acceder a la PAM las personas con una capacidad «de hecho» que no alcance el grado necesario para formar su voluntad exclusivamente por sí mismas, pues si son necesarios apoyos esto significaría que la persona con discapacidad psíquica carece de capacidad *plena* para tomar una decisión autónoma y efectiva por sí misma[7].

En cualquier caso, corresponde a los profesionales sanitarios involucrados comprobar la existencia (o ausencia) de capacidad para consentir la PAM caso por caso, recurriendo a las técnicas usuales empleadas para ese fin. Siempre teniendo presente que

[5] Platt, Elyse, «Depression and the Desire to Die – Implications for Medical Assistance in Dying», *Journal of Ethics in Mental Health,* Vol. 11, 2021, pp. 1-17; Ramos-Pozón, Sergio / Terribas-Sala, Nuria / Falcó-Pegueroles, Anna, «Persons with mental disorders and assisted dying practices in Spain: An overview», *International Journal of Law and Psychiatry,* n.º 87, 2023, p. 3.

[6] Sociedad Española de Psiquiatría, *Eutanasia y enfermedad mental. Posicionamiento de la Sociedad Española de psiquiatría sobre la «proposición de Ley orgánica sobre la regulación de la eutanasia»,* 2021, p. 5.

[7] Tomás-Valiente Lanuza, Carmen, «La ley orgánica de regulación de la eutanasia: Valoración global y primeras dudas interpretativas», *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico,* n.º 29, 2021, pp. 997 y ss.

la regla general es la de la plena capacidad, tratándose de sujetos mayores de edad, y que es precisamente la ausencia de capacidad (esa «situación de incapacidad de hecho») lo que habrá de probarse[8]. En definitiva, «la mera presencia de un trastorno psiquiátrico no desvirtúa la presunción de capacidad»[9].

La LORE ha previsto una serie de medidas y procedimientos dirigidos a garantizar la existencia de esa capacidad (intervención del médico responsable, del médico consultor, autorización previa de la Comisión de Garantía y Evaluación —en adelante, CGE—, etc.). Por supuesto, si la capacidad plantea dudas en un caso concreto, y se opta por la denegación de la PAM, siempre será posible recurrir dicha decisión (en vía administrativa, ante la CGE; o judicial).

Siguiendo las indicaciones de la Disposición Adicional Sexta de la LORE, el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud ha elaborado un manual de buenas prácticas[10], que ha completado con un Protocolo de valoración de la incapacidad de hecho[11].

Por lo que respecta a la intervención de psiquiatras en la evaluación de la capacidad de un paciente con problemas de salud mental que solicita la PAM, lo cierto es que la LORE no requiere la intervención de terceros para evaluar la capacidad[12]. Ahora bien, la LORE tampoco impide que, atendiendo a las circunstancias del caso concreto, se pueda requerir la intervención de otros profesionales o de médicos consultores adicionales[13], como podría ser la necesidad de contar con una evaluación psiquiátrica independiente.

De este modo, en el referido protocolo de valoración de la incapacidad de hecho se señala que la valoración de la situación de incapacidad de hecho corresponde, en

[8] *Vid.* Simón Lorda, Pablo / Torrell Vallespín, Gemma, «Eutanasia y capacidad para la toma de decisiones», *Actualización en Medicina de Familia,* Vol. 18, n.º 5, 2022, pp. 266-271.

[9] Sociedad Española de Psiquiatría, *Eutanasia y enfermedad mental*…, ob. cit., p. 11.

[10] https://www.sanidad.gob.es/eutanasia/docs/Manual_BBPP_eutanasia.pdf

[11] https://www.sanidad.gob.es/eutanasia/docs/Protocolo_de_valoracion_de_la_situacion_de_la_incapacidad_de_hecho.pdf

[12] Sí lo exige, por ejemplo, la ley portuguesa. Además de prever el acompañamiento por parte de un especialista en psicología clínica, el art. 7.1 del Decreto de la Asamblea de la República n.º 43/XV, que regula las condiciones en las que la muerte médicamente asistida no es punible y modifica el código penal, establece la obligatoriedad del informe de un médico especialista en psiquiatría siempre que ocurra una de las siguientes situaciones: a) Que el médico orientador y/o el médico especialista tengan dudas sobre la capacidad de la persona para solicitar la muerte médicamente asistida, revelando una voluntad seria, libre e informada; b) Que el médico orientador y/o el médico especialista consideren que la persona pueda padecer un trastorno psíquico o una condición médica que afecte su capacidad para tomar decisiones.

También la ley belga requiere la intervención de un segundo médico consultor en estos casos. Aunque la norma no exige expresamente que sea un psiquiatra, la doctrina entiende que así debe ser. Así, De Hert, Marc / Loos, Sien / Sterckx, Sigrid / Thys, Erik / Van Assche, Kristof, «Improving control over euthanasia of persons with psychiatric illness: Lessons from the first Belgian criminal court case concerning euthanasia», *Frontiers in Psychiatry,* n.º 13, 2022, p. 2.

[13] El art. 12.b) LORE requiere la documentación de «los médicos consultores» que hayan participado en el expediente de PAM.

un primer momento, al médico responsable, sin perjuicio de que, ante un resultado no concluyente, este pueda recurrir a herramientas de apoyo o a la interconsulta con un profesional sanitario experto[14]. Además, una vez el médico responsable ha determinado la situación de capacidad o incapacidad de hecho, el médico consultor corrobora, en su caso, la existencia de esa situación, emitiendo un informe favorable o desfavorable.

También hay que destacar que, aunque la decisión final sobre la autorización o denegación de la PAM, corresponde a las CCGE, la LORE no exige que estas cuenten con algún profesional de la salud mental entre sus componentes, lo cual hubiera sido deseable. Eso no significa, por supuesto, que algunas de ellas sí hayan incorporado a profesionales de este perfil. Es más, algunas normas autonómicas sí recogen esta previsión[15].

II.2.2. *Estado de la cuestión en la jurisprudencia*

Por lo que respecta a la aplicación práctica de esta cuestión, la jurisprudencia se ha pronunciado ya en alguna resolución aislada sobre la misma. Así, por ejemplo, la Sentencia del Juzgado Contencioso-Administrativo n.º 4 de Valladolid n.º 105/2022,

[14] El protocolo para la valoración de la situación de incapacidad de hecho se estructura en tres fases: 1) el desarrollo de una entrevista clínica al paciente, 2) la posibilidad de que el médico responsable recurra a determinadas herramientas de apoyo y 3) la interconsulta con un profesional sanitario experto en la valoración de situaciones de capacidad o incapacidad, sí el médico responsable no ha alcanzado un resultado concluyente.

[15] Es el caso de Andalucía (art. 15 del Decreto 236/2021, de 19 de octubre, por el que se crea y regula el Registro de Profesionales Sanitarios Objetores de Conciencia a la prestación de ayuda para morir en Andalucía y la Comisión de Garantía y Evaluación para la prestación de ayuda para morir de la Comunidad Autónoma de Andalucía: especialista en psiquiatría), Asturias (art. 6 del Decreto 41/2021, de 29 de julio, por el que se crean y regulan el Registro de profesionales sanitarios objetores de conciencia del Servicio de Salud del Principado de Asturias y la Comisión de Garantía y Evaluación del Principado de Asturias en aplicación de la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia: profesional de la psicología), Castilla y León (art. 3 del Decreto 15/2021, de 24 de junio, por el que se crea la Comisión de Garantía y Evaluación prevista en la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de Regulación de la Eutanasia, en la Comunidad de Castilla y León: especialista en psiquiatría), Castilla-La Mancha (art. 3 del Decreto 75/2021, de 22 de junio, por el que se crea y regula la Comisión de Garantía y Evaluación de Castilla La-Mancha prevista en el artículo 17 de la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de Regulación de la Eutanasia: especialista en psiquiatría), Cataluña (art. 4 del Decreto Ley 13/2021, de 22 de junio, por el que se regula la Comisión de Garantía y Evaluación de Cataluña y el Registro de profesionales sanitarios objetores de conciencia, en desarrollo de la Ley orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia: profesionales de la psicología), Comunidad Valenciana (art. 4 del Decreto 82/2021, de 18 de junio, del Consell, de creación de la Comisión de Garantía y Evaluación de la Comunitat Valenciana, prevista en la Ley orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia: especialistas en psiquiatría y psicología), Galicia (art. 6 del Decreto 101/2021, de 8 de julio, por el que se crea la Comisión de Garantía y Evaluación de la Eutanasia de la Comunidad Autónoma de Galicia: especialista en psiquiatría), Madrid (art. 15 del Decreto 225/2021, de 6 de octubre, del Consejo de Gobierno, por el que se crean y regulan el registro de profesionales sanitarios objetores de conciencia a realizar la ayuda para morir y la comisión de garantía y evaluación: especialistas en psiquiatría y psicología).

de 5 de julio, se ocupa del caso de un paciente con patología desconocida y probable trastorno depresivo. El médico responsable duda de su capacidad atendiendo a dicho trastorno, que no está siendo tratado. Se pide informe a los servicios de salud mental, los cuales rechazan intervenir. Ante esta situación, se emite informe desfavorable de PAM, resultando esta denegada por la CGE. El tribunal anula la decisión denegatoria de PAM por parte de la CGE, ordenando que se proceda a la valoración del estado de salud mental del paciente y su capacidad efectiva. En definitiva, no se puede desestimar la solicitud solo porque haya dudas, sin constatación de la efectiva incapacidad de hecho del sujeto, pese a que padezca, o se presuma que padece, una enfermedad mental.

Otra cuestión ciertamente interesante que ya se ha planteado también en los tribunales es la relativa a la posibilidad de impugnación de las resoluciones favorables de la CGE y, en tal caso, quién estaría legitimado para ello. Ciertamente, no es esta una cuestión sencilla.

Hay que tener en cuenta que la Disposición adicional quinta de la LORE establece que los recursos judiciales se tramitarán por el procedimiento previsto para la protección de los derechos fundamentales de la persona en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Pero esta norma únicamente contempla de manera expresa el recurso a la vía jurisdiccional frente a las resoluciones de la CGE que informen *desfavorablemente* la solicitud (art. 10.5 LORE), o cuando, habiéndose presentado un recurso ante la CGE, esta no resuelva el mismo en el plazo de veinte días naturales (decisión desfavorable por silencio administrativo negativo *ex* art. 18.a), párrafo quinto LORE).

Nada dice la LORE, sin embargo, respecto de las resoluciones definitivas de las CGE que autoricen la práctica de la PAM. A este respecto, la ECLI:ES:TC:2023:19 (F.J.7), señala que «el control judicial de la administración es insoslayable» y que tales actos administrativos no pueden quedar sustraídos a una fiscalización judicial que —a instancia de parte legitimada[16]— pueda reconsiderar el cumplimiento los requisitos y condiciones requerido por la Ley.

De esta forma, no puede descartarse la existencia de algún interés legítimo de un tercero que permita impugnar la decisión de la CGE ante la jurisdicción contencioso-administrativa, pero habrá que determinar qué sujetos están realmente legitimados para ello. Podría quizás estarlo el Ministerio Fiscal, como garante de los intereses generales y de los intereses particulares de los sujetos vulnerables, por ejemplo por entender que se ha aceptado la PAM sin que el sujeto tenga capacidad. En tal caso se actuaría para proteger el derecho fundamental a la vida. ¿Pero lo están también otros sujetos, aunque tengan una relación personal o familiar con el solicitante? Rodríguez Lainz no descarta

[16] *Cfr.* art. 19 de Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

la existencia de algún interés legítimo de un tercero que permita impugnar la decisión de la CGE ante la jurisdicción contenciosa-administrativa, si bien reconoce su dificultad[17].

Al menos dos casos han trascendido en los que se ha planteado esta cuestión antes los tribunales. Ambos en Barcelona. El primero de ello se ha resuelto a través del Auto del Juzgado Contencioso-Administrativo n.º 5 de Barcelona n.º 465/2024, de 7 de noviembre (ECLI:ES:JCA:2024:4A). En este caso, la CGE resuelve favorablemente la solicitud de PAM del paciente, persona mayor de edad y con plena capacidad, según se desprende del expediente. Teniendo el padre del sujeto conocimiento de ello, recurre judicialmente la decisión de la CGE alegando vulneración del derecho a la vida por entender que el paciente carece de capacidad de obrar debido a una enfermedad mental que supuestamente padecería. De ser esto cierto, la práctica de la PAM podría resultar vulneradora del derecho fundamental a la vida, en el caso de que esa supuesta enfermedad mental impidiera tomar una decisión verdaderamente libre y voluntaria.

Siguiendo la doctrina del TC, el juez no descarta la posibilidad legal de recurrir este tipo de decisiones administrativas. La cuestión es si el padre de la persona afectada estaría legitimado para impugnar la resolución favorable alegando la incorrecta valoración de la capacidad de obrar del sujeto por padecer, a su entender, una enfermedad mental que le incapacitaría para ello, y que no ha sido correctamente determinada.

Pues bien, basándose en la jurisprudencia del TS, la ECLI:ES:JCA:2024:4A entiende que «el interés legítimo en lo contencioso-administrativo se caracteriza como una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto o disposición impugnados) de tal forma que su anulación produzca automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio) actual o futuro pero cierto, debiendo entenderse tal relación referida a un interés en sentido propio, cualificado y específico, actual y real (no potencial o hipotético). Más sencillamente, se trata de la titularidad potencial de una ventaja o de una utilidad jurídica, no necesariamente de contenido patrimonial, por parte de quien ejercita la pretensión, que se materializaría de prosperar ésta. O, lo que es lo mismo, el interés legítimo es cualquier ventaja o utilidad jurídica derivada de la reparación pretendida. Luego, para que exista interés legítimo en la jurisdicción contencioso-administrativa, la resolución impugnada (o la inactividad denunciada) debe repercutir de manera clara y suficiente en la esfera jurídica de quien acude al proceso, siendo por ello inconstitucionales las decisiones jurisdiccionales de inadmisión de

[17] Por esta razón, en caso de ponerse en cuestión la capacidad del solicitante, entiende este autor que es menos complejo acudir a la vía civil, pues ello «facilitaría igualmente la posibilidad de interesar medidas cautelares tendentes a suspender, paralizar, la materialización de la solicitud de ayuda para morir reconocida» (Rodríguez Lainz, José Luis, «¿Podría un tercero oponerse a una solicitud de eutanasia activa o decisión vital que pudiera comportar la muerte de un familiar o allegado?», *Diario La Ley,* n.º 9990, 17 de enero de 2022, pp. 15 y s.)

recursos en los que se pueda cabalmente apreciar tal interés (SSTC 252/2000, de 30 de octubre, FJ 3; y 173/2004, de 18 de octubre, FJ 3; y todas las allí citadas)».

Teniendo esto presente, concluye la sentencia que, tratándose de personas mayores de edad y capaces, la simple relación familiar no permite considerar la existencia de un interés legítimo que legitime el acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa. De ser así, añade la sentencia, cualquier resolución de la CGE podría ser impugnada por los familiares de la persona que reclama la PAM, impidiendo o, al menos, dificultando su efectividad, al dar lugar a retrasos de manera sistemática. Ello resultaría contrario a la filosofía de la norma, al tratarse de una decisión eminentemente personal, que presenta un fuerte componente de autodeterminación de la persona.

Es interesante destacar que, en este caso, una vez presentada la demanda, el juez se pronuncia con carácter previo sobre la legitimidad activa del demandante a través de Auto. Tras descartarla, se evita la celebración del juicio y entrar en el fondo del asunto, es decir, si el solicitante de PAM padece o no un trastorno mental y, en su caso, si ello le impide consentir válidamente la misma.

No ha sucedido lo mismo en el segundo caso, resuelto por Sentencia del Juzgado Contencioso-Administrativo n.º 12 de Barcelona n.º 69/2025, de 14 de marzo (ECLI:ES:JCA:2025:7). Como en el caso anterior, la CGE de Cataluña autoriza la práctica de la PAM a una joven parapléjica de 24 años con problemas de salud mental. Su estado actual es debido a una lesión medular provocada por un intento de suicidio en el año 2022. No obstante, el padre presentó un recurso para evitarlo y logró que un juzgado de lo contencioso-administrativo de Barcelona paralizase su aplicación en el último momento[18].

En este caso, como en el anterior, se plantea la duda de si el padre está o no legitimado para interponer la demanda. La Fiscalía consideró provisionalmente que lo está y apoyó la petición del padre de suspender de forma cautelar la eutanasia a la joven. Pero a diferencia del caso anterior, el juez optó por no resolver esta cuestión procesal con carácter previo a la celebración del juicio. Ello obligó a su celebración y a la práctica de la prueba pertinente, con el consiguiente retraso en la toma de la decisión al respecto. Finalmente, la sentencia resuelve «declarar la inadmisión del recurso por falta de legitimación activa, al amparo de lo dispuesto en el artículo 69 b) de la LCA»[19]. Los argumentos jurídicos no difieren en exceso de los empleados en el Auto anteriormente referido.

[18] La impugnación de resolución favorable de la CGE ataca tanto la capacidad de la solicitante, como la existencia del contexto eutanásico, a la vez que alega la existencia de supuestos fallos en el procedimiento.

[19] Según el art. 69 Ley 29/1998: «La sentencia declarará la inadmisibilidad del recurso o de alguna de las pretensiones en los casos siguientes: b) Que se hubiera interpuesto por persona incapaz, no debidamente representada o no legitimada».

Sorprendentemente, la sentencia, tras inadmitir el recurso, opta por pronunciarse también sobre el fondo del asunto por tratarse «de una cuestión que suscita serias dudas jurídicas, y que podría ser valorada de otro modo por órganos judiciales superiores». A este respecto concluye que la solicitante, pese al

No parece que esta decisión sea la más adecuada, siendo preferible pronunciarse a través de Auto sobre esta cuestión procesal, como hizo el Juzgado Contencioso-Administrativo n.º 5 de Barcelona. De esta forma se evita retrasar la práctica de la PAM de manera innecesaria y se evitan los costes personales, emocionales y económicos que suponen la celebración del juicio y el retraso en la toma de la decisión por parte del juez.

Ahora bien, no cabe duda de que se trata esta de una cuestión jurídicamente controvertida y a buen seguro se producirán pronunciamientos contradictorios por parte de los tribunales. Tanto en los juzgados contencioso administrativos que resuelvan en primera instancia (próximamente secciones de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales de Instancia), como en los Tribunales Superiores de Justicia cuando resuelvan previsibles recursos de apelación. Así ha sucedido ya en relación con la ECLI:ES:JCA:2024:4A. Tras el recurso planteado por el padre del solicitante de PAM, el TSJ de Cataluña (Sección Tercera de la Sala Contencioso Administrativa), en su sentencia 1187/2025, de 1 de abril, ha estimado este y revocado el Auto de instancia, remitiendo nuevamente la causa al juzgado de origen para la continuación de la tramitación procesal, celebración del juicio y resolución sobre el fondo del asunto. Entiende este tribunal que «no cabe en modo alguno descartar de manera genérica e indiscriminada la legitimidad judicial de los padres como ejercitantes de un interés legítimo —propio y no abstracto— en que sus hijos permanezcan con vida y, por ello, en el resultado del procedimiento orientado a facilitar su ayuda a morir. Ejercitada judicialmente la acción de protección del derecho fundamental a la vida —no así directamente la vida familiar, que no es un derecho fundamental—, los padres pueden tener un interés legítimo en torno a ello, aun cuando no resulten titulares de ese derecho a la vida ajena, e incluso, dependiendo del contexto, una obligación legal de actuar en ese objetivo. Se trara de un interés propio que, incluso, puede entrar en colisión con las preferencias, en este caso del hijo, sin que ello elimine la pervivencia de ese valor autónomo» (F.J. 4).

En similares términos se ha pronunciado este mismo órgano judicial en relación con el recurso presentado respecto de la ECLI:ES:JCA:2025:7. Así, la STSJ de Cataluña nº 3048/2025, de 19 de septiembre (ECLI:ES:TSJCAT:2025:4626) revoca dicha resolución del juzgado de instancia y reconoce la legitimación de los padres de una persona que pide poner fin a su vida para impugnar judicialmente la resolución que acuerda ayudarle a ello, cuando entienda que no se han seguido las exigencias más elementales del procedimiento legal. Será, pues, en última instancia, el Tribunal Supremo quien deberá aclarar esta y otras cuestiones que la LORE ha dejado abiertas a la interpretación.

---

trastorno mental que padece, no ha perdido su capacidad para la toma de decisiones, «incluida por tanto la decisión de someterse a la eutanasia».

II.3. **El consentimiento emitido a través de voluntades anticipadas**

Por supuesto, puede también ocurrir que una persona carezca de capacidad para solicitar la PAM debido a un problema de salud mental, pero que anteriormente, habiendo o no previsto dicha circunstancia, hubiera elaborado unas manifestaciones anticipadas de voluntad en las que se recogiera su deseo de recurrir a la PAM ante la concurrencia de un determinado contexto eutanásico, siempre que careciera de voluntad para tomar esa decisión personalmente llegado dicho momento.

El art. 9 LORE, relativo al procedimiento a seguir cuando se aprecie que existe una situación de incapacidad de hecho, determina que en tal caso el médico responsable está obligado a aplicar lo previsto en las instrucciones previas o documento equivalente[20].

Así, el art. 5.2 LORE excluye la necesidad de información y consentimiento actual del paciente afectado cuando este no se encuentra en el pleno uso de sus facultades ni puede prestar su conformidad libre, voluntaria y consciente para realizar las solicitudes, siempre que se «haya suscrito con anterioridad un documento de instrucciones previas, testamento vital, voluntades anticipadas o documentos equivalentes legalmente reconocidos, en cuyo caso se podrá facilitar la prestación de ayuda para morir conforme a lo dispuesto en dicho documento».

En definitiva, si tanto el médico responsable como el medico consultor coinciden en que el paciente es incapaz de hecho, la decisión sobre la solicitud de PAM se fundamentará en el contenido del documento de instrucciones previas o análogo, siempre que este exprese de forma clara e inequívoca las circunstancias en las que la persona solicita, para un momento de incapacidad, la ayuda para morir, y se pueda dar por sentado que su deseo no ha cambiado[21].

Sobre esta cuestión cabe hace dos últimas reflexiones. Por una parte, pese a que el art. 11.3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (en adelante, LAP), establezca que «no serán aplicadas las instrucciones previas contrarias al ordenamiento jurídico (…)», ello no significa que sean inválidas aquellas voluntades anticipadas emitidas antes de la entrada en vigor de la LORE y que recogían solicitudes de ayuda para morir comprendidas en el ámbito de aplicación de la LORE. La LAP únicamente señala que resultarían inaplicables en un contexto de ilegalidad, pero una vez esa voluntad ha devenido lícita, la misma deberá ser respetada[22].

[20] Evidentemente, cuando el médico responsable considere que el paciente sufre una incapacidad de hecho, pero no exista un documento de instrucciones previas o documento análogo legalmente reconocido, deberá denegar la solicitud de PAM, por escrito y de manera motivada.

[21] La ECLI:ES:TC:2023:19 analiza en su F.J.8 las impugnaciones específicas relativas al régimen aplicable a las personas con incapacidad de hecho, declarando la LORE acorde con la CE en todos sus extremos.

[22] Domínguez Luelmo, Andrés, «Voluntades anticipadas y prestación de ayuda para morir», en Carmen Tomás-Valiente Lanuza (ed.), *La eutanasia a debate: primeras reflexiones sobre la Ley Orgánica*

Por otra parte, la LORE tampoco requiere que las voluntades anticipadas donde se contiene el deseo de aplicación de la PAM en caso de incapacidad de hecho, se hayan emitido una vez haya sido diagnosticada la patología que hace prever la futura concurrencia del contexto eutanásico[23]. Esta posibilidad es, ciertamente, muy excepcional en el derecho comparado[24]. Esta previsión presenta un problema evidente, que a buen seguro puede complicar su aplicación en ciertos casos, como es la dificultad para valorar el sufrimiento existente en el momento de poner en marcha el procedimiento de PAM. En definitiva, para valorar si concurre el contexto eutanásico una vez que el sujeto ha perdido la capacidad de manifestar la existencia actual de dicho sufrimiento[25] (por ejemplo, en supuestos de demencias, alzheimer, etc.).

II.4. **Capacidad, consentimiento y responsabilidad penal en el ámbito de la PAM**

Al analizar la LORE podemos observar cómo lo que determina la posibilidad de aplicación de la PAM es la capacidad del sujeto en el momento de tomar la decisión sobre el recurso a la misma (bien actual, si mantiene la capacidad; bien con carácter previo, si la voluntad se manifestó a través de voluntades anticipadas). El estado de salud mental del mismo habrá sido valorado para concluir si la capacidad de decidir

---

de Regulación de la Eutanasia, Marcial Pons, Madrid, 2021, p. 150. Ello pese a que algunas CCAA exigieron, en un primer momento, una actualización de las voluntades anticipadas emitidas con anterioridad a la LORE para que se les pudiera aplicar la PAM. *Vid.* Eva Saiz, «Andalucía y Madrid introducen trabas al acceso a la eutanasia al obligar a ratificar el testamento vital», *Diario El País*, 27 de octubre de 2021: https://elpais.com/sociedad/2021-10-27/andalucia-y-madrid-introducen-trabas-al-acceso-a-la-eutanasia-al-obligar-a-ratificar-el-testamento-vital.html (último acceso: 14/02/2025)

[23] Para Júdez Gutiérrez, Javier / Expósito-Duque, Víctor / Regato-Pajares, Pilar, «Solicitudes de eutanasia en casos particularmente complejos: demencia y salud mental», *Actualización en Medicina de Familia,* Vol. 18, n.º 5, 2022, p. 305, «no puede tener el mismo valor la SAE [solicitud anticipada de eutanasia] realizada antes incluso de recibir el diagnóstico que la realizada en un contexto de PCA [planificación compartida de la atención] iniciado en las primeras etapas de la enfermedad».

[24] Recientemente (finales de 2024) la Provincia canadiense de Québec ha introducido en su legislación sobre muerte digna la posibilidad de solicitud anticipada de ayuda médica para morir. Pero esta legislación distingue claramente las voluntades anticipadas, que permiten que una persona indique qué atención médica aceptaría o rechazaría en situaciones específicas en caso de incapacidad, y la solicitud anticipada de ayuda médica para morir. Se trata dos procesos diferentes. Sólo una persona a la que se le haya diagnosticado una enfermedad grave e incurable que le incapacite para dar su consentimiento para recibir cuidados (por ejemplo, la enfermedad de Alzheimer) puede solicitar con antelación la ayuda médica para morir. Por lo tanto, una persona no puede presentar una solicitud para el caso de que un día recibiese un diagnóstico de ese tipo. *Vid.* https://www.quebec.ca/en/health/health-system-and-services/end-of-life-care/medical-aid-in-dying/advance-request-medical-aid-dying (último acceso: 14/02/2025).

[25] Peñaranda Ramos, Enrique, «Participación en suicidio, eutanasia, autonomía personal y responsabilidad de terceros», en Carmen Tomás-Valiente Lanuza (ed.), *La eutanasia a debate: primeras reflexiones sobre la Ley Orgánica de Regulación de la Eutanasia,* Marcial Pons, Madrid, 2021, pp. 226 y 231.

existe o no, pero el padecimiento de un trastorno mental no es un elemento que *per se* excluya dicha capacidad.

Por supuesto, la existencia del consentimiento válidamente emitido tiene una relevancia esencial en la calificación jurídica de los hechos desde una perspectiva jurídico-penal. Como ya hemos expresado en otros lugares, a los que nos remitimos para un análisis más profundo[26], el consentimiento válido para la causación de la muerte es un requisito esencial para que entre en juego la causa de justificación (antijuridicidad), si bien no es una elemento determinante para la calificación jurídica de los hechos (tipicidad).

En efecto, el hecho justificado (lícito) puede ser constitutivo bien de delito de cooperación (necesaria o ejecutiva) al suicidio o de homicidio consentido (sin atenuación penológica legalmente prevista en la legislación penal española vigente). Ello dependerá de que exista o no dominio del hecho en el momento de la realización del acto causante del muerte[27]. Así, si existe dominio del hecho, nos encontraremos ante un delito de cooperación al suicido y se podrá aplicar el art. 143.5 CP; si no existe dominio del hecho (por ejemplo, el consentimiento se ha emitido a través de voluntades anticipadas), la PAM deberá ser calificada como homicidio (consentido), en cuyo caso la causa de justificación aplicable no sería la prevista en dicho precepto, sino que habría que recurrir al art. 20.7.º CP.

Si, por el contrario, la enfermedad mental que padece el sujeto impide emitir un consentimiento válido, y aún así se practica la PAM, ello supondrá la comisión de un

[26] Nicolás Jiménez, Pilar / Romeo Malanda, Sergio / Urruela Mora, Asier, «Toma de decisiones al final de la vida: situación actual y perspectivas de futuro en el derecho español», *Diario La Ley,* n.º 9756, 17 de diciembre de 2020, pp. 1-19; Romeo Malanda, Sergio, «La prestación de ayuda para morir como causa de justificación en el derecho penal español», en Jose Mateos Bustamante / Antonio Javato Martín / Manuel Gómez Tomillo / Alejandro de Pablo Serrano (eds.), *Liber Amicorum en homenaje a la profesora Mercedes Alonso Álamo,* Ediciones Universidad de Valladolid, Valladolid, 2024, pp. 521 y ss.

[27] Romeo Casabona, Carlos María, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética,* Comares, Granada, 2004, p. 114; Alonso Álamo, Mercedes, «Delimitación de ámbitos de responsabilidad e imputación objetiva (A propósito de la disposición sobre la vida en el auxilio ejecutivo al suicidio y la eutanasia)», *Revista de Derecho Penal y Criminología,* n.º 1, 2009, p. 23; Flores Mendoza, Fátima, «Algunas reflexiones sobre el error de los terceros en relación con actos de disposición de la propia vida», *Revista de Derecho Penal y Criminología,* n.º 11, 2003, pp. 78 y s. En este mismo sentido se pronuncia la STS 7589/1994, de 23 de noviembre (ECLI:ES:TS:1994:7589): «[el auxilio ejecutivo al suicidio requiere] que la conducta del sujeto activo sea de colaboración prestada a la muerte, en relación de causalidad con su producción y con pleno conocimiento y voluntad de cooperar a la misma, de tal modo que sea el propio suicida el que tenga, en todo momento, el dominio del hecho, o sea, el sujeto activo no haga otra cosa que cumplir la voluntad libre y espontáneamente conformada y expresamente formulada por quien en todo momento decide su finalización o desiste».

delito de homicidio, en autoría directa[28] o mediata[29]. En ningún caso se trataría de un delito de cooperación al suicidio, pues este delito siempre requiere como elemento típico la aceptación —libre y responsable— de la propia muerte. Y como bien dice Romeo Casabona, «presupuesto del dominio del hecho es, además, la existencia de un consentimiento como expresión de una resolución de voluntad válida, lo que a su vez requiere la capacidad de prestarlo»[30]. Esto es así cuando es el propio sujeto quien causa directamente su propia muerte[31]; con mayor razón aún cuando la muerte se ejecuta de propia mano por un tercero.

[28] Si la PAM se produce en la modalidad de «administración directa al paciente de una sustancia por parte del profesional sanitario competente». Según los datos de 2023 (últimos disponibles), esta la opción más empleada en España (316 casos); tan solo en 18 ocasiones se registró la modalidad de autoadministración. *Vid.* Ministerio de Sanidad, *Informe de evaluación anual 2023 sobre la prestación de ayuda para morir,* noviembre de 2024, p. 29.

[29] Si la PAM se produce en la modalidad de «prescripción o suministro al paciente por parte del profesional sanitario de una sustancia, de manera que esta se la pueda auto administrar, para causar su propia muerte».

[30] Romeo Casabona, C.M., *Los delitos contra la vida…,* ob. cit., p. 114.

[31] La SAP de Castellón n.º 11/2022, de 29 de julio (ECLI:ES:APCS:2022:555) condena a diez años de prisión por un delito de homicidio al hombre acusado de provocar el suicidio de un menor de edad. La sentencia establece como hechos probados que el acusado contactó con la víctima a través de la aplicación WhatsApp, y le envió más de 119 mensajes con contenido intimidatorio y amenazante en menos de tres horas. El adolescente llegó a pedir reiteradamente disculpas a su interlocutor, le comunicó que era menor de edad y le advirtió de que si continuaba así se iba a suicidar. Sin embargo, el acusado, siendo «plenamente sabedor de la angustia y del desasosiego» que estaba generando al chico y de la «alta probabilidad de que se produjera la muerte del menor suicidándose como le había anunciado, y aceptándolo,» continuó con el envío de mensajes. Finalmente, la víctima saltó al vacío por el patio interior del edificio de su domicilio y falleció en el acto.

Ciertamente, en este caso es muy discutible la calificación jurídica, ya que no está tan claro que la presión psicológica haya llegado hasta el punto de anular totalmente la capacidad de obrar del menor, perdiendo de esta forma el domino del hecho. Por ello, la doctrina entiende que hubiera sido más correcto condenar por un delito de inducción al suicidio del art. 143.1 CP. *Vid.* Martínez Sanromá, Oriol, «¿Homicidio o inducción al suicidio? A propósito de la SAP Castellón 11/2022, de 29 de julio», *Diario La Ley,* n.º 10675, 3 de marzo de 2025, *passim*; Cuerda Arnau, M.ª Luisa, «Suicidio de menores y responsabilidad penal de terceros», en AA.VV., *Del Derecho Penal al Bioderecho. Libro Homenaje a Carlos María Romeo Casabona,* Comares, Granada, 2025, *passim.* El propio Tribunal Supremo admite que «un delito de inducción al suicidio no sería tipificación extravagante», si bien opta por mantener la calificación de homicidio al entender que «no fue un acto libre, sino fruto de una coacción». No obstante, reduce el grado de responsabilidad al descartar el dolo (eventual), condenando al acusado por un delito homicidio por imprudencia grave en concurso (ideal) con un delito de amenazas con la pena única de tres años y seis meses de prisión (ECLI:ES:TS:2026:43).

Justo lo contrario acontece en el caso resuelto por la SAP de Bizkaia n.º 28/2009, de 23 de abril (ECLI:ES:APBI:2009:223) y posterior STS n.º 387/2009, de 30 de diciembre (ECLI:ES:TS:2009:8415), en la que la presión psicológica ejercida sobre una menor de edad (aquí de 11 años), lleva a esta a tirarse por la ventana, lo cual le produce graves lesiones. Aunque en este caso se condenó por delito de inducción al suicidio, las circunstancias del caso parecen indicar que, aquí sí, la víctima carecía de capacidad real

Cuestión distinta que habría que valorar es el efecto que, en su caso, pueda tener un eventual error del profesional sanitario sobre la capacidad del paciente. Esta cuestión presenta una cierta complejidad dogmática, pues no puede pasarse por alto que, en este contexto, el consentimiento (o mejor, la ausencia del mismo, si carecía de capacidad para emitirlo) del sujeto pasivo presenta una doble dimensión: por una parte, es un elemento del tipo y su concurrencia o ausencia condicionará el tipo penal aplicable; por otro lado, es al mismo tiempo un elemento (esencial) de la causa de justificación, de tal forma que su ausencia impide su aplicación, siquiera como eximente incompleta[32].

Así pues, al ser el consentimiento del sujeto un elemento fáctico esencial para poder aplicar el delito de cooperación al suicidio, la ausencia de capacidad para tomar una decisión responsable sobre la propia vida supondrá calificar los hechos, como ya se ha dicho, en todo caso, como homicidio. El error sobre la voluntad de morir (por ejemplo, porque se ha valorado incorrectamente la capacidad del sujeto) deberá analizarse como posible error de tipo (art. 14.1 CP)[33]. No obstante, la apreciación del error debe hacerse, a mi juicio, con criterios muy restrictivos, dada la naturaleza del bien jurídico protegido.

La SAP de Tarragona n.º 351/2009, de 25 de marzo (ECLI:ES:APT:2009:351) se ocupa del caso de una mujer que ingresa en el hospital con cáncer terminal y otras patologías graves. El médico que atiende a la paciente, malinterpretando sus deseos de acabar con el insoportable sufrimiento, procede a administrarle medicación con finalidad de acelerar artificialmente la muerte, lo cual acontece. Se condena al médico (en sentencia de conformidad) por un delito de homicidio imprudente (art. 142.1 CP) en concurso con el delito de cooperación ejecutiva al suicidio en grado de tentativa (arts. 143.3, 4 y 16 CP).

---

para tomar una decisión racional respecto a la puesta en peligro de su vida, y que el pleno dominio del hecho recaía en la madrastra. Por ello, la resolución más correcta hubiera sido la condena por un delito de homicidio doloso en grado de tentativa (en autoría mediata). En igual sentido, Barquín Sanz, Jesús, «Tratamiento jurídico-penal de la eutanasia tras la reforma de 2021», *Cuadernos de Política Criminal,* n.º 133, 2021, pp. 19 y s., con nota 32.

[32] En otro lugar he defendido que, una vez aprobada la LORE e introducido el nuevo apartado quinto del art. 143 CP, el apartado cuatro (más aún con la reforma a la que ha sido sometido) tendría la consideración de una eximente incompleta específica vinculada al art. 143.5 CP, que recogería la eximente completa. *Vid.* Romeo Malanda, S., «La prestación de ayuda para morir…, ob. cit., p. 527. Coincido, por lo tanto, a este respecto con Tomás-Valiente Lanuza, C., «La ley orgánica…, ob. cit., p. 119. Por supuesto, la forma de abordar la cuestión aquí planteada diferirá si no se acepta este criterio y se sigue considerando que el art. 143.4 CP es un subtipo penal atenuado respecto de los apartados segundo y tercero, como defienden, por ejemplo, Barquín Sanz, J., «Tratamiento jurídico-penal…, ob. cit., pp. 47 y s., y 53 y s; Romeo Casabona, Carlos María, «La Ley Orgánica reguladora de la eutanasia y la adaptación del código penal», *BioLaw Journal - Revista de BioDiritto,* n.º 2, 2021, pp. 307 y s.

[33] De ser vencible supondrá la aplicación del delito de homicidio imprudente (art. 142.1 CP —imprudencia grave— o art. 142.2 CP —imprudencia menos grave—); de ser invencible dará lugar a la impunidad (atipicidad).

Barquín Sanz califica esta decisión como «un tanto retorcida»[34]. También a mí me plantea serias dudas esta calificación jurídica. En mi opinión, si la supuesta cooperación en un suicidio se ha realizado al margen del procedimiento de PAM (por lo tanto, tratándose de un ilícito penal), una protección adecuada del derecho a la vida exigiría que el consentimiento válido del sujeto de acabar con su vida esté plenamente acreditado, y se le debe exigir al tercero que interviene en el proceso de muerte una seguridad prácticamente absoluta[35] (tanto sobre la existencia de la exteriorización expresa de la voluntad de morir y la petición de auxilio, como de la capacidad del sujeto pasivo). Si se demostrara la falta de capacidad del sujeto para tomar una decisión, quien le asistió debería responder como autor (directo o mediato) de un homicidio doloso (siquiera con dolo eventual)[36]. Como afirma la STS 82/2024, de 25 de enero (ECLI:ES:TS:2024:175), «el tratamiento privilegiado de la intervención cooperativa del tercero en la directa causación de la muerte se explica, precisamente, porque quien desea acabar con su propia vida se lo ha pedido de manera expresa, seria e inequívoca. No basta, por tanto, ni con la anuencia de la persona a quien se causa la muerte ni, desde luego, con que el tercero tome la decisión de acabar con la vida de una persona porque interprete que esta desea morir»[37].

Puede trasladarse al supuesto que nos ocupa el debate planteado en el ámbito del delito de agresión sexual respecto al error sobre el consentimiento de la víctima. Las consideraciones realizadas por doctrina y jurisprudencia en relación con el bien jurídico libertad sexual[38] son igualmente válidas, con mayor razón incluso, cuando está en juego

[34] Barquín Sanz, J., «Tratamiento jurídico-penal…, ob. cit., p. 29.

[35] En palabras de Boldova Pasamar, Miguel Ángel, «Delitos contra la libertad sexual I. Las agresiones sexuales. Las agresiones sexuales a menores de dieciséis años», en Romeo Casabona, Carlos María / Sola Reche, Esteban / Boldova Pasamar, Miguel Angel (coords.), *Derecho Penal. Parte Especial,* 3.ª edición, Comares, Granada, 2023, p. 225, el sujeto «deberá tener como "seguro" dicho consentimiento, con una probabilidad rayana en la certidumbre».

[36] También Romeo Casabona, C.M., *Los delitos contra la vida…,* ob. cit., p. 136, entiende que si falta la petición de la muerte por parte del sujeto pasivo «nos situaremos en la órbita del delito de homicidio doloso».

[37] Como mucho, y teniendo que cuenta que el sujeto, aunque equivocadamente, quería dar satisfacción a lo que el creía que eran los deseos de la víctima, podría aceptarse, siguiendo a Romeo Casabona, C.M., *Los delitos contra la vida…,* ob. cit., p. 136, la aplicación de una atenuante analógica (art. 21.7.ª CP), con la intensidad que requiera el caso.

[38] *Vid.* Álvarez García, Francisco Javier / Ventura Püschel, Arturo, «El dolo en las agresiones sexuales», en Jose Mateos Bustamante / Antonio Javato Martín / Manuel Gómez Tomillo / Alejandro de Pablo Serrano (eds.), *Liber Amicorum en homenaje a la profesora Mercedes Alonso Álamo,* Ediciones Universidad de Valladolid, Valladolid, 2024, pp. 672 y ss. En la jurisprudencia puede servir como ejemplo la STS 788/2025, de 1 de octubre (ECLI:ES:TS:2025:4067), que, refiriéndose al contenido del consentimiento en el ámbito de los delitos sexuales, mantiene que «el consentimiento de la mujer al acto de contenido sexual no es patrimonio de la interpretación subjetiva del autor. No es válido "creer" que hay consentimiento, sino que hay que tener la seguridad de que la mujer consiente, y que ello se desprende de

la protección del bien jurídico vida humana. Así, puede afirmarse que la prohibición general de matar obliga a omitir todo tipo de comportamiento que pueda afectar a la vida de un tercero ante la presencia de cualquier estado de incertidumbre sobre las condiciones de ilicitud de la conducta. Por lo tanto, se impone un deber máximo de atención y comprobación que, vulnerado, comportaría una responsabilidad a título de dolo. Se requiere, de esta manera, un consentimiento inequívoco de la persona que quiere poner fin a su vida, no pudiendo alegarse la duda o la incertidumbre sobre dicha voluntad, ni sobre la capacidad del sujeto o su libre expresión de voluntad.

Por otro lado, cuando la existencia del posible error en la valoración de la capacidad del sujeto pasivo se plantea en el ámbito de la PAM, dicho error, además de poder condicionar la tipicidad, podría ser también considerado como un error sobre el presupuesto fáctico o elemento esencial de una causa de justificación[39].

Como es sabido, en la actualidad no existe acuerdo doctrinal acerca del efecto jurídico que debe otorgarse a los errores sobre los presupuestos de las causas de justificación. Mientras que un sector de la doctrina aboga por tratar estos casos como errores de tipo (art. 14.1 CP), otros autores, así como la jurisprudencia dominante del Tribunal Supremo, se inclinan por otorgarle los efectos legales previstos para el error de prohibición (art. 14.3 CP)[40].

En este escenario la PAM se habría llevado a cabo bajo la creencia de estar realizándose una conducta totalmente lícita, si bien en una teórica evaluación *ex post* de las circunstancias del caso, el juez penal llega a conclusión que la capacidad del sujeto fue evaluada incorrectamente por el médico responsable, el médico consultor y, en última instancia, por la CGE.

Pues bien, ante este escenario, y una eventual acusación por delito de homicidio, si el expediente de PAM se ha realizado correctamente, haciendo las evaluaciones pertinentes de manera rigurosa y todos los intervinientes han coincidido en la existencia

---

las "circunstancias del caso"»; «debe manifestarse de forma clara la voluntad de la mujer al acto sexual (…) el consentimiento se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona»; «No hay una presunción de consentimiento en tocamientos sexuales. Debe haber claridad en ese consentimiento».

[39] *Cfr.* Romeo Malanda, S, «La prestación de ayuda para morir…, ob. cit., p. 527.

[40] *Vid.* a este respecto, Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal. Parte General,* 10.ª edición, Editorial Reppertor, Barcelona, 2016, pp. 575 y ss.; Flores Mendoza, Fátima, «La antijuridicidad. Las causas de justificación», en Romeo Casabona, Carlos María / Sola Reche, Esteban / Boldova Pasamar, Miguel Angel (dirs.), *Derecho Penal. Parte General. Introducción. Teoría jurídica del delito,* 3.ª edición, Comares, Granada, 2025, p. 225; Rueda Martín, María Ángeles / Urruela Mora, Asier, «Las causas de irreprochabilidad», en Romeo Casabona, Carlos María / Sola Reche, Esteban / Boldova Pasamar, Miguel Angel (dirs.), *Derecho Penal. Parte General. Introducción. Teoría jurídica del delito,* 3.ª edición, Comares, Granada, 2025, pp. 301 y s.; Muñoz Conde, Francisco / García Arán, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General,* 11.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 290 y ss. y 356 y ss.

de capacidad del solicitante, debería entenderse que el error (sea de tipo o de prohibición) es de carácter invencible[41]. En ambos casos el resultado el es mismo, esto es, la impunidad del hecho.

Este escenario parece, en todo caso, altamente improbable que pueda llegar a plantearse si los sujetos intervinientes actúan diligentemente (como resulta esperable). Una vez constatada la capacidad de obrar del sujeto en tres ocasiones (médico responsable, médico consultor y CGE), pudiendo ser cuatro si, tratándose de pacientes con trastornos mentales graves, se ha pedido la intervención adicional de un psiquiatra que evalúe la capacidad, no parece previsible un escenario en el que, *a posteriori*, pueda probarse que todos estaban equivocados[42].

III. Salud mental y contexto eutanásico

III.1. La jurisprudencia del TEDH: el caso Mortier c. Bélgica de 2022

El padecimiento de una enfermedad mental no solo resulta problemático en el momento de determinar la capacidad del sujeto para la toma de decisiones. Dicho trastorno también puede llegar a causar al afectado un gran sufrimiento. La pregunta aquí es si este sufrimiento causado única y exclusivamente por un problema de salud mental podría bastar para justificar la solicitud de la PAM.

Son aún pocos los países que, de una u otra forma, han legalizado la muerte voluntaria asistida. Pero son menos aún los que contemplan el recurso a la misma únicamente por problemas de salud mental. Si no tenemos en cuenta aquí a Alemania y Suiza, que carecen propiamente de una ley de muerte voluntaria asistida[43], únicamente Bélgica,

[41] También en el ámbito de los delitos sexuales, Álvarez García, F.J. / Ventura Püschel, A., «El dolo…, ob. cit., p. 675, se ha mantenido que «sólo el error invencible (no cabe un deber inexigible de cuidado) será relevante determinando la atipicidad del comportamiento». Otros autores, no obstante, sí que ven cierto margen para apreciar errores de tipo vencibles en este ámbito. Así, por ejemplo, Boldova Pasamar, M.A., «Delitos contra la libertad sexual…, ob. cit., pp. 225 y s.

[42] Resulta muy significativo, a este respecto, el caso de Bélgica. Aunque los datos no son totalmente fiables en este país, ya que no existe obligación de comunicar al órgano de control todas las eutanasia practicadas, se estima que, entre los años 2002 y 2021, un total de 370 pacientes han recibido la eutanasia por sufrimientos insoportables derivados de un trastorno mental grave (entre el 1 y el 2 % del total de eutanasia practicadas). Pues bien, aún tratándose de un sistema donde el control se realiza *ex post* (a diferencia de España, donde la CGE interviene con carácter previo), en todo este tiempo, solo en una ocasión se han presentado cargos penales contra los médicos intervinientes (en el años 2020). Pese a que se detectaron fallos en la actuación de estos profesionales, estos resultaron absueltos del delito de homicidio por el que se les acusaba. *Cfr.* De Hert, Marc / Loos, Sien / Van Assche, Kristof, «The Belgian euthanasia law under scrutiny of the highest courts», *The Lancet regional Health - Europe,* n.º 24, 2023, pp. 1-2.

[43] En estos países la muerte voluntaria asistida es legal al no estar expresamente castigados (ni administrativa ni penalmente) los actos de cooperación al suicidio. Por lo tanto, no existe, como tal, un contexto eutanásico que deba ser cumplido para justificar la ayuda para morir. Es más, en el caso de

Países Bajos y Luxemburgo recogen en sus respectivas leyes un contexto eutanásico tan amplio que permite entender que incluye los supuestos de exclusivo sufrimiento psíquico. Tanto Bélgica como Países Bajos reportan anualmente varios casos de esta naturaleza[44]. En Canadá se aprobó una reforma de la ley de muerte digna para incluir expresamente también estos supuestos en la misma, teniendo prevista su entrada en vigor para el año 2023. No obstante, dicha entrada en vigor se ha visto aplazada hasta en dos ocasiones (estando ahora prevista para marzo de 2027)[45].

Desde una perspectiva estrictamente jurídica deberíamos plantearnos, en primer lugar, si la mera permisividad de esta circunstancia es acorde con la protección de la vida exigida por las normas internacionales de derechos humanos. Así pues, está claro que si la mera admisibilidad de una muerte voluntaria asistida por razones exclusivas de salud mental fuera contraria, por ejemplo, a la convención europea de derechos humanos (art. 2), entonces ninguno de los países miembros del Consejo de Europa podría incluir una cláusula de esta naturaleza, o interpretar la normativa existente de una forma favorable a su admisibilidad, al estar vinculados por dicho tratado. Por esta razón, resulta imprescindible traer de nuevo a colación la ya mencionada STEDH de 4 de octubre de 2022, caso *Mortier c. Bélgica*.

En esta sentencia se analiza el caso de una mujer belga con depresión crónica durante aproximadamente 40 años, en tratamiento psiquiátrico desde los 19, habiendo probado infinidad de tratamientos farmacológicos. Nunca ha estado hospitalizada en institución psiquiátrica, ni ello ha estado indicado. No se conocen tratamientos alternativos que puedan suponer una mejoría, tratándose de un problema crónico con pronóstico desfavorable. La medicación ya no le hace ningún efecto. Además del médico responsable (psiquiatra) informan dos médicos consultores (psiquiatras). Se acepta la petición de eutanasia, falleciendo el 19 de abril de 2012. La hija conoce la petición y no se opone. El hijo no conoce la decisión pues no se hablan y la mujer ha pedido que no se le informe. Es el hijo el que demanda tras conocer el fallecimiento de su madre.

Como se ha expuesto anteriormente, el TEDH entiende que el CEDH reconoce el derecho de una persona a elegir la forma y el momento del final de su vida, siempre que pueda formar libremente su voluntad al respecto, si bien no reconoce como tal un derecho a morir asistido por un tercero. También entiende que el contenido esencial

---

Alemania, el Tribunal Constitucional alemán ha declarado, en su sentencia de 26 de febrero de 2020, que sería inconstitucional hacer depender el derecho a suicidarse con ayuda de terceros de la concurrencia de determinadas causas, condiciones o motivos, como sería la existencia de una enfermedad seria e incurable (§§ 210 y 340).

[44] De Hert, M. / Loos, S. / Sterckx, S. / Thys, E. / Van Assche, K., «Improving control…, ob. cit., pp. 3 y 4.

[45] *Vid.* https://www.canada.ca/en/health-canada/services/health-services-benefits/medical-assistance-dying.html (último acceso: 19/02/2025).

del derecho a la vida (art. 2 CEDH) obliga a las autoridades internas a impedir que una persona ponga fin a su vida si su decisión no se ha tomado libremente. En definitiva, el CEDH no impone una prohibición de legalización de la eutanasia, siempre y cuando la normativa estatal correspondiente prevea garantías adecuadas y suficientes encaminadas a prevenir los abusos y a garantizar que la decisión se toma libremente. El TEDH da una amplia discrecionalidad a los estados miembros en cuanto al contenido de la ley de eutanasia nacional, no poniendo ninguna traba al hecho de que el solicitante sea una persona que padezca problemas de salud mental, y aunque el trastorno mental que sufre sea precisamente la única causa del sufrimiento que le lleva a solicitar la ayuda para morir.

Eso sí, el TEDH añade que, tratándose de pacientes con problemas de salud mental, cuando la solicitud se realiza sobre la base del sufrimiento mental, y no físico, se deben prever garantías reforzadas en torno al proceso de toma de decisiones para asegurar que de trata de un consentimiento válido (§§ 147 y 148).

De esta manera, el TEDH concluye que la ley belga (muy similar a la española) no es contraria al CEDH por el hecho de regular la muerte voluntaria asistida; ni por el hecho de permitir acceder a esta prestación a personas con problemas de salud mental; ni tampoco por el hecho de que autorice la prestación en casos en los que el sufrimiento del paciente se debe exclusivamente a la enfermedad mental que padece[46]. De ello cabe deducir que la legislación española que contuviera una regulación similar tampoco sería contraria, por estas meras razones, al derecho internacional de los derechos humanos.

III.2. **El régimen jurídico de la LORE**

III.2.1. ***El contexto eutanásico en la LORE***

Aceptando, pues, que sería plenamente conforme con la CEDH una legislación que permitiera a una persona capaz solicitar ayuda para poner fin a su vida, pese a padecer una enfermedad mental, y teniendo como único motivo el sufrimiento que le produce el padecimiento de dicha enfermedad mental, se trata ahora de analizar si la normativa española comprende este escenario dentro del contexto eutanásico que permite recurrir a la PAM.

[46] El TEDH valora muy positivamente en su decisión que la legislación belga establezca que, para los casos en los que no es previsible que el fallecimiento acontezca en un corto plazo de tiempo, como sucede en estos casos de sufrimiento psíquico debido al padecimientos de trastornos mentales graves, sea obligatoria consultar con un segundo médico, psiquiatra o especialista en la patología presentada por el paciente. En definitiva, se prevé una garantía adicional consistente en la intervención de dos médicos consultores (§§ 152-153). Por el contrario, la legislación española no prevé ninguna garantía adicional para casos de especial vulnerabilidad.

Según el art. 5.1.d) LORE, para poder recibir la PAM[47] será necesario que la persona sufra una enfermedad grave e incurable o un padecimiento grave, crónico e imposibilitante.

Por «padecimiento grave, crónico e imposibilitante» se entiende aquella «situación que hace referencia a limitaciones que inciden directamente sobre la autonomía física y actividades de la vida diaria, de manera que no permite valerse por sí mismo, así como sobre la capacidad de expresión y relación, y que llevan asociado un sufrimiento físico o psíquico constante e intolerable para quien lo padece, existiendo seguridad o gran probabilidad de que tales limitaciones vayan a persistir en el tiempo sin posibilidad de curación o mejoría apreciable» (art. 3.b) LORE). Por su parte, se considera «enfermedad grave e incurable» «la que por su naturaleza origina sufrimientos físicos o psíquicos constantes e insoportables sin posibilidad de alivio que la persona considere tolerable, con un pronóstico de vida limitado, en un contexto de fragilidad progresiva» (art. 3.c) LORE).

Del contenido de estas definiciones, lo primero que hay que destacar es que en ambas se emplea la conjunción coordinante «o», que tiene valor disyuntivo, expresando alternativa entre distintas opciones. Así, respecto a la «enfermedad grave e incurable» se habla de «sufrimientos físicos *o* psíquicos»; y respecto del «padecimiento grave, crónico e imposibilitante» se habla de «sufrimiento físico *o* psíquico constante e intolerable». En definitiva, el contexto eutanásico puede estar únicamente fundamentado en un sufrimiento psíquico, sin necesidad de que, además, se constate un sufrimiento físico.

Además, hay que tener en cuenta que el grado de sufrimiento no es objetivable y solo puede evaluarse desde la perspectiva del sujeto que lo padece. De ahí que se hable de sufrimiento «para quien lo padece» y de un sufrimiento «que la persona considere tolerable». El problema que se plantea cuando se trata de sujetos con trastornos mentales es la evaluación del sufrimiento insoportable en el contexto de la psiquiatría[48], especialmente desde el enfoque biomédico predominante en el ejercicio de medicina actual, que no se caracteriza por tener cuenta los principios, valores y preferencias de los pacientes[49].

Por supuesto, el mero sufrimiento no es el único elemento a tener en cuenta para determinar la existencia del contexto eutanásico. Así, respecto a la «enfermedad grave e incurable» se requiere que exista «un pronóstico de vida limitado, en un contexto de fragilidad progresiva». Aunque las enfermedades mentales pueden conllevar una

[47] Y, en consecuencia, para poder eximir de responsabilidad penal a la actuación médica, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 143.5 CP.

[48] *Vid.* Ramos-Pozón, S. / Terribas-Sala, N. / Falcó-Pegueroles, A., «Persons with mental disorders…, ob. cit., p. 4.

[49] *Vid.* Hernández Martín, Rubén, «Eutanasia en pacientes psiquiátricos: injusticias antes el sufrimiento insoportable», *Bioética Complutense,* n.º 48, 2024, pp. 30-55.

fragilidad progresiva del sujeto, no necesariamente supondrán «un pronóstico de vida limitado». Aquí puede plantearse la duda de si encajaría en esta provisión la existencia de una alta probabilidad de suicidio a corto plazo.

Respecto al «padecimiento grave, crónico e imposibilitante», además del sufrimiento se exigen, además, otros requisitos adicionales: a) limitaciones que inciden directamente sobre la autonomía física y actividades de la vida diaria, de manera que no permite valerse por sí mismo, así como sobre la capacidad de expresión y relación; y b) seguridad o gran probabilidad de que tales limitaciones vayan a persistir en el tiempo sin posibilidad de curación o mejoría apreciable. Ciertamente, puede no resultar sencillo acreditar la concurrencia de todos estos requisitos en la práctica. Pero su análisis debe hacerse caso por caso, también cuando el solicitante de PAM padezca un trastorno mental grave. De igual manera que se hace con el resto de solicitudes.

III.2.2. *La interpretación del contexto eutanásico por el TC. Valoración crítica*

Del articulado de la LORE no se desprende que el sufrimiento requerido para solicitar la PAM deba provenir de una patología de naturaleza física o somática[50]. No obstante, el Tribunal Constitucional hace una afirmación al respecto tremendamente disfuncional, además de improcedente[51].

Impugnan los recurrente la constitucionalidad de la LORE por entender, entre otras razones, que «la definición opera una 'subjetivización' del sufrimiento que permitiría incluir en el ámbito de aplicación de la norma a cualquier persona que sufra un trastorno mental, de modo que «en el caso de que la enfermedad psíquica cause dependencia (como ocurre con todas ellas), sufrimiento psíquico (como acontece con todas) y exista una gran probabilidad de persistencia en el tiempo sin mejoría apreciable[,] la vida deviene indigna». A ello responde el TC de la siguiente manera:

> «El "padecimiento" definido en el artículo 3 b) ha de presentarse siempre como una dolencia o enfermedad somática en su origen, aunque los sufrimientos constantes e intolerables que la Ley Orgánica en este punto requiere puedan ser de orden psíquico. En este extremo es concluyente su preámbulo que, al referirse al "contexto eutanásico", comienza por aclarar que "debe delimitarse con arreglo a determinadas condiciones que afectan a la situación física de la persona con el consiguiente sufrimiento físico o mental". Esta

[50] Así lo aceptan también Júdez Gutiérrez, J. / Expósito-Duque, V. / Regato-Pajares, P., «Solicitudes de eutanasia…, ob. cit., p. 306.

[51] Muy crítica también Terribas Sala, Nuria, «Salud mental y eutanasia: una realidad que hay que afrontar desde el derecho de la persona y la valoración del sufrimiento», *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría,* Vol. 44, n.º 146, 2024, p. 11, quien califica la decisión del TC como «inaceptable», no solo por el impacto que la misma puede tener en la vida de las personas, sino porque demuestra «una manifiesta ignorancia sobre los trastornos de salud mental» haciendo «aseveraciones que ni se molesta en argumentar, que no tienen base médica y científica y que no se sustentan tampoco en el articulado de la Ley».

> distinción entre la patología o dolencia física [“sin posibilidad de curación o mejoría apreciable” o “incurable”, apartados b) y c), respectivamente, del art. 3], de un lado, y los sufrimientos físicos o psíquicos asociados a ella, del otro, excluye de raíz que la LORE, frente a lo que los recurrentes dicen, pretenda o permita incluir entre tales “padecimientos” la “enfermedad psicológica” o, incluso, la “depresión”» (ECLI:ES:TC:2023:19, F.J. 6)

Pues bien, entiendo que esta reflexión del TC es improcedente porque aquí el intérprete constitucional no está respondiendo a lo que se pregunta, y está actuando como intérprete ordinario de la LORE, y no en calidad de intérprete constitucional. En efecto, el TC es preguntado acerca de la constitucionalidad de una disposición de una norma (como es su cometido), y en vez de responder si dicha disposición es o no constitucional, responde afirmando que el recurrente no ha interpretado bien la norma y ofrece una interpretación alternativa de la misma, la cual, por supuesto, puede ser una de las posibles, pero no es necesariamente la única.

Es jurisprudencia consolidad del TC la que mantiene que este tribunal no puede ni debe entrar en las cuestiones de legalidad ordinaria y función jurisdiccional en sentido estricto, salvo, obviamente, en el supuesto de que se vulnere un derecho fundamental susceptible de amparo constitucional[52]. Pues bien, la pregunta que debe hacerse aquí es la siguiente: ¿qué derecho fundamental se vería vulnerado si el contexto eutanásico se interpretase en el sentido propuesto por los recurrentes? Desafortunada e inexplicablemente, el TC no da respuesta a tan trascendental cuestión.

Derivado de lo anterior, opino que este comentario resulta disfuncional porque de la lectura de este breve párrafo podría deducirse la inconstitucionalidad de una interpretación alternativa de la norma. Muy al contrario, a falta de una redacción más clara, no hay razón para excluir del ámbito de aplicación de la PAM los supuestos de sufrimiento derivados exclusivamente de enfermedades mentales, sin que sea necesario constatar una patología o dolencia física. Resulta, así, procedente la crítica que se vierte sobre la sentencia en el voto particular formulado por el magistrado don Enrique Arnaldo Alcubilla, cuando firma que «para descartar algunos vicios de inconstitucionalidad, la sentencia contiene varias interpretaciones de conformidad como únicas posibles, si bien elude calificarlas como tales y llevarlas al fallo, como hubiera debido hacer»[53].

En efecto, el TC podría haber dicho perfectamente que la interpretación ofrecida por los recurrentes, aunque posible, no resultaría válida ya que sería inconstitucional entender la ley de ese modo (y naturalmente, explicar por qué). Añadiendo que la única

[52] *Cfr.* STC 132/1991, de 17 de junio (ECLI:ES:TC:1991:132, F.J. 4).

[53] También Chueca Rodríguez, Ricardo, «Dos sentencias sobre la Ley Orgánica de Regulación de la Eutanasia (SSTC 19/2023, de 22 de marzo y 94/2023, de 12 de septiembre)», *Revista Española de Derecho Constitucional,* n.º 130, 2024, pp. 251-290, advierte de lo impropio de no llevar al fallo interpretaciones conformes evidentes e importantes que afectan a asuntos centrales del proceso regulado en la LORE.

interpretación constitucionalmente posible sería aquella que requiere constatar que el sufrimiento, siquiera psíquico, deviene de una patología o dolencia física. Y para que esta decisión tuviera valor *erga homes* debería haber sido ello incluido expresamente en el fallo de la sentencia.

No lo ha hecho así el TC. De ahí que podamos entender que esa afirmación (improcedente y disfuncional) tiene un mero valor de *obiter dictum*. Que podrá ser acogido por los aplicadores del derecho como una posible interpretación de la norma; pero que no es necesariamente la única interpretación posible. Y el TC no nos ha dicho de forma clara y expresa aún, que una interpretación alternativa sea *per se* contraria a la Constitución.

Hay dos argumentos adicionales vinculados con lo anterior que nos llevan a mantener que este comentario del TC no tiene fuerza suficiente como para otorgarle un valor interpretativo auténtico desde una perspectiva jurídico-constitucional.

Por un lado, ante una duda interpretativa razonable, no parece que toda la fuerza de una eventual declaración de constitucionalidad de una de dichas interpretaciones posibles puede recaer en una manifestación del legislador en el preámbulo de la norma (a saber: que únicamente mencionaría la situación «física»). Más aún cuando es el propio Tribunal Constitucional el que ha mantenido de manera reiterada que los preámbulos de las leyes carecer de valor normativo, sin perjuicio de que puedan emplearse como criterio interpretativo de las disposiciones normativas a las que acompañan para la búsqueda de la voluntad del legislador[54]. Pero claro, siempre refiriéndose a una interpretación de legalidad ordinaria, no constitucional.

Por otra parte, en el caso de que existan dudas interpretativas sobre un precepto legal, en este caso sobre el ámbito de aplicación del contexto eutanásico regulado en la LORE, un criterio interpretativo (no el único) sería adoptar la interpretación más favorable al derecho fundamental afectado, y no la más restrictiva, como sucedería de aceptarse la interpretación dada por el TC.

El TC ha hecho afirmaciones un tanto contradictorias a este respecto. Así, la STC 199/1994, de 4 de julio (ECLI:ES:TC:1994:199) afirma lo siguiente:

> «Ciertamente, este Tribunal ha afirmado en diversas ocasiones que los órganos jurisdiccionales han de interpretar la legalidad en el sentido más favorable a los derechos fundamentales y, en concreto, a la efectividad de la tutela judicial (SSTC 164/1986, 118/1987 y 157/1991) (…). De otro lado, aun existiendo tal presupuesto, ya se ha dicho que cuando la interpretación efectuada por el juzgador es razonable no cabe que pueda ser sustituida por otra que resulte más favorable a la efectividad del derecho constitucional (STC 113/1990), límite que posee una especial relevancia en esta sede constitucional» (F.J. 2).

Coincido con Garcimartín Alférez cuando afirma que ello debe entenderse en el sentido siguiente: toda interpretación debe ser conforme con la CE, pero, entre las

[54] Por ejemplo, la STC 90/2009, de 20 de abril (ECLI:ES:TC:2009:90, F.J. 6).

interpretaciones conformes con la CE, los tribunales ordinarios no tienen una obligación de seguir la interpretación más favorable a los derechos fundamentales, sin perjuicio de que este sea un criterio hermenéutico que ha de ser considerado junto con los otros existentes (literal, gramatical, teleológico, etc.). En definitiva, la interpretación que se realice de la norma debe ser siempre conforme con la CE; pero dentro de la interpretación posible (conforme con la CE), el TC no puede, ni debe intervenir[55].

Hay que tener en cuenta que, una vez acreditada la capacidad del sujeto para tomar decisiones sobre su vida, ya no es el derecho fundamental a la vida el que es objeto de tutela, sino el denominado «derecho a la autodeterminación respecto de la propia muerte en contextos eutanásicos», como expresión del derecho fundamental a la integridad física y moral —integridad personal, en definitiva— del art. 15 CE (ECLI:ES:TC:2023: 19, F.J.6).

Ciertamente, entre los posibles criterios hermenéuticos existentes, el de la interpretación de la norma de la manera más favorable a la efectividad del derecho fundamental nos llevaría a mantener que el derecho a la autodeterminación respecto de la propia muerte se respeta en mayor medida cuanto mayor sea la amplitud del contexto eutanásico, no existiendo razones de peso para excluir esta interpretación, al menos, como una de las interpretaciones posibles de la norma analizada.

Por el contrario, la afirmación tan tajante que hace el TC en el sentido de que la única interpretación posible de la norma sería una de carácter sistemático atendiendo a la redacción (imprecisa) del preámbulo, sin argumentos de mayor peso, sí que parece a todas luces una interpretación no conforme con la Constitución, dada la evidente insuficiencia de la motivación, lo cual la convierte en manifiestamente irrazonable y arbitraria, criterio que utiliza regularmente el propio TC para anular decisiones de la jurisdicción ordinaria insuficientemente motivadas[56]. Pero es que, además, esta deficiencia en la motivación de la resolución se produce por un órgano (el TC) que no es competente para hacer interpretaciones ordinarias de la norma, lo cual está reservado para la jurisdicción ordinaria.

[55] Garcimartín Alférez, Francisco J., «La argumentación más favourable al derecho fundamental, el acceso a los recursos y las decisiones judiciales extranjeras (A propósito de la STC 199/1994, de 4 de julio)», *Derecho Privado y Constitución,* n.º 5, 1995, pp. 343.

[56] *Cfr.* STC 148/1994, de 12 de mayo (ECLI:ES:TC:1994:148, F.J. 4): «Aunque la Sentencia judicial pueda ser jurídicamente errónea, y constituir una infracción de ley o de doctrina legal, ello no le da al tema trascendencia constitucional, en cuanto que el art. 24.1 C.E., según reiteradamente viene declarando este Tribunal, no ampara el acierto de las resoluciones judiciales, de modo que la selección e interpretación de la norma aplicable corresponde en exclusiva a los órganos judiciales sin otra excepción que la de aquellos supuestos en que la resolución judicial sea manifiestamente infundada, arbitraria, que no podría considerarse expresión del ejercicio de la justicia, sino simple apariencia de la misma. A efectos del art. 24.1 C.E. la cuestión no es, pues, la de la mayor o menor corrección en la interpretación de la legalidad sino para respetar el propio ámbito del recurso de amparo constitucional, el terreno de la arbitrariedad o manifiesta irrazonabilidad y el de la motividad suficiente».

La perplejidad es mayor si cabe si tenemos en cuenta que el TC, que se ha atribuido competencias que no le corresponden para tomar una decisión insuficientemente razonada y motivada, va además en contra de la propia filosofía de la propia sentencia, que ya resulta criticable por haber hecho manifestaciones de carácter *iusfundamental* innecesarias para resolver al asunto que se llevaba a su consideración[57]. En efecto, para concluir que la LORE no era contraria a la CE no era imprescindible defender la existencia de un derecho constitucional a la autodeterminación sobre la propia muerte en contextos eutanásicos. Pero una vez que esto se hace (para reforzar el propio criterio), resulta inconcebible que no se otorgue a dicho derecho un valor preferente como criterio hermenéutico para la interpretación ordinaria de la LORE.

Más aún, como afirma Terribas Sala, esta situación se produce por una afirmación con escasa base médica y científica, pues no siempre resulta posible hacer una separación clara y evidente entre una enfermedad de origen somático y una enfermedad de origen psíquico. El cerebro, como órgano físico, regula procesos cognitivos y emocionales. Alteraciones en su estructura o química pueden manifestarse como síntomas mentales, lo que dificultaría en muchos casos determinar si la causa que da lugar al trastorno mental es biológica o psicológica[58].

III.3. **Las comisiones de garantía y evaluación autonómicas: el caso de la CGE de Cataluña**

Los informes anuales que elaboran y publican (o deberían publicar) las CCGE autonómicas no llegan a concretar si se ha autorizado algún caso de PAM a pacientes con trastornos mentales graves[59], siendo ello la única causa de sufrimiento que llevo a la solicitud (y autorización). Tampoco los informes anuales que publica el Ministerio de Sanidad aclaran esta cuestión.

No obstante, resulta de gran interés el trabajo realizado por la CGE de Cataluña, la cual se ha manifestado de forma clara a favor de la autorización de la PAM en el documento «Peticiones de PRAM para personas con problemas de salud mental»[60],

[57] *Vid.* Tomás-Valiente Lanuza, C., «La ley orgánica…, ob. cit., pp. 992 y 993.

[58] *Cfr.* Rodríguez del Rosario, Luciano, *La Prestación de Ayuda para Morir en personas con Trastornos Mentales Graves, controversias y dificultades,* Trabajo de Fin de Máster (inédito) presentado por el autor para obtener el título de Máster en Bioética y Bioderecho (tutores: Sergio Romeo Malanda y María Luz Ibáñez Garrote), Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, 2023, pp. 44 y s.

[59] La excepción sería la CGE de Cataluña. En su *Informe anual sobre la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación de la Eutanasia durante el año 2023 en Cataluña,* recoge que «[e]n cuanto a la salud mental, de las 6 solicitudes recibidas por casos motivados por estas patologías, se realizó la PRAM a 2 personas con este diagnóstico. En ambos casos, se trataba de un trastorno depresivo mayor» (p. 27).

[60] Existe también una «addenda – En relación con las interpretaciones de la LORE contrarias a incluir la enfermedad mental en el contexto eutanásico».

donde afirma que «las personas con un sufrimiento insoportable a causa de un problema de salud mental tienen el derecho a solicitar la PRAM con igualdad de condiciones a aquellas en las que el sufrimiento le ocasiona una patología somática» y en el que se protocoliza de manera detallada la forma de actuar ante dichas peticiones.

III.4. **Primeras decisiones jurisprudenciales**

No son muchos aún los casos que se han judicializado, o al menos cuyas decisiones judiciales han trascendido. No obstante, la jurisdicción ordinaria se ha tenido que pronunciar ya en varias ocasiones resolviendo desacuerdos entre los solicitantes de PAM y las CCGE. Algunos de estos pronunciamientos permiten extraer algunas conclusiones sobre el tema objeto de análisis.

La STSJ de Navarra (Sala de lo Contencioso-Administrativo) n.º 353/2022, de 16 de diciembre (ECLI:ES:TSJNA:2022:817) se ocupa del caso de un paciente con patología mental, trastorno de la personalidad de tipo límite con adicción a alcohol y anfetaminas, anorexia nerviosa desde lo 14 años, episodios de crisis de ansiedad. Con varios ingresos en servicios de psiquiatría e intentos autolíticos. En tratamiento farmacológico. Denegada de PAM por la CGE, presenta un recurso ante los tribunales. Aunque la decisión judicial resulta desfavorable, lo interesante es que la PAM se deniega por la falta de concurrencia de otros requisitos legales, pero no se cuestiona la capacidad del sujeto para solicitarla pese a sus evidentes problemas de salud mental. Además, entiende el tribunal que la LORE permite la PAM en pacientes psiquiátricos alegando exclusivamente sufrimiento derivado de problema de salud mental (incluso se indica que la CGE de Navarra ya lo ha aceptado anteriormente).

Por su parte, en la STSJ de Cantabria (Sala de lo Contencioso-Administrativo) n.º 217/2023, de 12 de junio (ECLI:ES:TSJCANT:2023:706) se resuelve el caso de un paciente con depresión grave, enfermedad que le genera un enorme sufrimiento psíquico. La persona es completamente autónoma y se relaciona perfectamente con el entorno. Además, el pronóstico de vida no es limitado ni se prevé que vaya a sufrir fragilidad progresiva. El paciente se niega a recibir nuevos tratamientos. Denegada la PAM por la CGE, el tribunal no pone en duda su capacidad para la solicitar de la misma pese a su salud mental. Tampoco pone en duda que la LORE permita la PAM en pacientes psiquiátricos alegando exclusivamente sufrimiento derivado de problema de salud mental. Se deniega en este caso por la falta de concurrencia de otros requisitos legales.

Finalmente, la STSJ de las Islas Baleares (Sala de lo Contencioso-Administrativo) n.º 36/2024, de 12 de enero (ECLI:ES:TSJBAL:2024:11) aborda el caso de un paciente con cefalea continua resistente a tratamientos, con reagudizaciones asociados a distorsión visual. Además, padece dolores generalizados que impiden actividades de la vida diaria, así como disnea a moderados esfuerzos. Manifiesta una mala calidad de vida y su deseo de PAM. Refiere padecer un padecimiento grave, crónico e imposibilitante. No quiere someterse a más exploraciones ni se plantea ninguna opción quirúrgica más. La CGE le

deniega la solicitud de PAM y se recurre dicha denegación ante la jurisdicción ordinaria. El tribunal confirma la denegación alegando la ausencia de un contexto eutanásico. Lo interesante de este caso es que, aunque claramente existe una clara patología física, en su razonamiento jurídico el tribunal acoge (claramente también aquí como *obiter dictum*) la postura del TC, rechazando que concurra un contexto eutanásico cuando el sufrimiento se derive exclusivamente de un trastorno mental.

III.5. **La determinación del contexto eutanásico y su relevancia jurídico-penal**

Ahora no estamos poniendo en duda la capacidad del sujeto para decidir sobre su propio destino vital (si la enfermedad mental que se sufre anula la capacidad de hecho, *vid. supra II.4*). Aquí lo que planteamos es el efecto jurídico-penal de una práctica consentida de la PAM, pero sin la concurrencia de un contexto eutanásico que habilite legalmente para ello.

Cada país es libre para regular el tratamiento jurídico que da a la muerte voluntaria asistida. Y en el caso de que prevea ámbitos de licitud, cada país debe delimitar lo más claramente posible el denominado contexto eutanásico, esto es, el presupuesto fáctico que habilita al paciente a solicitar la PAM. Es claro que la práctica de una PAM que no encajara en uno de los supuestos legales impediría la aplicación de la causa de justificación correspondiente. Siendo, además, la concurrencia del contexto eutanásico un elemento esencial de la causa de justificación, ello impediría, incluso, una rebaja de la pena en aplicación de una eximente incompleta.

Esto podría llegar a acontecer en España en relación con el asunto que aquí nos ocupa. Como hemos visto, en el momento actual es una cuestión controvertida si puede integrar alguno de los contextos eutanásicos recogidos en la LORE («padecimiento grave, crónico e imposibilitante» y «enfermedad grave e incurable») el sufrimiento que padece el sujeto cuando este es debido única y exclusivamente al padecimiento de un trastorno mental grave.

Si bien un sector de la doctrina, de la jurisprudencia y alguna CGE ya se han pronunciado a favor de su inclusión, más reticente se ha mostrado otro sector de la doctrina[61], así como el TC. Por ello, no resulta impensable que se autorice y practique una PAM por esta causa (ya existen casos documentados en España), y posteriormente sea declarada ilícita, dando ello lugar a la presentación de las correspondientes denuncias o querellas por hechos anteriores a dicha declaración de ilicitud. O bien, presentada una denuncia o querella ante un juez penal, el juez entre a considerar el asunto e interprete que no

[61] *Cfr.* Romeo Casabona, Carlos María / Perin, Andrea, «El homicidio y sus formas», en Romeo Casabona, Carlos María / Sola Reche, Esteban / Boldova Pasamar, Miguel Angel (coords.), *Derecho Penal. Parte Especial,* 3.ª edición, Comares, Granada, 2023, p. 56, según los cuáles la «enfermedad habrá de ser de raíz orgánica».

concurría el contexto eutanásico por las razones expuestas. En tal caso, ¿podrían ser hechos penalmente responsables los profesionales sanitarios que participaron en la PAM?

Desde luego, interpretada la LORE en el sentido de que estos supuestos aquí analizados no integran el contexto eutanásico regulado en la misma (elemento fáctico esencial para la concurrencia de la causa de justificación), el hecho típico (cooperación al suicidio del art. 143 CP u homicidio consentido del art. 138 CP —dependiendo de si existía o no dominio del hecho—) no podrá quedar justificado, ni total, ni parcialmente. En este caso nos encontramos ante un error sobre la existencia de la causa de justificación como tal. Atendiendo a las dificultades interpretativas que ofrece la norma, y hasta que no exista una jurisprudencia consolidada del TS al respecto, de darse este escenario, entiendo que el error debería calificarse, a todas luces, como de prohibición e invencible, por lo que quedaría excluida la responsabilidad criminal (art. 14.3 CP)[62].

Caso distinto sería que se autorice la PAM con base en un contexto eutanásico indubitado, pero que ha sido incorrectamente valorado en el caso concreto y, *a posteriori*, se comprueba que no concurría realmente (por ejemplo, que el pronóstico de vida no era realmente limitado o la probabilidad de que tales limitaciones no fueran a persistir en el tiempo). En este caso, el error recaería nuevamente sobre el presupuesto fáctico o elemento esencial de una causa de justificación sí existente[63].

Como he mantenido más arriba, si el expediente de PAM se ha realizado correctamente, haciendo las evaluaciones pertinentes de manera rigurosa y todos los intervinientes han coincidido en la existencia del contexto eutanásico, debería entenderse que el error es de carácter invencible, dando ello lugar a la exención de responsabilidad penal.

IV. Conclusiones

En este trabajo hemos analizado el complejo marco jurídico que regula la PAM en personas con trastornos mentales en España, en el contexto de la LORE, identificando las principales controversias asociadas a la capacidad para consentir de estos pacientes y a la delimitación del contexto eutanásico.

Como se ha visto, la LORE no excluye explícitamente a las personas con trastornos mentales de su ámbito de aplicación. Sin embargo, la determinación de su capacidad para solicitar y consentir la práctica de la PAM plantea desafíos adicionales debido a la posible influencia de su enfermedad en la toma de decisiones. La norma exige que el consentimiento sea libre, voluntario y consciente, pero no establece criterios específicos

[62] En este caso, parece existir un cierto consenso de que dicho error debe ser tratado como error de prohibición. Rueda Martín, M.A. / Urruela Mora, A., «Las causas de irreprochabilidad…, ob. cit., p. 194.; Muñoz Conde, F. / García Arán, M., *Derecho Penal…,* ob. cit., p. 357.

[63] *Cfr.* Romeo Malanda, S, «La prestación de ayuda para morir…, ob. cit., p. 527.

para evaluar la capacidad de los solicitantes con patologías psiquiátricas. En este sentido, hay que incidir en la necesidad de incorporar evaluaciones psiquiátricas rigurosas en estos casos para evitar decisiones condicionadas por la enfermedad.

Por otro lado, he mantenido que la regulación española no excluye la PAM en casos donde el sufrimiento del paciente se derive exclusivamente de una enfermedad mental. Ahora bien, el hecho de que el TC haya interpretado, excediéndose claramente de sus funciones, que el contexto eutanásico requiere la existencia de una patología de origen somático, abre un debate sobre la admisibilidad de la PAM en estos supuestos. A pesar de ello, algunas CCGE autonómicas, como la de Cataluña, han defendido la inclusión de estos pacientes dentro del marco legal, siempre que se cumplan las garantías necesarias.

Desde una perspectiva jurídico-penal, la práctica de la PAM en ausencia de un contexto eutanásico definido podría derivar en la exigencia de responsabilidad penal a los profesionales sanitarios involucrados. En efecto, sin la debida justificación legal, la prestación de ayuda para morir podría ser calificada como cooperación al suicidio o, incluso, como homicidio. En este sentido, el margen de error en la evaluación de la capacidad y el contexto eutanásico plantea riesgos significativos para los profesionales sanitarios que participan en estos procedimientos.

Si la enfermedad mental impide un consentimiento válido, la práctica de la PAM podría derivar en una acusación por delito de homicidio. Igualmente, si finalmente los tribunales concluyen que los supuestos de graves sufrimientos derivados de forma exclusiva del padecimiento de trastornos mentales graves no están abarcados por el contexto eutanásico previsto en la LORE, las prácticas de PAM llevadas a cabo por esta razón podrían ser reevaluadas y acabar en acusaciones penales.

Mi propuesta a este respecto es que, si se han seguido los procedimientos establecidos en la ley, dichos errores valorativos en lo que habrían incurrido los intervinientes en la PAM, sean considerados como «invencibles», lo que llevaría, en todo caso (sean de tipo o de prohibición), a la impunidad de las conductas.

Para evitar que esto pueda ocurrir, resulta imprescindible el establecimiento de criterios más claros y garantías reforzadas en la aplicación de la PAM en personas con enfermedades mentales. La regulación debe equilibrar el respeto por la autonomía del paciente con la protección de los más vulnerables, evitando interpretaciones restrictivas que limiten derechos o decisiones apresuradas que puedan afectar a su vida.

V. **Bibliografía**

Alonso Álamo, Mercedes, «Delimitación de ámbitos de responsabilidad e imputación objetiva (A propósito de la disposición sobre la vida en el auxilio ejecutivo al suicidio y la eutanasia)» *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 1, 2009, pp. 13-38.

Álvarez García, Francisco Javier / Ventura Püschel, Arturo, «El dolo en las agresiones sexuales», en Jose Mateos Bustamante / Antonio Javato Martín / Manuel Gómez Tomillo / Alejandro de Pablo Serrano (eds.) *Liber Amicorum en homenaje a la profesora Mercedes Alonso Álamo*, Ediciones Universidad de Valladolid, Valladolid, 2024, pp. 663-679.

Barquín Sanz, Jesús, «Tratamiento jurídico-penal de la eutanasia tras la reforma de 2021», *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 133, 2021, pp. 5-59.

Boldova Pasamar, Miguel Ángel, «Delitos contra la libertad sexual I. Las agresiones sexuales. Las agresiones sexuales a menores de dieciséis años», en Romeo Casabona, Carlos María / Sola Reche, Esteban / Boldova Pasamar, Miguel Angel (coords.), *Derecho Penal. Parte Especial*, 3.ª edición, Comares, Granada, 2023, pp. 217-249.

Chueca Rodríguez, Ricardo, «Dos sentencias sobre la Ley Orgánica de Regulación de la Eutanasia (SSTC 19/2023, de 22 de marzo y 94/2023, de 12 de septiembre)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 130, 2024, pp. 251-290.

Comisión de Garantía y Evaluación de Cataluña, «Addenda – En relació a les interpretacions de la LORE contràries a incloure la malaltia mental en el context eutanàsic», 2024. Disponible en https://canalsalut.gencat.cat/web/.content/_Professionals/Consells_comissions/comissio-garantia-i-avaluacio-catalunya/papers-i-posicionament/peticions-pram-persones-problemes-salut-mental/addenda-doc-cgac-salut-mental-cat.pdf (último acceso: 18/02/2025)

— «Peticions de PRAM per persones amb problemes de salut mental», 2022. Disponible en https://canalsalut.gencat.cat/web/.content/_Professionals/Consells_comissions/comissio-garantia-i-avaluacio-catalunya/papers-i-posicionament/consideracions-pram-salut-mental.pdf (último acceso: 18/02/2025)

Comisión de Garantía y Evaluación de Cataluña, *Informe anual sobre la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación de la Eutanasia durante el año 2023 en Cataluña*, Julio de 2024. Disponible en https://scientiasalut.gencat.cat/bitstream/handle/11351/11812/informe_anual_aplicacio_llei_organica_regulacio_eutanasia_durant_any_2023_catalunya_2024_cas.pdf?sequence=6&isAllowed=y (último acceso: 18/02/2025)

Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Derechos de las personas con discapacidad Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad*, 2019, pp. 1-20.

Cuerda Arnau, M.ª Luisa, «suicidio de menores y responsabilidad penal de terceros», en AA.VV., *Liber Amicorum en homenaje al profesor Carlos María Romeo Casabona*, Comares, Granada, 2025.

De Hert, Marc / Loos, Sien / Sterckx, Sigrid / Thys, Erik / Van Assche, Kristof, «Improving control over euthanasia of persons with psychiatric illness: Lessons from the first Belgian criminal court case concerning euthanasia», *Frontiers in Psychiatry*, n.º 13, 2022, pp.1-17

De Hert, Marc / Loos, Sien / Van Assche, Kristof, «The Belgian euthanasia law under scrutiny of the highest courts», *The Lancet regional Health – Europe*, n.º 24, 2023, pp.1-2.

Domínguez Luelmo, Andrés, «Voluntades anticipadas y prestación de ayuda para morir», en Carmen Tomás-Valiente Lanuza (ed.), *La eutanasia a debate: primeras reflexiones sobre la Ley Orgánica de Regulación de la Eutanasia,* Marcial Pons, Madrid, 2021, pp. 119-153

Flores Mendoza, Fátima, «Algunas reflexiones sobre el error de los terceros en relación con actos de disposición de la propia vida», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 11, 2003, pp. 75-94.

— «La antijuridicidad. Las causas de justificación», en Romeo Casabona, Carlos María / Sola Reche, Esteban / Boldova Pasamar, Miguel Angel (dirs.), *Derecho Penal. Parte General. Introducción. Teoría jurídica del delito*, 2.ª edición, Comares, Granada, 2016, pp. 199-207.

Garcimartín Alférez, Francisco J., «La argumentación más favourable al derecho fundamental, el acceso a los recursos y las decisiones judiciales extranjeras (A propósito de la STC 199/1994, de 4 de julio)», *Derecho Privado y Constitución,* n.º 5, 1995, pp. 329-349.

Hernández Martín, Rubén, «Eutanasia en pacientes psiquiátricos: injusticias antes el sufrimiento insoportable», *Bioética Complutense,* n.º 48, 2024, pp. 30-55.

Júdez Gutiérrez, Javier / Expósito-Duque, Víctor / Regato-Pajares, Pilar, «Solicitudes de eutanasia en casos particularmente complejos: demencia y salud mental», *Actualización en Medicina de Familia*, Vol. 18, n.º 5, 2022, pp. 303-310.

Martínez Sanromá, Oriol, «¿Homicidio o inducción al suicidio? A propósito de la SAP Castellón 11/2022,d e 29 de julio», *Diario La Ley*, n.º 10675, 3 de marzo de 2025, pp. 1-20.

Ministerio de Sanidad, *Informe de evaluación anual 2023 sobre la prestación de ayuda para morir*, noviembre de 2024. Disponible en https://www.sanidad.gob.es/eutanasia/docs/InformeAnualEutanasia_2023.pdf (último acceso: 18/02/2025)

Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, 10.ª edición, Editorial Reppertor, Barcelona, 2016

Muñoz Conde, Francisco / García Arán, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General,* 11.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

Nicolás Jiménez, Pilar / Romeo Malanda, Sergio / Urruela Mora, Asier, «Toma de decisiones al final de la vida: situación actual y perspectivas de futuro en el derecho español», *Diario La Ley*, n.º 9756, 17 de diciembre de 2020, pp. 1-19

Nicolini, Marie E. / Kim, Scott Y. H. / Churchill, Madison E. / Gastmans, Chris, «Should euthanasia and assisted suicide for psychiatric disorders be permitted? A Systematic review of reasons», *Psycological Medicine,* n.º 50, 2020, pp. 1241-1256.

Peñaranda Ramos, Enrique, «Participación en suicidio, eutanasia, autonomía personal y responsabilidad de terceros», en Carmen Tomás-Valiente Lanuza (ed.), *La eutanasia a debate: primeras reflexiones sobre la Ley Orgánica de Regulación de la Eutanasia,* Marcial Pons, Madrid, 2021, pp. 199-242.

Platt, Elyse, «Depression and the Desire to Die – Implications for Medical Assistance in Dying», *Journal of Ethics in Mental Health,* Vol. 11, 2021, pp. 1-17.

Ramos-Pozón, Sergio / Terribas-Sala, Nuria / Falcó-Pegueroles, Anna, «Persons with mental disorders and assisted dying practices in Spain: An overview», *International Journal of Law and Psychiatry,* n.º 87, 2023, pp. 1-6.

Rodríguez del Rosario, Luciano, *La Prestación de Ayuda para Morir en personas con Trastornos Mentales Graves, controversias y dificultades*, Trabajo de Fin de Máster (inédito) presentado por el autor para obtener el título de Máster en Bioética y Bioderecho (tutores: Sergio Romeo Malanda y María Luz Ibáñez Garrote), Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, 2023 pp. 1-71.

Rodríguez Lainz, José Luis, «¿Podría un tercero oponerse a una solicitud de eutanasia activa o decisión vital que pudiera comportar la muerte de un familiar o allegado?», *Diario La Ley*, n.º 9990, 17 de enero de 2022, pp. 1-23.

Romeo Casabona, Carlos María, «La Ley Orgánica reguladora de la eutanasia y la adaptación del código penal», *BioLaw Journal – Revista de BioDiritto*, n.º 2, 2021, pp. 283-314.

— *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, Comares, Granada, 2004.

— Carlos María / Perin, Andrea, «El homicidio y sus formas», en Romeo Casabona, Carlos María / Sola Reche, Esteban / Boldova Pasamar, Miguel Angel (coords.), *Derecho Penal. Parte Especial*, 3.ª edición, Comares, Granada, 2023, pp. 1-63

Romeo Malanda, Sergio, «La prestación de ayuda para morir como causa de justificación en el derecho penal español», en Jose Mateos Bustamante / Antonio Javato Martín / Manuel Gómez Tomillo / Alejandro de Pablo Serrano (eds.) *Liber Amicorum en homenaje a la profesora Mercedes Alonso Álamo*, Ediciones Universidad de Valladolid, Valladolid, 2024, pp. 519-531.

Rueda Martín, María Ángeles / Urruela Mora, Asier, «Las causas de irreprochabilidad», en Romeo Casabona, Carlos María / Sola Reche, Esteban / Boldova Pasamar, Miguel Angel (dirs.), *Derecho Penal. Parte General. Introducción. Teoría jurídica del delito*, 2.ª edición, Comares, Granada, 2016, pp. 289-301.

Simón Lorda, Pablo / Torrell Vallespín, Gemma, «Eutanasia y capacidad para la toma de decisiones», *Actualización en Medicina de Familia*, Vol. 18, n.º 5, 2022, pp. 266-271

Sociedad Española de Psiquiatría, *Eutanasia y enfermedad mental. Posicionamiento de la Sociedad Española de psiquiatría sobre la «proposición de Ley orgánica sobre la regulación de la eutanasia»,* 2021, pp. 1-15.

Terribas Sala, Nuria, «Salud mental y eutanasia: una realidad que hay que afrontar desde el derecho de la persona y la valoración del sufrimiento», *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría,*Vol. 44, n.º 146, 2024, pp. 9-15.

Tomás-Valiente Lanuza, Carmen, «La ley orgánica de regulación de la eutanasia: Valoración global y primeras dudas interpretativas»», *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, n.º 29, 2021, pp. 98-127.

45

DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL SISTEMA DE INDICACIONES AL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO AL ABORTO: EL CAMINO RECORRIDO DESDE LA STC 53/1985 HASTA LA STC 44/2023

Carmen Salinero Alonso
Profesora Titular de Derecho Penal
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

SUMARIO: I. Introducción. II. La primera piedra: la STC 53/1985. II.1. Punto de partida: la colisión de derechos fundamentales de la mujer y la protección del *nasciturus*. II.2. Alcance de la STC 53/1985: el descontento de partidarios y detractores del derecho al aborto. III. La construcción de un nuevo paradigma: el aborto como derecho constitucionalmente reconocido en la STC 44/2023. III.1. Examen del sistema de plazos en la LO 2/2010. III.1.1. *Examen del sistema de plazos en su conjunto y filtro de constitucionalidad del nuevo modelo.* IV. A modo de epílogo. V. Bibliografía.

I. Introducción

La regulación del aborto en España se ha visto sometida a un cambio radical en las últimas tres décadas como consecuencia de la evolución de nuestra sociedad en este tiempo. De una penalización total y absoluta hasta la aprobación de la LO 9/1985, que acogió un sistema de punición parcial al regular un modelo de indicaciones, se ha pasado a un sistema de plazos tras la entrada en vigor de la LO 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo (en adelante LO 2/2010), modificada finalmente por la LO 1/2023, que ha puesto el eje en la libre de decisión de la mujer, informada y responsable, sin intervención de terceros que perviertan su voluntad. Realmente se trata de un modelo mixto de plazos e indicaciones que ampara la despenalización del aborto consentido durante las primeras catorces semanas de gestación, permitiendo la interrupción voluntaria del embarazo a partir de ese plazo siempre que se den una serie de condiciones y requisitos. Del mismo modo que en su momento fue recurrida la LO 9/1985 —recurso previo de inconstitucionalidad— por considerar los recurrentes que el modelo de indicaciones no era conforme con la Constitución, la LO 2/2010 también fue objeto de recurso ante el Tribunal de Garantías por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso. En ese caso hemos tenido que esperar más de

trece años para conocer la STC 44/2023 que rechaza de pleno los argumentos de los recurrentes y declara la constitucionalidad de la norma y del modelo de plazos regulado.

Y es que a pesar del tiempo transcurrido y de los cambios sociales y culturales que ha experimentado nuestro país en las últimas décadas, la regulación del aborto constituye una de las cuestiones que han generado y continúan generando más debate y controversia, tanto desde un punto de vista social como jurídico[1], por más que nuestra sociedad lleve conviviendo con una regulación despenalizadora, asumida y aceptada dentro de los márgenes de normalidad de un Estado democrático y pluralista[2].

[1] En este sentido y como muestra dos autores cuyas obras distan más de veinte años, Romeo Casabona, C.M., *El Derecho y la Bioética ante los límites de vida humana,* Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994, p. 76, califica de amplia e intensa la polémica generada por la despenalización del aborto voluntario al subyacer en torno a ella «condicionamientos ideológicos, éticos y políticos de primera magnitud»; Nuñez Paz, M.A., *Interrupción voluntaria de la vida humana,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 35, señala que se trata de «un asunto de muy complejas implicaciones, no solamente jurídicas y médicas, sino también éticas, religiosas y políticas». El propio Tribunal Constitucional en su Sentencia 53/1985, de 11 de abril, F.J.1 reconoce que el aborto es un asunto «en cuya consideración inciden con más profundidad que en ningún otro ideas, creencias y convicciones morales, culturales y sociales».

En relación con el Anteproyecto de Ley Orgánica para la protección de la vida del concebido y de los derechos de la mujer embarazada de 2014 (Reforma Gallardón), Laurenzo Copello, P., «Desandando el camino. La contrareforma del aborto», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología,* 16-09, 2014, p. 2, considera que la intensidad de la reacción, tanto desde el ámbito científico y académico como desde las organizaciones de mujeres y otros organismos de defensa de los derechos humanos, fue tal que motivó la retirada «momentánea» del Anteproyecto.

[2] Ejemplo de la polémica que conlleva la regulación del aborto aún hoy en día son los tres votos particulares que recoge la STC 44/2023, formulados respectivamente por los magistrados D. Ricardo Enrique Sancho, D. Enrique Arnaldo Alcubilla y D. César Tolosa Tribiño; Dña. Concepción Espejel Jorquera y Dña. María Luisa Balaguer Callejón, los primeros por considerar que la sentencia excede el alcance y límites del control jurisdiccional que corresponde al Tribunal al entender que la aprobación de la LO 1/2023, de 28 de febrero, supone la desaparición sobrevenida del objeto del recurso en cuanto a la impugnación de varios de los preceptos afectados y, en cualquier caso, por entrar a examinar el «sistema de plazos en su conjunto», algo que no le competen ya que el TC, según los recurrentes, no debe enjuiciar «modelos legales» u «opciones legislativas», sino concretos textos legales, concluyendo que tal modelo es inconstitucional. Además, argumentan que la sentencia viene a reconocer un nuevo derecho constitucional —derecho de la mujer a la autodeterminación respecto de la interrupción del embarazo— algo que es potestad del poder constituyente y no del TC. Por su parte, el voto de la magistrada Balaguer Callejón, estando de acuerdo con la sentencia y la constitucionalidad de la ley y del modelo que regula, sostiene que se queda corta al señalar que el centro del reconocimiento jurídico es la autonomía de la mujer para decidir sobre su cuerpo en un marco jurídico laico, por lo que no hay derechos constitucionales en conflicto en la medida en que el embrión y el feto son parte del cuerpo de la mujer y solo la mujer es titular de su derecho de autodeterminación sobre su propio cuerpo. Concluye, por tanto, que tanto el sistema de plazos examinado como un futuro modelo de despenalización total del aborto consentido son plenamente conformes al texto constitucional.

II. La primera piedra: la STC 53/1985

II.1. Punto de partida: la colisión de derechos fundamentales de la mujer y la protección del nasciturus

La STC 53/1985, de 11 de abril[3], resolvió el recurso previo de inconstitucionalidad contra el proyecto de ley de despenalización parcial del aborto que introducía, por vez primera en España, el denominado sistema de indicaciones y que declara conforme a la Constitución[4].

Para llegar a esta conclusión, la sentencia analiza en profundidad el contenido del art. 15 CE y el alcance que cabe dispensar a la protección del *nasciturus*, para acto seguido entrar en cada uno de los supuestos de despenalización e indicar qué requisitos formales deben reunir para ser conformes al texto constitucional[5].

El Tribunal diseña todo su argumentario partiendo de una premisa: los no nacidos no pueden considerarse *titulares* del derecho fundamental a la vida garantizado en el art. 15 CE, pero ello no es obstáculo para estimar que el citado precepto constitucional no protege al *nasciturus* —F.J. 5 y 7—[6]. A partir de aquí sostiene que, en la vida, en cuanto proceso dinámico progresivo[7], se producen cambios cualitativos que culminan con el nacimiento, lo «que significa el paso de la vida albergada en el seno materno a la vida albergada en la sociedad». Además, añade que, con carácter previo, resulta especialmente trascendente «el momento a partir del cual el *nasciturus* es ya susceptible

[3] BOE núm. 119, de 18 de mayo de 1985, pp. 10 a 25.

[4] En principio, y en contra de lo que pudiera parecer, el Tribunal declara la inconstitucional del Proyecto de Ley no por el sistema de indicaciones en sí, esto es, no declara contrario a la Constitución la despenalización del aborto en los supuestos terapéutico, ético y embriopático, sino que resuelve que el texto no es acorde con la Constitución por la ausencia de exigencias o requisitos formales con los que verificar o comprobar, en el fondo *controlar*, si las interrupciones voluntarias de los embarazos entraban dentro de las indicaciones despenalizadoras del art. 417bis.

[5] Un extenso estudio de la «afamada» STC 53/1985 en Marín Gámez, J.A., *Aborto y Constitución,* Universidad de Jaén, Jaén 1996, pp. 289 a 312.

[6] «En definitiva, los argumentos aducidos por los recurrentes no pueden estimarse para fundamentar la tesis de que al *nasciturus* le corresponda también la titularidad del derecho a la vida, pero, en todo caso, y ello es lo decisivo para la cuestión objeto del presente recurso, debemos afirmar que la vida del *nasciturus,* de acuerdo con lo argumentado en los fundamentos jurídicos anteriores de esta sentencia, es un bien jurídico constitucionalmente protegido por el art. 15 de nuestra norma fundamental» (F.J. 7).

[7] Tomás-Valiente Lanuza, C., «La jurisprudencia constitucional española sobre el aborto», en Shapiro, Ian / De Lora del Toro, Pablo / Tomás-Valiente Lanuza, Carmen, *La Suprema Corte de Estados Unidos y el aborto, Fundación Coloquio Jurídico Europeo,* Madrid, 2009, p. 102. La autora reconoce que entender que lo que se confronta frente a bienes y derechos de la embarazada es la «vida de otro —al que se considera persona—» difícilmente hubiera permitido modular su protección en casos de conflicto. Sin embargo, considera que la vida prenatal merece protección como bien constitucional «pero no en cuanto derecho fundamental» permite una «ponderación más flexible entre su preservación y la de los derechos de la embarazada en los casos conflictivos recogidos por las indicaciones», p. 103.

de vida independiente de la madre, esto es, de adquirir plena individualidad humana» —F.J. 5—.

Teniendo en cuenta lo señalado, el TC establece que la protección que el Estado debe dispensar al no nacido implica dos obligaciones: la de «abstenerse de interrumpir o de obstaculizar el proceso natural de gestación» y la de establecer «un sistema legal para la defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma y que, dado el carácter fundamental de la vida, incluya también, como última garantía, las normas penales». No obstante, tal protección, sostiene, no puede configurarse con un carácter absoluto «pues, como sucede en relación con todos los bienes y derechos constitucionalmente reconocidos, en determinados supuestos puede y aún debe estar sujeta a limitaciones» —F.J. 7—.

A continuación, el Tribunal reconoce la dignidad de todas las personas con carácter general, pero señala que en este tema el intérprete constitucional «no puede ignorar el hecho obvio de la especificidad de la condición femenina» —F.J. 8— y la concreción del libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE) y los derechos a la integridad física y moral (art. 15 CE), a la libertad de ideas y creencias (art. 16 CE), al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18.1 CE) en el ámbito de la maternidad; todos ellos «derechos que el Estado debe respetar y a cuya efectividad debe contribuir, dentro de los límites impuestos por la existencia de otros derechos y bienes asimismo reconocidos por la Constitución» —F.J. 8—.

Además, admite la posibilidad de que en determinados casos el legislador ordinario pueda excluir de la protección penal la vida del no nacido. Se trata de situaciones de conflicto, en las que «la vida del *nasciturus*, como bien constitucionalmente protegido, entra en colisión con derechos relativos a valores constitucionales de muy relevante significación, como la vida y la dignidad de la mujer» —F.J. 9—. Por ello, tratándose de graves conflictos que «no pueden contemplarse tan sólo desde la perspectiva de los derechos de la mujer o desde la protección de la vida del *nasciturus*» y, en la medida en que no puede afirmarse de ninguno de ellos su «carácter absoluto», al intérprete constitucional no lo queda otra alternativa que «ponderar los bienes y derechos en función del supuesto planteado, tratando de armonizarlos si ello es posible o, en caso contrario, precisando las condiciones y requisitos en que podría admitirse la prevalencia de uno de ellos» —F.J. 9—[8].

[8] Es más, la sentencia afirma que el legislador, teniendo siempre presente «la razonable exigibilidad de una conducta y la proporcionalidad de la pena en caso de incumplimiento», puede incluso optar por la renuncia de la sanción penal de una conducta que «objetivamente pudiera representar una carga insoportable (…), ya que existen situaciones singulares o excepcionales en las que castigar penalmente el incumplimiento de la Ley resultaría totalmente inadecuado» —F.J. 9—.

Sobre la posibilidad de que el incumplimiento de los requisitos formales exigidos por la ley se deriven al ámbito administrativo sancionador y no al ilícito penal, García Rivas, N., «El aborto despena-

A partir de aquí, el Tribunal analiza los supuestos despenalizadores sometidos a examen y concluye que el legislador puede excluir al no nacido de la protección penal o, lo que es lo mismo, primar la voluntad de la mujer, en los tres casos sometidos a juicio siempre que se den los requisitos necesarios que denomina *medidas de garantía y de certeza del presupuesto de hecho del(os) precepto(s)* —F.J. 12—.

II.2. **Alcance de la STC 53/1985: el descontento de partidarios y detractores del derecho al aborto**

La sentencia, con mayor o menor acierto da respuesta a los planteamientos impugnados por el recurso, pero no va más allá de ellos, quedándose a mitad de camino al no delimitar con contundencia el marco jurídico básico en el que el legislador ordinario habría podido fijar los supuestos del aborto punible y no punible. Como señala Vives Antón «los procesos de inconstitucionalidad son procesos objetivos, en los que la legitimación es una mera legitimación de impulso, y en los que, por lo tanto, ni los motivos aducidos por las partes ni sus concretas peticiones determinan el contenido del juicio»[9]. Así visto, el TC pasa de puntillas por las claves constitucionales dentro de las cuales el legislativo podría operar, y es esta falta de firmeza y convicción la que ha determinado que treinta años más tarde hayamos estado pendientes de la resolución de otro recurso de inconstitucionalidad[10].

En este sentido, la STC 53/1985 no convenció a nadie. Ni a los recurrentes que vieron como su interpretación de «*todos tienen derecho a la vida*» no fue atendida, lo que llevó a que se admitieran los tres supuestos despenalizadores del aborto impugnados. Ni a aquellos otros que esperaban una sentencia más valiente, en consonancia con la idea de Estado aconfesional y pluralista diseñado por el texto de 1978. De hecho, la votación fue tan ajustada (seis votos a favor y seis en contra) que el empate hubo de ser dirimido por el voto de calidad de su presidente, Sr. García-Pelayo[11].

---

lizado: el derecho de la mujer a una maternidad libremente decidida», en Palomar Olmeda, A. / Cantero Martínez, J. (dirs.), *Tratado de derecho sanitario,* Aranzadi, 2013, p. 275.

[9] Vives Antón, T.S., «Valoraciones ético-sociales y jurisprudencia constitucional: el problema del aborto consentido», en *Revista Española de Dererecho Constitucional,* año 5, núm. 15, 1985, p. 151.

[10] Laurenzo Copello, P., *Dogmática y política criminal del aborto,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 101 y 102, subraya que son muchas las cuestiones todavía abiertas en materia de constitucionalidad del aborto, entre otras razones porque la STC 53/1985 no se pronuncia sobre el modelo del plazo ya que este «asunto no fue sometido a su juicio» así como que tampoco señalara que la única vía posible de compatibilizar los intereses en pugna fuese el modelo de indicaciones.

[11] Se formularon cuatro votos particulares por los Magistrados don Jerónimo Arozamena Sierra; don Luis Díez-Picazo; don Francisco Tomás y Valiente; y por don Ángel Latorre Segura y don Manuel Díez de Velasco Vallejo.

Ciertamente la sentencia falla tanto por exceso como por defecto[12]. Por un lado, va mucho más allá de lo que le competía al Tribunal en orden a lo dispuesto en la propia Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. En efecto, el ya inexistente en la actualidad *recurso previo de inconstitucionalidad* determinaba únicamente que el Tribunal concretara la inconstitucionalidad de la norma impugnada y el precepto o preceptos constitucionales infringidos (art. 79. b), pero en ningún momento le habilitaba para señalar aquello que consideraba debía *añadirse* o *incorporarse* por parte del legislativo ordinario para que la futura norma fuera acorde con el texto constitucional. Y, esto es precisamente lo que acaece en este caso, ya que la sentencia «indica» cuáles han de ser los requisitos formales (F.J. 12) que deben establecerse en la ley para que la práctica del aborto sea legal[13].

De otro, y este es el aspecto más criticable, la sentencia apenas se ocupa de una de las partes del binomio «*nasciturus*-derechos de la embarazada»[14]. Si bien reconoce la íntima relación de la gestante y el no nacido, el Tribunal se centra, casi de manera exclusiva, en determinar la naturaleza jurídica de este y su consideración como bien jurídico constitucionalmente objeto de protección frente a una eventual decisión de interrupción

[12] Cuerda Arnau, M.L., «El debate constitucional de la Ley Orgánica 2/272010», en Vives Antón, T.S. y Cuerda Arnau, M.L., *El debate acerca de la legalización del aborto,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 110, considera que el Tribunal Constitucional introdujo en el debate elementos distorsionadores que impactaron de manera negativa en el sistema de garantías y derechos fundamentales de las mujeres, por lo que «la STC pecó por acción y por omisión».

[13] Así, el voto particular de Francisco Tomás y Valiente en el que señala que «La jurisdicción constitucional es negativa, puede formular exclusiones o vetos sobre los textos a ella sometidos. Lo que no puede hacer es decirle al legislador lo que debe añadir a las leyes para que sean constitucionales. Si actúa así, y así ha actuado en este caso este tribunal, se convierte en legislador positivo». En el mismo sentido, el voto particular suscrito por los Magistrados Angel Latorre Segura y Manuel Diez de Velasco Vallejo: «El TC asume la función de introducir enmiendas en los proyectos de ley que se someten a su enjuiciamiento mediante el recurso previo de inconstitucionalidad. Tal función excede de las ya muy amplias competencias que no solo la Constitución, sino también la LOTC, asignan a este Tribunal Constitucional, cuya actuación no puede aproximarse a la de una "Tercera Cámara" sin provocar un peligroso desequilibrio en nuestro sistema jurídico-político, invadiendo facultades que corresponden al poder legislativo». Igualmente, el voto particular que formula el Magistrado don Jerónimo Arozamena Sierra: «Lo que está vedado al Tribunal es establecer modificaciones o adiciones del texto impugnado o establecer o adicionar otros preceptos. Esto es lo que hace la Sentencia cuando dice al legislador lo que debería hacer para adecuar los preceptos a la Constitución». De este parecer, Cuerda Riezu, A., «Comentario a la sentencia 53/1985, de 11 de abril, sobre el recurso de inconstitucionalidad del Proyecto de Ley Orgánica que introduce en el Código penal un art. 417 bis (Despenalización parcial del aborto)», en *Cuadernos de Política Criminal,* 1986, pp. 247 y ss.; Gimbernat Ordeig, E., «Crítica a la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre la despenalización parcial del aborto», en *Estudios de Derecho Penal,* Tecnos, Madrid, 1990, pp. 73 a 75 y Vives Antón, T.S., «Valoraciones ético-sociales…, ob. cit., p. 135 y ss.

[14] Vives Antón, Tomás Salvador, *Ibidem.* pp. 151 y 152, considera que la sentencia «debía haber analizado el problema desde el punto de vista de los derechos de la mujer».

voluntaria del embarazo por parte de la mujer[15]. Es cierto que la resolución reconoce el derecho a la dignidad como «valor espiritual y moral inherente a la persona» con carácter general y que de ella deriva el libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE), los derechos a la integridad física y moral (art. 15 CE), a la libertad de ideas y creencias (art. 16 CE), al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18.1 CE)[16], pero cuando se trata de concretar este principio y ponerlo en relación con «la especificidad de la condición femenina» en el ámbito de la maternidad —libertad de autodeterminación sexual y reproductiva— interrumpe su argumentario y tan solo indica que estos derechos deberán ser respetados por el Estado que debe contribuir a su efectividad «dentro de los límites impuestos por la existencia de otros derechos y bienes asimismo reconocidos por la Constitución»[17]

Además, el Tribunal, a pesar de reconocer que nos encontramos ante derechos fundamentales que deben ser tenidos en cuenta, no lleva hasta sus últimas consecuencias la coherencia del planteamiento cuando la decisión de la embarazada entra en colisión con la vida del *nasciturus*: frente a un derecho fundamental no puede darse preeminencia, en ningún caso, a un bien jurídico, por mucho que sea o esté constitucionalmente protegido. Como señala Tomás y Valiente «no hay un conflicto entre los derechos de la mujer y un inexistente derecho fundamental del *nasciturus* a la vida, sino un conflicto entre los derechos fundamentales de la mujer embarazada y un bien jurídicamente protegido que es la vida humana en formación»[18]. Y frente a este dilema no hay soluciones de compromiso posible: prima el derecho fundamental, en este caso el derecho de la mujer para decidir libremente la interrupción voluntaria de su embarazo[19].

[15] Así, Laurenzo Copello, P., *Dogmática y política…*, ob. cit., p. 105, que señala, además, que este enfoque en el que la mujer aparece en un plano secundario es deudor del modelo de indicaciones que solo atiende a sus intereses de forma excepcional y previamente tasada. En la misma línea, Ropero Carrasco, J., «La insuficiencia del sistema de indicaciones en el delito de aborto», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales,* Vol. LVI, 2003, p. 240, señala que «en el debate sobre el aborto parecen confluir las creencias sociales que han relegado en general los derechos de la mujer a un segundo plano, con aquellas que sitúan la maternidad en un ámbito sacralizado, que tiene que ver no só1o con determinadas convicciones religiosas, sino también con la necesidad, explicada desde un punto de vista antropológico, de preservar la continuidad de la vida y de la especie».

[16] Voto particular a la STC 53/1985 de los Magistrados Ángel Latorre Segura y Manuel Díaz de Velasco Vallejo: «Los derechos fundamentales que efectivamente están implicados en este difícil tema de la sanción penal del aborto consentido (al libre desarrollo de la personalidad —art. 10—, a la integridad física y moral-art. 15-, a la libertad de ideas y creencias —art. 16—, a la intimidad personal y familiar —art. 18—) apenas son invocados de manera retorica en el fundamento 8».

[17] Fundamento 8 STC 53/1985.

[18] Voto particular a la STC 53/1985. Este Magistrado llama la atención sobre la omisión —*que no olvido*— que hace la sentencia a la «libertad» como valor superior de nuestro ordenamiento. De ello deriva la escasa atención que presta a los derechos de libertad de la mujer embarazada.

[19] Así también, Ibañez y García-Velasco, J.L., *La despenalización del aborto voluntario en el ocaso del siglo xx,* Siglo XXI de España Editores, Madrid, 1992, p. 253. En su magnífico trabajo el autor

Por ello, que la comunidad jurídica estuviera expectante a la respuesta que el tribunal de garantías diera al recurso contra la LO 2/2010 y su pronunciamiento sobre las cuestiones que la STC 53/1985 dejó sin resolver.

III. La construcción de un nuevo paradigma: el aborto como derecho constitucionalmente reconocido en la STC 44/2023

La impugnación de varios preceptos de la LO 2/2010 por parte de setenta y un diputados del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso, volvió a poner en la diana el debate jurídico y social sobre el aborto y sus límites constitucionales[20]. Finalmente,

---

señala que si la mujer es titular de derechos fundamentales específicos y en concreto del *derecho a la libre maternidad* la solución de las indicaciones no es satisfactoria: «(…) si se reconocen los derechos y valores constitucionales de la libertad, la dignidad, el desarrollo de la personalidad de la mujer y el derecho a la intimidad personal, los derechos a la libre maternidad y al aborto voluntario son derivación directa de aquéllos. Y si, además, se reconoce que el cigoto, embrión, feto o *nasciturus* no tiene la calidad de sujeto de derecho, sino de bien jurídico, carácter notablemente inferior en todas sus valoraciones a la mujer embarazada, la primacía de ésta es también principio fundamental».

[20] La demanda se fundamenta en ocho motivos que se articulan en dos bloques diferenciados en la propia sentencia. El primero de ellos afecta a los arts. 12, 13.4*, 14, 15 a), b) y c), 17.2 y 5, y 19.2. y se refiere a la impugnación de preceptos de la ley relativos a la interrupción voluntaria del embarazo propiamente dicha al considerar que vulneran el art. 15 CE, de conformidad con la interpretación realizada en su día por el Tribunal Constitucional en la STC 53/1085, y por ser contrarios a la garantía de la seguridad jurídica consagrada en el art. 9.3 CE. Además, en este mismo bloque se incluye el cuestionamiento de la regulación del consentimiento de las mujeres mayores de dieciséis y menores de dieciocho años por infringir los art. 27.3 y 39.1 y 4 CE, así como la regulación de la objeción de conciencia de los profesionales sanitarios por lesión de los arts. 16,1 y 2 y 18.1 CE. El segundo bloque se dirige contra los arts. 5.1 e)** y el 8 *in limine* y letras a) y b, y. afecta a los preceptos de la LO 2/2010 que regulan la inclusión de la perspectiva de género en la enseñanza e investigación en el ámbito de la salud sexual y reproductiva, al sostener que infringirían los principios, valores y derechos constitucionales que protegen la libertad ideológica, de conciencia y de enseñanza.

* Declarada la pérdida sobrevenida del objeto del recurso tras la modificación introducida por LO 11/2015 al suprimir el art. 13.4 de la LO 2/2010. Posteriormente, la LO 1/2023 de 28 de febrero, por la que se modifica la LO 2/2010 introdujo un nuevo artículo, el 13 bis, por el que se establece que las mujeres podrán interrumpir voluntariamente su embarazo a partir de los 16 años, sin necesidad del consentimiento de sus representantes legales.

** La LO 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la LO 2/2010 ha dado una nueva redacción a varios de los preceptos objeto del recurso afectando al contenido de los arts. 5.1 e), 8 *in limine* y letras a) y b) 14; 17,2 y 5, y 19.2. No obstante, el Tribunal considera que esta modificación no afecta al objeto del proceso, ya que los motivos de inconstitucionalidad de estos artículos fueron debatidos y desestimados en sesiones plenarias de 8 y 9 de febrero de 2023, fechas en las que no había sido aprobada la LO 1/2023. Además, como la propia sentencia recoge dado el planteamiento de la demanda y el alcance material de los cambios introducidos, pervive el interés constitucional en el enjuiciamiento sobre los motivos de inconstitucionalidad planteados por los recurrentes: la oposición al sistema de plazos en sí mismo —cualquiera que sea el periodo fijado para la interrupción voluntaria del embarazo—.

después de más de una década, el TC ha dictado la STC 44/2023 que resuelve el recurso sin admitir ninguno de los planteamientos esgrimidos.

Antes de entrar a analizar cada uno de los motivos de inconstitucionalidad alegados, el Tribunal considera necesario detenerse, como cuestiones previas —FJ 2—, en algunas consideraciones generales comunes a todo el bloque de impugnaciones dirigidas contra el modelo de regulación de la interrupción voluntaria del embarazo y que, en su opinión, no pueden ser obviadas. En primer lugar, el Tribunal señala que la labor de interpretación de la Constitución no consiste necesariamente en cerrar el paso a distintas opciones o variantes, imponiendo autoritariamente una de ellas. A esta conclusión se podrá llegar tan solo «cuando el carácter unívoco de la interpretación se imponga por el juego de los criterios hermenéuticos»[21]. Además, sostiene, que en el desarrollo de su labor de control el Tribunal debe interpretar la Constitución atendiendo al concreto contexto histórico[22]. Por último, la sentencia señala que el Tribunal «al realizar sus juicios de constitucionalidad, está obligado a interpretar los derechos, principios y valores concernidos tomando en consideración el principio de unidad de la Constitución (por todas, SSTC 113/1994, de 14 de abril, FJ 9; 179/1994, de 16 de junio, FJ 5; 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 11, y 9/2010, de 27 de abril, FJ 3); es decir, teniendo en cuenta

[21] «Queremos decir que las opciones políticas y de gobierno no están previamente programadas de una vez por todas, de manera tal que lo único que cabe hacer en adelante es desarrollar ese programa previo» (STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 7, y citándola entre otras muchas, SSTC 194/1989, de 16 de noviembre, FJ 2; 55/1996, de 28 de marzo, FJ 6; 197/1996, de 28 de diciembre, FJ 8; 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 1, y 49/2008, de 9 de abril, FJ 12).

[22] Así en la STC 198/2012, de 6 de noviembre, FJ 9, con base en la sentencia del Tribunal Supremo de Canadá de 9 de diciembre de 2004 que retoma la expresión de la sentencia *Privy Council, Edwards c. Attorney General for Canada* de 1930, «la Constitución es un "árbol vivo" […] que, a través de una interpretación evolutiva, se acomoda a las realidades de la vida moderna como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad, y no solo porque se trate de un texto cuyos grandes principios son de aplicación a supuestos que sus redactores no imaginaron, sino también porque los poderes públicos, y particularmente el legislador, van actualizando esos principios paulatinamente y porque el Tribunal Constitucional, cuando controla el ajuste constitucional de esas actualizaciones, dota a las normas de un contenido que permita leer el texto constitucional a la luz de los problemas contemporáneos, y de las exigencias de la sociedad actual a que debe dar respuesta la norma fundamental del ordenamiento jurídico a riesgo, en caso contrario, de convertirse en letra muerta».

También el Tribunal Europeo de Derechos Humanos adopta un enfoque dinámico y evolutivo como forma de interpretar el Convenio para lograr que sus derechos sean prácticos y efectivos. Conforme a él, «debe tener en cuenta las condiciones cambiantes en el Estado demandado, y en los Estados contratantes en general, y responder, por ejemplo, a cualquier convergencia evolutiva en cuanto a los estándares que deben alcanzarse» (SSTEDH de 11 de julio de 2002, asunto *Goodwin c. Reino Unido*, § 74, y de 28 de mayo del mismo año, asunto *Stafford c. Reino Unido*, § 68-69). Pauta que ha proyectado al contexto específico de la interrupción voluntaria del embarazo (STEDH de 16 de diciembre de 2010, asunto *A. B. y C. c. Irlanda*, § 234), poniendo el acento en el consenso como justificación de una interpretación dinámica del Convenio.

la relación e interdependencia de los distintos elementos del texto constitucional, que habrán de interpretarse como un todo armónico».

Partiendo de estas pautas y estableciendo las diferencias del objeto del recurso de inconstitucionalidad actual respecto del objeto de la STC 53/1985, afirma que el único parámetro de control de constitucionalidad para el Tribunal es la propia Constitución y la LOTC, sin que la STC 53/1985 —ni ninguna otra— pueda arrogarse tal facultad, tal y como pretenden los recurrentes. Además, el objeto y el marco procesal en ambos supuestos son distintos. En plena coincidencia con lo manifestado por el Abogado del Estado en sus alegaciones, el Tribunal sostiene que la STC 53/1985 fue dictada en el marco de un recurso previo de inconstitucionalidad contra un proyecto de ley orgánica que destipificaba el aborto —punible con carácter general hasta entonces— en tres supuestos (las denominadas indicaciones terapéutica, ética y embriopática), cuestionándose tan solo si resultaba conforme a la Constitución su despenalización en estos tres supuestos y quedando fuera del debate la eventual inconstitucionalidad de una despenalización absoluta.

El presente recurso de inconstitucionalidad (presentado veinticinco años después de la STC 53/1985), por el contrario, tiene por objeto una ley orgánica ya aprobada por el legislador —LO 2/2010—, que se encuentra en vigor y regula la interrupción voluntaria del embarazo no como una despenalización de un delito, sino como un *derecho* de la mujer a decidir libremente sobre su maternidad —dentro del marco de su salud sexual y reproductiva—, en consonancia con los estándares recogidos por organismos internacionales y europeos[23]. Este cambio de paradigma lleva a que la sentencia reconozca la necesidad de llevar a cabo una interpretación equilibrada y armoniosa de los derechos de la mujer y la protección de la vida prenatal, lo que genera una «tensión interpretativa en el interior de la Constitución» —FJ2— entre el respeto a la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad de la mujer embarazada (art. 10.1 CE) y su derecho fundamental a la integridad física y moral (art. 15 CE), por un lado, y, por otro, el deber del Estado de tutelar la vida prenatal como bien jurídico constitucionalmente protegido, sin que pueda prevalecer la vida del *nasciturus* por encima de los derechos constitucionales de la madre, como pretenden los recurrentes en sus alegaciones.

[23] En el ámbito de la Unión Europea, el Parlamento Europeo adoptó, el 24 de junio de 2021, la Resolución sobre la situación de la salud y los derechos sexuales y reproductivos en la Unión, en el marco de la salud de las mujeres [2020/2215 (INI)]. En ella se pide a los Estados miembros, en relación con la práctica segura y legal del aborto, que despenalicen la interrupción voluntaria del embarazo, y se adapten a las normas internacionales en materia de derechos humanos y a las mejores prácticas en el entorno europeo, garantizando que la interrupción del embarazo a solicitud de una mujer sea legal en la fase precoz de la gestación e incluso en una fase más avanzada si peligra la vida o la salud de la persona embarazada, recordando que una prohibición total de la práctica del aborto o su denegación puede considerarse un acto de violencia de género (puntos 33 a 35).

Como puede apreciarse, la STC 44/2023, es mucho más contundente y categórica que la dictada en 1985 a la hora de resolver la pugna entre los derechos de la mujer y la protección que debe ser dispensada a la vida prenatal. Para ello, el TC parte, al igual que hizo la STC 53/1985, de la premisa de que la decisión de la mujer sobre la interrupción de su embarazo se encuentra amparada en el art. 10 CE que consagra «la dignidad de la persona» y el «libre desarrollo de su personalidad»[24], así como en el art. 15 CE que garantiza el derecho fundamental a la integridad física y moral. Pero lleva este planteamiento hasta sus últimas consecuencias al señalar que de ello se desprende que el aborto se configura como un verdadero *derecho de la mujer* en cuanto la decisión de continuar adelante con el embarazo —con la trascendencia física, psicológica, social y jurídica que conlleva— condiciona su proyecto vital y enlaza de forma directa con su dignidad[25] y el libre desarrollo de su personalidad[26], por lo que estos principios resultarían ignorados si se obligara a la mujer gestante, en términos absolutos, a culminar su embarazo. Además, el derecho fundamental a la integridad física y moral se vería afectado si no se respetara por el Estado la libre decisión de la mujer de interrumpir un embarazo no deseado dentro de los límites legalmente establecidos. Lo contrario, esto es, la imposición de una maternidad forzada supondría una instrumentalización de la persona contraria al art. 15 CE (FJ 3).

No obstante, el más alto tribunal, entiende que ningún derecho tiene carácter absoluto, por lo que la interrupción voluntaria del embarazo, en algún momento, puede llegar a colisionar con la vida prenatal, bien jurídico constitucionalmente reconocido por el propio art. 15CE (STS 53/1985 (FFJJ 5 y 7), sin que pueda ponerse en idéntico nivel de protección que un derecho fundamental porque «en el caso de la vida del *nasciturus*, no nos encontramos ante un derecho fundamental mismo»,[27]. De hecho, el propio Tribunal sentencia que «quien no es persona no puede ser, no es, titular de derechos, ni, por ende, de derechos fundamentales» (FJ 3).

Ante esta tesitura no queda sino ponderar y verificar si los preceptos impugnados constituyen una limitación proporcionada de los derechos y bienes en conflicto, esto es, si la nueva regulación acogida por la LO 2/2010 responde a una correcta ponderación entre los derechos de la mujer afectados y el deber del Estado de proteger la vida pre-

[24] Tal y como recoge la STC 150/1991, de 4 de julio (FJ 3), la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad no son tan solo fundamentos abstractos informadores del ordenamiento jurídico, sino que «integran mandatos jurídicos objetivos y tienen un valor relevante en la normativa constitucional».

[25] El Tribunal, en su STC192/2003, de 27 de octubre (FJ 7), sostiene que la dignidad debe ser entendida como «el derecho de todas las personas a un trato que no contradiga su condición de ser racional igual y libre, capaz de determinar su conducta en relación consigo mismo y su entorno, esto es, la capacidad de autodeterminación consciente y responsable de la propia vida».

[26] La libertad de procreación es una manifestación del libre desarrollo de la personalidad (STC 215/1994 —FJ 4—).

[27] STC 212/1996, de 19 de diciembre, FJ3.

natal. Y es aquí donde el TC analiza detenidamente el sistema de plazos y su acomodo constitucional.

III.1. **Examen del sistema de plazos en la LO 2/2010**

III.1.1. ***Examen del sistema de plazos en su conjunto y filtro de constitucionalidad del nuevo modelo***

Antes de analizar la constitucionalidad de los específicos preceptos impugnados por los recurrentes, el Tribunal se detiene en el estudio del sistema de plazos[28] haciendo hincapié en que cada fase no puede ser contemplada de manera aislada o individual sino en función del sistema en su conjunto, lo que lleva a un equilibrio entre la protección de la vida prenatal y los derechos fundamentales de la mujer embarazada que determina su constitucionalidad. No se trata tan solo de un sistema que hace descansar la protección de intereses contrapuestos en el principio de proporcionalidad, sino de un *sistema de tutela gradual* de la vida prenatal cada vez más intenso según se van produciendo cambios cualitativos en el desarrollo del proceso vital del feto[29], pero que no olvida que el plano en el que se encuentra el posible conflicto —derecho de la mujer frente a bien jurídico constitucionalmente protegido— no es equivalente.

Así, en el primer periodo —catorce primeras semanas de gestación— la mujer puede interrumpir su embarazo libremente, sin intromisión de terceros ajenos y de manera informada y consciente[30]. En esta fase la tutela de la vida prenatal viene de la mano de un sistema preventivo general que se articula, por un lado, a través de políticas públicas de planificación familiar y el diseño de medidas de fomento de una sexualidad libre y responsable que eviten embarazos no deseados y abortos clandestinos. A ello se une

[28] El sistema de plazos fue declarado conforme con el Convenio Europeo de Derechos Humanos por la Comisión Europea de Derechos Humanos en su Decisión de 19 de mayo de 1992 (asunto *H. c. Noruega* (170004/90). En la misma dirección y declarándose a favor de extenderlo a Estados con legislaciones más restrictivas se pronunció la asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa en 2008. Sobre la constitucionalidad de este modelo en la doctrina penal Salinero Alonso, C., «El aborto no punible en el ordenamiento jurídico español: la —casi eterna— respuesta a una incertidumbre», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología,* 20-31, 2018, pp. 20-31 y la bibliografía allí citada.

[29] STC 53/1985, FJ 5. En este sentido ya Tomás-Valiente Latunza, C., «La jurisprudencia constitucional…, ob. cit., pp. 117 a 119, señalaba que los cambios fundamentales a lo largo de la gestación son dos: el que se produce aproximadamente transcurrido el primer trimestre de embarazo —doce/catorce semanas— y el momento en el que el feto, con carácter general, comienza a ser viable, lo que se produce a partir de las veintidós semanas.

[30] Según el Preámbulo II de la LO 2/2010 «la intervención determinante de un tercero en la formación de la voluntad de la mujer gestante no ofrece una mayor garantía para el feto y, a la vez, limita innecesariamente la personalidad de la mujer». El Tribunal se hace eco de lo que la STC 53/1985 denomina «autodeterminación consciente».

la sanción penal a través de los arts. 144 y ss. CP —aborto sin el consentimiento de la mujer o con consentimiento viciado por violencia, amenaza o engaño— o sin cumplir los requisitos exigidos por la ley[31].

La segunda fase abarca desde el fin de la semana catorce de gestación hasta el fin de la semana vigésima segunda. En este plazo la interrupción se permite sin concurre «un grave riesgo para la vida o salud de la embarazada» o existe «riesgo de graves anomalías del feto». En este supuesto la protección del *nasciturus* se lleva a cabo únicamente a través de la respuesta penal (art. 145 CP si se interrumpe el embarazo fuera de los dos supuestos señalados o del art 145 bis CP si se realiza sin respetar las condiciones legalmente establecidas para su realización).

El último periodo va desde el fin de la vigésima segunda semana de gestación en adelante. Este es el umbral de viabilidad del feto señalado por la comunidad científica y la literatura especializada, por lo que tan solo se admite la interrupción del embarazo únicamente en dos supuestos —«anomalías del feto incompatibles con la vida» o una «enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico»—. La interrupción del embarazo fuera de estos dos supuestos excepcionales encuentra su respuesta en el ordenamiento penal.

El Tribunal concluye que esta opción regulatoria estratificada resulta plenamente conforme con el texto constitucional y satisface el deber estatal de protección de la vida prenatal sin vulnerar los derechos de la mujer[32], por lo que el sistema de plazos resulta conforme a la Constitución.

A partir de aquí, el Tribunal va analizando uno a uno los motivos de inconstitucionalidad alegados por los recurrentes sin que llegue a admitir ninguno de ellos. Ante la imposibilidad en estas líneas de estudiar detenidamente cada uno de ellos, tan solo quiero apuntar tres cuestiones que terminan de centrar la decisión del tribunal.

[31] Considerando que cuando se practique un aborto sin cumplir con los requisitos legales establecidos tan solo será punible si el hecho entra dentro del ámbito de acción del art. 145 bis CP, García Rivas, N., «El aborto despenalizado…, ob. cit., pp. 313 y ss.

[32] La restricción que supone someter el aborto de más de catorce semanas a determinadas condiciones y limita, por tanto, el derecho al aborto de la mujer es plenamente constitucional porque «(i) obedece al legítimo fin de proteger la vida prenatal; (ii) es adecuada y necesaria para la consecución de tal fin; (iii) su configuración gradual a la luz, por un lado, del avance de la gestación y el desarrollo fisiológico-vital del concebido, y, por otro, de la afectación adicional o extraordinaria de los derechos constitucionales de la mujer, se ajusta al canon de proporcionalidad exigido por este tribunal para la constitucionalidad de cualquier limitación de derechos fundamentales, así como al modelo gradual de protección de la vida prenatal acogido por la propia STC 53/1985; y (iv) se lleva a cabo respetando, en todo caso, la posibilidad de un ejercicio "razonable" de los derechos de la mujer, a través del reconocimiento a esta de un ámbito temporal en que poder decidir, de manera libre e informada, si continúa adelante con la gestación u opta por interrumpirla, asumiendo de modo consciente y voluntario todas las consecuencias derivadas de una u otra decisión» (FJ 4).

a) Sobre la impugnación del contenido del art. 14 de la LO2/2010, esto es, la interrupción del embarazo dentro de las catorce primeras semanas (FJ 5), la sentencia afirma que el modelo de plazos no otorga una prevalencia absoluta a la voluntad de la embarazada sobre el no nacido, tal como sostienen los recurrentes, al articularse una tutela penal aún en la primera fase del embarazo y establecerse un modelo social, asistencial y sanitario que busca promocionar una sexualidad responsable y segura que evite embarazos no deseados, además de promover políticas de apoyo a la maternidad.

b) Por otra parte, en relación con la interrupción del embarazo por causas médicas (FJ 6), los recurrentes no cuestionan su constitucionalidad, sino que la posible interpretación que pueda hacerse del concepto «salud social» de lugar a una «ampliación exorbitante» de esta indicación. El Tribunal recuerda, en esta cuestión, que su función consiste en determinar si el precepto impugnando es contrario o no a la Constitución, «no en pronunciarse sobre eventuales e hipotéticas interpretaciones» ni en realizar «pronunciamientos preventivos referidos a posibles, y aún no producidas, aplicaciones de los preceptos legales»[33].

c) Por último, en referencia a la indicación embriopática —eugenésica para los recurrentes—, la sentencia sostiene que no puede entenderse que haya discriminación sobre los no concebidos con discapacidad respecto de los no concebidos sin ella, tal y como alegan los demandantes, puesto que, vuelve a insistir, en ningún caso los no concebidos son titulares del derecho a la vida ni a ningún otro derecho fundamental, sin que los términos empleados por la Ley —«graves anomalías en el feto», «anomalías fetales incompatibles con la vida» y «enfermedad extremadamente grave e incurable»— sean imprecisos y generadores de inseguridad jurídica. Tales conceptos están asentados en la ciencia médica, quedando su valoración en manos de expertos y estando justificada su legitimidad superada las primeras catorce semanas por la imposibilidad de que muchas de las pruebas realizadas en ese plazo no puedan detectar o confirmar las anomalías que pueda sufrir el feto. Circunscribir la interrupción del aborto a ese plazo privaría a la mujer del ejercicio de su derecho a no continuar con el embarazo y a afrontar su maternidad futura sin conocer la incidencia que tal discapacidad tendría para ella y para su hijo o hija. Finalmente, la tacha de inconstitucionalidad a la interrupción del embarazo de fetos de más de veintidós semanas, alegada por los recurrentes, se basa en la «desprotección desproporcionada e injustificable» de la vida del *nasciturus* al tratarse de fetos viables. La sentencia razonablemente sostiene que se trata de fetos cuyas anomalías

[33] FJ 6. En este sentido SSTC 77/1985, de 27 de junio, FJ 4; 172/1992, de 29 de octubre, FJ 2, y 31/2010, de 28 de junio, FJ 79.

son incompatibles con la vida, por lo tanto, no viables. Respecto al aborto en los que se detecta una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico, el Tribunal afirma que nos encontramos ante un supuesto extraordinario rodeado de una garantía procedimental muy rigurosa —evaluación por comité clínico multidisciplinar—. Además, su viabilidad puede llevar a ignorar la existencia de una situación de conflicto con los derechos de la embarazada y la extraordinaria afectación que para el libre desarrollo de su personalidad —art. 10 CE— supondría obligar a la mujer a llevar a término el embarazo en tales circunstancias.

IV. A MODO DE EPÍLOGO

A pesar de que el TC reconoce que el único parámetro de control al que obedece es la propia Constitución, lo cierto es que la STC 53/1985 al reconocer la constitucionalidad del sistema de indicaciones fija los mimbres de los que parte la actual interpretación sobre el aborto en su STC 44/2023. Este último pronunciamiento da un paso hacia adelante al reconocer al aborto como un derecho de la mujer a decidir libremente sobre su maternidad dentro del marco de su salud sexual y reproductiva. Así entendido, si bien el sistema de indicaciones es constitucionalmente adecuado, no es la única opción admisible dentro de la Carta Magna. Es más, el modelo de plazos —puro o combinado— tiene mejor encaje dentro del marco constitucional al respetar los derechos fundamentales de la mujer (dignidad y libre desarrollo de su personalidad, así como su derecho a la integridad física y moral) y proteger, al tiempo y de manera eficaz, también al *nasciturus,* una vez sobrepasado el plazo señalado por el legislador ordinario[34]. El entendimiento de que un conflicto entre un derecho fundamental y un bien jurídico constitucionalmente protegido debe resolverse siempre a favor del primero y el cambio en la perspectiva del punto de partida (análisis del problema desde la óptica de los *derechos de la mujer*), da lugar a la constatación de que el sistema de plazos es plenamente constitucional[35].

[34] Amparándose en la libertad como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico y al libre desarrollo de la personalidad que conlleva, VIVES ANTÓN, T.S., «Valoraciones ético-sociales», ob. cit., p. 152. El autor sostiene que las razones que puedan llevar a la mujer a abortar deben ser «sus propias razones, no las que el legislador considere oportuno imponerle», por ello considera que «la única restricción constitucionalmente legítima a la posibilidad de interrumpir voluntariamente el embarazo es la representada por un sistema de plazos razonablemente articulado».

[35] También podría considerarse constitucional una opción legislativa que llevara a una más amplia despenalización del aborto consentido, veinte primeras semanas de gestación, siguiendo el razonamiento del voto particular concurrente formulado por la magistrada María Luisa Balaguer Callejón.

IV. Bibliografía

Cuerda Arnau, María Luisa, «El debate constitucional: sobre la constitucionalidad de la Ley Orgánica 2/2010», en Vives Antón, T.S. y Cuerda Arnau, M.L. *El debate acerca de la legalización del aborto,* Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012.

Cuerda Riezu, Antonio, «Comentario a la sentencia 53/1985, de 11 de abril, sobre el recurso de inconstitucionalidad del Proyecto de Ley Orgánica que introduce en el Código penal un artículo 417 bis (Despenalización parcial del aborto)», *Cuadernos de Política Criminal*, 1986.

García Rivas, Nicolás, «El aborto despenalizado: el derecho de la mujer a una maternidad libremente decidida», en Palomar Olmeda, A. / Cantero Martínez, J. (dirs.) *Tratado de derecho sanitario,* Aranzadi, 2013.

Gimbernat Ordeig, Enrique, «Crítica a la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre la despenalización parcial del aborto», *Estudios de Derecho Penal*, Tecnos, Madrid, 1990.

Ibañez y García-Velasco, José Luis, *La despenalización del aborto voluntario en el ocaso del siglo xx,* Siglo XXI de España Editores, Madrid., 1992.

Laurenzo Copello, Patricia, *Dogmática y política criminal del aborto*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

— «Desandando el camino. La contrarreforma del aborto», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 16-09, 2014.

Marín Gámez, José Ángel, *Aborto y Constitución,* Universidad de Jaén, Jaén, 1996.

Nuñez Paz, Miguel Ángel, *Interrupción voluntaria de la vida humana*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

Romeo Casabona, Carlos María, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana.* Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994.

Ropero Carrasco, Julia, «La insuficiencia del sistema de indicaciones en el delito de aborto», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penale.* Vol. LVI, 2003.

Salinero Alonso, Carmen, «El aborto no punible en el ordenamiento jurídico español: la —casi eterna— respuesta a una incertidumbre», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 20-31, 2018.

Tomás-Valiente Lanuza, Carmen, «La jurisprudencia constitucional española sobre el aborto», en Shapiro, Ian / De Lora del Toro, Pablo / Tomás-Valiente Lanuza, Carmen, *La Suprema Corte de Estados Unidos y el aborto*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009.

Vives Antón, Tomás Salvador, «Valoraciones ético-sociales y jurisprudencia constitucional: el problema del aborto consentido», *Revista Española de Derecho* Constitucional, año 5, núm. 15, 1985.

46

LOS DELITOS INFORMÁTICOS Y LOS CIBERDELITOS. NOTAS SOBRE SU EVOLUCIÓN Y PROYECCIÓN CON UNA MIRADA A LA CONTRIBUCIÓN DE ROMEO CASABONA EN LA DISCUSIÓN

Christian Scheechler Corona*
Profesor de Derecho Penal
Universidad Católica de la Santísima Concepción (Chile)

SUMARIO: I. Introducción. II. La denominada delincuencia informática, ciberdelincuencia o cibercriminalidad. Algunos aspectos conceptuales e históricos. III. La evolución de la delincuencia asociada a las tecnologías computaciones, informáticas y telemáticas. Pasado, presente y proyecciones. III.1. Una primera generación de conductas asociadas a la computación y la informática. III.2. La segunda generación y la aparición de las redes. III.3. Presente y futuro de la delincuencia en el espacio físico y cibernético. La visión de Romeo Casabona. IV. Ideas finales. V. Bibliografía.

I. Introducción

La irrupción de los ordenadores y la informática en el escenario criminal generó un centenar de discusiones de diversa índole, desde lo político-criminal hasta lo dogmático. Viejas instituciones y categorías jurídicas se vieron drásticamente alteradas por realidades inimaginables décadas o siglos atrás, y que cambiaban el entorno no solo en lo formal, sino también sustancialmente. La utilización de estas nuevas «máquinas» significó una encrucijada a jueces y abogados, quienes debían vestir «nuevos cuerpos con viejos ropajes», poniendo en jaque al principio de legalidad y otros clásicos bastiones del Derecho Penal.

* Si la grandeza de un ser humano es directamente proporcional a su sencillez, mi querido Maestro reflejó perfectamente esa máxima. Agradezco las dos oportunidades en que aceptó mi invitación para venir a Chile, y compartir su sabiduría con la comunidad penalista chilena. En particular, en su visita de 2023, donde los compromisos profesiones fueron matizados por un viaje al Valle del Elqui, una extensa conversación sobre su tesis doctoral en Historia, y muy especialmente, un breve pero feliz encuentro en casa junto a mi familia. Siempre con la humildad que solo los verdaderamente grandes pueden exhibir como virtud.

En el último medio siglo, la doctrina penal ha contribuido a la discusión teórica y práctica en la materia. En lo primero, extenso y complejo ha sido el debate sobre la inclusión de las «máquinas» como medio de comisión de delitos, como objeto de los mismos, e incluso, más recientemente, como «agente» delictivo. Los autores han intentado identificar y clasificar múltiples fenómenos con dichas características, esforzándose por determinar si nos encontramos ante los mismos delitos y categorías con nuevas formas comisivas, o bien frente a nuevas instituciones que se diferencian sustancialmente de las anteriores.

En este escenario, nuestro homenajeado hizo aportes sobresalientes en la materia durante su extensa carrera. Desde su trascendente obra «Poder informático y seguridad jurídica», en la década de los ochenta, hasta sus últimos trabajos sobre inteligencia artificial y derecho penal, la discusión dogmática, filosófica y político-criminal se vio enaltecida con cada trabajo del maestro Romeo Casabona.

En las próximas líneas, nos abocaremos a una de las tantas discusiones en la que los aportes del profesor Romeo marcaron tendencia, el rango conceptual de las formas delictivas surgidas desde la masificación de la computación, la informática y las tecnologías de las comunicaciones. Así, revisaremos la evolución terminológica de los delitos informáticos y los ciberdelitos, teniendo como hilo conductor la obra del maestro aragonés, sin dejar de lado las contribuciones de otros importantes autores españoles, alemanes y norteamericanos. Finalmente, revisaremos las ideas que nos dejó en su obra sobre el panorama actual y futuro de esta forma de delincuencia.

II. La denominada delincuencia informática, ciberdelincuencia o cibercriminalidad. Algunos aspectos conceptuales e históricos

La delincuencia asociada a las tecnologías informáticas y/o telemáticas no ha gozado de unanimidad en la doctrina a la hora de elegir la nomenclatura a usar. Así, se ha hablado desde delitos computacionales e informáticos, hasta ciberdelitos, entre otros tantos[1]. La segunda pareció correr con ventaja durante bastante tiempo, al menos en la cotidianeidad de su uso, aunque al entrar el Siglo XXI se masificó la utilización del concepto ciberdelitos, o su símil en inglés, *cybercrime* (no siendo sinónimos[2]). Más común fue el uso de la expresión *computer crime*, concepto que, traducido al español,

[1] Tiedemann, K., «La criminalidad económica como objeto de investigación», *Cuadernos de Política Criminal*, N.º 19, 1983, p. 173.

[2] A propósito de esto último, cabe hacer presente que la distinción entre delitos informáticos y ciberdelitos parece alcanzar también a los países angloparlantes. Ya en 1983, un grupo de expertos de la OCDE utilizó el término *computer-related crime* o delitos relacionados con los ordenadores, entendiendo por tales cualquier comportamiento antijurídico, no ético o no autorizado, relacionado con el procesado automático de datos y/o transmisiones de datos. El concepto fue valorado por Sieber debido a su amplitud, lo que permite ser utilizado tanto desde una perspectiva dogmática penal como criminológica o policial,

significa por igual delitos computacionales o delitos informáticos[3], cuestión que ha influido en la doctrina de habla hispana, dificultando encontrar los términos adecuados.

A pesar de que se conocían casos de delitos cometidos a través de ordenadores desde la década del cincuenta, uno de los primeros esfuerzos conceptuales oficiales, orientados a otorgar un nombre a este tipo de ilícitos, puede fecharse en 1979, cuando el Departamento de Justicia de Estados Unidos consideró como *computer crime* a «[…] cualquier acto ilegal en relación con el cual el conocimiento de la tecnología informática es esencial para su comisión, investigación o persecución»[4]. Luego, en Mayo de 1983, un grupo de expertos de la OCDE elaboró una definición de «delitos relacionados con los ordenadores» (*computer-related crimes*), señalando que son «[…] cualquier comportamiento antijurídico, no ético o no autorizado, relacionado con el procesado automático de datos y/o transmisiones de datos»[5]. Esta definición ocupa como criterio el medio comisivo, que es tan amplio como restrictivo al mismo tiempo.

Para Romeo Casabona, cibercrimen o ciberdelito son conceptos que se utilizan comúnmente como sinónimos, aunque no lo son estrictamente hablando, y son «[…] el conjunto de conductas relativas al acceso, apropiación, intercambio y puesta a disposición de información en redes telemáticas, las cuales constituyen su entorno comisivo, perpetradas sin el consentimiento o autorización exigibles o utilizando información de contenido ilícito, pudiendo afectar a bienes jurídicos diversos de naturaleza individual o supraindividual»[6]. Para el maestro, los ciberdelitos serían, como ya se indicó, una generación posterior a los delitos informáticos, caracterizados principalmente por el uso de redes telemáticas.

El vocablo ciber (o *cyber*), como prefijo, se ha utilizado para relacionar un conjunto heterogéneo de elementos que tienen una relación mayor o menor con Internet, las redes telemáticas, la robótica o incluso la inteligencia artificial (IA). Ciber proviene de

---

por ejemplo, Sieber, U., «Documentación para una aproximación al delito informático», en Santiago Mir Puig (Comp.), *Delincuencia informática*, PPU, Barcelona, 1992, p. 66.

[3] Incluso, según el Diccionario de Oxford, podría utilizarse hasta como idea afín de Internet, en algunas oraciones.

[4] U. S. Departament of Justice, *Criminal justice resource manual on computer crime.* National Criminal Justice Information Statistics Service, Washington D.C., 1979, pp. 2 y ss. No podemos dejar de considerar el hecho de que también se ha negado la existencia de una categoría de esta índole, véase Taber, J. K., «On computer crime (Senate Bill S. 240)», *Computer / Law Journal,* N.º 1, 1979, p. 517, citado en Gutiérrez Frances, M. L., *Fraude informático y estafa (aptitud del tipo de estafa en el derecho español ante las defraudaciones por medios informáticos).* Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1991, p. 54.

[5] Véase Sieber, U., *Documentación…ob.cit.,* p. 66.

[6] Romeo Casabona, C. M., «De los delitos informáticos al cibercrimen. Una aproximación conceptual y político criminal», en Carlos María Romeo Casabona (coord.), *El cibercrimen. Nuevos retos jurídico-penales, nuevas respuestas político-criminales,* Comares, Granada, 2006, p. 9.

la palabra cibernética[7], que, etimológicamente hablando, proviene a su vez del griego Κυβερνήτης (*kybernetiké)*, que significa «arte de gobierno del timonel». En el siglo XX, el que acuñó la palabra fue el científico Norbert Wiener, quién además fue el primero que vinculó la cibernética y el Derecho. Él calificó a la cibernética como la «[…] ciencia del control y de la comunicación en los animales y en las máquinas»[8]. Para Pérez Luño, esta definición de cibernética permite incluir versiones modernas algo más restringidas, así como al mismo tiempo, considera que es el marco para otras ciencias, como la informática. Por su parte, esta última se transformaría en una disciplina incorporada en una más amplia, constituyéndose en uno de sus sectores más importantes[9]. Esta relación viene apoyada históricamente desde la década del cincuenta, cuando un académico de Iowa, Ben Laposky, creó los oscilones, o abstracciones electrónicas por medio de un ordenador analógico. Esto derivó en lo que habría de ser denominado *computer graphics* y, más tarde, *computer art* o infoarte[10].

La telemática es una ciencia producto del fenómeno convergente de las TIC, toda vez que es una fusión entre la informática y las telecomunicaciones, que dieron origen al vocablo teleinformática, de cuya contracción se deriva en telemática. Lázaro Laporta/ Miralles Aguiñiga la entienden como «[…] el campo de estudio en que tanto las tecnologías, sistemas, redes o servicios en los que operativamente y en la proporción que sea están inmersos ordenadores y comunicaciones, en definitiva, la aplicación de la informática como soporte de las comunicaciones»[11]. Es, como se aprecia, un concepto bastante amplio y flexible, que permite su adaptación frente al surgimiento cotidiano de nuevas expresiones tecnológicas, que en muchos casos son simplemente nuevas manifestaciones o modelos de soluciones ya dadas por la disciplina. Por su parte, sistema telemático es un conjunto de recursos distribuidos que utilizan los procesos informáticos

[7] La Real Academia de la Lengua Española define la cibernética como «1. f. Estudio de las analogías entre los sistemas de control y comunicación de los seres vivos y los de las máquinas; y en particular, el de las aplicaciones de los mecanismos de regulación biológica a la tecnología».

[8] Wiener, N., *Cibernética*. Guadiana, Madrid, 1971, pp. 231-246.

[9] Pérez Ñuño, A. E., *Cibernética, informática y derecho. Un análisis metodológico*. Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1976, p. 17-18.

[10] Con estos antecedentes, la cibernética dio un impulso mayor a la teoría de la información a mediados de los sesenta, más aún cuando el ordenador digital sustituyó al analógico en la elaboración de imágenes electrónicas. En esos años aparecen la segunda generación de computadoras (con transistores en 1960) concretándose por entonces los primeros dibujos y gráficos de ordenador, y la tercera (con circuitos integrados, en 1964) así como los lenguajes de programación. Si a todo esto agregamos lo que la ciencia ficción ha depositado en la cultura popular —*cybrog* o cibercafés, por ejemplo—, puede entenderse la vinculación entre el concepto cibernético —o ciber— y la informática, la telemática e Internet, que a su vez terminan conectándose con la jerga jurídica. Beer, S., *What´s cybernetic?*. Disponible en: http://www.nickgreen.pwp.blueyonder.co.uk/beerWhatisCybernetics.pdf (Última consulta: 06 de enero de 2025).

[11] Lázaro Laporta, J., Miralles Aguiñiga, M., *Fundamentos de la telemática*. Ed. de la UPV, Valencia, 2005, p. 3.

para comunicarse[12]. Internet en la actualidad no es solo una red de ordenadores, sino una red telemática. No la única, pero sí la más importante.

La trascendencia de estas redes en la sociedad actual es básicamente la razón por la que Romeo Casabona hablaba de una siguiente generación de delitos, posterior a los informáticos, caracterizados por la presencia de estas redes. El concepto del autor es eminentemente cualitativo. Sin embargo, él mismo advierte que el término cibercrimen o ciberdelito tampoco es completa ni totalmente preciso desde una perspectiva penal, por lo que se obstaculiza el fin de cumplir con una función integradora a las expresiones criminógenas asociadas a las TIC, al menos desde un punto de vista dogmático. Lo que sí permitiría con mayor facilidad es un enfoque criminológico de la situación, al ser lo suficientemente flexible como para responder a las características fenomenológicas del conjunto de conductas usualmente consideradas[13].

Entre las décadas del setenta y ochenta, la mayor parte de los delitos relacionados con los ordenadores no comprendían a las redes, sino que manipulaciones de entrada o salida de datos (*input/output*), principalmente en las empresas e instituciones financieras. Sieber describe algunos de los más conocidos casos en la ex República Federal Alemana, que consistían, por ejemplo, en el ingreso de información sobre gente ficticia para obtener dineros deducidos sobre los impuestos a la renta de empleados que tenían que ser pagados a las oficinas de recaudación de impuestos[14]. Dicho autor prefirió la utilización del término delitos informáticos[15], y aunque no lo define, sí ejemplifica algunas de las formas de realización de estas figuras y que eran de común ocurrencia, principalmente en la década del ochenta[16]. El concepto de delitos informáticos es impreciso, pues como bien recuerda Rovira Del Canto, nace de la traducción semiliteral del anglicismo *computer crimes*, que alude al medio comisivo —computador u ordenador— y no a la ciencia que procura su funcionamiento —la informática, o mal llamada coloquialmente como computación—[17].

[12] Véase Lázaro, J., Miralles, M., *Fundamentos de…ob.cit.,* p. 3.

[13] Véase Romeo Casabona, C. M., *De los delitos…ob.cit.,* p. 9.

[14] Véase Sieber, U., *Documentación…ob.cit.,* pp. 67 y ss.

[15] Otros autores se refieren al concepto en singular, es decir, delito informático. Véase, entre otros, Blas Zulueta, L., «Delitos informáticos», *Revista General de Derecho*, N.º 495, 1985, pp. 310 y ss; Bolaños Ramírez, M. R., *El delito informático como nueva figura jurídica.* AAVV, Actas del Primer Congreso Iberoamericano de Informática Jurídica, CREI, Madrid, 1985, pp. 301 y ss.; Camacho Losa, L., *El delito informático*. Gráficas Cóndor, Madrid, 1987, pp. 5 y ss., entre otros.

[16] Entre estas, manipulaciones de ordenador (*input, software*, consola, *output* y abusos especiales en tiempo compartido o teleproceso), espionaje informático y hurto de *software*, sabotaje informático y delitos económicos en general. Sieber, U., «Criminalidad informática: peligro y prevención», en Santiago MIR PUIG (Comp.), *Delincuencia informática*, PPU, Barcelona, 1992, pp. 15 y ss.

[17] Rovira del Canto, E., *Delincuencia informática y fraudes informáticos.* Comares, Granada, 2002, p. 29.

Romeo Casabona[18] fue crítico del concepto de delito informático, apuntando a que no puede hablarse del tema en singular[19], toda vez que se trataría de una pluralidad de conductas cuyo único punto común es su vinculación de alguna manera con los ordenadores. La visión del autor en este sentido fue correcta, pues la mayor parte de los esfuerzos que buscaron unificar conceptos en este sentido tienden a utilizar criterios demasiado amplios, que desfiguran los contornos del objeto que se pretende definir. Romeo Casabona optaba por expresiones como «delincuencia informática» o «delincuencia vinculada al ordenador o a las tecnologías de la información»[20]. El mismo autor entrega los rasgos generales sobre los que debería trabajarse, al expresar que:

> «A la vista de estas definiciones podemos concluir que la delincuencia informática o los delitos relacionados con la misma indican un aspecto de la criminalidad que caracterizado por una *nueva dimensión* que explica su *especificidad*, ambas notas las aporta el ordenador junto con sus *funciones propias* más importantes: el procesamiento y transmisión automatizados de datos y la confección y/o utilización de programas para tales fines. Cualquier conducta que no opere sobre la base de esas funciones, aunque pueda resultar delictiva (o merecedora de sanción penal, en su caso), no poseerá ya esa especificidad (como sucede con la mayor parte de las agresiones sobre el *hardware*) y deberá ser, por tanto apartada del estudio de la delincuencia vinculada a la informática o tecnologías de la información. En este sentido, es irrelevante que el ordenador sea instrumento u objetivo de la conducta»[21].

No obstante lo anterior, ya en la década del ochenta, el propio Romeo Casabona y otros autores comprendían que la terminología ocupada hasta ese momento en habla hispana no era precisa, en términos jurídicos, para definir el fenómeno estudiado. La gama de conductas relacionadas con las nuevas tecnologías tentaba a la doctrina a insistir en conceptos amplios, que permitieran la inclusión de estos comportamientos. Los ataques de *hackers* y *crackers* suponían la existencia de hechos no solo patrimoniales, sino que afectaban otros intereses no contemplados hasta ese entonces (telecomunica-

[18] Romeo Casabona, C. M., *Poder informático y seguridad jurídica.* Fundesco, Madrid, 1987, p. 41. En igual sentido, Mata y Martín, R., *Delincuencia informática y derecho penal*. Edisofer, Madrid, 2001, pp. 21-23.

[19] Puede apreciarse de este modo véase Rovira del Canto, E., *Delincuencia informática…ob.cit.,* pp. 159 y ss.; Cruz de Pablo, J. A., *Derecho penal y nuevas tecnologías. Aspectos sustantivos*. Grupo Difusión, Madrid, 2006, p. 20; Aguilar Cárceles, M., «Los delitos informáticos: cuantificación y análisis legislativo en el Reino Unido», *Cuadernos de Política Criminal*, N.º 110, 2013, p. 233; entre otros.

[20] Véase Romeo Casabona, C. M., *Poder informático…ob.cit.,* p. 41.

[21] Véase Romeo Casabona, C. M., *Poder informático…ob.cit.,* p. 43. El mismo autor, años después, describiría a los delitos informáticos como «conductas que atentan de forma grave a determinados bienes del individuo —pero también de personas jurídicas— que presentan una configuración específica y exclusiva de la actividad informática y telemática, y han sido sometidos a una tipología técnico-criminológica». Luzón Peña, D. M. (dir.), *Enciclopedia penal básica.* Comares, Granada, 2002, p. 518.

ciones, privacidad, etc.). Sieber era uno de los partidarios de un concepto amplio, por su capacidad inclusiva frente al nuevo escenario[22].

Gutiérrez Francés, en principio, se inclinó por la fórmula defendida por Sieber, es decir, un concepto amplio, ya que una herramienta conceptual menos rígida abarcaría las características criminológicas, y permitiría incluir no solo las conductas tipificadas, sino aquellas merecedoras de tal. Así, la autora acepta denominaciones como criminalidad informática o delincuencia vinculada a los sistemas de procesamiento de datos[23]. Sin embargo, debemos recalcar que esto es sólo un punto de vista inicial, toda vez que la misma autora afirma que debe agregarse a ese concepto amplio criterios correctivos que permitan delimitar su contenido, buscando especificidad en la relación de los medios informáticos con los delitos en cuestión[24]. Más amplio incluso parece ser Bequai, en la doctrina norteamericana, toda vez que no considera admisible restringir el *computer crime* al uso instrumental de medios informáticos, pues el elemento común a este tipo de figuras sería que el ordenador y los programas son no solamente medios sino también objeto de la conducta[25].

Cruz De Pablo define delito informático como, «[…] aquellas conductas típicas, antijurídicas, culpables, y debidamente sancionadas por el ordenamiento jurídico penal para cuya ejecución se valen de ordenadores, computadoras o cualquier otro mecanismo electrónico o informático, bien como medio, bien como fin, o mediante el uso indebido de los mismos»[26]. Esta definición refleja, a través de sus medios comisivos, la ausencia aún de la idea de redes informáticas o telemáticas, poniendo el acento más bien en los *hardware* utilizados para la actividad delictiva, como ordenadores u otros mecanismos «electrónicos», o sobre los que recae alguna conducta. Las redes dirían presentes con la asunción del concepto de ciberdelitos o cibercrimen.

[22] Sieber, U., *The International Handbook on Computer Crime: Computer-related Economic Crime and the Infringements of Privacy.* Wiley, New Jersey, 1987, p. 19. Este carácter amplio puede apreciarse en la definición entregada por la Reunión de Expertos en el Ciberdelito, de la Organización de Estados Americanos, del año 2003, que entiende por delito informático (se insiste en el singular) como «[…] toda conducta, atentatoria de bienes jurídicos relevantes, que suponga el uso de medios informáticos en alguna de sus fases de ejecución».

[23] Véase Gutiérrez Frances, M. L., *Fraude informático…,* ob. cit., p. 53.

[24] Véase Gutiérrez Frances, M. L., *Fraude informático…,* ob. cit., p. 53.

[25] Bequai, A., *Computer crime.* Health Lexington Books, Lexington, 1978, pp. 3 y ss. Este concepto sería sólo aparentemente amplio pues, como se verá con posterioridad, si los elementos son exigidos copulativamente se restringe considerablemente el radio de acción del término delitos informáticos. Cabe también incluir la definición de Tortras, quien es uno de los pocos autores que restringe en su conceptualización estas figuras únicamente al dolo, al señalar que delito informático es «[…] la acción dolosa que vulnera bienes jurídicos penalmente protegidos mediante la utilización de medios informáticos». Tortras y Bosch, C., «El delito informático», *Revista Informática y Derecho,* N.º17, 1989, p. 45.

[26] Véase Cruz de Pablo, J. A., *Derecho penal y…,* ob. cit., p. 20.

Romeo Casabona los consideraba, *a priori, como* un conjunto de conductas de una generación posterior a los delitos informáticos. En primera instancia se comparte esta apreciación, pero con algunas variantes específicas en cuanto a extensión[27]. Estos últimos, de acuerdo a lo caracterizado por el mismo autor y otros ya citados, se identificarían por el uso de la informática como medio comisivo y/o como objeto de la conducta. Sin embargo, la nota característica de los ciberdelitos sería la incorporación de redes de comunicación y sistemas telemáticos para la comisión de los ilícitos[28]. Algo similar ocurre en la literatura anglosajona, donde es posible hacer una distinción entre *cyber crime* (separados) y *cybercrime* (escrito sin separación). El primer concepto reflejaría los modos convencionales de actuación mediante el empleo de nuevas tecnologías, mientras que escrito como un solo vocablo, haría alusión a nuevas formas de criminalidad mediante el uso de tales tecnologías, como el *cibergrooming* o el ciberterrorismo, por ejemplo[29].

III. La evolución de la delincuencia asociada a las tecnologías computaciones, informáticas y telemáticas. Pasado, presente y proyecciones

Si bien en este punto la doctrina ha tenido graves problemas para poder encontrar conceptos más o menos uniformes de dichas categorías, sí ha sido pródiga en describir las conductas o hechos que pueden encasillarse como delitos informáticos o ciberdelitos, respectivamente. A continuación, veremos un resumen general del catastro de las conductas que la doctrina más entendida ha considerado como representativas de una u otra categoría.

III.1. Una primera generación de conductas asociadas a la computación y la informática

Sieber, décadas atrás, realizó una sistematización de lo que él consideraba los abusos informáticos más importantes, de acuerdo a casos extraídos de la práctica. Muchas de estas figuras son realmente cuestionables de acuerdo a lo que se ha entendido como delitos informáticos, mientras otros podrían considerarse ciberdelitos[30].

[27] Véase Romeo Casabona, C. M., *De los delitos…,* ob. cit., p. 6.

[28] Véase Romeo Casabona, C. M., *De los delitos…,* ob. cit., p. 6.

[29] Smith, R. G., Grabosky, P. / Urbas, G., *Cyber criminals on trial*. University Press, Cambridge, 2004, pp. 5-6.

[30] Véase Sieber, U., *Criminalidad…,* ob. cit., pp. 15 y ss. Algunas de estas figuras coinciden con las que la OCDE, a través de la Comisión Internacional de Expertos en Derecho Informático, consideraría como de «cobertura penal mínima» en el ámbito de los delitos informáticos. Se mencionan aquí como formas principales de abusos informáticos al fraude informático, la falsificación, el sabotaje informático, la copia ilegal de programas informáticos y el acceso ilegal a sistemas informáticos. Véase Rovira del Canto, E., *Delincuencia informática…,* ob. cit., p. 305.

Por una parte, encontramos las manipulaciones de ordenador y hurto de tiempo[31], que, si bien constituyen un término bastante amplio, pueden entenderse básicamente como modificaciones de datos que tienen por objetivo obtener un lucro personal. Se les reconoce un importante elemento criminógeno: son cometidos de forma usual por *intraneus*, trabajadores de las empresas perjudicadas. En concreto, dichas manipulaciones pueden darse en distintas fases del proceso informático, partiendo por la introducción de datos falsos al sistema, también conocidas como manipulaciones del *input*; puede ser una alteración en el orden del proceso —manipulación del programa y/o de la consola—[32]; o finalmente la conducta puede consistir en falsear el resultado obtenido en el proceso, lo que se conoce como manipulación del *output*[33].

El espionaje informático y el hurto de *software* fueron apuntados por Romeo Casabona por su innegable valor comercial —refiriéndose en especial a las bases de datos— lo que lo hace un blanco atractivo incluso para empresas rivales[34]. De acuerdo a lo anterior, puede establecerse que el objeto del espionaje informático son los programas de ordenador, elemento esencial en el desarrollo de la informática y las telecomunicaciones en la era moderna, y los datos contenidos en dichos programas, referidos usualmente en el mundo de la empresa a clientes, adquisiciones, cálculos, contabilidad, cuentas, etc., aunque también cabe agregar datos de desarrollo e investigación[35]. Sieber señalaba a los propios desarrolladores del *software* como los principales sujetos activos de estas conductas, al sentirse con cierto «derecho» al uso de su creación, aprovechando además su característica de *insider.* Si los datos eran destruidos, estábamos ante el sabotaje informático, cuyas formas más comunes fueron a través de incendios y atentados con

[31] Respecto al hurto de tiempo, se consideraba así a aquellas conductas en las que los empleados de una empresa involucrados en el proceso de datos utilizan los ordenadores de la misma o sus *software* para fines privados u otras actividades complementarias, sin autorización de la empresa. Véase Sieber, U., *Criminalidad…,* ob. cit., p. 27.

[32] La clasificación identifica seis acciones en total, Dávara Rodríguez, M. Á., *Derecho informático.* Aranzadi, Pamplona, 1993, p. 322.

[33] Véase, además, Nycum, Susan H., «The criminal law aspects of computer abuse: Part I –state penal laws», *Rutgers Journal of Computer and Law*, N.º 5, 1976, pp. 271 y ss. Brown en Estados Unidos y Jaeger en Francia siguen, aunque no con el mismo orden, la línea de conductas de Sieber, incluyendo el primero los ataques o interferencias físicas a los *hardware* y la interferencia en las telecomunicaciones, entre otros —el primero— y los fraudes en general, a nivel de *input*, tratamiento o *output* —el segundo—. Brown, R. A., «Crime and computers», *Criminal Law Journal*, Vol. 7, 1973, p. 70; Jaeger, M., «Le fraude informatique», *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, 1985, pp. 331 y ss., Romeo Casabona critica esta clasificación de Jaeger —la que podría hacerse extensiva a Sieber— al señalar que más que el contenido de la conducta, esta mira al momento en que la acción se produce en la cadena de procesamiento de datos, él mismo y ambos citados en Romeo Casabona, C. M., *Poder…,* ob. cit., pp. 43-44.

[34] Por lo mismo el autor lo relaciona con el secreto de empresa y su revelación como conducta delictiva, Véase Romeo Casabona, C. M., *Delitos…,* ob. cit., p. 525.

[35] Véase Sieber, U., *Criminalidad…,* ob. cit., p. 23.

bombas[36], así como en el uso de programas-*crash* (programas destructores), *software* que borran grandes cantidades de datos almacenados en una base y cuya operatividad es efectiva en un breve lapso de tiempo[37].

En el ámbito patrimonial asociado al enriquecimiento ilícito y las ventajas económicas, la doctrina reconocía al clásico fraude informático, la manipulación o acceso a cajeros automáticos y otros delitos económicos[38] cometidos por computadoras. Para Romeo Casabona, los primeros se trataban de verdaderas estafas, las que sin embargo han tenido resistencia en la doctrina y la jurisprudencia por la supuesta falta del elemento «engaño»[39]. Aunque en los ochenta no se contemplaba una figura de estas características, el Código Penal español (CPe) de 1995 la incluyó expresamente, en el artículo 248.2[40].

En el caso de los cajeros, los *modus operandi* en este tipo de conductas van desde la sustracción de tarjetas bancarias verdaderas hasta su falsificación o «clonación»[41]. Según Romeo Casabona, su calificación jurídica se complicó con la dictación del CPe de 1995, ya que no sería posible subsumir las conductas en los tipos de estafa tradicional o estafa informática, debido a la imposibilidad de engañar a la máquina y porque no habría una verdadera manipulación del cajero en estos casos, sino simplemente el uso para el que la máquina está destinada, expender dinero[42].

En general, los delitos económicos cometidos por computadoras eran ilustrados por Sieber a través del famoso caso *Equity-Funding*, con el objeto de resaltar el hecho de que el daño económico a las empresas puede venir no de sus empleados menores en rango, sino que desde sus propios altos mandos, gerente, administradores, etc.,[43] perjudicando

[36] Aquí se trata de conductas físicas que producen daños tangibles, como el ataque que realizaron terroristas contra las oficinas de un centro informático de la República Federal Alemana, en 1983. Véase Sieber, U., *Criminalidad…ob.cit.,* p. 74. Nycum excluye expresamente cualquier ataque a *hardware* en su noción de *computer crime*, limitando las conductas ilícitas exclusivamente al abuso y ataque a *software*. Véase Nycum, S. H., *The criminal…ob.cit.,* p. 271.

[37] Véase Sieber, U., *Criminalidad…ob.cit.,* p. 25. Incluye estas figuras en su clasificación Briat, al mencionar el deterioro de datos y programas y/o la obstaculización de su utilización en sistemas informáticos. Briat, M., «Le fraude informatique: une approcche de droit comparé», *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, 1985, p. 287, citado en Romeo Casabona, C. M., *Poder…ob.cit.,* p. 44.

[38] Este concepto, usado de forma distinta a cómo lo entendemos en la actualidad.

[39] Véase Romeo Casabona, C. M., *Delitos…ob.cit.,* p. 523.

[40] Para Sieber, las formas comisivas ordinarias eran el uso de programas creados especialmente para tales efectos, o bien añadiendo rutinas como troyanos o *superzap*. La técnica del *salami* es un claro ejemplo de lo mismo.

[41] Véase Sieber, U., *Documentación…ob.cit.,* p. 70.

[42] La situación podría cambiar si la tarjeta es falsificada, aunque el autor optó aquí por el robo con fuerza en las cosas. Véase Romeo Casabona, C. M., *Delitos…ob.cit.,* pp. 524-525.

[43] En este famoso caso se vieron involucrados 22 sujetos de la empresa de seguros *Equity-Funding* Corporation, que crearon 56.000 contratos ficticios en 2 años, a través de programas especialmente diseñados para tal efecto, con el fin de cobrar las polizas de seguros consignados en dichos instrumentos. Las ganancias ilícitas alcanzaron los 30 millones de dólares, multiplicando las primas y montos a pagar

a la propia empresa, a los consumidores, inversionistas o agencias gubernamentales. De modo distinto, su compatriota y contemporáneo Möhrenschlager, hace notar que en la época, al parecer, el fenómeno de la delincuencia informática, relacionada en forma estrecha con la criminalidad económica, habría sido sobrevalorado en su importancia al no ser de común ocurrencia[44].

Por último, en esta primera camada, la «piratería» también es incluida, pero en su acepción de intrusismo o *hacking*. Para Sieber, era el «[…] acceso no autorizado a un sistema de proceso de datos a distancia, no cometido con finalidades manipulatorias, fraudulentas, de espionaje, ni de sabotaje, sino sencillamente como paseo por placer no autorizado (*joyriding*) por el ordenador de otra empresa (*hackito ergo sum*)»[45]. Esto era más o menos común en los albores de la informática semimasiva, donde aún se asociaba a los «piratas» con jóvenes intelectuales reprimidos, conocidos como *shorts-pants crime* o delincuentes de pantalones cortos[46]. La falta de certeza en el término[47], los problemas propios de la analogía —que alude a los piratas marinos— y el uso popular del concepto —asociado a los *hackers*— han hecho que la palabra «pirata» haya caído en desuso entre los especialistas, asociándose hoy en día más bien con la copia ilegal de obras protegidas por el derecho de autor.

III.2. **La segunda generación y la aparición de las redes**

Estas son principalmente figuras que comenzaron a aparecer o ganar renombre a mediados de los noventa, merced a la masificación de los medios de comunicación en la red. Muchas de ellas son simplemente nuevas versiones de los ya antes mencionados, pero otras se caracterizan por no poder incluirse en lo que hasta ese momento se conocía. Los segundos en particular, o algunos de ellos, suelen ser asociados a la categoría de ciberdelitos, y se hicieron masivos con el cambio de siglo.

Los criterios de esta segunda categoría, al igual que en la anterior, son bastante dispares entre sí, y van desde el medio comisivo hasta el bien jurídico. Optamos por

---

vía seguros por el factor 1,8 a lo largo de los años que duró la ejecución del ilícito. Véase Sieber, U., *Criminalidad…ob.cit.,* pp. 28-29.

[44] Punto que hoy, por supuesto, está fuera de discusión. Möhrenschager, M. E., «El nuevo derecho penal informático en Alemania», en Santiago Mir Puig (Comp.), *Delincuencia informática,* PPU, Barcelona, 1992, pp. 101-102.

[45] Véase Sieber, U., *Documentación…,* ob. cit., p. 77.

[46] Véase Sieber, U., *Documentación…,* ob. cit., p. 78.

[47] Morón Lerma agrega que la misma falta de legislación al respecto —al menos hasta el Convenio de Cibercrimen— ayuda a que se mantenga esta confusión e indefinición en el concepto de *hacking*, superponiéndose e identificándose el *hacking* no delictual con aquel de características más delictivas (también denominado *hacking* negro o derechamente *cracking*, además del propio término de piratería aludido). Morón Lerma, E., *Internet y derecho penal: hacking y otras conductas ilícitas en la red*. 2.ª edición, Aranzadi, Pamplona, 2002, p. 50.

seguir una revisión criminológica del tema, en la línea de lo señalado por Romeo Casabona, por ser esta la manera como se abordó el fenómeno de los delitos asociados a computadores en una primera etapa.

La doctrina en general mantuvo al intrusismo informático, *hacking* o acceso no autorizado a sistemas informáticos en esta segunda oleada, pero dejando en desuso la expresión «pirata informático», por su imprecisión tanto dogmática como criminológica. Por sus características, el *hacking* es una de las conductas más habituales en la red, por su necesaria ejecución para la comisión de otros comportamientos delictivos[48]. En este periodo se enfatiza una diferencia fenomenológica entre *hackers* blancos y negros, siendo los primeros aquellos que, al ingresar al sistema sin la autorización correspondiente, tienen como única finalidad verificar si este tiene fallos de seguridad o bien, por otra parte, para sortear un reto intelectual, es decir realizar una especie de prueba de capacidades consistente en acceder al sistema en forma ilícita. Los *hackers* negros en cambio son aquellos que ingresan al sistema ajeno con una finalidad distinta del mero reto de intelecto, o para probar la existencia de fallas en la seguridad de aquel, sino más bien motivados por intereses económicos o lesivos en general[49].

Morón Lerma va más allá en la importancia del elemento subjetivo, al calificarlo implícitamente como un elemento diferenciador entre una auténtica conducta de *hacking*, y otras figuras conceptualmente distintas con las que se genera confusión, como *cracking* o piratería informática. La «insaciable curiosidad» por los sistemas informáticos y el reto que significa entrar en estos sin autorización serían ánimos especiales que configuran y le dan su carácter propio al intrusismo informático desde una perspectiva tanto criminológica como dogmática. Si existiese un ánimo distinto, como el lucro o el lesivo, reconduciríamos la conducta calificándola como fraude o sabotaje informático, por ejemplo, u otra que responda a sus propios elementos constitutivos[50].

Compartimos la postura de la autora, toda vez que permite darle mayor precisión terminológica a la discusión, por una parte, y afinar los elementos que permiten distinguir entre figuras sumamente parecidas. El *hacking,* en definitiva, no dista de

[48] González Rus, J. J., «Los ilícitos en la red (I): *hackers, crackers, ciberpunks, sniffers*, denegación de servicio y otros comportamientos semejantes», en Carlos María Romeo Casabona (coord.), *El cibercrimen. Nuevos retos jurídico-penales, nuevas respuestas político-criminales*, Comares, Granada, 2006, p. 241. Sin duda una de las obras monográficas más importantes dedicadas a este tipo de conductas, Véase Morón Lerma, E., *Internet y…ob.cit.,* p. 51.

[49] El *hacker* blanco actuará con un ánimo que usualmente no es comprendido por los tipos penales, esto es, en palabras de Morón Lerma, el deseo de curiosidad y el reto constante frente a los sistemas informáticos. El *hacker* negro por su lado incluirá en su actuar un ánimo fraudulento o de lucro, que transformará su conducta usualmente en un acto preparatorio para la ejecución de injustos como el fraude o el sabotaje informático, por ejemplo, quedando absorbido por estas figuras. Véase Morón Lerma, E., *Internet y…,* ob. cit., p. 51.

[50] Véase Morón Lerma, E., *Internet y…ob.cit.,* p. 52.

lo descrito anteriormente por Sieber como espionaje informático, en parte, y en otra por las infracciones a la *privacy* a través de la informática. Sin embargo, la doctrina moderna ha ayudado para que exista una mayor delimitación conceptual, así como una desmitificación de un comportamiento asociado tradicionalmente a elementos que se podrían denominar de «mitología-criminal»[51].

En base a dicha delimitación, en la segunda generación se diferencia al *hacking* del *cracking*, o *crackering*[52], concebida como la causación de daños con medios y a medios informáticos, a través de una violación de seguridad para, por ejemplo, borrar o eliminar ficheros, destruir sistemas informáticos o introducir virus en él, todo con la intención directa de causarlos[53]. Esto lo hace el *cracker* a través de distintas herramientas tecnológicas, como los virus, troyanos, bombas lógicas, gusanos, *applet xploits*, *sniffing* u otros de similar naturaleza[54].

Una de los nuevos fenómenos en esta generación fue el envío de correos electrónicos masivos, no deseados y con fines de publicidad, conocido como *spam* o *spamming*[55]. El efecto multiplicador del *email* hace que se convierta en una de las actividades más molestas en la red, incluso hoy en día, aun cuando su dañosidad es menor comparada con la de otras figuras de la delincuencia informática. Según indica Morón Lerma, el *spamming* suele ir de la mano con ciertas técnicas como la monitorización de conductas en la red, con el objeto de recabar la mayor cantidad posible de datos de los usuarios de Internet, creando perfiles de clientes y adaptando las comunicaciones electrónicas a los gustos de estos[56]. Hasta el presente, su uso suele ir asociado a otras formas delictivas, como es el caso de la estafa informática[57].

Justamente en este ámbito asomaron mayores diferencias frente a la primera generación, donde ya se incorporaban los ataques informáticos con fines patrimoniales. Siguiendo a Romeo Casabona, entenderemos por estafa informática, *computer fraud*

[51] El *hacker* como una especie de Robin Hood moderno, por ejemplo.

[52] También conocido como *ciberpunk* o vandalismo informático, Orts Berenguer, E., Roig Torres, C., *Delitos informáticos y delitos comunes cometidos a través de la informática*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 78.

[53] Fernández Teruelo, J., *Derecho penal e internet. Especial consideración de los delitos que afectan a jóvenes y adolescentes*. Lex Nova, Valladolid, 2011, pp. 95-96.

[54] Con detalle, Véase Fernández Teruelo, J., *Derecho penal e internet…,* ob. cit., pp. 94-95; sobre los virus, Rosende, E. E., *Derecho penal e informática. Especial referencia a las amenazas lógico informáticas*. Fabián Di Plácido, Buenos Aires, 2007, pp. 133 y ss.; y en De la Mata Barranco, N., Hernández Díaz, L., «El delito de daños informáticos: una tipificación defectuosa», *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XXIX, 2009, pp. 313-315.

[55] Guillén Catalán, R., *Spam y comunicaciones comerciales no solicitadas*. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2005, p. 128-134; y Maestre Rodríguez, J. A., Sánchez Almeida, C., *La ley de internet.* Servidoc, Barcelona, 2002, pp. 83-86.

[56] Véase Morón Lerma, E., *Internet y…,* ob. cit., p. 36.

[57] Véase Fernández Teruelo, J., *Derecho penal e internet…,* ob. cit., p. 43.

o *computerbetrug*, como una categoría específica de este gran número de conductas, ubicada dentro de los denominados fraudes informáticos[58]. Si bien entendemos que la estafa informática es un tipo de fraude informático que tiene por objeto la obtención de un beneficio patrimonial en perjuicio de un tercero, parte de la doctrina parece identificar ambas como sinónimas[59]. Esto se debe a la evolución conceptual que ha sufrido el fraude informático, que siendo en principio utilizado para designar una variedad de conductas ilícitas realizadas por medio de un ordenador, según se ha visto, se llegaba a confundir con la noción misma de delito informático.

Asociados a los fraudes informáticos, más específicamente a la estafa informática, surge una serie de conductas con modalidades comisivas más o menos similares, como el *pishing*[60], el *skimming,* el *pharming*[61], y otros, que se posicionan en esta nueva generación de hechos delictivos[62]. De estas, dos son incardinables al delito de estafa común, el *skimming*[63] y el *carding*, ya que ambos suponen la relación interpersonal entre el sujeto pasivo y el autor. No obstante, en el caso del *skimming* en su modalidad de utilización de datos previamente obtenidos, se subsume en la estafa informática al estar presentes ante una manipulación en la fase *input*. Respecto a las demás conductas,

[58] Véase Romeo Casabona, C. M., *Poder informático…,* ob. cit., p. 25.

[59] Véase Gutiérrez Frances, M. L., *Fraude informático y…,* ob. cit., p. 116. Véase Rovira del Canto, E., *Delincuencia informática…,* ob. cit., p. 267.

[60] El *phishing* (pesca de datos), «[…] es una técnica masiva de captación ilícita de datos confidenciales informáticos realizados sobre usuarios de Internet». En detalle, Velasco Núñez, E., «Fraudes informáticos en red: del *phishing* al *pharming», La Ley Penal*, N.º 37, 2007, p. 2. Una vez que el usuario y cliente del banco «pica el anzuelo» son captados sus datos para luego realizar compras, transferencias electrónicas o pagos. Véase Fernández Teruelo, J., *Derecho penal e internet…,* ob. cit., pp. 37-38.

[61] El *pharming* es una acción que implica un ataque al software de los servidores *DNS* (*Domain Name System*) o al equipo de usuario que permite al autor redirigir el nombre del dominio a otra página distinta, logrando de esta forma, que el usuario al momento de introducir un determinado dominio, sea reconducido al dominio que el atacante haya especificado (muy similar es el *web spoofing*). Véase Fernández Teruelo, J., *Derecho penal e internet…,* ob. cit., pp. 38-39.

[62] En el ámbito de las telecomunicaciones se presenta el *phreaking*, que son todas aquellas técnicas empleadas para *crakear* las redes telefónicas y así obtener prestaciones gratuitas. Lizama Mendoza, J., *Phreakers y Hackers: la apropiación social de la tecnología como una nueva matriz cultural, II Congreso del Observatorio para la Cibersociedad*, 2005. Disponible en: http://www.edicionessimbioticas.info/Phreakers-y-Hackers-la-apropiacion (Última consulta: 12 de enero de 2025); También véase FLOR, R., *Phishing* y delitos relacionados con el robo de identidad: Un *World wide problem* en a *World Wide*. AAVV, *Robo de identidad y protección de datos,* Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, pp. 77-121.

[63] El *skimming* consiste en el uso de una tarjeta con banda magnética en el comercio tradicional, cuando esta ha sido previamente falsificada, sea alterando los datos contenidos en la banda sea modificando el código numérico, el nombre del titular u otro elementos visible en el soporte plástico de una tarjeta legítima, o bien creando una tarjeta completamente falsa; o, sin necesidad de disponer del soporte físico, la utilización de los datos en el comercio electrónico para conseguir hacerse con un activo patrimonial a través de una transferencia no consentida. Faraldo Cabana, P., «Los conceptos de manipulación informática y artificio semejante en el delito de estafa informática», *Revista Eguzkilore,* N.º 21, 2007, p. 46.

estas suponen una manipulación de ese carácter y no son idóneas para provocar una transferencia no consentida de activos, puesto que su principal objetivo es el hurto de datos para su posterior utilización, siendo más bien actos preparatorios, eventualmente calificables como tentativa de estafa informática[64].

En el ámbito de los delitos asociados a la intimidad, conductas de rastreo y almacenamiento de datos digitales, las conductas no distan demasiado de las identificadas por Sieber en el primer grupo. Los problemas de la minería de datos o de la interceptación de comunicaciones han visto incorporadas nuevas formas de comisión, principalmente por los componentes físicos utilizados (desde lápices espías a teléfonos móviles de última generación). Las conductas más comunes contra estos intereses se agrupan en dos sectores. Por una parte, las relativas a la interceptación de las comunicaciones[65], y por otro aquellas que consisten en el acceso a las bases o a los terminales en los que se guardan datos personales[66].

Asumiendo un recuento no taxativo, el aumento considerable de sectores de la economía como el *e-commerce,* llevó a aumentar el valor de la identificación en Internet, con elementos tecnológicos como las firmas o certificados digitales. Las conductas asociadas a este grupo, denominado de las falsedades informáticas[67], suelen ser un antecedente —actos preparatorios— para otro tipo de ilícitos, como los fraudes o estafas hechas mediante ordenadores y redes[68], y van asociadas a los medios de seguridad utilizados en los denominados documentos electrónicos (una vez más se utiliza incorrectamente

[64] Para un completo panorama sobre la eventual subsunción de estas conductas en los tipos penales del CPe y el estado de la doctrina al respecto, Romeo Casabona, C. M., *et al*, «Informe sobre los nuevos instrumentos jurídicos en la lucha contra la delincuencia económica y tecnológica. Líneas de investigación y conclusiones», en Carlos María Romeo Casabona / Fátima Flores Mendoza (eds.), *Nuevos instrumentos jurídicos en la lucha contra la delincuencia económica y tecnológica*, Comares, Granada, 2012, pp. 715-731.

[65] Conductas que, dependiendo de la forma y el medio comisivo, puede tratarse de atentados contra la intimidad o contra el secreto de las comunicaciones, como la intrusión no autorizada a medios analógicos y digitales, teléfonos móviles, intercomunicadores, correos electrónicos, etc. Jareño Leal, A., *Intimidad e imagen: los límites de la protección penal*. Iustel, Madrid, 2008, pp. 50-51.

[66] Toda conducta que afecta el almacenamiento y tratamiento automatizado de datos personales (los asociados a la intimidad), desde los ordenadores personales a las bases de los servicios públicos, pasando por las tecnologías de *cloud computing.* Ruiz Marco, F., *Los delitos contra la intimidad. Especial referencia a los ataques cometidos a través de la informática*. Colex, Madrid, 2001, p. 30.

[67] De la Mata Barranco, N., Hernández Díaz, L., «Los delitos vinculados a la informática en el derecho penal español», en José Luis de la Cuesta Arzamendi / Norberto de la Mata Barranco (dirs.), *Derecho penal informático*, Civitas, Madrid, 2010, pp., 171-174 y 186-187, hacen la distinción entre falsedades informáticas propiamente tales y las falsedades personales, o adopción fraudulenta de identidad digital falsa.

[68] Palazzi, P. A., *Delitos informáticos*. Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2000, p. 46.

el calificativo de «electrónico»), como las claves secretas, firma digital, los recursos biométricos —huella dactilar, por ejemplo— o las técnicas de criptografía[69].

Por último, en este segundo grupo, encontramos los delitos contra la propiedad intelectual, relacionados también con aquellas conductas relativas a contenidos ilícitos[70], así como de los delitos contra la gestión de derechos digitales[71]. Este grupo tiene los merecimientos para considerarlo dentro de una categoría independiente por razones fenomenológicas[72]. Lo que entendemos contemporáneamente como «piratería»[73] es uno de los mercados más lucrativos de Internet (junto a las drogas y la pornografía), lo que conlleva una ingente cantidad de reproducciones, difusiones o puestas a disposición ilícitas, así como vulneración a derechos morales, *softwares*[74] y propiedad industrial en general. Las tecnologías que permiten la digitalización de contenidos contribuyeron a la masificación del producto ilegal sin merma de calidad, como ocurría con lo análogo (VHS, cassette, etc.), y las redes contribuyeron significativamente a ampliar los mercados de venta y puesta a disposición de estos productos y contenidos[75].

Una muestra de la importancia de estos fenómenos y del endurecimiento del tratamiento penal, se vio en la reforma de 2015 al CPe, motivada por el cada vez más importante rol de Internet, aunque en el caso de la propiedad industrial, por la globalización del comercio y el valor que se le da a los signos distintivos como muestras de calidad y estatus social[76]. Uno de los aspectos más llamativos de los cambios introduci-

[69] Hernández Guerrero, F., Álvarez de los Ríos, J. L., «Medios informáticos y proceso penal», *Estudios Jurídicos, Ministerio Fiscal*, N.º IV, 1999, p. 578.

[70] Por ejemplo, Marin Peidro, L., *Los contenidos ilícitos y nocivos en internet.* Fundación Retevisión, Madrid, 2000, pp. 41-42.

[71] Véase De la Mata Barranco, N., Hernández Díaz, L., «Los delitos vinculados a la informática…, ob. cit., p. 192.

[72] Mata y Martín lo considera dentro de una tercera etapa en la progresión tecnológica y los derechos de autor, luego de una primera, marcada por la imprenta, y una segunda, que comprende los primeros *mass media*, como el cine, la televisión y la fotocopiadora, para las obras impresas. Esta tercera etapa está marcada por las técnicas digitales y la aparición de Internet. Mata y Martín, R., «Desarrollo tecnológico y legislación penal en defensa de los derechos de los creadores», en Carlos Romeo Casabona / Fátima Flores Mendoza (eds.), *Nuevos instrumentos jurídicos en la lucha contra la delincuencia económica y tecnológica*, Comares, Granada, 2012, pp. 115-117.

[73] Entendida así como «la comercialización ilícita de obras y prestaciones protegidas sin el consentimiento del titular de los derechos de propiedad intelectual», en Fernández Teruelo, J., *Cibercrimen. Los delitos cometidos a través de internet —estafas, distribución de pornografía infantil, atentados contra la propiedad intelectual, daños informáticos, delitos contra la intimidad y otros delitos en la Red—.* Constitutio Criminalis Carolina, Madrid, 2007, p. 86.

[74] Véase Mata y Martín, R., *Delincuencia informática y…,* ob. cit., p. 81.

[75] Véase Fernández Teruelo, J., *Cibercrimen. Los delitos…,* ob. cit., p. 88.

[76] Galán Muñoz, A., «La reforma a los delitos contra propiedad intelectual e industrial», en Gonzalo Quintero Olivares (dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 586 y ss.

dos por la LO 1/2015 en este ámbito es la inclusión del delito de facilitación de enlaces y acceso a contenidos ilícitos de propiedad intelectual en Internet, en el art. 270.2, que demuestra la especial atención que le da el legislador actual a todo lo que ocurre en el ciberespacio[77].

III.3. **Presente y futuro de la delincuencia en el espacio físico y cibernético. La visión de Romeo Casabona**

La transición desde una segunda generación (asumiendo que no hay límites tan claros en esta agrupación respecto a la primera y a lo que sigue) a la siguiente etapa, está marcada por el paso de los ciberdelitos a los ciberataques, de acuerdo con lo sostenido por Romeo Casabona. A diferencia de los antiguos delitos computaciones e informáticos, y a los más tradicionales ciberdelitos, los ciberataques se producen en el ciberespacio, que deviene en un escenario tan o más importante que el espacio físico, y se realizan por medio o en contra de las redes cibernéticas. Estas dejan de ocupar únicamente el rol de medio comisivo, para transformarse incluso en objeto del ataque. En este escenario, la inclusión exponencialmente ascendente de la IA hace de los ciberataques la «ulterior generación» de ciberdelincuencia[78].

Este salto, como habíamos anticipado, es de carácter cualitativo, toda vez que las características sustantivas del ciberespacio, y de los hechos producidos en su entorno y contra las mismas redes, producirían esta nueva generación, o generación actual proyectable, de la ciberdelincuencia. A su vez, no debemos obviar el hecho de que el mismo desarrollo tecnológico genera las herramientas para la investigación, persecución y hasta la ejecución penal, otorgando mayor complejidad al fenómeno[79]. En esta mirada prospectiva, Romeo Casabona deja luces en su obra sobre los problemas que actualmente genera la inclusión de la IA en la dinámica criminal, y también cuáles son

[77] Véase Galán Muñoz, A., *La reforma…,* ob. cit., pp. 598-602; Tomás-Valiente Lanuza, C., «Delitos contra la propiedad intelectual (Arts. 270 y 271 CP)», en José González Cussac (dir.), Ángela Matallín Evangelio / Elena Górriz Royo (coords.), *Comentarios a la reforma del código penal de 2015*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 845 y ss.; Jaén Vallejos, M., Perrino Pérez, Á., *La reforma de 2015 (análisis de las principales reformas introducidas en el código penal por las leyes orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo).* Dykinson, Madrid, 2015, pp. 140-141.

[78] Romeo Casabona, C. M., «El ciberespacio como lugar virtual y legal de comisión del delito. Necesidades de nuevas respuestas jurídicas», en Carlos Romeo Casabona / M.ª Ángeles Rueda Martin (eds.), *Derecho penal, ciberseguridad, ciberdelitos e inteligencia artificial. Volumen I: Ciberseguridad y ciberdelitos*, Comares, Granada, 2023, pp. 3-22, pp. 5-6.

[79] Atienza Macías, E., Verdugo Guzmán, S., «Algunas reflexiones jurídicas sobre los delitos del Siglo XXI: Cibercrimen, internet oscura y Covid-19», en Carlos Romeo Casabona / M.ª Ángeles Rueda Martin (eds.), *Derecho penal, ciberseguridad, ciberdelitos e inteligencia artificial. Volumen I: Ciberseguridad y ciberdelitos,* Comares, Granada, 2023, pp. 143-159, p. 155.

los cambios que se deben discutir en el Derecho Penal para abordar las tecnologías que actualmente se utilizan con fines delictivos o crean riesgo para los bienes jurídicos.

Lo ejemplifica con la situación de los vehículos de conducción o navegación autónoma, cuyos sistemas inteligentes puedan conducir un automóvil sin la intermediación del ser humano. Esta tecnología (calificada por el propio Romeo como «maravillosa»), aun no masificada ni comercializada, presenta incluso sus propias evoluciones, en aquellos sistemas que ofrezcan al conductor, de manera previa, todas las posibilidades de accidentes, y preparar un plan de acción de acuerdo con eso (incluso con su propia ejecución autónoma)[80]. En un escenario así, la decisión autónoma de un software con características de IA, en una mirada penal tradicional, generaría incertidumbre respecto a sobre quien recaería la responsabilidad penal. Una opción es considerar al propio conductor, que gatilla el uso de la IA, como responsable general del uso del vehículo, mientras que otra podría ser la del fabricante del automóvil, por el defecto de funcionamiento. Para esto, claro está, debe tratarse de un defecto, y no del uso que originalmente tendría un sistema de conducción como tal, sobre todo autónomo.

Luego, Romeo Casabona considera que esto puede resolverse con la atribución objetiva del resultado, bajo un supuesto de inevitabilidad objetiva del mismo a la elección del sistema de conducción. Esto contradice otras respuestas jurídico-penales, como absolver de responsabilidad penal con el uso de las causales de justificación o ausencia de culpabilidad (en particular, los estados de necesidad)[81]. De ejemplos como este se deriva la cuestión de la responsabilidad penal de la IA, que ya hace algunos años viene siendo tratada con seriedad por la ciencia jurídica, de forma tanto general como específica[82]. Y no es que hablemos de la IA a secas, pues su uso ya no es novedad en la vida cotidiana, sino de la IA autónoma, o como prefirió decir Romeo Casabona, sistemas autónomos de inteligencia artificial (a los que agrega a los robots).

Aunque las herramientas más clásicas del Derecho Penal podrían absorber ciertas situaciones como las ya mencionadas u otras similares, parecen no ser suficientes como para enfrentar problemas de relevancia en que no hay acción u omisión humana relevante a la que atribuir responsabilidad penal. Antes nos enfrentamos a un desafío

[80] Véase Romeo Casabona, C., *El ciberespacio como*…, p. 12.

[81] Véase Romeo Casabona, C., *El ciberespacio como*…, p. 13.

[82] Uno de los tantos ejemplos, quizás de los de mayor relevancia, lo encontramos en la industria armamentista. Al respecto, véase Aravena Flores, M., «Inteligencia artificial militar: Problemas de responsabilidad penal derivados del uso de sistemas autónomos de armas letales», *Revista den Derecho (Coquimbo*), Vol. 31, 2024, en línea, pp. 1-26. Romeo Casabona tampoco fue ajeno a esto, pues consideraba la ciberguerra y la ciberdefensa como fenómenos innovadores que ponen en riesgo la seguridad nacional, por mucho que su eficacia y eficiencia sean indiscutibles (de las TIC involucradas) en estas lides, como los sistemas automatizados de armas mortales, por ejemplo. Véase Romeo Casabona, C. M., *El ciberespacio como*…, p. 11.

similar a propósito de la responsabilidad penal de las personas jurídicas[83], y este, al parecer de Romeo, es el paso siguiente: un sistema de responsabilidad penal para los sistemas autónomos de IA.

IV. Ideas finales

El proceso evolutivo de los delitos asociados a las tecnologías vistas en este trabajo no se ha detenido, por lo que las discusiones pasadas permiten ilustrar, seguramente, aquellas que se sostienen hoy y las que están por venir. La delincuencia informática y la ciberdelincuencia han obligado a un ejercicio discursivo intenso a la doctrina penal, que ha intentado, por casi medio siglo, dotar de un apartado conceptual moderno a la ciencia penal en el estudio de dicho fenómeno.

Los aportes de Romeo Casabona permitieron visualizar las complejidades de asumir conceptos como delito informático o ciberdelito. Si bien pareció más crítico con la primera formulación, en su obra advierte que el término cibercrimen o ciberdelito tampoco es completa ni totalmente preciso desde una perspectiva penal, por lo que se obstaculiza el fin de cumplir con una función integradora a las expresiones criminógenas asociadas a las TIC, al menos desde un punto de vista dogmático. Lo que sí permitiría con mayor facilidad es un enfoque criminológico de la situación.

En la transición a la actualidad del fenómeno, nuestro homenajeado entiende que es necesario ir incorporando el concepto de ciberataque, que tiene algo más de precisión para abarcar los fenómenos actuales, cuya principal característica evolutiva frente a la ciberdelincuencia tradicional, es que el ciberespacio y las redes son tanto medio, objeto y entorno comisivo. Estos ciberataques (y sus derivados complementarios, como la ciberguerra, ciberseguridad, etc.) comprenden ya a la IA como factor criminógeno trascendente, de forma dependiente, pero camino al gran reto que enfrentaremos a la brevedad: la comisión de conductas delictivas por sistemas autónomos de IA, donde el Derecho Penal deberá reordenarse, y quizás transformarse, para enfrentar el desafío.

Es en este punto donde Romeo Casabona, luciendo su sabiduría habitual, sostiene que no se debe olvidar que el Derecho Penal es una vía para proteger bienes jurídicos, y no necesariamente la mejor. Por lo mismo, el recurso a los propios sistemas tecnoló-

[83] Fue el propio Romeo quien reconocía las coincidencias con la discusión que se tuvo sobre responsabilidad penal de las personas naturales y desarrollo tecnológico, donde las instituciones jurídico-penales tradicionales resultaron no ser suficientes para las personas jurídicas, sobre todo en un contexto de delincuencia económica. Romeo Casabona, C. M., *et al.,* «Informe sobre los intentos de adaptación del derecho penal al desarrollo social y tecnológico: líneas de investigación y conclusiones», en Carlos Romeo Casabona / Fernando Sánchez Lázaro (eds.), *La adaptación del derecho penal al desarrollo social y tecnológico*, Comares, Granada, 2010, pp. 489-586, pp. 518-519.

gicos de protección u otras ramas del Derecho, deben seguir anteponiéndose al Derecho Penal, dejando este como *ultima ratio*[84].

V. Bibliografía

Monografías

Bequai, August, *Computer crime.* Ed. Health Lexington Books, Lexington, 1978.

Bolaños Ramírez, Marcos Rodolfo, *El delito informático como nueva figura jurídica.* AAVV, Actas del Primer Congreso Iberoamericano de Informática Jurídica, Ed. CREI, Madrid, 1985.

Camacho Losa, Luis, *El delito informático*. Gráficas Cóndor, Madrid, 1987.

Cruz de Pablo, José Antonio, *Derecho penal y nuevas tecnologías. Aspectos sustantivos*. Ed. Grupo Difusión, Madrid, 2006.

Dávara Rodríguez, Miguel Ángel, *Derecho informático.* Ed. Aranzadi, Pamplona, 1993.

Fernández Teruelo, Javier, *Cibercrimen. Los delitos cometidos a través de internet —estafas, distribución de pornografía infantil, atentados contra la propiedad intelectual, daños informáticos, delitos contra la intimidad y otros delitos en la Red—*. Ed. Constitutio Criminalis Carolina, Madrid, 2007.

— *Derecho penal e internet. Especial consideración de los delitos que afectan a jóvenes y adolescentes*. Ed. Lex Nova, Valladolid, 2011.

Flor, Roberto, *Phishing* y delitos relacionados con el robo de identidad: Un *World wide problem* en a *World Wide*. AAVV, *Robo de identidad y protección de datos,* Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010.

Guillén Catalán, Raquel, *Spam y comunicaciones comerciales no solicitadas*. Ed. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2005.

Gutiérrez Frances, María Luz, *Fraude informático y estafa (aptitud del tipo de estafa en el derecho español ante las defraudaciones por medios informáticos).* Ed. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1991.

Jaén Vallejos, Manuel, Perrino Pérez, Ángel, *La reforma de 2015 (análisis de las principales reformas introducidas en el código penal por las leyes orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo).* Ed. Dykinson, Madrid, 2015.

Jareño Leal, Angela, *Intimidad e imagen: los límites de la protección penal*. Ed. Iustel, Madrid, 2008.

Lázaro Laporta, Jorge, Miralles Aguiñiga, Marcel, *Fundamentos de la telemática*. Ed. de la UPV, Valencia, 2005.

Luzón Peña, Diego-Manuel (dir.), *Enciclopedia penal básica.* Ed. Comares, Granada, 2002.

Maestre R., Javier / Sánchez A., Carlos, *La ley de internet.* Ed. Servidoc, Barcelona, 2002.

Marin Peidro, Lucía, *Los contenidos ilícitos y nocivos en internet.* Ed. Fundación Retevisión, Madrid, 2000.

Mata y Martín, Ricardo, *Delincuencia informática y derecho penal*. Ed. Edisofer, Madrid, 2001.

Morón Lerma, Esther, *Internet y derecho penal: hacking y otras conductas ilícitas en la red*. 2.ª edición, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2002.

[84] Véase Romeo Casabona, C. M., *El ciberespacio como*…, p. 11.

ORTS BERENGUER, Enrique, ROIG TORRES, Carolina, *Delitos informáticos y delitos comunes cometidos a través de la informática*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

PALAZZI, Pablo A., *Delitos informáticos*. Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2000.

PÉREZ ÑUÑO, Antonio E., *Cibernética, informática y derecho. Un análisis metodológico*. Ed. Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1976.

ROMEO CASABONA, Carlos María, *Poder informático y seguridad jurídica.* Ed. Fundesco, Madrid, 1987.

ROSENDE, Eduardo E., *Derecho penal e informática. Especial referencia a las amenazas lógico informáticas*. Ed. Fabián Di Plácido, Buenos Aires, 2007.

ROVIRA DEL CANTO, Enrique, *Delincuencia informática y fraudes informáticos.* Ed. Comares, Granada, 2002.

RUIZ MARCO, Francisco, *Los delitos contra la intimidad. Especial referencia a los ataques cometidos a través de la informática*. Ed. Colex, Madrid, 2001.

SIEBER, Ulrich, *The International Handbook on Computer Crime: Computer-related Economic Crime and the Infringements of Privacy*, New Jersey: Ed. Wiley, 1987.

SMITH, R. G. / GRABOSKY, P., URBAS, G., *Cyber criminals on trial*. Ed. University Press, Cambridge, 2004.

U. S. DEPARTAMENT OF JUSTICE, *Criminal justice resource manual on computer crime.* Ed. National Criminal Justice Information Statistics Service, Washington D.C., 1979.

WIENER, Norbert, *Cibernética*. Ed. Guadiana, Madrid, 1971.

Capítulos de libros

ATIENZA MACÍAS, Elena, VERDUGO GUZMÁN, Silvia, «Algunas reflexiones jurídicas sobre los delitos del Siglo XXI: Cibercrimen, internet oscura y Covid-19», en Carlos Romeo Casabona / M.ª Ángeles Rueda Martin (eds.), *Derecho penal, ciberseguridad, ciberdelitos e inteligencia artificial. Volumen I: Ciberseguridad y ciberdelitos,* Editorial Comares, Granada, 2023.

DE LA MATA BARRANCO, Norberto, HERNÁNDEZ DÍAZ, Leyre, «Los delitos vinculados a la informática en el derecho penal español», en José Luis De La Cuesta Arzamendi / Norberto De La Mata Barranco (dirs.), *Derecho penal informático*, Ed. Civitas, Madrid, 2010.

GALÁN MUÑOZ, Alfonso, «La reforma a los delitos contra propiedad intelectual e industrial», en Gonzalo Quintero Olivares (dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015.

GONZÁLEZ RUS, Juan José, «Los ilícitos en la red (I): *hackers, crackers, ciberpunks, sniffers*, denegación de servicio y otros comportamientos semejantes», en Carlos Romeo Casabona (coord.), *El cibercrimen. Nuevos retos jurídico-penales, nuevas respuestas político-criminales*, Ed. Comares, Granada, 2006.

MATA Y MARTÍN, Ricardo, «Desarrollo tecnológico y legislación penal en defensa de los derechos de los creadores», en Carlos Romeo Casabona / Fátima Flores Mendoza (eds.), *Nuevos instrumentos jurídicos en la lucha contra la delincuencia económica y tecnológica*, Ed. Comares, Granada, 2012.

MÖHRENSCHAGER, Manfred E., «El nuevo derecho penal informático en Alemania», en Santiago Mir Puig (Comp.), *Delincuencia informática,* Ed. PPU, Barcelona, 1992.

ROMEO CASABONA, Carlos María*, et al., «*Informe sobre los intentos de adaptación del derecho penal al desarrollo social y tecnológico: líneas de investigación y conclusiones», en Carlos Romeo Casabona / Fernando Sánchez Lázaro (eds.), *La adaptación del derecho penal al desarrollo social y tecnológico*, Ed. Comares, Granada, 2010.

ROMEO CASABONA, Carlos María, «De los delitos informáticos al cibercrimen. Una aproximación conceptual y político criminal», en Carlos Romeo Casabona (coord.), *El cibercrimen. Nuevos retos jurídico-penales, nuevas respuestas político-criminales,* Ed. Comares, Granada, 2006.

— «El ciberespacio como lugar virtual y legal de comisión del delito. Necesidades de nuevas respuestas jurídicas», en Carlos Romeo Casabona / M.ª Ángeles Rueda Martin (eds.)., *Derecho penal, ciberseguridad, ciberdelitos e inteligencia artificial. Volumen I: Ciberseguridad y ciberdelitos*, Editorial Comares, Granada, 2023.

— *et al*, «Informe sobre los nuevos instrumentos jurídicos en la lucha contra la delincuencia económica y tecnológica. Líneas de investigación y conclusiones», en Carlos María Romeo Casabona / Fátima Flores Mendoza (eds.), *Nuevos instrumentos jurídicos en la lucha contra la delincuencia económica y tecnológica*, Ed. Comares, Granada, 2012.

SIEBER, Ulrich, «Criminalidad informática: peligro y prevención», en Santiago MIR PUIG (Comp.), *Delincuencia informática*, Ed. PPU, Barcelona, 1992.

— «Documentación para una aproximación al delito informático», en Santiago MIR PUIG (Comp.), *Delincuencia informática*, Ed. PPU, Barcelona, 1992.

TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen, «Delitos contra la propiedad intelectual (Arts. 270 y 271 CP)», en José González Cussac (dir.), Ángela Matallín Evangelio / Elena Górriz Royo (coords.), *Comentarios a la reforma del código penal de 2015*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.

Artículos en publicaciones periódicas

AGUILAR CÁRCELES, Marta, «Los delitos informáticos: cuantificación y análisis legislativo en el Reino Unido», *Cuadernos de Política Criminal*, N.º 110, 2013.

ARAVENA FLORES, Marco, «Inteligencia artificial militar: Problemas de responsabilidad penal derivados del uso de sistemas autónomos de armas letales», *Revista den Derecho (Coquimbo*), Vol. 31, 2024, en línea.

BLAS ZULUETA, Luis, «Delitos informáticos», *Revista General de Derecho*, N.º 495, 1985.

BRIAT, Martine, «Le fraude informatique: une approcche de droit comparé», *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, 1985.

BROWN, Roger A., «Crime and computers», *Criminal Law Journal*, Vol. 7, 1973.

DE LA MATA BARRANCO, Norberto, HERNÁNDEZ DÍAZ, Leyre, «El delito de daños informáticos: una tipificación defectuosa», *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XXIX, 2009.

FARALDO CABANA, Patricia, «Los conceptos de manipulación informática y artificio semejante en el delito de estafa informática», *Revista Eguzkilore,* N.º 21, 2007.

HERNÁNDEZ GUERRERO, Francisco, ÁLVAREZ DE LOS RÍOS, José L., «Medios informáticos y proceso penal», *Estudios Jurídicos, Ministerio Fiscal*, N.º IV, 1999.

JAEGER, Marc, «Le fraude informatique», *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, 1985.

NYCUM, Susan H., «The criminal law aspects of computer abuse: Part I –state penal laws», *Rutgers Journal of Computer and Law*, N.º 5, 1976.

TABER, John K., «On computer crime (Senate Bill S. 240)», *Computer / Law Journal,* N.º 1, 1979.

TIEDEMANN, Klaus, «La criminalidad económica como objeto de investigación», *Cuadernos de Política Criminal*, N.º 19, 1983.

TORTRAS Y BOSCH, Carlos, «El delito informático», *Revista Informática y Derecho,* N.º17, monográfico, 1989.

VELASCO NÚÑEZ, Eloy, «Fraudes informáticos en red: del *phishing* al *pharming», La Ley Penal*, N.º 37, 2007.

Webgrafía

BEER, Stafford, *What´s cybernetic?*. Disponible en: http://www.nickgreen.pwp.blueyonder.co.uk/beerWhatisCybernetics.pdf

LIZAMA MENDOZA, Jorge, *Phreakers y Hackers: la apropiación social de la tecnología como una nueva matriz cultural, II Congreso del Observatorio para la Cibersociedad*, 2005. Disponible en: http://www.edicionessimbioticas.info/Phreakers-y-Hackers-la-apropiacion.

47

INTROMISIÓN E INTROSPECCIÓN DEL DERECHO PENAL EN LA EUTANASIA Y LOS CUIDADOS PALIATIVOS*

ESTEBAN SOLA RECHE**
Catedrático de Derecho Penal
Universidad de La Laguna

SUMARIO: I. EL DERECHO A LA PROPIA VIDA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL. II. LA DISPONIBILIDAD DE LA PROPIA VIDA. II.1. El derecho a recibir la ayuda necesaria para morir. II.2. Malos entendidos respecto a la ayuda a morir. III. NECESARIAS PRECISIONES SOBRE EL CONCEPTO DE CUIDADOS PALIATIVOS. IV. SOBRE LAS COMPLICACIONES JURÍDICAS DE LOS CUIDADOS PALIATIVOS. IV.1. Asistencia sanitaria rechazada por el paciente. IV.2. Asistencia sanitaria no rechazada por el paciente. V. CONCLUSIONES.

I. EL DERECHO A LA PROPIA VIDA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDIDO ESPAÑOL

El art. 15 CE reconoce el derecho que todos tienen a la vida[1]. Como derecho fundamental derivado de la condición humana, en el contexto de la máxima protección que el Ordenamiento Jurídico a través del Derecho penal puede otorgar, el derecho a la vida se transforma en bien jurídico, de cuyo contenido se distingue entre la vida humana independiente, para los delitos de homicidio y sus formas, y la vida humana dependiente, para los delitos de aborto. Entre los primeros, sin perder la referencia del tipo básico de homicidio del art. 138 del CP, el art. 143, en sus núms. 1, 2 y 3, castiga la inducción y

* El presente trabajo se ha elaborado en el marco del Proyecto de Investigación «El Derecho Penal ante los retos actuales de la Biomedicina (DERPEBIO)». Referencia: PID2022-136743OB-I00. Proyectos de Generación de Conocimiento 2022. Entidades financiadoras: MCIN / AEI / y FEDER. Una manera de hacer Europa.

** Para la ocasión de su *Libro Homenaje*, se recogen aquí reflexiones sobre algunas de las siempre interminables conversaciones con mi maestro el Prof. Carlos María Romeo Casabona, cuyas generosas ejemplares enseñanzas han inspirado este trabajo, que ahora aquí hago valer como muestra de gratitud.

[1] V. art. 2.1 CEDH, y su Protocolo número 13, relativo a la abolición de la pena de muerte en todas las circunstancias, hecho en Vilna el 3 de mayo de 2002. Y para el más concreto sentido del reconocimiento del derecho a la vida que en este trabajo se sigue, v. ECLI:ES:TC:2023:19.

la cooperación al suicidio; también en su núm. 4, a quien cause o coopere activamente con la muerte de quien lo pida seria e inequívocamente cuando sufra un padecimiento grave, crónico e imposibilitante o una enfermedad grave e incurable, con sufrimientos físicos o psíquicos constantes e insoportables. De modo que, esa intervención en la muerte de otra persona, en una de esas graves situaciones, y aún solicitada por quien la padece, se prevé como constitutiva de delito.

No obstante, en el núm. 5 del mismo precepto se introdujo la novedad de que podría no incurrir en responsabilidad penal quien, aunque cause o coopere activamente en la muerte de otra persona, cumpla con lo establecido [para ello: causar o cooperar activamente] en la Ley Orgánica reguladora de la eutanasia (Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia; en lo sucesivo citada como LOEu)[2]. Como respuesta jurídica, justificada en la que por el legislador se asumió como «una demanda sostenida de la sociedad actual» de la «legalización y regulación de la eutanasia»[3], se ha producido un vuelco en la interpretación de los trascendentes contenidos del derecho a la vida, y por lo que sobre todo al Derecho penal atañe, se refuerza la necesidad de fijar con suficiente claridad límites a la responsabilidad penal de quienes consciente y voluntariamente intervengan precipitando la muerte de quienes padeciesen en las indicadas condiciones tales sufrimientos.

En el debate jurídico-penal, no ha cambiado el sustancial concierto de que el suicidio no es un hecho constitutivo de delito, expresamente reconocido como hecho atípico[4].

[2] Además modificó los términos del núm. 4 que describen las situaciones en que habría de encontrarse la persona que pida la causación o cooperación activa. Anteriormente: «que la víctima sufriera una enfermedad grave que conduciría necesariamente a su muerte, o que produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar». La redacción ha mejorado, sobre todo con la eliminación del entorpecedor requisito de la primera situación, por el que la enfermedad debía conducir necesariamente a su muerte; aunque resultaba prescindible de darse la alternativa segunda situación (*scil.*: bastaba que la enfermedad grave «produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar»), parecía apuntar al necesario carácter terminal de la enfermedad. V., Sola Reche, E., «Tratamiento del anciano con enfermedad terminal. Los cuidados paliativos», en Carlos María Romeo Casabona (coord.), *Tratado de Derecho y Envejecimiento*, Wolters Kluwers, 2021 pp. 429-435; *Cfr.* Díez Ripollés, J.L., «Art. 143», en José Luis Díez Ripollés / Luis Gracia Martín (coords.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial I*, Tirant lo blanch, Valencia, 1997, p. 234. Con la inclusión en la definición «enfermedad grave e incurable» del art. 3.c) de LOEu del requisito de que tenga «un pronóstico de vida limitado», se ha reproducido el error que se hizo desaparecer en el art. 143.4 del CP: la enfermedad puede ser grave e incurable y no por ello ser terminal, ni conducir necesariamente a la muerte o tener un pronóstico de vida limitado; v. *infra* III.

[3] Preámbulo I de la LOEu. V. Grupo de Estudios de Política Criminal, *Comunicado sobre la Proposición de Ley Orgánica de regulación de la eutanasia*, 2021. Disponible en: https://politicacriminal.es/comunicado-sobre-la-proposicion-de-ley-organica-de-regulacion-de-la-eutanasia; Romeo Casabona, C.M., «La Ley Orgánica reguladora de la eutanasia y la adaptación al Código Penal », *Revista Penal*, Núm. 49, Enero 2022, pp. 161-162.

[4] V., ECLI:ES:TC:120:1990, FJ 7: «la privación de la vida propia o la aceptación de la propia muerte es un acto que la ley no prohíbe». Expresamente, ECLI:ES:APB:2023:665A, RJ Segundo. En la

Pero se apuntala la complementaria idea de que el derecho a la vida que toda persona tiene, no es libremente disponible por su titular: a) la cooperación activa al suicidio es constitutiva de delito como forma de homicidio que puede ser grave o menos grave; y b) que incluso la causación o cooperación activa con actos necesarios y directos a la muerte de quien sufra un padecimiento grave, crónico e imposibilitante o una enfermedad grave e incurable, con sufrimientos físicos o psíquicos constantes e insoportables, probadamente pedida expresa, seria e inequívocamente por éste, podría seguir siendo una forma de homicidio punible, menos grave, si no se cumple lo establecido en la LOEu, aunque tal causación o cooperación activa venga indiscutiblemente motivada en sentimientos compasivos y de afecto por la persona con dichos padecimientos.

En definitiva: pese a que la causación de la propia muerte, la tentativa de suicidio, e incluso algunos casos de participación por omisión por petición en la muerte de otro no se recogen como hechos delictivos en el CP, y que en el art. 143.4 se exime de responsabilidad penal a quien cause o coopere activamente a la muerte de otra persona cuando se cumpla con los establecido en la LOEu, no puede afirmarse que la vida propia es un bien jurídico disponible por su titular, en cuanto que su voluntad no autoriza toda implicación de otros en su propia muerte. Como en cambio sí serían disponibles otros derechos fundamentales como la libertad, la intimidad o el honor, por ejemplo, a los que el Derecho penal también dispensa su protección, pero vinculada a la concurrente de su libertad de disposición; de modo que, mediando el consentimiento de su titular, se excluye la tipicidad de las conductas que lesionen esos bienes jurídicos, en tanto que disponibles[5].

El Derecho penal como protagonista instrumento jurídico de la protección de la vida humana, aunque se trate de procesos de disposición de la propia vida, se entromete así cuando se implican en ello otras personas, y sin embargo, como veremos, con singulares matices, ocasionalmente permite la intervención para quitar la vida a quien con padecimientos graves, crónicos e imposibilitantes no ha dado o podido dar su consentimiento[6].

---

doctrina, v. Íñigo Corroza, E., «Inducción al suicidio y solidaridad intersubjetiva: fundamentos para una reinterpretación del art. 143.1 CP», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 25-15 (2023), p. 3. con nota 5. Disponible en: http://criminet.ugr.es/recpc/25/recpc25-15.pdf

[5] V. Hernández Plasencia, J. U., «El obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio de un derecho, oficio o cargo. El consentimiento», en Carlos María Romeo Casabona / Esteban Sola Reche / Miguel Ángel Boldova Pasamar (coords.), *Derecho Penal. Parte General*, Comares, Granada, 2016, p. 254-255.

[6] V. *infra* IV; Romeo Casabona, C.M., «Suicidio y eutanasia», en Carlos María Romeo Casabona (coord.), *Tratado de Derecho y Envejecimiento*, ob. cit., p. 502.

II. La disponibilidad de la propia vida

No siendo la vida propia un bien jurídico plenamente disponible por su titular, se colige que no se tiene un derecho a la propia muerte[7]: la decisión privada de morir no legitima, en todo caso, la voluntaria ayuda que para ello se preste por otros, por más que se haya solicitado. Hay que tener en cuenta que la LOEu sólo ampararía casos de causación o de cooperación a la muerte de quien sufra una enfermedad grave e incurable o un padecimiento grave, crónico e imposibilitante [art. 5.1. d)]; lo que denomina «contexto eutanásico»[8].

En sintonía con esto, el caso en el que aun constando la (válida) instrucción previa de una paciente de que no se dilate su vida por medios artificiales, en un estadio degenerativo de sufrimiento psíquico y dolor físico, la jurisdicción contencioso-administrativa ha confirmado la denegación de la prestación de ayuda para morir de quien presenta una patología grave, incurable y en estado avanzado pero que «el resultado de la exploración llevada a efecto por el médico responsable del sistema público (…) en el que se comienzan destacando aspectos (el grado de dependencia, la declaración de incapacidad) (…) no son necesariamente exponentes de enfermedad grave e incurable y, además, causantes de un sufrimiento físico o psíquico intolerables (…) o de enfermedad grave con sufrimientos físicos o psíquicos constantes e insoportable sin posibilidad de alivio que la persona considere tolerable» (ECLI:ES:TSJCV:2023:1165 FD Sexto). Más aún: aunque la paciente estuviera en condiciones de actualizar su solicitud reiterándola, dejando claro que concurre el requisito del art. 5.1. c) LOEu del consentimiento informado, tampoco se le permitiría recibir la prestación de ayuda a morir si no se certifica debidamente que sufre una enfermedad grave e incurable o un padecimiento grave, crónico e imposibilitante. El margen de disponibilidad de la propia vida sólo autoriza la causación o la cooperación activa de la muerte cuando se da el requisito del art. 5.1. d).

En otro sentido, aunque no existe un deber de seguir viviendo en contra de la propia voluntad, la facultad de disponer de la propia vida no puede llevar aparejada una indiscriminada exigencia de intervención de otros en el procedimiento de recibir la prestación de ayuda a morir, ni siquiera en el ámbito asistencial que particularmente regula la LOEu. Aun concurriendo todos los requisitos del art. 5, el art.16 admite la posibilidad de que los profesionales sanitarios directamente implicados puedan ejercer su derecho a la objeción de conciencia.

[7] ECLI:ES:TC:1990:120, FJ 7: «no es posible admitir que la Constitución garantice en su art. 15 el derecho a la propia muerte».

[8] Preámbulo I. El significado del «contexto eutanásico» ha sido detenidamente analizado por el TC en ECLI:ES:TC:2023:19, FJ 6. c).

El derecho a la vida que obviamente comprende la facultad de mantener la propia existencia biológica, sin embargo no excluye la de terminar con ella. Se niega así la paradójica implicación desde el derecho a la vida de un deber de vivir[9].

Como derecho a vivir se generan exigencias de protección de terceros (institucionales y personales) en situaciones de dependencia y desvalimiento de su titular. De la libertad de terminar con la propia vida se ha deducido el de recibir la ayuda necesaria para morir (art. 1 LOEu). Pero no se convierte en un derecho a morir ejercitable cuando se quiere y como se quiera. En todo caso, un pretendido derecho a la propia muerte, ni remotamente sería equiparable al derecho a la vida, y mucho menos con semejante tutela jurídica.

Estas afirmaciones no son manejadas en la Doctrina y Jurisprudencia como incuestionables premisas. Son más bien provisionales resultados de una profunda discusión sobre si existe, y de ser el caso en qué medida, un derecho a la disponibilidad de la propia vida[10].

La ecuación con la que previamente resolver sobre el significado de la disponibilidad de la propia vida tiene diferentes variables:

a) Como ocurre con el ejercicio de cualquier libertad son necesarios dos presupuestos: 1) la conciencia de la misma, que en este caso tiene que ver con el conocimiento de la propia existencia y de la posibilidad de tomar decisiones conscientes al respecto. Ese estado de conciencia que proporciona capacidad deliberativa no es innato, se adquiere con un cierto grado de madurez de la persona; y desaparece en estados de inconsciencia, cuando la persona cae en estado vegetativo (generalmente, aunque no necesariamente, irreversible), o muere; 2) ilativamente, ya con la conciencia de la propia existencia y de la libertad de tomar decisiones al respecto, se ha de contar también con que la persona tenga la posibilidad de ejercer la libertad de acabar con la propia vida, por sí mismo o con el auxilio de otros. En su caso, ponderando que episodios de grave alteración física o psíquica puedan desvirtuar la libertad con la que adopta sus decisiones.

b) El mantenimiento de la conciencia sobre la propia existencia, y la facultad de decidir sobre seguir viviendo, no necesariamente desaparece en situaciones de dependencia vital, en las que, sin embargo, seguir viviendo o morir depende de la intervención de otros.

c) La ausencia de manifestación válida (libre, voluntaria y consciente, en los términos del art. 5.2 LOEu) de la decisión de morir, muy restrictivamente puede interpretarse en ese sentido. Al contrario: aún en la situación de padecimiento grave, crónico e imposibilitante, que contempla la ley, y que la LOEu identifica como contexto eutanásico,

[9] ECLI:ES:TC:2023:19, FJ 6. C) b) (i).

[10] V. sobre las diferentes opiniones Romeo Casabona, C.M., «Decisiones al final de la vida», en Carlos María Romeo Casabona (coord.), *Tratado de Derecho y Envejecimiento*, ob.cit., 455-457, con notas 2 a 5.

es preferente y vinculante la falta de conformidad con ser sometido a un proceso de eutanasia. Sería trágico, y delictivo, que quienes al cargo de la persona en esa situación y desvalida, obrasen produciendo su muerte sin la certeza de que su voluntad no sería la contraria. Incluso con la constancia de la válida manifestación anticipada de la voluntad de morir de darse las condiciones en las que finalmente acaba encontrándose, ahora sin capacidad de renovar o revocar la previa manifestación de su voluntad, deben revisarse escrupulosamente considerando las actuales circunstancias para legitimar la causación o la cooperación a su muerte.

En cambio, 1) el impedimento coactivo por terceros del voluntario proceso de muerte (por ejemplo, la interrupción de huelgas de hambre), ó 2) el sometimiento a tratamiento vital expresamente no consentido), ó 3) la omisión del deber de prestar ayuda a morir solicitada que surge en circunstancias como las que contempla la LOEu, ó 4) la prolongación no consentida (ni rechazada) del padecimiento grave, crónico e imposibilitante (como algunos casos de ensañamiento terapéutico), en cuanto comprometen otros bienes jurídicos como la libertad, la salud, y/o la dignidad de la persona, también abren paso a la intervención del Derecho penal por acciones u omisiones de terceros[11].

Descartando el reconocimiento de un derecho a morir como implícito contenido del derecho a la vida del art. 15 CE, la doctrina constitucional viene consolidando la «facultad de autodeterminación respecto a la configuración de la propia existencia»[12], que comporta la exigencia a los demás de respeto de la propia decisión *consciente y responsable*[13].

La solicitud de otros de interrumpir el proceso para recibir la prestación solicitada de ayuda a morir de la LOEu por quien cumple los requisitos para recibirla, pero cuya realización impediría su previsible enjuiciamiento por los graves delitos de lo que viene siendo investigado, encontrándose por ello en prisión provisional, fue judicialmente denegada por considerar prioritario «el derecho a la integridad física y moral, el derecho a la dignidad, el derecho a la libertad y autonomía personal, en contraposición con el derecho a la tutela judicial efectiva»[14] [de quienes como perjudicados promueven su acusación, y para hacerla valer el mantenimiento con vida del encausado][15].

[11] *Cfr.* ECLI:ES:TC:1990:120, en la que, al recurrir en algunos casos a la justificación de la intervención coactiva, estaría asumiendo la tipicidad de la coacción.

[12] ECLI:ES:TC:2023:19 FJ 6. C) b) (iv). En ese sentido ECLI:ES:JCA:2024:4A, inadmite el recurso de un padre contra la resolución de la Comisión de Garantía y Evaluación de continuar con el procedimiento para la realización de la prestación de ayuda a morir de su hijo mayor de edad.

[13] V. ECLI:ES:TC:1985:53, FJ 8, entre otras. La cursiva ha sido añadida.

[14] ECLI:ES:JI:2022:5A, confirmada en segunda instancia (ECLI:ES:APT:2022:1082A).

[15] V. el comentario crítico a dicha resolución de Freeland, A., «El tirador de Tarragona ha muerto (un caso de eutanasia en prisión preventiva). Comentario al Auto de la Audiencia Provincial de Tarragona 641/2022, de 4 de agosto de 2022», *Indret*, 4.2022, pp. 321-332. Disponible en: https://indret.com/wp-content/uploads/2022/10/1738.pdf

El ejercicio de la facultad de autodeterminación sobre la propia existencia, respecto a terceros, tiene directa implicación en la posible calificación penal de la intervención en la muerte de otro. Desde la punibilidad del homicidio (o asesinato)[16], o de la inducción o cooperación al suicidio, a la impunidad de la cooperación omisiva a la muerte de otro (art. 143.4 CP) y de la causación del homicidio al amparo de la LOEu (art. 143.5 CP). Pero también contrariando esa facultad de determinación, por mantenerlo con vida en contra de su voluntad, podrían calificarse como delitos de coacciones los tratamientos forzosos o por ensañamientos terapéuticos; o de lesiones y/o contra la integridad moral prolongar el padecimiento de graves sufrimientos con menoscabo de su salud y/o de su dignidad personal[17]. En consideración de esa facultad de autodeterminación sobre la propia vida, son reconocibles entonces intervenciones de otros prohibidas, justificadas y debidas. Aunque dicha facultad no pueda convertirse en un derecho a morir, el Estado no puede imponer un deber de vivir.

No obstante, entre todas esas situaciones queda la de quien, en el llamado contexto eutanásico, está incapacitado para dar a conocer su voluntad, generando incertidumbres para quienes pueden tener que tomar las decisiones sobre la posibilidad de mantenerlo con vida.

Para ponderar la importancia de la facultad de autodeterminación sobre la propia existencia, por la que la persona puede decidir su muerte, conviene dejar claro que no comporta ni el derecho a morir, como hemos visto, ni el de renunciar en favor de terceros al derecho a la vida[18]. Por esto, el expediente del testamento vital no puede salvar como legítimo un endoso de la propia voluntad a otros para que «llegado el caso ellos decidan». La convivencia democrática inspirada en el respeto a la dignidad humana no puede amparar la renuncia a los derechos fundamentales como la vida y la libertad. Sería inaceptable el apoderamiento para disponer del derecho a la vida, o el de la libertad mediante un contrato de esclavitud. Nadie puede ser dueño de la vida o la libertad de otro.

En este punto adquiere especial importancia la distinción, de la que más adelante nos ocuparemos[19], entre *contexto y fines eutanásicos*, principalmente encaminados a dispensar «ayuda a morir», y *contexto y fines paliativos*, principalmente encaminados a dispensar «ayuda a no sufrir». Una distinción sobre la que la teoría jurídica del delito puede contribuir a la resolución de casos problemáticos con las imprescindibles dosis

[16] Se ha condenado por delito de asesinato a quien decide acabar con la vida de su esposo, luego de ocultar el crimen, esgrimió como defensa que la víctima había manifestado en alguna ocasión su deseo de morir mediante escritura de voluntad anticipada y por posteriores manifestaciones orales (ECLI:ES:TS:2024:175).

[17] *Cfr. infra* IV.

[18] V. Romeo Casabona, C.M., «La Ley Orgánica reguladora de la eutanasia», ob. cit., pp. 161-162

[19] V. *infra* III

de coherencia, operando con elementos descriptivos del hecho delictivo bien conocidos y estudiados[20].

II.1. **El derecho a recibir la ayuda necesaria para morir**

Es innegable que la LOEu ha venido a encauzar algunas de las incertidumbres que propiciaba la parquedad de las disposiciones penales sobre la cooperación al suicidio y la ayuda a morir.

a) Por lo pronto aportando un actualizado rescate al valor de la autonomía de la voluntad en relación con el derecho fundamental a la vida, en el más amplio contexto del respeto a la dignidad de la persona y sus facultades de autodeterminación para el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE). Con expreso reconocimiento del «derecho que corresponde a toda persona (…) a solicitar y recibir la ayuda necesaria para morir» (arts. 1 y 4), claramente despenaliza, en las condiciones exigidas, la causación y la cooperación activa a la muerte de otra persona. Yendo más allá, la LOEu ha comprometido a las Administraciones públicas en la prestación de ayuda a morir.

b) Con un condicionado de vocación garantista, considerando la importancia del derecho a la vida del que el paciente quiere privarse, la LOEu deja claro que no ampara un difuso derecho a morir, ni la caprichosa renuncia al derecho a la vida. La licitud de la cooperación activa a la muerte de otro se articula, sobre todo, desde el requisito de que sufra una enfermedad grave e incurable o un padecimiento grave, crónico e imposibilitante (art. 5.1 d) útilmente identificado como contexto eutanásico.

No son pocos los casos en el que la jurisdicción contencioso-administrativa ha confirmado la interrupción del procedimiento para la realización de la ayuda a morir revisando ese requisito:

Porque a pesar de la mala situación de salud de la paciente «no se encontraba en situación de sufrir una enfermedad grave e incurable o un padecimiento grave, crónico e imposibilitante en los términos establecidos en la Ley». Ya que «si la paciente, con las mismas patologías, contase con un apoyo sociosanitario adecuado, los sufrimientos que aqueja muy probablemente serían distintos y con ello podría ser distinto su deseo de avanzar la muerte (…) condicionado por circunstancias ajenas al 'padecimiento grave, crónico e imposibilitante' vinculado a una enfermedad somática o la 'enfermedad grave e incurable' condicionantes que quedan relativizados ante un deseo de avanzar la muerte por la falta de ayudas o apoyos sociales y familiares» (ECLI:ES:TSJBAL:2024:11).

Porque «[n]o puede (…) entenderse ni que la enfermedad que presenta el recurrente sea incurable, ni que el consentimiento prestado pueda estimarse como informado» ya que cuando el paciente rechazó de la posibilidad de un tratamiento alternativo no contaba con la suficiente información sobre su posible eficacia (ECLI:ES:JCA:2023:5717).

[20] *Cfr. infra* IV.

Porque la paciente sufría una enfermedad con posibilidades terapéuticas para mejorar, siendo que «el deseo de muerte de la recurrente es una sintomatología de su enfermedad» (ECLI:ES:TSJCANT:2023:706).

Porque aunque la paciente sufre «una patología mental que le produce sufrimiento y dificultades en su calidad de vida (…) se constata posibilidad de alivio tolerable, y, no se aprecia de modo evidente un pronóstico de vida limitado» (ECLI:ES:TSJNA:2022:817).

c) La remisión del art. 143.5 CP a la LOEu lógicamente arrastra además el requisito de la previa «petición, expresa, seria e inequívoca». A falta de ésta, cuando «el paciente no se encuentra en el pleno uso de sus facultades ni puede prestar su conformidad libre, voluntaria y consciente para realizar las solicitudes», subsidiariamente se recurre a que «haya suscrito con anterioridad un documento de instrucciones previas, testamento vital, voluntades anticipadas o documentos equivalentes legalmente reconocidos», por lo que también «se podrá facilitar la prestación de ayuda para morir conforme a lo dispuesto en dicho documento» (art. 5.2).

d) Se reconoce el derecho al acceso «a la prestación de ayuda a morir, incluyéndola en la cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud y garantizando así su financiación pública, pero garantizando también su prestación en centros privados o, incluso, en el domicilio»[21], sin perjuicio de respetar el derecho a la objeción de conciencia de los profesionales sanitarios directamente implicados (art. 16.1). En todo caso, la Administración sanitaria en las condiciones previstas en la Ley ha de proporcionar la prestación de la ayuda a morir (arts. 13 y 14). Y siempre mediante un procedimiento reglado con el amparo proteccionista de la Administración Pública a través de las Comisiones de Garantía y Evaluación (arts. 17 y 18)[22].

II.2. **Malos entendidos respecto a la ayuda a morir**

Por otra parte, la LOEu con su intitulación como «regulación de la eutanasia» ha desdibujado los límites de su exacto objeto (principal): «regular el derecho que corresponde a toda persona que cumpla las condiciones exigidas a solicitar y recibir la ayuda necesaria para morir». Así descrito con el enfoque de «ayuda a morir», trasluce como implícita que es una prestación que la persona que va a morir ha solicitado, o acaso que en las circunstancias dadas solicitaría. A quien no quiere morir, o no querría, aún en

[21] Preámbulo II.

[22] El enfoque de la *ayuda a morir* ha despejado algunas de las dificultades interpretativas de resultaban del delito de (cooperación) *ayuda al suicidio*. En el CP suizo esta última perspectiva compatibiliza la prohibición de la eutanasia con la impunidad de la inducción o de la ayuda al suicidio que no tengan motivos egoístas (art. 116). Los límites de esa compatibilidad están en tela de juicio con los procedimientos penales que se siguen por la utilización no autorizada para el suicidio asistido de las llamadas cápsulas Sarco, mediante las que desde su interior, el paciente apretando un botón activa la liberación de nitrógeno, muriendo por hipoxia.

situación de padecimiento grave, crónico e imposibilitante, no se le estaría prestando *ayuda* a morir, en tanto no se cuenta con la decisión al respecto. Tampoco a quien no ha podido ejercitar capacidad deliberativa en tal sentido. Aunque la provocación de su muerte sea una ayuda a no sufrir, con vocación indudablemente compasiva, se convierte por completo en una decisión de otros. Es evidente que esto no puede quedar autorizado por la LOEu, aunque «el médico responsable certifique que el paciente no se encuentra en el pleno uso de sus facultades ni puede prestar su conformidad libre, voluntaria y consciente para realizar las solicitudes», y cumpla con el requisito de «sufrir una enfermedad grave e incurable o un padecimiento grave, crónico e imposibilitante». Lo decisivo es su última conocida voluntad al respecto, que puede ser revocatoria de la precedente de ser ayudado para morir (art. 6.3 LOEu), si hubiera «suscrito con anterioridad un documento de instrucciones previas, testamente vital, voluntades anticipadas o documentos equivalente legalmente reconocidos» (art. 5 LOEu).

Los casos de inexistencia de previa petición de la ayuda a morir debe considerarse que quedan fuera de la LOEu. ¿Significa esto que no contando con la válida solicitud de la ayuda a morir, ni siendo objetivamente deducible esa voluntad, pero tampoco la contraria de seguir viviendo, de quien está en la situación de padecimiento grave, crónico e imposibilitante, con un pronóstico de vida limitado, la intervención de quienes estarían a su cargo ha de ser obligatoriamente la de mantenerlo con vida incluso con ensañamiento terapéutico? Por supuesto que no. De ahí la importancia de delimitar *eutanasia*, como cooperación o ayuda principalmente orientada a la muerte, de *cuidados paliativos*, como actuación principalmente orientada a evitar el sufrimiento, con los que la precipitación de la muerte podría la consecuencia necesaria o eventual, pero no la directamente inspiradora del auxilio que se presta. La cuestión clave está en el elemento subjetivo que informa la conducta. En la eutanasia se causa o coopera (incluso por omisión)[23] a la muerte de otro con dolo directo de primer grado, aunque sea justificadamente. Con los cuidados paliativos cuando precipitan la muerte, se le causaría con dolo directo de segundo grado o dolo eventual. Por eso la eutanasia es una ayuda a morir, que requiere del ayudado la petición expresa, seria e inequívoca (art. 143.4 CP) conforme a los requisitos de los arts. 5.1. c) y 5.2 LOEu. Mientras que, para los cuidados paliativos basta, además de su indicación conforme a la *lex artis*, la inexistencia de una manifiesta u objetivamente deducible voluntad de no recibirlos; serían así también tratamientos paliativos los aplicados a quienes por su menor edad nunca han tenido la capacidad de prestar su conformidad, y tengan padecimientos graves, crónicos e imposibilitantes: no

[23] La atípica cooperación por omisión a la muerte de otro, también se integra en el concepto de eutanasia. V. Díez Ripollés, J.L., «Art. 143», ob. cit., pp. 239-240; Romeo Casabona, C.M., «Suicidio y eutanasia», ob. cit., pp. 490-491.

se les «ayudaría» a algo sobre lo que no han tenido la capacidad de decidir, no se les «ayudaría» a morir, aunque se acabe causándoles la muerte.

Siendo requisito del art. 143.4 del CP la previa petición del paciente para su justificación al amparo de la LOEu, la eutanasia se manifiesta como forma de participación, incluso ejecutiva. Quien la ha solicitado mantiene y puede hace valer su dominio del hecho mientras conserve la capacidad para otorgar o revocar su consentimiento. Como cooperación siempre sería una forma de participación que puede ser activa y causal, o pasiva. En cambio, la causación siempre se trata de un comportamiento activo, bien como forma de participación (cooperación activa y causal), o de autoría en tanto que no consista en la ayuda a morir al no haber sido solicitada (pero que podría quedar impune como intervención paliativa que precipita la muerte del paciente que no ha consentido[24]).

III. Necesarias precisiones sobre el concepto de cuidados paliativos

El enfoque de la LOEu no ha de hacer perder la perspectiva de que la ayuda a morir puede no ser el único remedio para evitar los sufrimientos físicos o psíquicos constantes e insoportables debidos a un padecimiento grave, crónico e imposibilitante o a una enfermedad grave o incurable. La LOEu referenciada al art. 143.5 y por ello al 143.4 del CP excluye, cumpliéndose las consabidas condiciones, la responsabilidad penal para los casos de causación o cooperación activa con «actos necesarios y *directos* a la muerte de una persona»[25].

Cuando no se puede contar con la válida solicitud del paciente de recibir ayuda a morir, o cuando lo exactamente solicitado es someterse a tratamientos que eviten sus padecimientos o sufrimientos, incluso asumiendo como *indirecta* consecuencia, necesaria o eventual, la precipitación de su muerte, nos situamos fuera del objeto de la LOEu. Aunque se trate de una enfermedad grave e incurable, «con un pronóstico de vida limitado, en un contexto de fragilidad progresiva» [art. 3. c) y 5.1. d)], no se requiere que se trate de una enfermedad terminal[26].

Los avances de la Medicina han traído mejores capacidades de detección e identificación precoz de las enfermedades, aun cuando su sintomatología y etiología pueden ser tan variadas como complicado su diagnóstico. En el caso de las enfermedades terminales son dificultades añadidas ponderar los factores gravedad, irreversibilidad y pronóstico de próxima muerte. Además de las correctamente diagnosticadas, se puede padecer enfermedades terminales asintomáticas (silenciosas) no diagnosticadas, sintomáticas pero

[24] Quien así causa la muerte de otro, no coopera con éste en tanto no ha dado su consentimiento. V. *infra* IV.

[25] La cursiva ha sido añadida.

[26] Sobre el concepto de enfermedad terminal v. Sola Reche, E., «Tratamiento del anciano con enfermedad terminal. Los cuidados paliativos», ob. cit., 429-435.

no diagnosticadas, o sintomáticas y mal diagnosticadas acaso como otra enfermedad. Aunque la enfermedad terminal se suele asociar a padecimientos crecientemente insoportables (como dolor, disnea o gran debilidad) esto no tiene necesariamente que ser así.

En todo caso, las mejores posibilidades de temprana detección, de diagnóstico diferencial, y de contar con un más certero pronóstico de evolución de una grave enfermedad irreversible suelen proporcionar al paciente y a sus allegados información sobre el previsible desarrollo en condiciones (todavía) no incapacitantes; de modo que el paciente pueda ejercer libremente su legítima autonomía respecto a las decisiones que afecten a su proceso. Incluso mucho antes de que se acerque a la fase terminal, pero más urgentemente en esa fase.

En el ámbito sanitario, la Ley 41/2002 en su art. 2 expresamente asume como principio básico el reconocimiento a la dignidad de la persona humana y a la autonomía de su voluntad[27]. Se trata de dos derechos que inspiran la totalidad de nuestro ordenamiento jurídico[28], y no puede ser menos respecto al enfermo terminal, que así diagnosticado puede con conciencia de ello ver muy condicionado el resto de su vida, con irrupción en su entorno afectivo, familiar y social. Desde el punto de vista jurídico son de la mayor importancia las decisiones al final de la vida, especialmente en el ámbito sanitario, en el que el respeto a la autonomía de la voluntad y a la dignidad de la persona interaccionan con la implicación de sanitarios y familiares.

Por lo pronto, podrían producirse importantes cambios en el enfoque terapéutico general de la asistencia sanitaria con el diagnóstico de una enfermedad terminal, en cuanto se asume que sufre un proceso irreversible y de pronóstico de próxima muerte. Frecuentemente se interpreta que objetivamente cambia el enfoque terapéutico, de curativo a paliativo: ya no se trataría ya de sanar al enfermo. De ahí el frecuente vínculo entre enfermedad terminal y cuidados paliativos. Pero como adelantamos, esto no ha de ser exactamente así.

Una vez asumido que la enfermedad es incurable perdería sentido aplicar los recursos sanitarios a hacer desaparecer la enfermedad (cuidados estrictamente curativos, podríamos decir). Pero el carácter paliativo de la asistencia sanitaria sólo supone la transformación de tener la principal finalidad curativa (los cuidados paliativos no se aplican a sanar la enfermedad irreversible), a cambiar la prioridad por la de mejorar las

[27] V. también expresamente ya la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, en su art. 10.1.

[28] El art. 10 de la CE es el frontispicio del Título I [d]e los derechos y deberes fundamentales: 1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social. 2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

condiciones de vida del paciente[29], en atención a sus condiciones, que a pesar de todo pueden ser muy cambiantes.

Que la terapia sea paliativa tiene que ver más con el carácter irreversible de la enfermedad; lo cual no es exclusivo de la enfermedad terminal. Puede aplicarse a una enfermedad incurable o crónica, pero sin un pronóstico de muerte próxima en el tiempo, cuyo tratamiento paliativo sin tener el objetivo de curar propiamente la enfermedad, sería el de aliviar el dolor u otros incómodos síntomas, e incluso el de ralentizar el avance de la enfermedad incurable. Por eso conviene despejar la ocasional confusión de que los cuidados paliativos suelen comportar la limitación de la esperanza de vida; pueden tener y frecuentemente tienen la finalidad y razonable expectativa contraria[30]: aumentar la esperanza de vida, aunque con ellos no se pretenda curar la enfermedad (incurable). Tras esa confusión, no menos entorpecedora es la errada idea de que el tratamiento paliativo carece de toda finalidad curativa: aunque no tenga como fin hacer desaparecer la enfermedad irreversible no dejan ser finalidades curativas el tratamiento tendente a aliviar o hacer desparecer indeseables síntomas, como el dolor, o el de desacelerar el avance de la enfermedad. Curar no es sólo hacer desaparecer la enfermedad irreversible; frecuentemente consiste en mejorar la sintomatología.

Si las condiciones del paciente pueden ser muy cambiantes desde el diagnóstico de su enfermedad como terminal hasta el momento del fallecimiento, tanto más pueden serlo para enfermedades irreversibles sin un pronóstico de muerte próxima. De modo que los cuidados paliativos no sean en ningún momento curativos de esa clase de enfermedades, y sin embargo estén correctamente prescritos en todo el proceso, terminal o no. En cambio, tratamientos con indicación curativa aplicados inútilmente al paciente de una enfermedad incurable pueden tener un efecto contraproducente para el objetivo paliativo. Por ejemplo: la aplicación de quimioterapia a un proceso cancerígeno objetivamente irreversible y en fase terminal, y que aumente los padecimientos del paciente, sin poder justificarse suficientemente por el propósito de ralentizar el avance de la enfermedad aumentando el tiempo de esperanza de vida. Supuesto que se identifica como ensañamiento terapéutico, en todo caso ajeno al concepto de cuidado paliativo.

[29] Sin embargo, en las definiciones al uso de cuidados paliativos suele introducirse la referencia, a mi juicio innecesariamente, al carácter terminal del paciente: p. ej., mencionando «la última etapa de la vida». *Cfr.*, por ejemplo, Ministerio de Sanidad, *Cuidados paliativos. Guía para atención primaria*, 2021, p. 11. Disponible en: https://www.sanidad.gob.es/areas/calidadAsistencial/estrategias/cuidadosPaliativos/docs/estrategiaCuidadosPaliativos.pdf

[30] V., por ejemplo, ECLI: ES:TS:2012:3822, que contempla la aplicación de cuidados paliativos a paciente no terminal «para evitar agravaciones de sus lesiones».

IV. Sobre las complicaciones jurídicas de los cuidados paliativos

Que el tratamiento sanitario no tenga una finalidad estrictamente curativa, como parecería que le es propio, pone en tela de juicio la valoración jurídica de los cuidados paliativos, por no estar orientado a conseguir sanar al paciente de su enfermedad cuando ésta es irreversible[31]. Con todo, ya hemos podido ver que no es descartable también la finalidad curativa de algunos cuidados paliativos respecto a ciertos padecimientos, en cuanto que, sin poder curar la enfermedad, sí están indicados para curar alguno de sus síntomas o patologías secundarias concurrentes, e incluso para alargar la esperanza de vida procurando mejorar su inexorable proceso.

a) El *propósito curativo* descarta, en general, la tipicidad dolosa del tratamiento sanitario aun cuando comporte la necesidad de realizar el tipo objetivo del delito de lesiones. Y descartaría incluso la tipicidad de la contingente muerte del paciente en cuanto no haya mediado imprudencia en su causación. Por ejemplo, la curativa apendicectomía requiere de una consciente y voluntaria incisión en el abdomen del paciente, que no puede ser considerada como la realización del tipo doloso de lesiones, como si del navajazo de un robo con violencia se tratase. Tradicionalmente las indicadas lesiones quirúrgicas imprescindibles para la intervención sanitaria curativa y los efectos secundarios lesivos de un tratamiento curativo se han valorado como comportamientos típicos (del sanitario), pero lícitos finalmente al amparo de la causa de justificación de obrar en el legítimo ejercicio de la profesión sanitaria, del art. 20.7 del CP (o de la de estado de necesidad, del art. 20.5).

Este enfoque es totalmente equivocado. En realidad, a diferencia de la conducta penalmente típica, la intervención pretende mejorar y no perjudicar la salud[32]; sobre esto existe un creciente consenso: la conducta con finalidad curativa y ajustada a la *lex artis*, en la que se ven necesariamente comprometidos otros aspectos de la salud del paciente, causando el menoscabo propio del tipo objetivo del delito de lesiones, no es solo que no sea antijurídica; es que ni siquiera sería típica. A veces, esta misma conclusión se quiere obtener de la negación de la imputación objetiva del resultado adverso por haberse mantenido el comportamiento en el entorno del riesgo permitido. Pero es más inmediato y razonable obtenerla desde el más decisivo análisis del tipo subjetivo: aunque el resultado fuese objetivamente imputable a la conducta de su autor, es obvio que con ésta no se pretende lesionar o matar al paciente; no hay dolo. Por otra parte, siempre sería posible reconocer con idénticos elementos objetivos la tipicidad por imprudencia cuando dicha conducta no se ajustase al cuidado objetivamente debido,

[31] *Cfr.* ECLI:ES:TS:2019:3552.

[32] Hernández Plasencia, J.U., «El obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio de un derecho, oficio o cargo», ob. cit., p. 252; ya Romeo Casabona, C.M., *El médico y el Derecho Penal I. La actividad curativa (licitud y responsabilidad penal)*, Bosch, Barcelona, 1981, pp. 96-98.

sin que para ello hubiera que hacer reaparecer la imputación objetiva del resultado, que se habría hecho eliminado para negar el tipo doloso.

Todo ello, es obvio, que sin podernos desprender de las dosis de incertidumbre tanto de la capacidad curativa como de los riesgos del tratamiento sanitario cuya finalidad curativa no persigue, sin embargo, sanar la enfermedad irreversible. El límite de la precaución aquí exigible se situaría en la regla de no aplicar una terapia sobre la que no se tiene suficiente certeza de su capacidad curativa, y sí de sus muy negativos efectos secundarios y riesgos.

Queda añadir entonces que el padecimiento de una enfermedad irreversible, incluso terminal, no condiciona que el tratamiento aplicable deje de ser considerado curativo por no tener la finalidad de curarla, cuando puede tener otros beneficiosos objetivos.

b) El *propósito paliativo* del tratamiento sanitario, en cuanto no tiene la finalidad de hacer desaparecer la enfermedad irreversible, puede ser también curativo en los casos en que se aplica para curar otras enfermedades o síntomas concurrentes. Claramente si la enfermedad irreversible ha entrado en su fase terminal, y no hay coste alguno para la previsible esperanza de vida, tratando de aliviar el dolor sintomático del paciente, acaso alargando incluso su resistencia física al proceso de muerte. Para este grupo de situaciones es, con mayor motivo, descartable la tipicidad de la conducta de los sanitarios que así tratan la enfermedad del paciente. Por ejemplo, la a veces cuestionada sedación paliativa, en cuanto que no acelere ese proceso de muerte.

Por consiguiente, ahora hay que añadir que el padecimiento de una enfermedad irreversible, incluso terminal, no condiciona que todo tratamiento aplicable deba ser considerado exclusivamente paliativo, carente de toda finalidad curativa. Gráficamente podríamos representar la relación entre los conceptos de asistencia curativa y paliativa como dos circunferencias secantes, quedando comprendidos en su intersección los cuidados paliativos-curativos.

Sí sería exclusivamente paliativo (no curativo) el tratamiento que reduciendo el sufrimiento del paciente, tiene como consecuencia necesaria la precipitación del fallecimiento (sería absurdo asumir que se cura matando)[33]. Como serían los casos de sedación terminal, que acelera el proceso de muerte[34]; o la retirada del soporte vital del enfermo terminal. Matar sin más, aún a petición del paciente, no se convierte en un

[33] V. como ejemplo de tratamiento paliativo de enfermedad no terminal (deterioro cognitivo moderado-severo por enfermedad de Alzheimer y dependencia funcional severa de carácter permanente e irreversible en el tiempo no existiendo terapéutica medicamentosa para su curación), el caso enjuiciado en ECLI:ES:TS:2017:3925.

[34] Como el primero de los casos enjuiciado por ECLI:ES:JP:2019:17, del que se considera que la sedación instaurada «conducía de manera necesaria al fallecimiento del paciente, iniciando una disminución de conciencia cada vez más profunda hasta anularla totalmente, produciendo el fallecimiento», que sin embargo pudo evitarse, en la situación concreta, al interrumpir ese tratamiento otro facultativo. V. *supra* I.

cuidado paliativo; pasaríamos de la atipicidad del acto sanitario a la posibilidad de su justificación basada en el propósito de evitar más sufrimientos al enfermo (eutanasia). Con el ejemplo de la sedación paliativa: cuando no acelera el proceso de muerte del paciente (incluso lo puede desacelerar), además de paliativa (no trata de curar la enfermedad irreversible), sería curativa (trata de evitar los sufrimientos); mientras que no puede ser curativa cuando únicamente precipita la muerte, aunque con ello se evite la prolongación de los padecimientos al paciente.

Para acabar de ilustrar la relación entre las finalidades curativa y paliativa del tratamiento sanitario, vale el ejemplo del médico condenado por homicidio imprudente por haber aplicado una sedación no indicada, sin el consentimiento de la paciente (que en su estado inicial de ingreso hospitalario pudo prestarlo), y sin que las enfermedades que padecía estuvieran en fase terminal[35]. La sedación aplicada carecía de toda finalidad curativa, y cabe decir que también de justificación paliativa[36]. Se acreditó que el fallecimiento fue causado por la sedación practicada, convirtiendo en terminal un cuadro clínico que en la situación concreta de partida, antes de la sedación, no lo era.

c) Cuestión distinta es la aplicación de recursos sanitarios para prolongar un proceso terminal manteniendo la vida biológica del paciente sin posibilidad alguna de mejora, incluso con el precio de mayores padecimientos e indignidad de las condiciones de supervivencia humana ya difícilmente soportables. Tales cuidados, no serían ya ni curativos ni paliativos. Se trataría entonces de un ensañamiento asistencial, que seguramente queriendo orillar cualquier riesgo de incurrir en responsabilidad por homicidio de quien lo aplica, podría ser constitutivo del delito de lesiones[37].

La más compleja problemática jurídica se suscita cuando los cuidados paliativos se aplican para mejorar la calidad de vida del paciente pero al previsible o necesario precio de disminuir el tiempo de esperanza de vida como efecto secundario. Como se suele hacer más evidente en la fase terminal de su enfermedad irreversible. Y en una situación en la se ven implicados además del propio paciente, sus allegados y los profesionales que participan en su asistencia sanitaria. Frecuentemente entran en tensión el debido respeto al derecho a la vida, al derecho a la salud, y a la dignidad personal.

Entre las circunstancias a considerar para determinar la relevancia jurídica de la actuación sanitaria en este grupo de casos, sigue siendo principal la de la *voluntad del paciente* sobre las condiciones de su tratamiento sanitario y en particular cuando al que

[35] ECLI:ES:JP:2019:17.

[36] Por eso, la no condena por el delito doloso de homicidio se deduce que resulta de una muy benévola aplicación del principio de *in dubio pro reo*.

[37] V. Gimbernat Ordeig, E., *El problema jurídico de la muerte y el dolor*, El Mundo, 19 de abril de 2005, pp. 1-4. Disponible en: https://derechoamorir.org/wp-content/uploads/2018/04/problema-juridico-de-la-muerte-y-el-dolor.pdf

vaya a ser sometido tenga carácter paliativo[38]. No hay que olvidar que la vida humana y la salud e integridad de la persona son bienes jurídicos disponibles sólo para su titular: el suicidio y la tentativa de suicidio, las autolesiones y su tentativa, no son delito. Pero en cuanto que nuestra legislación penal se sanciona cualquier implicación en el suicido de otro, con esa referencia del carácter delictivo de cualquier participación, parece consecuente mantener la tipicidad de matar directamente a otro aunque fuese por motivos humanitarios, incluso por petición consciente y libre del paciente, sin perjuicio de su licitud, al amparo de la concurrencia de la causa de justificación prevista en el LOEu[39]. Pero en todo caso tomando muy en consideración, de haber podido contar con ella, la voluntad al respecto del paciente.

IV.1. **Asistencia sanitaria rechazada por el paciente**

El rechazo de asistencia sanitaria (vital, curativa o paliativa), libremente manifestado por el paciente, es obligado asumirlo como ejercicio de su derecho fundamental a la libertad de decidir sobre sí mismo, y en particular sobre su salud y su vida, que se sustenta en su dignidad personal, y reconocen y amparan los arts. 1, 10, 15 y 17 de la CE[40]. Frente a la vulneración de ese derecho, el art. 172 del CP protege la libertad de decidir sobre sí mismo tipificando como delito de coacciones impedir a otro con violencia hacer lo que la ley no prohíbe, o compeler a efectuar lo que no quiere, sea justo o injusto[41]. En el ámbito sanitario, como adelantamos[42], la Ley 41/2002, en su art. 2.1 asume como principio básico de su regulación la dignidad de la persona humana y el respeto a la autonomía de su voluntad. Muy excepcionalmente cabe limitar estos derechos de la persona; por ejemplo, cuando en conflicto con razones de salud pública se hace necesario imponer coactivamente un tratamiento[43].

La aplicación forzosa de tratamientos por parte del sanitario o de los allegados que están al cargo del paciente, o la autorización de los mismos por las autoridades sanitaria o judicial, podrían ser constitutivos del delito de coacciones[44]. La objetiva beneficencia

[38] V. Gimbernat Ordeig, E. *El problema jurídico de la muerte y el dolor*, ob. cit., pp. 1-2; Romeo Casabona, C., *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*,
Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994, p. 431.

[39] *Cfr.* Barquín Sanz, J., «La eutanasia como forma de intervención en la muerte de otro», en Roxin, C. / Mantovani, F. / Barquín, J. / Olmedo, M., *Eutanasia y suicidio. Cuestiones dogmáticas y de política criminal*, Comares, Granada, 2001, pp. 172-174.

[40] Como confirma ECLI:ES:TC:2011:37, FJ 4 y 5.

[41] Romeo Casabona, *El médico y el Derecho Penal I*, ob. cit., p. 357.

[42] V. *supra* III.

[43] V. el art. segundo de la LO 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública.

[44] V. la Sentencia de la Gran Sala del TEDH de 17 de septiembre de 2024, asunto Pindo Mulla contra España, por la que se condena a España por violación del art. 8 que reconoce el derecho a la vida

(por ejemplo, para salvarle la vida o de evitarle graves padecimientos), en cuanto supone contrariar el rechazo conocido del paciente, según las circunstancias, podría atenuar o eximir de la responsabilidad penal de quien se responsabilice del tratamiento sanitario (personal sanitario, autoridad sanitaria o judicial, o allegados y familiares). Pero en tanto que esto ocurra no respetando su libertad de decisión vinculada a su dignidad como persona humana, considero que dicha posibilidad tendría que resolverse en el ámbito de la reprochabilidad. En esas circunstancias no debería otorgarse patente de legalidad, con disminución o anulación de lo injusto de la conducta típica, por vía de las causas de justificación (incompletas o completas).

IV.2. **Asistencia sanitaria no rechazada por el paciente**

El enfoque cambia totalmente cuando no consta el rechazo del paciente, dándose otro contexto. De ahí que haya anticipado el carácter principal de la cuestión del dato del sentido de su voluntad conocida, preferentemente a otros datos también que considerar (sufrir una enfermedad grave e incurable o un padecimiento grave, crónico e imposibilitante). Probablemente se trate ésta de la situación más frecuente en el caso de pacientes ancianos, en general, y terminales, en particular. Bien porque ya enfermos, confíen en que su entorno sanitario y familiar resolverán lo mejor para él; o porque adopte una actitud refractaria de acometer la gravedad de su proceso; o porque la situación crítica sobrevenga en malas condiciones para anticipar cuál es y será su voluntad[45].

Si la asistencia sanitaria al paciente está técnicamente indicada y no consta su rechazo (tanto más cuando es expresamente consentida o solicitada), su prestación no solo no habría de plantear problema legal alguno, sino que incluso se convierte en un *acto debido*. No por ser anciano o padecer una enfermedad terminal ve mermados sus derechos, y la denegación de asistencia sanitaria por el profesional puede ser constitutiva del delito previsto en el art. 196 del CP[46]; incluso si se trata de no profesionales (por ejemplo, allegados de los que depende), que no le proporcionan dicha asistencia, podrían ser responsables de los delitos de omisión del deber de socorro del art. 195, o

---

privada y familiar en relación con el art. 9 que reconoce la libertad de pensamiento, conciencia y religión, del CEDH, por transfundir sangre en contra de su voluntad a una Testigo de Jehová. Disponible en: https://hudoc.echr.coe.int/spa#{%22itemid%22:[%22001-236065%22]}

[45] No extraña que en los casos enjuiciados en ECLI:ES:JP:2019:17, se recabara de los familiares el consentimiento informado para el tratamiento paliativo, pretendiendo con ello la cobertura jurídica para una sedación paliativa (necesariamente conducente a la muerte) en aquellos casos de enfermos más que cuestionablemente terminales.

[46] V. Romeo Casabona, C.M., «Art. 196», en José Luis Díez Ripollés / Carlos María Romeo Casabona (coords.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial II*, Tirant lo blanch, Valencia, 2004, pp. 660-663.

de los de homicidio o lesiones en sus respectivas modalidades dolosa o imprudente[47]. Toda asistencia sanitaria no rechazada, en tanto que se preste con finalidad curativa, paliativa o no, es atípica. Y en condiciones de que el paciente la necesite y pueda prestársele, comporta un deber asistencial.

Los motivos de conciencia para desatender al enfermo terminal en esas condiciones, de sus allegados o del profesional, no interfiriendo en el que consideren proceso natural o divino, no pueden eximir de los delitos tipificados como infracción de los correspondientes deberes de asistencia no rechazada por el paciente.

Si la asistencia sanitaria es de naturaleza exclusivamente paliativa, pero supone la asunción de riesgos para el estado de salud o para la vida del paciente (por ejemplo, de grave infección, por intubación para darle el soporte vital de ventilación mecánica, o del acortamiento de su vida como consecuencia de sedación farmacológica de demanda creciente para paliar sus padecimientos), la materialización de los riesgos en un resultado lesivo (agravamiento de su estado de salud o su muerte), suele desencadenar el cuestionamiento de su licitud.

a) En estos casos, procede, en primer lugar, descartar que con el propósito paliativo (es obvio que el tratamiento no pretende curar la enfermedad terminal), concurre el propósito curativo respecto a otros procesos concomitantes. Ya sea para evitar la muerte del paciente (por ejemplo, necesitado de respiración asistida), o graves padecimientos (por ejemplo, fuertes dolores físicos). Partimos de que dispensado el tratamiento observando el objetivo deber de cuidado y la *lex artis*, aunque sobrevenga un resultado adverso (de agravamiento o muerte) en relación de causalidad, al tratarse de un tratamiento con decisiva finalidad curativa, es atípico. En cambio, si la finalidad es exclusivamente no curativa, *directamente* dirigida precipitación de la muerte previsible, prevista, no sería ya atípica[48]. Pero en esas condiciones se abre un amplio abanico de posibilidades para fundamentar la exención de la responsabilidad penal.

b) En el ámbito de las causas de justificación que podrían comportar la licitud de la conducta típica, se suelen invocar el estado de necesidad (art. 20. 5 CP) y la legitimidad de obrar en el ejercicio de la profesión sanitaria (art. 20.7 CP). Sin embargo, a mi juicio, por la simétrica consideración de que el coactivo sometimiento a un tratamiento rechazado es antijurídico por ser una obligación (un deber) para sanitarios y allegados abstenerse de contrariar la conocida voluntad del paciente, impone que, cuando no haya sido rechazado el tratamiento paliativo indicado, se genere el correspondiente deber. Si es un derecho del paciente, consecuentemente es obligado aplicar el cuidado paliativo,

[47] V. Díez Ripollés, J.L., «Art. 143», ob. cit., pp. 235-236.

[48] *Cfr.* con el caso de denegación de ingreso del paciente en la UCI, de ECLI:ES:TS:2012:1452, que en la jurisdicción contencioso-administrativa, confirma la desestimación de la reclamación por responsabilidad patrimonial de la Administración, y cuál podría haber sido su valoración en la jurisdicción penal.

y quien así actúe estará obrando en cumplimiento de un deber que, en su caso, ampararía la licitud de la conducta conforme a la previsión que también contiene el art. 20.7.

Esta preferencia por la causa de justificación de cumplimiento de un deber sobre las de estado de necesidad y ejercicio legítimo de la profesión sanitaria tiene implicaciones no poco importantes. Trasciende de la (eventual) facultad que amparan tanto el estado de necesidad, como la legitimidad del ejercicio de una actuación profesional o de un derecho, a que en todo caso se trate del deber de llevar a cabo una acción típica; cuya infracción no sólo sería típica en un escenario de colisión de deberes, sino que además podría no quedar completamente justificada. Permitiendo de paso integrar de mejor manera el deber de los no sanitarios, familiares y allegados; no es que ejerzan legítimamente un derecho suyo, sino que prestarían, en lo que les corresponda, la debida asistencia al paciente terminal.

En efecto, para iniciar el argumento desde un punto seguro, contemos con que nadie discutiría que la sedación del paciente, no rechazada, y que permite prolongar su estado terminal al evitarle insoportables sufrimientos que precipitarían su muerte, no merece reproche alguno; y que lo reprochable sería permitir que fallezca antes y con graves padecimientos. Esto aparenta que lo decisivo es si se prolonga o no la vida biológica del paciente terminal, relegando la importancia de su voluntad. Pero así llegaríamos al absurdo de que si se le mantiene con vida sufriendo graves padecimientos que incluso en estado de consciencia hubiera manifestado que quería evitarlos aun a costa de no prolongar su agonía, no sería reprochable. De ser así, la tortura a través del ensañamiento terapéutico sería lícita, quedaría justificada[49]. Y no puede admitirse que, por un lado, el rechazo del tratamiento deba ser respetado, y a la vez sostener que no es un deber respetar el no rechazo del tratamiento paliativo porque pueda suponer el acortamiento del tiempo de su vida biológica. Con las garantías de la certeza de que no se haya rechazado, de la indicación médica, y su aplicación conforme a la *lex artis*, la asistencia paliativa deja de ser una opción, y se convierte en una obligación[50].

En consecuencia, la infracción del deber de prestar los cuidados paliativos médicamente indicados y no rechazados por el paciente terminal, puede ser constitutiva de delito: obviamente de homicidio, si su omisión comporta el acortamiento de la vida (por no paliar los graves padecimientos que precipitan su fallecimiento); o de lesiones, cuando la enfermedad provoque graves padecimientos que los cuidados paliativos mitigarían aunque tengan como efecto secundario el acortamiento del tiempo de vida.

[49] Lo absurdo de esta conclusión lo ilustra claramente Gimbernat Ordeig, E. *El problema jurídico de la muerte y el dolor*, ob. cit., p. 3.

[50] *Cfr.* Gimbernat Ordeig, E., *Elogio de la regulación de la eutanasia* (https://www.republica.com/2021/07/20/elogio-de-la-ley-de-regulacion-de-la-eutanasia/), Disponible en: https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1213682

V. Conclusiones

La protección por el Derecho penal del derecho a la vida enfocada desde el delito de homicidio del art. 138 del CP que como tipo básico castiga la intervención en la muerte de otro, necesariamente ha tenido que armonizar, primero la regulación de los casos de participación en el suicidio, y más recientemente la causación y cooperación activa en la muerte compasiva. Considerando las circunstancias de quien acaba perdiendo la vida, mayoritariamente se perciben como hechos muy distintos al crimen homicida.

La LOEu de 2021, con una vocación garantista, ha diseñado un complejo procedimiento de realización de la prestación de ayuda a morir para quienes sufran un padecimiento grave, crónico e imposibilitante o una enfermedad grave e incurable, con sufrimientos físicos o psíquicos constantes e insoportables (en los términos del art. 143.4 CP), especificado como contexto eutanásico en sus arts. 3 b), c), y 5 d) (entre los que reaparece, entorpecedoramente, la mención de que tenga «un pronóstico de vida limitado»)[51]. Siendo su objeto la prestación de *ayuda* para morir transpone desde el CP como requisito la petición expresa, seria e inequívoca del que pueda resultar ayudado: otorgando su consentimiento informado (art. 5.1. e), o cuando no pudiendo hacerlo por no encontrarse en el pleno uso de sus facultades no pudiendo prestar su conformidad libre, voluntaria y consciente, lo haya solicitado válidamente con anterioridad (arts. 5.2 y 6.4).

Faltando este requisito no debería hablarse propiamente de ayuda a morir, y la intervención compasiva en la muerte de otro debe valorarse fuera de la LOEu.

Sin poder contar con tal válida petición del paciente, por incapacidad originaria (como sería el caso de menores con insuficiente madurez) o sobrevenida, la valoración de la intervención de otros en su muerte mantiene la referencia directa del CP. Destipificada la cooperación omisiva (en tanto que pedida), queda por resolver sobre todas las intervenciones no pedidas pero tampoco rechazadas susceptibles de serles imputada la muerte del paciente. El carácter paliativo de esa intervención resulta de la voluntad de evitarle «un padecimiento grave, crónico e imposibilitante o una enfermedad grave e incurable, con sufrimientos físicos o psíquicos constantes e insoportables». Cuando la intervención se ajuste a la *lex artis*, la consecuencia, necesaria o eventual, de la muerte no deslegitima la beneficencia de la conducta. Y para consolidar esa conclusión no es necesaria una expresa regulación específica (con la que sí se cuenta para los casos de eutanasia). Nuestro aquí recordado, Carlos Romeo, ya abrió camino para aligerar la complicación de la justificación de las apresuradamente calificadas conductas típicas en la actividad sanitaria. El ejercicio de la actividad curativa, aunque acabe con la realización del tipo objetivo del homicidio o de las lesiones, no ha de esperar a legitimarse en sede

[51] V. *supra* n. 4: no debería aceptarse como requisito para la realización de la prestación de la ayuda a morir de la LOEu, que la enfermedad grave e incurable determine «un pronóstico de vida limitado», que menciona el art. 3. c).

de justificación como conducta típica no antijurídica. Cuando la voluntad rectora no es matar o lesionar, desde el tipo subjetivo del respectivo delito, debería identificarse el impedimento de su calificación delictiva. No siempre el que conoce y hace, quiere. No es necesario ni conveniente recurrir a la justificación por el resplandor del resultado de muerte para concluir que la conducta no es penalmente antijurídica. También ha dejado de serlo el homicidio por imprudencia leve. Con la sobreponderación del menor desvalor de la conducta por benévola y clínicamente indicada, en los casos aquí tratados, la introspección desde los elementos configuradores del ilícito penal creo que proporcionan pautas para evitar la perturbadora intromisión del Derecho penal.

48

EL ROL DEL COMITÉ DE LAS PARTES EN LA IMPLEMENTACIÓN DEL CONVENIO DEL CONSEJO DE EUROPA SOBRE LA FALSIFICACIÓN DE PRODUCTOS MÉDICOS Y DELITOS SIMILARES QUE SUPONGAN UNA AMENAZA PARA LA SALUD PÚBLICA (CONVENIO MEDICRIME)[*]

Asier Urruela Mora[**]
Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Zaragoza

SUMARIO: I. Modelos de monitorización de tratados y convenios internacionales. I.1. Naciones unidas. Los comités de expertos en derechos humanos. I.2. La supervisión del cumplimiento de obligaciones convencionales en el marco del Consejo de Europa. II. El comité de las partes del convenio medicrime (comité medicrime). II.1. Consideraciones generales en torno al Convenio MEDICRIME. II.2. El Comité de las Partes como órgano de seguimiento de la convención. II.3. Estructura del Comité de las Partes. II.4. Funcionamiento del Comité MEDICRIME y actuación del bureau como órgano entre plenarios. II.5. Funciones del Comité MEDICRIME. II.5.1.*La monitorización del Convenio como eje de la actividad del Comité MEDICRIME.* II.5.1.1. *Perfil de país.* II.5.1.2. *Rondas temáticas de seguimiento (Monitoring rounds).* II.5.1.3. *Encuestas temáticas.* II.5.1.4. *Observaciones generales y dictámenes.* II.5.1.5. *Aspectos problemáticos del proceso de monitorización en el marco del Convenio MEDICRIME.* II.5.2. *Función de intercambio de información, experiencias y buenas prácticas.* II.5.3. *Revisión del Convenio.* III. Conclusiones. IV. Bibliografía.

[*] El presente trabajo se ha elaborado en el marco del Proyecto de Investigación «El Derecho Penal ante los retos actuales de la Biomedicina (DERPEBIO)». Referencia: PID2022-136743OB-I00. Proyectos de Generación de Conocimiento 2022. Entidades financiadoras: MCIN / AEI / y FEDER Una manera de hacer Europa.

[**] Faltan las palabras para expresar mi agradecimiento hacia Carlos María Romeo Casabona, maestro y amigo durante mis últimos 25 años. A él le debo mi incorporación a la Universidad española y tantos aprendizajes académicos y lecciones de vida. Persona generosa, atenta y sensible, Carlos aunaba cualidades poco frecuentes: una finura científica excepcional, capacidad de trabajo sin límites, una enorme inquietud intelectual y un muy perspicaz sentido del humor. Este trabajo pretende constituir un homenaje a la condición de Carlos Romeo Casabona como experto independiente de los Comités de las Partes del Convenio sobre la falsificación de productos médicos y delitos similares que supongan una amenaza para la salud pública (Convenio MEDICRIME) y del Convenio sobre la lucha contra el tráfico de órganos (Convenio de Santiago de Compostela). En dicho marco, Carlos Romeo realizó una excepcional labor en pro de la lucha contra la delincuencia organizada transnacional en las citadas esferas en lo que ha constituido un referente no sólo en numerosos países del Consejo de Europa sino igualmente en el resto del mundo.

I. Modelos de monitorización de tratados y convenios internacionales

I.1. Naciones unidas. Los comités de expertos en derechos humanos

La ratificación de un tratado internacional por parte de un Estado implica, como principal obligación convencional, la necesidad de garantizar el respeto de las disposiciones contenidas en el mismo. La verificación de dicha circunstancia se lleva a cabo a través de procesos de seguimiento y monitorización que permiten evaluar en qué medida los compromisos asumidos por los Estados son respetados, llevándose a cabo en la esfera supranacional de diferentes maneras y a través de una diversidad de órganos. En todo caso, procede poner de manifiesto que no todo tratado internacional dispone de un órgano de seguimiento y, de hecho, incluso en el marco de una organización internacional como el Consejo de Europa resultan una minoría los convenios dotados del mismo.

En este sentido, un primer referente en la escena internacional viene constituido por las actividades desarrolladas en el marco de Naciones Unidas en la esfera de los derechos humanos. En este ámbito, desde la adopción en el año 1948 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos por la Asamblea General, los Estados han adoptado un total de nueve tratados internacionales de derechos humanos y nueve protocolos facultativos. El eje fundamental del sistema internacional de protección de los derechos humanos a nivel de Naciones Unidas viene constituido por los denominados Órganos de los Tratados (Comités de expertos en Derechos Humanos)[1]. Estos se encuentran compuestos por un número de integrantes que oscila entre 10 y 25 en función del Comité de referencia, siendo sus miembros expertos independientes no remunerados nominados y elegidos por los propios Estados. Dichos comités son los encargados de recibir y analizar los informes que los Estados deben presentar periódicamente exponiendo los avances en la implementación del tratado[2].

El referido modelo de seguimiento y monitorización de tratados internacionales establecido por Naciones Unidas en la esfera de los derechos humanos constituye, sin duda, un referente de primer orden en este ámbito[3] y ha influido decisivamente en las

[1] Véase Naciones Unidas, *Los órganos de tratados de los derechos humanos. Protegiendo tus derechos*, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, Ginebra, 2015, p. 2. Disponible en: https://www.ohchr.org/es/treaty-bodies [Última consulta: 9 de febrero de 2025].

[2] Véase Naciones Unidas, *Los órganos de tratados de los derechos humanos. Protegiendo tus derechos*, cit., pp. 2 y 3. La excepción a este procedimiento de seguimiento en el marco de Naciones Unidas viene constituida por el Subcomité para la prevención de la tortura que, en lugar de examinar informes elaborados por los Estados, lleva a cabo su función mediante visitas a centros de detención, prisiones, instituciones de salud mental, etc.

[3] No obstante, en la esfera de Naciones Unidas junto con los mecanismos convencionales citados cabe hacer referencia a los denominados mecanismos extra-convencionales, caracterizados por ser instrumentos de fácil acceso y dotados de gran efectividad con la finalidad de proteger los derechos humanos en cualquier parte del mundo, y que derivan de mandatos concretos establecidos por la resoluciones de

estructuras existentes a nivel internacional regional. En este sentido, procede destacar la triple función de los Comités de Naciones Unidas constituida por el examen de los informes de los Estados Parte, la de toma en consideración de las denuncias individuales y la de adopción de observaciones generales con el fin de interpretar las disposiciones del tratado de referencia.

I.2. **La supervisión del cumplimiento de obligaciones convencionales en el marco del Consejo de Europa**

El Consejo de Europa se estableció en 1949 y, de acuerdo con su Estatuto (art. 1.a)[4], su finalidad consiste en realizar una unión más estrecha entre sus miembros para salvaguardar y promover los ideales y los principios que constituyen su patrimonio común y favorecer su progreso económico y social[5].

La integración de un Estado en una organización internacional como el Consejo de Europa[6] supone una serie de obligaciones para el referido país. El cumplimiento de las mismas se lleva a cabo a través de una diversidad de procedimientos y de organismos: así, mediante la actuación de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa (fundamentalmente, a través de la Comisión de Seguimiento del cumplimiento de las obligaciones y los compromisos de los Estados miembros —que puede derivar en recomendaciones al Comité de Ministros por incumplimientos de convenios, recomendaciones de órganos o sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos—) o de

---

la Asamblea General o del Consejo de Derechos Humanos y del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas. Se trataría de mecanismos abiertos a ciudadanos de todos los Estados y a organizaciones no gubernamentales de todo el mundo, enormemente flexibles en cuanto a las reglas de admisibilidad de las comunicaciones recibidas y de tramitación relativamente rápida. Véase M. de la Lama Eggerstedt, «Protección internacional de los derechos humanos: los mecanismos extra-convencionales de las Naciones Unidas», *Derecho PUCP*, 52/1999, p. 540.

[4] Estatuto del Consejo de Europa, hecho en Londres el 5 de mayo de 1949.

[5] Véase S. Borràs Pentinat, *Los mecanismos de control de la aplicación y del cumplimiento de los tratados internacionales multilaterales de protección del medio ambiente*, Tesis doctoral, Universidad Rovira i Virgili, 2007, p. 320.

[6] A la hora de conceptualizar dicha organización internacional, particular relevancia ostenta la clásica distinción entre organizaciones de cooperación y las de integración. Las primeras, que serían la mayor parte de las existentes en la esfera internacional, se basan en la cooperación intergubernamental para satisfacer los intereses comunes y los acuerdos internacionales celebrados en su seno obligarían sólo a los Estados que decidan ratificarlos, mientras que, en las segundas, los Estados al crearlas asumen dar un paso más y ceder el ejercicio de competencias soberanas. En este sentido, véase A. Gascón Marcén, «La labor de la Unión Europea a través del Consejo de Europa hacia la integración de la Gran Europa», en P.C. Molina del Pozo (coord.), *Derecho de la Unión Europea e integración regional: liber amicorum al Profesor Dr. Carlos Francisco Molina del Pozo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 1109.

la Comisión de seguimiento del Congreso de Poderes Locales y Regionales del Consejo de Europa, entre otros[7].

El Consejo de Europa ha realizado su misión de fijación de estándares en diversas materias tales como derechos civiles, políticos y sociales, derechos de las minorías, trato a las personas privadas de libertad, lucha contra el racismo y la corrupción o contra el blanqueo de dinero, entre otras, a través de la adopción de diferentes convenciones o convenios (tratados internacionales), desarrollando ulteriormente una actividad proactiva de monitorización de dichos estándares[8,9]. En definitiva, la labor del Consejo de Europa se estructura fundamentalmente en torno a tres ejes[10] en lo que se conoce como el triángulo dinámico[11]: en primer lugar, mediante el establecimiento de normas (*standard setting*); en segundo lugar, a través de mecanismos de supervisión (*monitoring*)[12];

[7] En relación con el particular, véase Consejo de Europa, *Órganos de seguimiento del Consejo de Europa*. Disponible en internet: https://www.coe.int/es/web/portal/monitoring-bodies [Última consulta: 9 de febrero de 2025].

[8] Se ha llegado a afirmar, a mi modo de entender de manera plenamente acertada, que cualquier garantía en la esfera de los derechos humanos es tan buena como lo sea el sistema de supervisión de la misma. Véase D. Harris & J. Darcy, *The European Social Charter*, Transnational Publishers, New York, 2001, p. 374; R. Kicker, M. Möstl, *Standard-setting through monitoring? The role of Council of Europe expert bodies in the development of human rights,* Council of Europe, 2012, p. 107.

[9] Como pone de manifiesto De Beco la literatura existente sobre mecanismos de monitorización de los derechos humanos a nivel europeo ha focalizado tradicionalmente en mayor medida en los tratados internacionales creadores de dichos mecanismos que en los propios mecanismos de seguimiento. Véase G. de Beco, «Introduction: the role of European human rights monitoring mechanisms of the Council of Europe», en G. de Beco (ed.), *Human rights monitoring mechanisms of the Council of Europe*, Routledge, Abingdon, 2013, p. 1.

[10] En este sentido, De Beco pone de manifiesto que los mecanismos de monitorización del Consejo de Europa en la esfera de los derechos humanos tienen 3 funciones fundamentales: monitorización de los países, establecimiento de estándares y cooperación con las organizaciones de la sociedad civil. Véase G. de Beco, «A comparative analysis of European human rights monitoring mechanisms», en G. de Beco (ed.), *Human rights monitoring mechanisms of the Council of Europe*, cit., p. 172.

[11] Véase A. Gascón Marcén, «The platform for the protection of journalists: a mechanism for cooperation between non-governmental organisations and the Council of Europe», *Utrech Law Review*, Vol. 17(2), 2021, p. 46; A. Gascón Marcén, «La Unión Europea y los convenios internacionales elaborados en el marco del Consejo de Europa», en Paula García Andrade (coordinadora), *Interacciones entre el Derecho de la Unión Europea y el Derecho Internacional Público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 227 y ss.

[12] Kicker & Möstl han definido la noción de seguimiento (*monitoring*) en esta esfera como el uso de mecanismos para vigilar y comprobar la situación de los derechos humanos en los distintos Estados con la finalidad de establecer hechos y decidir si los Estados cumplen o no sus obligaciones en la esfera de los derechos humanos. En la práctica esto implica que el Estado es objeto de supervisión regular respecto de su legislación y praxis relevante en el ámbito de los derechos humanos, actividades que pueden centrarse igualmente en el terreno de la prevención. En consecuencia, la monitorización puede no solo implicar control de cumplimiento mediante la observación del grado de implementación de los estándares en materia de derechos humanos, sino igualmente un mecanismo de advertencia anticipada para evitar potencia-

y, finalmente, mediante actividades de cooperación con la finalidad de ayudar a los Estados a cumplirlas[13]. Cabe afirmar que el Consejo de Europa suministra el sistema más desarrollado de protección y promoción de los derechos humanos a nivel regional y ha acumulado una experiencia significativa en el campo de la monitorización[14]. No obstante, la estructura y la forma de funcionamiento de los mecanismos de seguimiento y monitorización especialmente establecidos al amparo de los convenios del Consejo de Europa difiere de manera significativa. En este sentido, como pone de manifiesto Sax[15] cabría hacer referencia a tres grandes modelos: por un lado, algunos mecanismos de monitorización del Consejo de Europa consisten en órganos compuestos exclusivamente de representantes de los Estados como es el caso de Greco en el ámbito de la monitorización de los estándares anti-corrupción o el Comité de Lanzarote para la evaluación de la Convención del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual (capítulo X, arts. 39 a 41). Por otro lado, otros mecanismos de seguimiento cuentan simplemente con un órgano de expertos, como el Comité consultivo del Convenio-marco para la protección de las Minorías Nacionales[16],

---

les violaciones futuras de los estándares a nivel de derechos humanos. Véase R. Kicker & M. Möstl, *Standard-setting through monitoring? The role of Council of Europe expert bodies in the development of human rights,* cit., p. 20. En el mismo sentido, De Beco viene a establecer que el fundamento tras la monitorización en la esfera de los derechos humanos es la prevención, véase G. de Beco, «Introduction: the role of European human rights monitoring mechanisms of the Council of Europe*», cit.*, p. 10. Asimismo, y en el marco de la actividad del Comité Europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes, Kicker pone de manifiesto que la monitorización debe ser conceptuada como la función de establecer hechos y obtener conclusiones sobre si los Estados se encuentran en riesgo de vulnerar sus obligaciones en la esfera de los derechos humanos, véase R. Kicker, «The European Committee for the prevention of torture and inhuman or degrading treatment on punishment (the CPT)», en G. de Beco (ed.), *Human rights monitoring mechanisms of the Council of Europe,* cit., p. 43.

[13] Como pone de manifiesto Gascón Marcén, el Consejo de Europa no sólo sirve para crear o extender estándares, sino que también lleva a cabo supervisión que se traduce en recomendaciones concretas y asistencia técnica especializada a través de actividades de cooperación para asegurar que los estándares se cumplen en la práctica, en lo que constituye una de las mayores aportaciones del Consejo de Europa frente a otras organizaciones de cooperación. Véase A. Gascón Marcén, «La labor de la Unión Europea a través del Consejo de Europa hacia la integración de la Gran Europa», *cit.*, pp. 1113 y 1125.

[14] Así lo ponen de manifiesto, R. Kicker & M. Möstl & E. Lantschner, *«Reforming the Council of Europe's human rights monitoring mechanisms», Netherland Quaterly of Human Rights*, Vol. 29/4, 2011, p. 461.

[15] Véase H. Sax, «Article 4. Definitions», en J. Planitzer, H. Sax (ed.), *A commentary on the Council of Europe Convention on action against trafficking in human beings,* Edward Elgar Publishing, Cheltenham-Northampton, 2020, pp. 414 y s. (§ 36.12).

[16] Sobre el particular, véase Secretariat of Minority Rights Group International (MRG), *Analysis and Observations on the monitoring mechanism. The Council of Europe's Framework Convention for the protection of national minorities*, Londres, 1998. Disponible en: https://minorityrights.org/resources/the-council-of-europes-framework-convention-for-the-protection-of-national-minorities-analysis-and-observations-on-the-monitoring-mechanism/ [Última consulta: 9 de febrero de 2025].

hecho en Estrasburgo el 1 de febrero de 1995 (art. 26) que asistirá al Comité de Ministros en la evaluación de la adecuación de las medidas adoptadas por una Parte para llevar a efecto los principios expresados en el referido Convenio marco. Por último, el Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos implementa el seguimiento a través de dos órganos, un comité de expertos (el Grupo de Expertos en la lucha contra la trata de seres humanos, de su acrónimo inglés GRETA[17]) y un Comité de las Partes primariamente integrado por representantes de los Estados que ratifican el Convenio[18]. Dicho modelo ha sido seguido posteriormente por el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica (Estambul, 11 de mayo de 2011)[19]. En relación con este último modelo, se ha puesto de manifiesto que la implicación de órganos de naturaleza política en el sistema de monitorización de derechos humanos puede, por un lado, presentar la ventaja de que un determinado Estado asuma las críticas formuladas por sus pares de manera más seria que las solas evaluaciones realizadas por expertos que, si bien independientes, pueden ser percibidos como carentes de la misma comprensión del mundo real; por otro lado, cabría aceptar que otorgar un rol a órganos de naturaleza política en un mecanismo de supervisión independiente entraña el peligro de restringir la referida independencia del órgano experto o, al menos, de atenuar su valoración[20].

[17] El Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos (Convenio n.º 197 del Consejo de Europa), hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005, procede a crear su propio mecanismo de seguimiento, consistente en el Grupo de expertos en la lucha contra la trata de seres humanos (GRETA) como órgano experto, y en el Comité de las Partes para la revisión por pares de naturaleza política. Ello implica que el proceso de monitorización va a consistir en dos fases: primera con la evaluación experta por parte del GRETA y posteriormente con una segunda discusión en el marco del Comité de las Partes. Véase H. Sax, «Article 36. Group of experts on action against trafficking in human beings», en J. Planitzer, H. Sax, *A commentary on the Council of Europe Convention on action against trafficking in human beings,* cit., p. 59 (§4.08). Para una ampliación sobre el funcionamiento del GRETA, véase J. Planitzer, «GRETA's First Years of Work: Review of the monitoring of implementation of the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings», *Anti-Trafficking Review*, 1, 2012, pp. 31 y ss.

[18] Si bien, junto con los referidos miembros del Comité, se integran adicionalmente en el mismo otros participantes y observadores tal como prescribe el Reglamento interior del Comité de las Partes del Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos. Disponible en: https://www.coe.int/en/web/anti-human-trafficking/committee-of-the-parties [Última consulta: 9 de febrero de 2025].

[19] Grupo de Expertos en la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (GREVIO) y Comité de las Partes. Para una ampliación sobre el particular, véase I. Gasimov, «Monitoring mechanism of the Istanbul Convention: individual application and criminal justice», en *SSRN*, 2022. Disponible en: https://ssrn.com/abstract=4254304 [Última consulta: 9 de febrero de 2025].

[20] Véase R. Kicker & M. Möstl, *Standard-setting through monitoring? The role of Council of Europe expert bodies in the development of human rights*, *cit.*, p. 80.

Con independencia de la metodología seguida para la monitorización del grado de cumplimiento de las obligaciones establecidas en virtud de tratados internacionales cabe colegir que el gran reto de los sistemas de seguimiento de convenios reside en influir en las acciones de los actores nacionales (fundamentalmente los propios Estados) utilizando para ello los mecanismos a su disposición[21]. Ello implica que la referida monitorización está llamada a ostentar tanto un impacto político como práctico.

II. El comité de las partes del convenio MEDICRIME (comité MEDICRIME)

II.1. Consideraciones generales en torno al Convenio MEDICRIME

El Convenio del Consejo de Europa sobre la falsificación de productos médicos y delitos similares que supongan una amenaza para la salud pública (Convenio MEDICRIME) constituye el primer tratado internacional de naturaleza penal específicamente consagrado a dicha materia. Los principales objetivos de la referida convención son la salvaguarda de la salud pública a través de la criminalización de determinadas conductas, la protección de las víctimas y los testigos de los referidos delitos, la promoción de la cooperación entre las autoridades sanitarias, policiales y aduaneras competentes tanto a nivel nacional como internacional, así como la implementación de medidas preventivas asociando al sector privado con la finalidad de erradicar en lo posible las mencionadas tipologías delictivas[22]. A pesar de ser una convención internacional del Consejo de Europa, se trata de un convenio abierto a la firma y ratificación no sólo por parte de los Estados miembros de dicha organización, sino igualmente por parte de la Unión Europea y de Estados no miembros del Consejo de Europa, tal como dispone el art. 28 Convenio MEDICRIME[23]. Ello resulta plenamente coherente con el carácter transnacional, globalizado y de ámbito mundial que caracteriza la falsificación de pro-

[21] Véase L. Yael Hollo, «The European Commission against Racism and Intolerance (ECRI)», en G. de Beco (ed.), *Human rights monitoring mechanisms of the Council of Europe,* cit., p. 149.

[22] Véase C. M. Romeo Casabona, A. Urruela Mora, P. Nicolás Jiménez, Ó. Alarcón-Jiménez, «International strategies in fighting against medicaments fraud and other similar offences. The MEDICRIME Convention», *Crime, Law and Social Change*, 68(1-2), pp. 1-28.

[23] Como pone de manifiesto su informe explicativo, el Convenio MEDICRIME (apartado 158) está abierto a la firma de los Estados miembros del Consejo de Europa, de la Unión Europea y de los Estados no miembros del Consejo de Europa que hayan participado en su elaboración (Israel y Japón) así como de los Estados que tienen estatuto de observador ante el Consejo de Europa. Además, para fomentar la participación en el convenio del mayor número posible de Estados no miembros, el art. 28 Convenio MEDICRIME les otorga la posibilidad, previa invitación por parte del Comité de Ministros, de firmar y ratificar el Convenio incluso antes de su entrada en vigor. En definitiva, este convenio se aparta de la práctica que ha existido en los tratados del Consejo de Europa, según la cual los Estados no miembros que no han participado en la elaboración de un Convenio del Consejo de Europa sólo podrán adherirse al mismo después de su entrada en vigor.

ductos médicos y los delitos similares que suponen una amenaza para la salud pública, que constituyen el objeto de la presente convención.

El Comité de ministros del Consejo de Europa adoptó el Convenio MEDICRIME el 8 de diciembre de 2010, quedando abierto a la firma el 28 de octubre de 2011 con motivo de una conferencia temática de alto nivel que tuvo lugar en Moscú (Federación Rusa). La convención entró en vigor el 1 de enero de 2016 tras la 5.ª ratificación (por orden cronológico, Ucrania, España, Moldavia, Hungría y Guinea) siguiendo el procedimiento previsto en el art. 28.4 Convenio MEDICRIME[24].

En la actualidad[25], 23 Estados han ratificado el convenio mientras que otros 22 han procedido a su firma estando pendiente para estos últimos la ratificación del tratado, por lo que puede afirmarse que el Convenio MEDICRIME se encuentra en proceso de convertirse en un estándar internacional en la lucha contra la falsificación de productos médicos y contra otros delitos similares que amenazan a la salud pública, no sólo a nivel europeo sino mundial (pues han ratificado o firmado la Convención países de 3 continentes distintos —Europa, África y América—)[26].

II.2. **El comité de las partes (Comité MEDICRIME) como órgano de seguimiento de la convención**

Como ha quedado puesto de manifiesto *supra*, numerosos Convenios del Consejo de Europa asignan la función de monitorización y seguimiento del cumplimiento del Tratado exclusivamente a un Comité de las Partes, órgano de carácter eminentemente político y no técnico, pues se encuentra integrado por los representantes de los Estados parte en el convenio[27]. Dicho modelo es implementado, por ejemplo, en el Convenio

[24] De acuerdo con dicho precepto el «presente Convenio entrará en vigor el primer día del mes siguiente a la expiración del plazo de tres meses contados a partir de la fecha en que cinco signatarios, entre ellos al menos tres Estados miembros del Consejo de Europa, hayan manifestado su consentimiento para quedar obligados por el Convenio de conformidad con las disposiciones del apartado precedente».

[25] Fecha de referencia 9 de febrero de 2025.

[26] Gascón Marcén pone de manifiesto que algunos de los convenios del Consejo de Europa son acuerdos ampliados susceptibles de ser ratificados por Estados no miembros del Consejo de Europa. En este sentido, cabría citar el Convenio de Budapest sobre ciberdelincuencia que ha sido ratificado por Estados como Sri Lanka, Estados Unidos o Japón, lográndose que dichos países se comprometan a luchar contra el cibercrimen con la finalidad de salvaguardar los derechos humanos. Este es el caso del Convenio sobre la falsificación de productos médicos y delitos similares que supongan una amenaza para la salud pública (Convenio MEDICRIME) que ha sido ya objeto de ratificación por parte de numerosos Estados no miembros del Consejo de Europa, especialmente del continente africano. A. Gascón Marcén, «La labor de la Unión Europea a través del Consejo de Europa hacia la integración de la Gran Europa», *cit.*, p. 1126.

[27] Dicho Comité de las Partes resulta, desde el punto de vista meramente estructural, de configuración similar a los ya existentes en otras convenciones del Consejo de Europa tales como el Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos, donde la monitorización se lleva a cabo a través de una doble instancia; por un lado, un órgano compuesto de expertos independientes (GRETA), y

para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual (Convenio de Lanzarote de 25 de octubre de 2007) que ha servido de modelo para la implantación del Comité de las Partes en el marco de la Convención MEDICRIME. El Comité de las Partes se erige en un mecanismo de seguimiento de carácter flexible, estando llamado a configurarse como un ente con un peso esencial en las iniciativas de naturaleza jurídica del Consejo de Europa en materia de lucha contra la falsificación de productos médicos y los delitos similares que supongan una amenaza para la salud pública[28].

El Comité de las Partes constituye, en definitiva, el mecanismo de seguimiento previsto por el Convenio MEDICRIME (Capítulo VIII Convención MEDICRIME, arts. 23 a 25) que se reúne a convocatoria del Secretario General del Consejo de Europa. Su primera reunión plenaria tuvo lugar el 17 de diciembre de 2018[29], procediéndose en la misma a elegir al primer presidente y vicepresidente del Comité MEDICRIME, así como a la aprobación del Reglamento interior que regula su funcionamiento. Desde entonces, ha celebrado 8 reuniones plenarias en las que se abordan diferentes cuestiones relacionadas con la implementación del Convenio, entre otras, el seguimiento del Convenio, actividades de cooperación técnica, intercambio de informaciones, experiencias y buenas prácticas, etc. Resulta particularmente reseñable, en el marco del Convenio MEDICRIME, que el proceso de seguimiento de dicha convención se encuentra ya establecido en el propio tratado internacional, constituyendo una parte de sus estipulaciones, poniendo de manifiesto la enorme relevancia de la monitorización como instrumento para garantizar la efectividad del convenio.

A nivel estructural destaca particularmente la existencia en el seno del Comité MEDICRIME de un Bureau compuesto del presidente, vicepresidente y hasta tres miembros del Comité que lleva a cabo relevantes funciones, particularmente en los periodos entre reuniones plenarias.

---

por otro, un Comité de las Partes en el que son miembros natos los representantes de Estados miembros y no miembros del Consejo de Europa ratificantes del Convenio. Véase H. Sax, «Article 37. Committee of the Parties», en J. Planitzer, H. Sax (ed.), *A commentary on the Council of Europe Convention on action against trafficking in human beings,* cit., p. 426 (§ 37.02).

[28] Informe Explicativo Convenio MEDICRIME, apartado 148.

[29] Dicha primera reunión debe tener lugar en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor del convenio para el décimo signatario que lo ratificó, tal como dispone el art. 23.2 Convenio MEDICRIME. Con ello, la pretensión del Comité *ad hoc* sobre la falsificación de productos médicos y las infracciones similares que suponen una amenaza para la salud pública (PC-ISP) fue que el convenio entrase en vigor rápidamente, aplazando la introducción del mecanismo de seguimiento hasta que fuera ratificada por una cantidad suficiente de Estados, a fin de poder contar con un número relevante de Partes representadas para garantizar su credibilidad (Informe explicativo Convenio MEDICRIME, apartado 140).

II.3. **Estructura del comité de las partes**

El Comité de las Partes del Convenio MEDICRIME constituye el mecanismo de seguimiento de dicho tratado cuya composición, forma de funcionamiento y funciones quedan regulados en el capítulo VIII del propio tratado (arts. 23 a 25). Se trata, en definitiva, de un comité convencional en la medida en que se crea y se encuentra previsto por el propio convenio. Este regula, asimismo, los aspectos básicos relativos a la configuración y funciones del Comité, sin perjuicio, de que estos y otros aspectos de la vida del mismo sean objeto de desarrollo a través del reglamento interior.

A nivel de composición, cabe distinguir tres modalidades de intervinientes en el Comité MEDICRIME: miembros, participantes y observadores[30,31].

En primer lugar, el Comité de las Partes está integrado por representantes de los Estados que han firmado y ratificado el Convenio. Dado que MEDICRIME es una convención abierta a Estados no miembros del Consejo de Europa, está previsto que los países parte en el convenio que no pertenezcan al Consejo de Europa deberán contribuir económicamente a la financiación del Comité de las Partes de conformidad con las modalidades que fije el Comité de Ministros tras consultar con dicho Estado[32].

En definitiva, los miembros natos del Comité de las Partes son los representantes de los Estados que han firmado y ratificado el convenio, quienes intervienen en las reuniones del Comité con derecho a voz y voto por lo que sobre ellos recae todo el peso de las decisiones que se adoptan en el referido Comité. A dichos efectos, el reglamento interior del Comité MEDICRIME[33] establece que las partes deben nombrar como representantes expertos con el mayor rango posible que posean conocimientos sólidos en las materias sobre las que versa la convención (prevención y lucha contra las amenazas para

[30] La distinción terminológica entre las 3 categorías citadas deriva del Reglamento interior del Comité de las Partes. Véase Comité MEDICRIME, *Règlement intérieur Comité des Parties de la Convention du Conseil de l'Europe sur la contrefaçon des produits médicaux et les infractions similaires menaçant la santé publique adopté par le Comité lors de sa 2e réunion (Strasbourg, 12-13 décembre 2019),* Conseil de l'Europe, 2020, pp. 9 y ss. Disponible en: https://www.coe.int/en/web/medicrime/rules-of-procedure [Última consulta: 9 de febrero de 2025]. Cabe poner de manifiesto que la integración en el Comité MEDICRIME de participantes y observadores persigue la finalidad de garantizar un enfoque realmente multisectorial y pluridisciplinar en el proceso de monitorización de la Convención.

[31] Dicha composición con base en tres categorías se mantiene en diversos convenios del Consejo de Europa que prevén como órgano de seguimiento, un Comité de las Partes. Por ejemplo, en relación con el Comité de Lanzarote, véase H. Sax, «Article 37. Committee of the Parties», *cit.,* p. 430 (§ 37.15).

[32] Informe Explicativo Convenio MEDICRIME, apartado 143. En todo caso, el Comité de Ministros del Consejo de Europa debe solicitar el parecer de los Estados no miembros del Consejo que hayan ratificado la convención, con carácter previo al establecimiento de los créditos presupuestarios atribuidos al Comité de las Partes.

[33] Véase Comité MEDICRIME, *Règlement intérieur Comité des Parties de la Convention du Conseil de l'Europe sur la contrefaçon des produits médicaux et les infractions similaires menaçant la santé publique adopté par le Comité lors de sa 2e réunion (Strasbourg, 12-13 décembre 2019),* cit., p. 9.

la salud pública derivadas de la falsificación de productos médicos y delitos similares que supongan una amenaza para la salud pública). Si bien, en principio, cada Estado Parte en el Convenio designa un representante en el Comité, cabe que aquel pueda estar acompañado por otros representantes nacionales; no obstante, cuando un país nombra más de un representante en el Comité solo uno de ellos ostenta derecho a voto.

De entre los miembros del Comité MEDICRIME se elige por mayoría simple a un presidente y a un vicepresidente cuyas funciones se asocian básicamente a la dirección de los debates y desarrollo de las reuniones plenarias.

Una segunda categoría de integrantes del Comité MEDICRIME se encuentra formada por los participantes en el mismo, que carecen de derecho a voto en el seno del Comité. Se trata de miembros natos pues su intervención está prevista específicamente en la convención (art. 24.1 y 24.2). De esta forma, se dispone expresamente que designarán representantes en el Comité MEDICRIME tanto la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, como el Comité Europeo de Problemas Penales (CEPC), así como los demás comités intergubernamentales o científicos competentes del Consejo de Europa. Se integran en esta última categoría el Comité europeo de productos y atención farmacéutica (CD-P-PH) —cuyo mandato específico es el de cooperar con el Comité Europeo de Problemas Penales con el objetivo de minimizar los riesgos para la salud pública derivados de la falsificación de productos médicos y otras formas de delitos farmacéuticos—, la Comisión de la Farmacopea Europea y su grupo consultivo de la red europea de laboratorios oficiales de control de medicamentos. Se trata de organismos que, en virtud de sus ámbitos de actuación, son susceptibles de aportar una contribución de gran valor a los trabajos de seguimiento del convenio.

Junto con los anteriores, y de acuerdo con el Reglamento interior del Comité MEDICRIME —que desarrolla en este punto el art. 24 de la convención— pueden designar representantes sin derecho a voto en el referido Comité:

- el Congreso de poderes locales y regionales del Consejo de Europa.
- la Conferencia de Organizaciones internacionales no gubernamentales (OING) del Consejo de Europa;
- cualquier otro órgano del Consejo de Europa invitado por el Comité de Ministros tras consulta con el Comité MEDICRIME.
- los Estados miembros del Consejo de Europa que no son parte de la Convención.
- los Estados que ostentan el estatuto de observador ante el Consejo de Europa;
- los Estados invitados a adherirse a la Convención.

La última categoría de intervinientes en el Comité MEDICRIME viene integrada por los observadores objeto de regulación en el art. 24 (apartados 3 a 5) Convenio y en el art. 2.3 Reglamento interior.

Con base en las disposiciones citadas pueden nombrar representantes para participar en el Comité sin derecho a voto la Unión Europea y sus agencias (particularmente Europol y Eurojust), las Naciones Unidas y sus agencias especializadas, Interpol, la

Organización mundial de aduanas, la Organización internacional de la francofonía junto con otras organizaciones intergubernamentales y toda otra entidad autorizada a participar en las reuniones de un Comité director o de un Comité *ad hoc* del Consejo de Europa en virtud de una resolución o de una decisión del Comité de Ministros. Se trataría, en definitiva, de facultar la integración como observadores a representantes de organismos intergubernamentales que actúan de manera activa en el ámbito del Convenio MEDICRIME y que, a la vista de sus actividades, pueden aportar un conocimiento fidedigno de la problemática planteada por la falsificación de productos médicos y por los delitos similares que suponen una amenaza para la salud pública, particularmente en la esfera internacional —lo cual resulta especialmente relevante, dado el carácter esencialmente transnacional y globalizado de dicha criminalidad—.

Asimismo, pueden ser admitidos como observadores en el Comité MEDICRIME siguiendo el procedimiento previsto al efecto[34], los representantes de órganos oficiales competentes de los Estados Parte y de la sociedad civil, particularmente de las organizaciones no gubernamentales así como representantes de otras entidades (en particular, de las organizaciones del sector privado que actúen en el ámbito de las tecnologías de la información y la comunicación, de las instituciones financieras, de los sectores comercial e industrial y de otros actores interesados de la sociedad civil)[35].

La posibilidad de integración como observadores del conjunto de organismos internacionales y nacionales previstos en virtud de los apartados 3 a 5 del art. 24 Convenio MEDICRIME resulta fundamental con el fin de garantizar que el procedimiento de monitorización de la convención resulta realmente eficaz, incorporando a sus trabajos a expertos de primer nivel implicados en la lucha contra las actividades delictivas que constituyen el objeto principal del referido tratado internacional.

En definitiva, si bien la adopción de decisiones en el marco del Comité MEDICRIME depende exclusivamente de los representantes de los Estados Parte en la convención —pues son los únicos que disponen de derecho de voto—, una configuración tan amplia del Comité, incluyendo como participantes y observadores a un conjunto de agentes, organismos y entidades caracterizadas por su alto grado de implicación en la lucha contra la falsificación de productos médicos, garantiza una monitorización del convenio particularmente proactiva y dotada de un alto grado de *expertise* técnica.

[34] Establecido en la Resolución CM/Res(2011)24.

[35] A dicho título *ad hoc*, a fecha 9 de febrero de 2025, ostentan la condición de observadores en el seno del Comité MEDICRIME las siguiente organizaciones: la Alianza por una farmacia segura en línea en la UE, la Fundación Brazzaville, la Conferencia de Ministros de justicia de países iberoamericanos, *Fight the Fakes*, la Asociación internacional de aduaneros francófonos, la Federación internacional de fabricantes y asociaciones farmacéuticas, las empresas del medicamento, la Organización panamericana de lucha por la salud y el *Pharmaceutical Security Institute*.

II.4. **Funcionamiento del comité MEDICRIME y actuación del Bureau como órgano entre plenarios**

El funcionamiento del Comité MEDICRIME reposa sobre las reuniones plenarias, que se celebran en la sede del Consejo de Europa en Estrasburgo[36] y que se convocan por el Secretario General del Consejo de Europa a petición de un tercio de las Partes en el Convenio o del propio Secretario General. Por otro lado, y a nivel administrativo, el apoyo al Comité MEDICRIME se suministra a través del Secretariado ejecutivo del Convenio[37] y de otro personal de asistencia adscrito al Consejo de Europa[38]. Hasta la fecha se han celebrado 8 reuniones plenarias[39]. Es en el marco de dichos plenarios que se adoptan las decisiones por parte del Comité y se implementan de manera activa las distintas funciones asumidas por el mismo (monitorización del Convenio, recogida y puesta en común de informaciones relevantes en materia de falsificación de productos médicos y delitos similares que amenazan la salud pública, etc.). Ello implica que, con la finalidad fundamental de preparar las reuniones plenarias, en los periodos entre las mismas funcione una estructura reducida del Comité denominada Bureau, integrado por el presidente y el vicepresidente del Comité junto con otros hasta tres miembros del mismo.

Entre las múltiples funciones del Bureau[40] destacan sobremanera la de supervisar la preparación de las reuniones plenarias, examinar el orden del día y la de elaborar el plan de trabajo del Comité MEDICRIME incluyendo la propuesta de prioridades para las actividades futuras (cuestión que deberá ser objeto de examen y aprobación ulterior en el seno del Comité). En definitiva, el Bureau funciona básicamente como un órgano reducido (su composición garantiza una mayor agilidad en la toma de decisiones en el seno del mismo) que asume fundamentalmente sus tareas en el periodo entre plena-

[36] Excepcionalmente, cabría la posibilidad de llevar a cabo dichos plenarios en otros lugares bajo las condiciones dispuestas en el art. 7.2 Reglamento interior Comité MEDICRIME.

[37] Al igual que ocurre en otros órganos de monitorización de convenios en el contexto del Consejo de Europa, el rol del Secretariado del Comité MEDICRIME resulta decisivo y puede considerarse como el impulso-guía del Comité. Véase R. Kicker, «The European Committee for the prevention of torture and inhuman or degrading treatment on punishment (the CPT)», en G. de Beco (ed.), *Human rights monitoring mechanisms of the Council of Europe,* cit., p. 57.

[38] De manera análoga a lo que ocurre en relación con los Comités de las Partes previstos en otras convenciones del Consejo de Europa, véase H. Sax, «Article 37. Committee of the Parties», *cit.,* p. 431 (§ 37.17)

[39] Resulta previsible que, a partir de 2024, se regularice en mayor medida el ritmo de los trabajos, y en consecuencia, el de reuniones plenarias del Comité MEDICRIME, pues los primeros años de funcionamiento del mismo han resultado ciertamente afectados por el impacto de la pandemia de COVID-19 en los sistemas sanitarios, lo que ha repercutido de manera trascendental en el Convenio MEDICRIME al tratarse de un tratado orientado a la protección de la salud pública (si bien desde una perspectiva eminentemente penal).

[40] Explicitadas en el art. 4 apartado 2 Reglamento interior Comité MEDICRIME.

rios, avanzando un trabajo de preparación del orden del día y de los temas a tratar en las reuniones del Comité. Para ello se reúne con carácter previo a cada plenario, bien presencial bien virtualmente.

II.5. **Funciones del comité MEDICRIME**

Las funciones del Comité MEDICRIME quedan establecidas al amparo del art. 25 Convenio[41], objeto de desarrollo en el art. 1 (*Funciones*) y en las Partes II (*Monitorización de la implementación de la Convención*: arts. 23 a 29) y III (*Intercambio de informaciones, de experiencias y de buenas prácticas*: arts 30 a 32) del Reglamento interior del Comité MEDICRIME. Coherentemente con la naturaleza penal del Convenio se dispone expresamente que el Comité Europeo para Problemas Penales del Consejo de Europa (CEPC) recibirá información periódica, al menos con carácter anual, sobre las actividades del Comité (art. 25.4 Convención y 21 Reglamento interior).

Con base en lo anterior cabe poner de manifiesto que la función primordial del Comité de las Partes reside en la monitorización del Convenio, es decir, en la supervisión de la aplicación de dicho tratado internacional, verdadera razón de ser de todo seguimiento producido en esta esfera.

En relación con el particular, se atribuyen al Comité de las Partes (art. 25.3 Convención y art. 1.1. Reglamento interior Comité MEDICRIME) una serie de funciones ulteriores, integradas por las siguientes:

- facilitar la aplicación efectiva del Convenio, en particular, identificando cualquier problema que pudiera surgir, así como los efectos de cualquier declaración o reserva formulada con arreglo al Convenio;
- emitir un dictamen sobre cualquier cuestión relativa a la aplicación del Convenio y facilitar el intercambio de información sobre los cambios jurídicos, políticos o técnicos importantes. Para ello, el Comité MEDICRIME puede recurrir a la colaboración de otros comités y organismos especializados del Consejo de Europa;
- dirigir recomendaciones específicas a las Partes sobre la aplicación del Convenio.

Una segunda misión esencial del Comité MEDICRIME consiste en facilitar la recogida, análisis e intercambio de información, experiencias y buenas prácticas entre los Estados, con vistas a mejorar su capacidad para prevenir y combatir la falsificación de productos médicos y delitos similares que supongan una amenaza para la salud

[41] Como pone de manifiesto el Informe Explicativo, dicho precepto se funda en una disposición similar del Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007 (art. 41) lo que hace que las funciones de los Comités de las Partes de ambos Convenios sean, en gran parte, análogas. Véase H. Sax, «Article 37. Committee of the Parties», *cit.,* p. 428 (§ 37.08).

pública, para lo cual podrá recibir la asistencia de otros comités u órganos pertinentes del Consejo de Europa.

Por último, el Comité MEDICRIME tiene reconocidas competencias en el marco de un eventual proceso de revisión del Convenio o en la solución amistosa de conflictos en la aplicación del mismo.

En el desarrollo de sus actividades el Comité dispone de total libertad a la hora de estructurar las mismas y periodificarlas en el tiempo. No obstante, con la finalidad de concretar un plan cuatrienal de trabajo, el Comité MEDICRIME aprobó en su 7.ª Reunión plenaria (28 y 29 de noviembre de 2023) la denominada *Estrategia MEDICRIME* que responde a la necesidad de establecer un marco para promover actividades de fijación de estándares en materia de derechos humanos, democracia y Estado de derecho con la finalidad de proteger la salud pública. Esto requiere una estrecha cooperación y coordinación con otras organizaciones internacionales, Estados miembros del Consejo de Europa y otros países. Este proyecto de estrategia prevé cuatro líneas temáticas (Promover la adhesión al Convenio; Prevenir la falsificación de productos médicos y delitos similares; Perseguir a los delincuentes, incluidos los que facilitan el tráfico y Proteger a las víctimas[42]) llamadas a constituir los ejes de la actividad del Comité MEDICRIME en el periodo 2022-2024.

En consecuencia, procede analizar los mecanismos concretos para el desarrollo de cada una de las funciones del Comité MEDICRIME y las principales actividades llevadas a cabo hasta el momento en cada línea referida.

II.5.1. *La monitorización del Convenio como eje de la actividad del Comité MEDICRIME*

La monitorización de la convención constituye un proceso complejo y dinámico que requiere de una actuación proactiva por parte del Comité MECICRIME. Con el fin de garantizar que el tratado se implementa de manera adecuada, se han procedido a diseñar diferentes mecanismos de seguimiento. En todo caso, el sistema de monitorización establecido al amparo del Convenio MEDICRIME tiene naturaleza no judicial y se encuentra basado en la notificación por parte de los Estados Parte (*State reporting system*) siendo la opción en favor de dicho mecanismo fundamentalmente una decisión

[42] La estrategia MEDICRIME para el periodo 2022-2024 se basa en 4 ejes temáticos (las 4 Ps): *Promoción* de los valores y beneficios del Convenio entre los países miembros del Consejo de Europa, los Estados no miembros de dicha organización y la Unión Europea; *Prevenir* a través a través de formación específica y otras medidas, incluida la cooperación entre organizaciones internacionales; *Perseguir*, mejora de los marcos jurídico, normativo y político, facilitando las solicitudes internacionales de asistencia y extradición; y *Proteger*, frente a las oportunidades de distribución masiva de productos médicos falsificados en periodos de graves crisis.

política[43]. El modelo de monitorización adoptado se funda, en definitiva, en la cooperación por parte de los Estados Parte en el convenio como gran eje metodológico, pues es en función de los informes nacionales (o, en su caso, de las respuestas de los distintos países a los cuestionarios remitidos por el propio Comité MEDICRIME) cómo se desarrolla fundamentalmente el mencionado seguimiento del tratado[44].

II.5.1.1. *Perfil de país*

En primer lugar, se prevé que cada Estado ratificante del tratado deba cumplimentar un perfil de país en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor del convenio con respecto a él[45]. Para ello, debe responder a un cuestionario[46,47] previamente remitido al

[43] De manera similar a lo que ocurre en otros convenios del Consejo de Europa, véase R. Dunbar, «The Committee of Experts of the European Charter for Regional or Minority Languages (the CECL)», en G. de Beco (ed.), *Human rights monitoring mechanisms of the Council of Europe,* cit., p. 155.

[44] Acerca de la referida cooperación como uno de los principios fundamentales de los mecanismos de monitorización de derechos humanos del Consejo de Europa, véase G. de Beco, «A comparative analysis of European human rights monitoring mechanisms», en G. de Beco (ed.), *Human rights monitoring mechanisms of the Council of Europe*, cit., p. 178.

[45] Los Estados Parte a los que se había remitido el referido cuestionario correspondiente al perfil país, a fecha 27 de noviembre de 2023, eran los siguientes: Albania, Armenia, Bielorrusia, Bélgica, Benín, Bosnia-Herzegovina, Burkina Faso, Croacia, Chipre, Francia, Guinea, Hungría, Costa de Marfil, Moldavia, Marruecos, Níger, Portugal, Rusia, Eslovenia, España, Suiza, Turquía y Ucrania. Disponible en: https://www.coe.int/fr/web/medicrime/monitoring-themes [Última consulta: 9 de febrero de 2025]. Las respuestas a dichos cuestionarios por parte de cada Estado Parte que ha procedido a cumplimentarlo se encuentran publicadas en la página web del Convenio MEDICRIME, disponible en: https://www.coe.int/en/web/medicrime/monitoring [Última consulta: 9 de febrero de 2025].

[46] Desde el punto de vista metodológico, los cuestionarios constituyen el mecanismo fundamental para el desarrollo del proceso de monitorización y seguimiento de la aplicación del convenio por parte del Comité MEDICRIME. En este sentido, los referidos cuestionarios son preparados por el Bureau, adoptados por el Comité MEDICRIME y remitidos a los Estados Parte en el convenio por el intermediario del representante respectivo en el Comité. A partir de ese momento, cada Estado debe garantizar la colaboración de todas las autoridades nacionales competentes con la finalidad de preparar respuestas exhaustivas a las preguntas formuladas. En principio, las contestaciones al cuestionario serán hechas públicas, salvo que una Parte presente una demanda motivada al Comité MEDICRIME al objeto de garantizar la confidencialidad de las mismas. Véase art. 26 Reglamento interior Comité MEDICRIME.

[47] En todo caso, las respuestas nacionales a los cuestionarios no constituyen la fuente exclusiva de información susceptible de ser recabada por el Comité MEDICRIME en el proceso de monitorización del Convenio, pues el referido Comité puede igualmente recibir comunicaciones acerca de la implementación del tratado procedentes de organizaciones no gubernamentales y de la sociedad civil que actúen en la esfera de la prevención y la lucha contra la falsificación de productos médicos y los delitos similares que supongan una amenaza para la salud pública. Dichos comentarios son transmitidos por el Secretariado del Comité a los Estados Parte concernidos.

Asimismo, el Secretariado puede solicitar información adicional si las respuestas nacionales a los cuestionarios no son exhaustivas o no son claras. En caso necesario, con el acuerdo de la Parte interesada y dentro de los límites presupuestarios, el Bureau puede decidir realizar una visita *in situ* a la Parte afectada

Estado a través de su representante en el Comité de las Partes con la finalidad de que suministre un panorama general de la práctica legislativa, de las estructuras institucionales y de las políticas de ejecución de la convención en los niveles nacional, regional y local[48]. De manera subsiguiente, los Estados Parte deben informar regularmente al Comité acerca de todas las modificaciones sustanciales producidas en relación con la situación descrita en sus respuestas al cuestionario sobre el que se establece la visión general del país[49]. Procede poner de manifiesto que el Convenio MEDICRIME constituye un tratado internacional de naturaleza penal por lo que el cuestionario orientado a establecer la situación de cada Estado ratificante se dirige primariamente —si bien no de manera exclusiva pues existen otras obligaciones convencionales—, a garantizar que la legislación interna lleva a cabo una incriminación de determinadas conductas ajustada a lo dispuesto en el Convenio. A dichos efectos, el cuestionario sobre cuya base se estructura el perfil de país se divide en tres grandes bloques de preguntas: el marco general, la persecución de los autores de productos médicos falsificados y de infracciones similares que supongan una amenaza para la salud pública y la prevención de dichas actividades. En el primer bloque referido (marco general) se procede a verificar que existen a nivel nacional disposiciones que garantizan una homogeneidad terminológica en el plano técnico-jurídico (en relación con determinadas definiciones tales como las de «medicamento», «producto médico», «dispositivo médico», etc., al amparo del art. 4 Convenio MEDICRIME), así como el grado de implementación práctica del Convenio y las medidas de cooperación e intercambio de información a nivel nacional e internacional. Ulteriormente, un segundo grupo de cuestiones agrupadas en torno al epígrafe «Persecución de los autores de productos médicos falsificados y de infracciones similares que supongan una amenaza para la salud pública» se centra en comprobar la existencia a nivel interno de una serie de tipos penales y otras disposiciones de derecho penal material que aseguran la represión criminal de determinadas conductas (incluyendo aspectos como la competencia jurisdiccional, la responsabilidad penal de las personas jurídicas o la existencia de un catálogo de agravantes para dicho delitos) junto con las medidas de investigación de las referidas infracciones y de protección a las víctimas previstas en el convenio. Finalmente, un tercer bloque del cuestionario se dirige a la prevención, fundamentalmente tratando de garantizar la calidad y seguridad

---

para aclarar la situación, elaborando instrucciones sobre el procedimiento aplicable a dichas visitas *in situ*. Véase art. 26 Reglamento interior Comité MEDICRIME.

[48] Tanto el texto del cuestionario («Panorama general sobre la aplicación de la Convención MEDICRIME») adoptado por el Bureau del Comité MEDICRIME el 7 de julio de 2020 como la fecha de respuesta para cada Estado Parte se encuentran disponibles: https://www.coe.int/fr/web/medicrime/monitoring-themes [Última consulta: 9 de febrero de 2025].

[49] Art. 24 Reglamento interior del Bureau MEDICRIME.

de los productos médicos, así como indaga acerca de las medidas de formación de profesionales y de concienciación al público en general.

De esta manera, el Comité MEDICRIME disponía desde un primer momento (finales del año 2020, debiendo tomarse en consideración que el Comité se constituye formalmente en 2018) de información acerca del grado de cumplimiento a nivel interno de las exigencias marcadas por la convención en una serie de puntos básicos. Si bien existe un compromiso en virtud de la ratificación del Tratado de llevar a cabo dicha implementación en la esfera interna, no todos los miembros del Comité procedieron a responder al referido cuestionario (cuestión que, para los miembros que no lo han hecho aún y para los que se incorporen en el futuro, se irá subsanando progresivamente). En concreto, el cuestionario para elaborar el perfil de país fue remitido a los Estados Parte el 16 de julio de 2020 y de los 18 países que habían ratificado la Convención en dicha fecha únicamente 12 lo cumplimentaron en el plazo de 6 meses fijado[50]. Junto con los países que se han demorado en la remisión de las respuestas, existen Estados Parte de la convención que, pasados más de 3 años desde el envío de los referidos cuestionarios, no habían procedido a contestar a los mismos. Ello pone de manifiesto uno de los principales problemas de la monitorización y el seguimiento del grado de implementación de las obligaciones estipuladas en un tratado internacional bajo el modelo de un Comité de las Partes como el que instaura la Convención MEDICRIME, pues, en definitiva, al tratarse de un órgano intergubernamental cuyos miembros actúan en condición de representantes de los Estados, resulta harto complicado dinamizar a los países para que cumplan con sus obligaciones si existe una voluntad obstativa a remitir la información requerida (no necesariamente por querer ocultar dato alguno, sino normalmente por saturación de las estructuras administrativas internas llamadas a cumplimentar los cuestionarios). Por otro lado, procede destacar que el sistema de seguimiento sobre el que se estructura el funcionamiento del Comité MEDICRIME se configura metodológicamente a partir del análisis de las respuestas remitidas por los propios países, por lo que, en defecto de las mismas, se carece de datos relevantes de cara a la monitorización.

Con base en lo anterior, y a pesar de que el art. 24 Reglamento interior Comité MEDICRIME establece que el Secretariado del Comité debe compilar las respuestas nacionales al cuestionario sobre el perfil de país y hacerlas públicas en la página web

[50] Información acerca de las fechas de envío y de remisión de respuestas al cuestionario de perfil de país actualizada a 27 de noviembre de 2024 y suministrada en la página web del Convenio MEDICRIME. Disponible en: https://www.coe.int/en/web/medicrime/monitoring-themes [Última consulta: 9 de febrero de 2025]. En concreto, en dicha fecha 4 Estados Parte no habían remitido respuesta al cuestionario correspondiente al perfil país y varios otros lo habían hecho con retrasos que oscilaban entre el año y los tres años. Las respuestas a dichos cuestionarios por parte de cada Estado Parte que ha procedido a cumplimentarlo se encuentran publicadas en la página web del Convenio MEDICRIME. Disponible en internet: https://www.coe.int/en/web/medicrime/monitoring [Última consulta: 9 de febrero de 2025].

de la Convención, no se ha dado aún (febrero 2025) cumplimiento a dicha previsión normativa para la totalidad de los Estados Parte en el convenio, si bien ya se dispone de dicha publicación en relación con los países que han atendido a dicha obligación.

Por otro lado, la omisión de respuesta al cuestionario sobre el perfil de país o el retraso significativo en la remisión de las contestaciones al mismo afecta muy negativamente al seguimiento de la convención, pues el referido perfil de país trata de comprobar si se cumplen los estándares normativos[51] esenciales fijados en el Convenio MEDICRIME (en este caso, por ejemplo, vinculados a la necesaria criminalización de ciertas conductas imprescindible para la consecución de una lucha eficaz contra la falsificación de productos médicos) por lo que la ausencia en plazo de dicha información dificulta de manera significativa el desarrollo de ulteriores ciclos o rondas de monitorización de carácter temático.

II.5.1.2. ***Rondas temáticas de seguimiento (monitoring rounds)***

En segundo lugar, el seguimiento de la aplicación de la Convención se estructura sobre el concepto de rondas de monitorización temáticas (*monitoring round*) establecido en el art. 25 Reglamento Interior Comité MEDICRIME. Se sigue, en consecuencia, un procedimiento dividido en ciclos de seguimiento, de manera que cada uno de dichos ciclos se dedica a un tema prefijado de antemano y tiene la duración previamente concretada, siendo ambos aspectos determinados por el Comité MEDICRIME. Cada ciclo de seguimiento se inicia con el envío de un cuestionario —cuyo proceso de elaboración y adopción se encuentran fijados en el art. 26 Reglamento interior Comité MEDICRIME— sobre la implementación de las disposiciones correspondientes de la convención relativas al tema elegido, quedando obligados los países a responder en el lapso fijado por el Comité de las Partes.

Ulteriormente, y una vez respondidos los cuestionarios por los estados, el Comité MEDICRIME debe proceder a la adopción de informes sobre la aplicación del Convenio por las Partes (*Implementation reports*) cuyo modo de realización se encuentra establecido en el art. 27 Reglamento interior Comité MEDICRIME. Dichos informes

[51] En la esfera de los derechos humanos, acerca de la distinción entre estándares normativos —*norm standards*— (entendidos como estándares de derechos humanos adoptados por los Estados y de carácter legalmente vinculante, establecidos primariamente en tratados de derechos humanos pero que incluyen asimismo derecho internacional consuetudinario y principios en materia de derechos humanos) y estándares de implementación —*implementation standards*— (resultados materiales adoptados por los órganos compuestos por expertos independientes para la clarificación e interpretación de los estándares normativos y para describir las medidas que pueden ser adoptadas por los Estados para lograr la conformidad de la legislación y la práctica de los derechos humanos con los estándares normativos), véase R. Kicker, M. Möstl, *Standard-setting through monitoring? The role of Council of Europe expert bodies in the development of human rights,* cit., pp. 108 y 109.

se basan en los datos recogidos a través de los cuestionarios (respuestas de las Partes y comentarios al respecto) y, en cualquier otro medio que se estime necesario; son elaborados por el Secretariado del Comité contando, de ordinario, con la asistencia de expertos independientes. En relación con el particular, el Comité MEDICRIME decide al comienzo de cada ciclo de monitorización si desea realizar informes de aplicación por Parte (estructura nacional) o un solo informe temático para todas las Partes (estructura conjunta).

Cuando los informes se estructuran por estados, cada Parte recibe un borrador antes de su transmisión al Comité MEDICRIME. Esto permite a dicho estado comentar el borrador y aclarar cualquier malentendido antes de su envío al Comité MEDICRIME para su examen y adopción. Si el informe de aplicación abarca a todas las Partes, cada estado puede formular observaciones sobre el proyecto y aclarar cualquier malentendido a lo largo de la fase de redacción del informe de aplicación.

En todo caso, los informes referidos deben incluir una serie de elementos, entre los que se incluyen, al menos, una descripción general de la legislación vigente, de la jurisprudencia y de cualquier otra documentación pertinente, incluidos datos estadísticos, así como un resumen de buenas prácticas en la aplicación del convenio. Junto a lo anterior, deben contener una visión general de los problemas encontrados en la implementación del convenio, así como los efectos negativos de cualquier declaración o reserva formulada de conformidad con el tratado y, en su caso, recomendaciones sobre medidas que deban adoptarse para mejorar la aplicación efectiva de la convención.

Los informes de aplicación, así como las observaciones de la Parte interesada se transmiten para información al Comité Europeo para Problemas Penales, al Comité europeo de productos y atención farmacéutica y al Comité de Ministros del Consejo de Europa y deben hacerse públicos el día de su adopción por el Comité. Finalmente, cabe destacar que el Comité MEDICRIME examinará la evolución de las recomendaciones en los veinticuatro meses siguientes a la adopción del informe.

Las recomendaciones establecidas en el marco de los informes de seguimiento del convenio resultan particularmente relevantes, pues con base en las mismas se establecen los denominados estándares de implementación del convenio.

Incluso, el Reglamento interior del Comité MEDICRIME va más allá y prevé la posibilidad de informes especiales y situaciones de urgencia, al amparo de su art. 29. En este sentido, si el Bureau del Comité MEDICRIME recibe información fiable que indique una situación en la que los problemas requieran atención inmediata para prevenir o limitar el alcance o el número de infracciones graves del Convenio, podrá designar a uno o a varios de sus miembros y/o a expertos independientes para evaluar la situación concreta. En caso necesario y con el acuerdo de la Parte o Partes afectadas, la evaluación podrá incluir visitas *in situ* a las jurisdicciones afectadas, habiendo de desarrollarse en cooperación con las autoridades nacionales de las Partes afectadas, el miembro del Comité MEDICRIME designado por ésta y los órganos pertinentes del Consejo de Europa.

La primera —y hasta la fecha, única[52]— ronda de monitorización temática del Convenio MEDICRIME versó sobre la protección de la salud pública por la convención en periodos de pandemia, siendo adoptado el cuestionario respectivo por el Comité de las Partes el 27 de mayo de 2021[53]. El objeto del referido ciclo se encontraba estrechamente asociado a la pandemia COVID-19 cuyas consecuencias a nivel mundial impactaron fuertemente en el incremento de la circulación de productos médicos falsificados como consecuencia de la ingente necesidad de medicamentos y dispositivos médicos fundamentalmente. En todo caso, el citado cuestionario no se limita a la protección que suministra el Convenio MEDICRIME frente a la situación específicamente planteada por la COVID-19, sino que busca determinar las respuestas nacionales ante los problemas que, en esta esfera, plantean las pandemias (con independencia de su tipología concreta). No olvidemos que, en un contexto pandémico, se coloca a los sistemas sanitarios en situación de enorme estrés, incrementándose de manera exponencial las necesidades de productos médicos, lo que constituye una situación especialmente favorable para las organizaciones criminales dedicadas a la producción y tráfico de falsificaciones de dichos productos que aprovechan una situación de extrema necesidad para introducir las referidas falsificaciones en el mercado (como ocurrió durante la COVID con el tráfico ilegal de mascarillas y de medicamentos que se acrecentó en dicho periodo).

El cuestionario sobre el que se fundó esta primera ronda de monitorización («The protection of public health through the MEDICRIME Convention in times of pandemics») fue adoptado por el Comité MEDICRIME el 27 de mayo de 2021, presentando como una de sus principales peculiaridades la inclusión de cuestiones obligatorias (aquellas consideradas como esenciales para el ciclo de seguimiento) y de otras meramente opcionales[54].

El mencionado cuestionario consta de un total de 40 preguntas que quedan estructuradas en torno a 8 bloques temáticos: prevención y formación; sensibilización; víctimas; cooperación e intercambio de información; detección; investigación y procesamiento;

[52] No obstante, en la 8.ª Reunión Plenaria del Comité MEDICRIME se adoptó el cuestionario de la segunda ronda de monitorización temática que versará sobre «Deposit and destruction measure of seized counterfeit medical products, active substances, excipients, parts, materials, and accessories» (22 de noviembre de 2024), siendo el plazo límite para la respuesta al mismo por las Partes el 29 de mayo de 2026 (proceso de respuesta en 3 fases). El cuestionario se encuentra disponible en: https://www.coe.int/fr/web/medicrime/monitoring-themes [Última consulta: 9 de febrero de 2025].

[53] Tanto el texto del cuestionario («La protección de la salud pública por la Convención MEDICRIME en periodo de pandemia»), adoptado por el Comité MEDICRIME el 27 de mayo 2021, como la fecha de respuesta para cada Estado Parte se encuentran en: https://www.coe.int/fr/web/medicrime/monitoring-themes [Última consulta: 9 de febrero de 2025].

[54] Lo que, lógicamente, favorece que determinados Estados Parte se hayan limitado a responder exclusivamente a las cuestiones obligatorias, prescindiendo por completo de las preguntas optativas.

sanciones y circunstancias agravantes; y recogida de datos[55]. En definitiva, el primer ciclo temático de monitorización del Convenio MEDICRIME se orientó a la consecución de una visión integral de las medidas implementadas por los Estados Parte con la finalidad de lograr la protección de la salud pública a través del Convenio MEDICRIME en periodos de pandemia, englobando aspectos legislativos, diseño y puesta en marcha de estrategias a diferentes niveles, existencia de acuerdos sectoriales o programas específicos en este ámbito, etc.

No obstante, el referido ciclo de monitorización no ha sido satisfactoriamente culminado más de tres años después de la fecha límite para la remisión de las respuestas al cuestionario por parte de los Estados (inicialmente prevista para el 30 noviembre de 2021). En concreto, únicamente 7 países respondieron aproximadamente en plazo (Bélgica, Croacia, Francia, Hungría, Rusia, España y Suiza —si bien en el caso de Bélgica y Rusia con demoras sobre la fecha prevista que alcanzaron una y tres semanas respectivamente—) habiendo contestado ulteriormente (fecha de referencia 9 de febrero de 2025) otros 4 Estados Parte, algunos con retrasos que rozan o superan, en ciertos casos, los 2 años. Incluso otros 7 Estados Parte del Convenio aún no habían remitido (a 9/02/2025) sus respuestas pasados 3 años y 2 meses desde la fecha límite. Cabe reco-

[55] En primer lugar, el bloque de preguntas sobre prevención y formación pretende recopilar información sobre políticas, estrategias, planes y actividades para la prevención de la falsificación de productos médicos y delitos similares que supongan una amenaza para la salud pública, especialmente en periodo de pandemia. Las preguntas se dirigen a todos aquellos agentes que asumen la responsabilidad de adquirir y suministrar productos médicos, así como a quienes tienen que controlar dichos productos o su impacto en la salud pública, quedando integrados en esta sección los programas de sensibilización dirigidos a estas personas en particular, así como al público en general, y las medidas de prevención destinadas a concienciar sobre la disponibilidad de productos médicos falsificados. El segundo bloque de preguntas pretende identificar medidas destinadas a sensibilizar a la sociedad civil y a generar una cultura sobre buenas prácticas para evitar los riesgos asociados a los productos médicos falsificados. La sección tercera agrupa cuestiones dirigidas a la identificación de medidas orientadas a la protección de los derechos de las víctimas. El cuarto bloque del cuestionario (cooperación e intercambio de información) se centra en la capacidad de cooperación entre las autoridades y organismos de diferente naturaleza con la finalidad de intercambio de información orientada a facilitar una investigación eficaz de los delitos incluidos en el Convenio. El bloque de detección pretende determinar las diversas medidas que pueden adoptarse de forma proactiva durante una pandemia para identificar productos médicos falsificados y evitar que lleguen a los pacientes. La sección sobre investigación y procesamiento busca establecer la capacidad de investigar y procesar a los delincuentes por delitos relacionados con la falsificación de productos médicos y delitos similares, en particular durante una pandemia. En materia de sanciones y circunstancias agravantes, el bloque de preguntas persigue la concreción de medidas legislativas específicas y de otro tipo dirigidas a reforzar las sanciones penales impuestas en el marco de los delitos contemplados en el convenio, en particular en relación con infracciones cometidas en el marco de una pandemia. Finalmente, se incluye una última sección relativa a la recopilación, el cotejo y el análisis eficaz de datos que puedan apoyar la lucha contra la falsificación de productos médicos y delitos similares que suponen una amenaza para la salud pública en el contexto de una pandemia, y en general.

nocer, como circunstancia relevante para explicar en parte dicha situación, que la citada ronda de seguimiento se inició en pleno periodo post-pandémico (COVID-19) en un momento en el que, las autoridades sanitarias en gran parte interpeladas por el referido cuestionario aún no habían recuperado la plena normalidad en su funcionamiento. Sin embargo, el panorama descrito evidencia uno de los grandes problemas del seguimiento de la implementación de tratados internacionales con base en informes elaborados por las autoridades nacionales (y no, por ejemplo, fundado en las informaciones recopiladas por grupos de expertos al hilo de visitas *in situ*), pues en caso de falta de cooperación activa a los trabajos del Comité por parte de las autoridades competentes las posibilidades de remover dicho obstáculo resultan mínimas. Ello puede acabar produciendo un bloqueo de facto de la actividad de monitorización (que, lógicamente, se basa en el cumplimiento en plazo de cada ciclo de seguimiento, pues cada una de dichas rondas de monitoreo se basa en las previas) así como un desánimo en los Estados que efectivamente cumplen con sus obligaciones en plazo.

II.5.1.3. *Encuestas temáticas*

Además de mediante los perfiles de país y las rondas de monitorización temáticas el Comité ha implementado ulteriores instrumentos de seguimiento de la aplicación de la convención. En este sentido, cabe citar la realización entre los Estados Parte de una encuesta sobre la falsificación de productos médicos de uso veterinario[56], lo cual resulta coherente con la extensión del concepto de medicamento en virtud del convenio no solo a aquellos de empleo en humanos sino igualmente en animales[57]. La principal diferencia entre las rondas de monitorización y las encuestas temáticas, desde el punto de vista de la estructura de cada uno de dichos instrumentos de seguimiento, radica en que en el marco de las primeras se requiere una explicación extensiva por parte de los Estados acerca de cada una de las preguntas formuladas, mientras que en las encuestas, como su propio nombre indica, las cuestiones plantean aspectos susceptibles de contestación por un sí o un no o suministrando informaciones básicas (sin perjuicio de que al final de la encuesta se habilite un espacio para que los Estados puedan formular comentarios o consideraciones de interés)[58]. Desde el punto de vista del tema elegido en la encuesta temática (falsificación de productos veterinarios) el mismo resulta cohe-

[56] Tanto el texto del cuestionario («Encuesta sobre la falsificación de productos médicos para uso veterinario») como la fecha y el contenido de la respuesta emitida por cada uno de los Estado Parte que han respondido a la misma se encuentran disponibles en: https://www.coe.int/fr/web/medicrime/monitoring-themes (fecha de referencia: 12 de diciembre de 2023) [Última consulta: 9 de febrero de 2025].

[57] Art. 4 b) Convención MEDICRIME.

[58] No obstante, a nivel formal procede poner de manifiesto que la decisión de diseminar el cuestionario de la encuesta entre los Estados Parte del Convenio MEDICRIME fue adoptada por el Bureau (reunión de 14 de octubre de 2021) y no en el marco de una reunión plenaria del Comité de las Partes.

rente con la extensión del Convenio MEDICRIME a los referidos productos. La razón para ello reside en que estos medicamentos de uso veterinario pueden afectar a la salud pública directamente a través de la cadena alimentaria, e indirectamente en el caso de enfermedades transmisibles de los animales a las personas, debido a la ineficacia de los propios medicamentos veterinarios. En los últimos decenios se han documentado una serie de casos de falsificación de medicamentos de uso veterinario generadores de importantes pérdidas económicas y de un peligro potencial elevado para la salud humana. La encuesta temática constituye, en definitiva, un ulterior mecanismo de comprobación de la eficacia en la aplicación de la convención en relación con una problemática concreta (en este caso, relacionada con la falsificación de productos veterinarios) en los distintos Estados Partes, contribuyendo a alcanzar una visión integral acerca del grado de implementación del convenio[59].

II.5.1.4. *Observaciones generales y dictámenes*

El Comité MEDICRIME tiene atribuida convencionalmente (art. 31) la supervisión de la aplicación del tratado, labor que debe desarrollar en estrecha cooperación con el Comité Europeo para Problemas Penales (CEPC) y los demás comités intergubernamentales o científicos competentes del Consejo de Europa, correspondiéndole asimismo el facilitar, en caso necesario, la solución amistosa de cualquier dificultad de aplicación.

Particular importancia ostenta la facultad atribuida al Comité MEDICRIME al amparo del art. 31 Reglamento interior, de emitir observaciones generales u opiniones que pueden versar tanto sobre la interpretación de la convención como sobre cualquier otra cuestión relativa a la aplicación del convenio[60]. En este sentido, los dictámenes sobre la interpretación o aplicación del convenio podrán adoptar la forma de notas informativas (*guidance notes*) que expresen el entendimiento común de las Partes en cuanto a la aplicación del convenio; tradicionalmente tanto los Estados como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos las han tomado en consideración y les han otorgado

[59] En relación con la encuesta temática sobre falsificación de productos médicos de uso veterinario procede realizar las mismas consideraciones críticas ya avanzadas con respecto a la elaboración de los perfiles de país y las rondas de monitorización en el contexto de la actividad del Comité MEDICRIME, relacionadas con la existencia de retrasos significativos en la respuesta a los formularios por parte de algunos Estados mientras otras Partes ni siquiera han procedido a contestar a la misma pasados más de tres años desde la fecha límite fijada por el Bureau MEDICRIME (21 de noviembre de 2021). En todo caso, se ha procedido a publicar las respuestas de los Estados a dicha encuesta, señalando la fecha de envío de la misma por parte de cada país, en la página web del Convenio MEDICRIME.

[60] En este marco, compete al Comité de las Partes la identificación de cualquier problema que pudiera surgir en la utilización y aplicación efectivos del Convenio, así como los efectos de cualquier declaración o reserva formulada con arreglo al mismo.

valor vinculante[61]. La primera nota informativa aprobada en el marco del Convenio MEDICRIME versa sobre la definición de «counterfeit» (término utilizado en la versión auténtica en inglés del convenio) vs. «falsified and substandard»[62].

El Comité MEDICRIME tiene atribuida igualmente la función de dirigir recomendaciones específicas a las Partes sobre la aplicación del Convenio.

II.5.1.5. *Aspectos problemáticos del proceso de monitorización en el marco del convenio MEDICRIME*

Como ha quedado de manifiesto *supra*, el proceso de seguimiento y monitorización de la Convención MEDICRIME versa fundamentalmente sobre las respuestas por los Estados Parte a los cuestionarios remitidos previamente por el Secretariado ejecutivo del Comité MEDICRIME, documentación objeto de posterior análisis por un grupo de consultores independientes vinculados al referido Comité de las Partes[63], siendo este último organismo el que formalmente asume la elaboración de informes y habrá de desarrollar recomendaciones con base en aquellos. Dicha metodología de monitorización fundada en la información suministrada por las autoridades nacionales ya se encontraba presente en los mecanismos de seguimiento de tratados anteriores del Consejo de Europa y, por ejemplo, es la empleada por el Comité Consultivo del Convenio Marco para la protección de las minorías nacionales (constituido al amparo del referido tratado internacional que entró en vigor en 1998) y el Comité Europeo de Derechos Sociales en el marco de la Carta Social Europea[64].

Esto implica, en definitiva, que el éxito de la función de seguimiento del Convenio reposa en gran parte en la diligencia de los Estados Parte a la hora de cumplimentar los referidos cuestionarios nacionales (necesarios tanto en relación con la elaboración

[61] Committee of the Parties MEDICRIME Convention, *List of decisions. 5th Plenary meeting*, 1-3 diciembre 2021, Teleconference (Council of Europe), T-MEDICRIME (2021) LD 02_Rev, p. 3 (apartado 4.3). Disponible en: https://www.coe.int/en/web/medicrime/plenary-meetings [Última consulta: 9 de febrero de 2025].

[62] Al constituir texto auténtico del Convenio las versiones en inglés y francés, la cuestión terminológica de dicha nota informativa debe referirse a los conceptos referidos en dichos idiomas.

[63] Previstos específicamente en el art. 28 Reglamento Interior Comité MEDICRIME en virtud del cual, dentro de los límites presupuestarios, el Comité MEDICRIME podrá solicitar a su Secretario Ejecutivo que recurra a los servicios de consultores independientes para que le ayuden en el desempeño de sus funciones de supervisión.

[64] Por el contrario, el Comité Europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes (establecido al amparo del Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes, del Consejo de Europa, que entró en vigor en 1989) y la Comisión Europea contra el racismo y la intolerancia no reciben informes de los Estados sino que realizan sus informes de monitorización sobre la base de información recogida y obtenida por ellos mismos. Véase R. Kicker, M. Möstl, *Standard-setting through monitoring? The role of Council of Europe expert bodies in the development of human rights,* cit., p. 99.

del denominado «perfil de país» como de los diferentes ciclos de seguimiento), lo cual implica una serie de exigencias tanto a nivel formal como material: minuciosidad en las respuestas a las cuestiones planteadas, remisión en una de las dos lenguas oficiales del Consejo de Europa (inglés o francés) y cumplimiento de unos plazos fijados de antemano por el propio Comité MEDICRIME con la finalidad de permitir la culminación de los distintos procesos de seguimiento y el inicio de nuevos ciclos temáticos.

Uno de los principales problemas observados hasta la fecha en dicho sentido, consiste en el retraso por parte de determinados Estados Parte en la remisión del cuestionario nacional, lo cual impide la culminación integral del proceso de seguimiento y plantea la cuestión acerca del procedimiento que debe seguirse por parte del Comité de las Partes en estos casos.

Se ha llegado a conceptualizar el fenómeno anterior como fatiga frente al seguimiento (*monitoring fatigue*), expresión acuñada para hacer referencia a la ausencia de remisión o al retraso significativo en el envío por parte de los Estados Parte en los distintos convenios de los informes nacionales o respuestas a los cuestionarios sobre cuya base se lleva a cabo la monitorización del cumplimiento de las obligaciones convencionales[65].

A dichos efectos, contamos con experiencias previas por parte de otros comités de monitorización de tratados del Consejo de Europa que pueden servir de referente de cara a implementar medidas dirigidas a que los Estados Parte den cumplimiento a las obligaciones contraídas en este punto[66].

Otro problema significativo es el relacionado con los recursos disponibles a nivel de Consejo de Europa para el análisis de la información obtenida a través de los cuestionarios nacionales y la elaboración, con base en lo anterior, de los informes de seguimiento. Ello supone una actividad muy intensiva en tiempo y que requiere de profesionales altamente cualificados para su desarrollo lo cual, en ningún caso se corresponde con

[65] Véase G. DE BECO, «A comparative analysis of European human rights monitoring mechanisms», *cit.*, pp. 191 y ss.

[66] En este sentido, el Comité Consultivo del Convenio Marco para la protección de las minorías nacionales ha adoptado un procedimiento informal para estimular la remisión en plazo de los informes nacionales, convirtiéndose en una práctica asentada de dicho Comité que, en caso de retraso en el cumplimiento de las obligaciones de remisión del informe, el Estado afectado recibe un recordatorio pasados seis meses, una carta del Presidente del Comité transcurrido un año y una carta del Secretario General del Consejo de Europa pasados 18 meses. Para complementar este procedimiento informal, el Comité de Ministros autoriza al Comité Consultivo del Convenio Marco el comienzo del proceso de monitorización cuando el informe de un Estado se encuentra demorado 24 meses, si bien subsiste la duda de si cabe realizar un seguimiento efectivo sin el informe nacional. Véase R. KICKER, M. MÖSTL, *Standard-setting through monitoring? The role of Council of Europe expert bodies in the development of human rights,* cit., p. 83.

los medios económicos disponibles[67]. A lo anterior, hay que añadir ulteriores costos añadidos, tales como los de traducción de intervenciones en el marco del propio Comité MEDICRIME o de los informes y documentos generados. En definitiva, se trasladan estas cuestiones al Secretariado ejecutivo del Comité sin que se suministre al mismo, en contrapartida, las imprescindibles dotaciones económicas para hacer frente de manera completa a dichas necesidades.

Conviene poner de manifiesto en este punto que uno de los grandes problemas del Consejo de Europa a la hora de desarrollar sus actividades (entre otras, las de monitorización de estándares) se encuentra, sin lugar a dudas, vinculado a las dificultades económicas derivadas de las limitaciones presupuestarias que sufre dicho organismo internacional para llevar a cabo sus tareas[68]. La propia opción en los más recientes Convenios del Consejo de Europa en favor de una monitorización a través de un Comité de las Partes responde, al menos parcialmente, a dicho intento de implementar la función citada minimizando los costes (frente a sistemas alternativos de seguimiento, como el recurso a órganos integrados por grupos de expertos, sistema de control sin duda más independiente y objetivo, pero de mayor impacto económico para la organización).

Por otro lado, otra cuestión importante de cara al futuro será el desarrollo por el Comité MEDICRIME de estrategias dirigidas a dotar de mayor publicidad y de plena transparencia a las actividades de monitorización llevadas a cabo por parte del referido Comité. Siguiendo propuestas de expertos en dicho sentido[69], cabría citar en este punto como algunas de las acciones prioritarias, por un lado, la traducción de los informes de seguimiento a las lenguas nacionales y, eventualmente, a las minoritarias de los distintos Estados Parte. Por otro lado, también resultaría oportuna la presentación de los resultados de la monitorización del Convenio MEDICRIME en la página web del Consejo de Europa.

[67] Véase G. de Beco, «A comparative analysis of European human rights monitoring mechanisms», *cit.*, p. 191.

[68] En este sentido, véase A. Gascón Marcén, *El Consejo de Europa en la encrucijada: alcance y límites de una organización internacional europea,* Real Instituto de Estudios Europeos, Zaragoza, 2008, pp. 100 y ss.

[69] Si bien dichas recomendaciones se formularon con respecto a los órganos de monitorización del Consejo de Europa integrados por expertos independientes (fundamentalmente, el Comité Consultivo del Convenio Marco para la protección de las minorías nacionales, el Comité Europeo de Derechos Sociales, el Comité Europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes y la Comisión Europea contra el racismo y la intolerancia) algunas de las mismas resultan extensibles a la labor de seguimiento desarrollada por el Comité MEDICRIME. Véase R. Kicker, M. Möstl, *Standard-setting through monitoring? The role of Council of Europe expert bodies in the development of human rights,* cit., p. 104.

II.5.2. *Función de intercambio de información, experiencias y buenas prácticas*

En este punto, el principio general reside en que los miembros, participantes, observadores y el Secretariado del Comité MEDICRIME deben señalar al propio Comité toda información, experiencia o buena práctica con el fin de mejorar la aplicación del Convenio.

De acuerdo con lo anterior, el Comité MEDICRIME es puntualmente informado y apoya actividades de cooperación técnica en la lucha contra la falsificación de productos sanitarios a nivel mundial[70]. En este sentido, en las diferentes reuniones plenarias se ha procedido a dar traslado al Comité de la puesta en marcha de proyectos concretos del Consejo de Europa orientados específicamente a la lucha contra la falsificación de productos médicos y los delitos similares que suponen una amenaza para la salud pública. Entre estos se encuentran los proyectos NA-FAMED[71] y CRIMFAMED[72] financiados mediante contribuciones voluntarias.

[70] Cabe poner de manifiesto que, dado el limitado presupuesto del Consejo de Europa, la mayoría de las actividades de cooperación se financian a través de contribuciones voluntarias que pueden provenir de diferentes fuentes, siendo el mayor donante de estos proyectos de asistencia técnica y cooperación la UE. Así lo destaca oportunamente, A. GASCÓN MARCÉN, *La labor de la Unión Europea a través del Consejo de Europa hacia la integración de la Gran Europa*, cit., p. 1121. No obstante, en el marco específico del Convenio MEDICRIME el mayor donante para este tipo de acciones hasta el momento ha sido Francia.

[71] El proyecto NA-FAMED (*Needs Assessment-Falsified Medical Products*; Evaluación de Necesidades-Productos Médicos Falsificados) que se extendió entre el 16 de septiembre de 2020 y el 14 de julio de 2021, tenía como principal objetivo proporcionar asistencia técnica y apoyar a los Estados miembros del Consejo de Europa y a otros países parte en el Convenio MEDICRIME a luchar contra la falsificación de productos médicos y los delitos similares. Dicho proyecto se estructuró en torno a tres componentes: por un lado, la promoción del Convenio MEDICRIME y las acciones orientadas a su ratificación; por otro lado, el análisis de lagunas al objeto de mejorar y fortalecer los marcos legales, regulatorios y las políticas en diferentes países y, por último, la identificación de las cuestiones legales y procesales fundamentales en aras a la criminalización de la producción y tráfico de productos médicos falsificados.

[72] El proyecto CRIMFAMED (*Countering falsified medical products-Global Programme*; Contrarrestando los productos médicos falsificados-Programa Global) sucesor del NA-FAMED se desarrolla por parte de la Unidad Medicrime y de lucha contra el tráfico de órganos (Dirección General de Derechos Humanos y Estado de Derecho del Consejo de Europa) durante el periodo 1 de julio de 2022 a 31 de diciembre de 2024 y se financia gracias a una contribución voluntaria de Francia. Sus principales objetivos son la promoción del Convenio MEDICRIME; la mejora y el refuerzo de los marcos legales, regulatorios y a nivel político de los Estados con la finalidad de que se encuentren en línea con el convenio; el refuerzo de las capacidades institucionales operativas de los profesionales de los sectores judicial y policial; la mejora y el refuerzo de la cooperación internacional en materia penal mediante la creación de una Red 24/7; y facilitar la coordinación y el intercambio de buenas prácticas con los homólogos europeos e internacionales y los organismos competentes del Consejo de Europa para cooperar, investigar, detener a los autores y acabar con el circuito de la falsificación.

II.5.3. *Revisión del Convenio*

Asimismo, el Comité MEDICRIME ostenta un rol en el marco de las propuestas de revisión del convenio. En relación con el particular, toda enmienda a la convención propuesta por una Parte[73] se comunicará al Comité Europeo para Problemas Penales (CEPC) así como a los demás comités intergubernamentales o científicos competentes del Consejo de Europa, los cuales someterán al Comité de las Partes sus dictámenes sobre la enmienda propuesta. Finalmente, es el Comité de Ministros quien puede adoptar la enmienda tras el examen de la misma y el dictamen sometido por el CEPC.

III. Conclusiones

El Comité de las Partes del Convenio MEDICRIME constituye un órgano fundamental cuya misión esencial viene constituida por la monitorización y seguimiento de la referida convención. Al hilo de lo anterior, se le atribuyen otras funciones como la de facilitar la aplicación efectiva del Convenio, la de emisión de dictámenes sobre cualquier cuestión relativa a la interpretación e implementación del convenio y la de dirigir recomendaciones específicas a las Partes en este sentido. Asimismo, el Comité MEDICRIME tiene reconocidas competencias en relación con el intercambio de información, experiencias y buenas prácticas, en el marco de un eventual proceso de revisión del Convenio o en la solución amistosa de conflictos en la puesta en práctica del mismo.

Los negociadores del Convenio MEDICRIME optaron, en materia de monitorización y seguimiento de la implementación de la convención, por llevar a cabo aquellas funciones a través de un órgano de naturaleza eminentemente política en el que se encuentran primariamente representados los Estados Parte en la convención. Estos, si bien no son los integrantes exclusivos del referido Comité de las Partes (en el que están representados otros organismos en calidad de participantes u observadores), sí son los únicos llamados a tener peso decisorio en el seno del Comité (pues únicamente ellos ostentan derecho a voz y a voto).

La razón para la adopción de un modelo de seguimiento del convenio tal como se implementa en la Convención MEDICRIME es básicamente presupuestaria, ya que uno de los grandes problemas de funcionamiento de Consejo de Europa son las limitaciones económicas que suponen un freno serio al desarrollo del conjunto de sus actividades, en particular, en la esfera de la monitorización de convenios. No obstante, y dado que

[73] De acuerdo con el art. 27.1 Convenio MEDICRIME toda enmienda al Convenio propuesta por una Parte debe ser comunicada al Secretario General del Consejo de Europa y transmitida por éste a las Partes, a los Estados miembros del Consejo de Europa, a los Estados no miembros que hayan participado en la elaboración de la convención o que tengan estatuto de observador ante el Consejo de Europa, a la Unión Europea y a todo Estado que haya sido invitado a firmar el Convenio.

el seguimiento realizado por el Comité MEDICRIME se basa en gran medida en la cumplimentación de cuestionarios nacionales por parte de cada Estado Parte (necesarios tanto para la elaboración del perfil de país como de los diferentes ciclos de seguimiento —*monitoring rounds*—) resulta fundamental lograr una cooperación activa por parte de los países implicados pues, en su defecto, la falta de remisión de las respuestas nacionales o su envío fuera de los plazos establecidos conlleva la imposibilidad de control efectivo del grado de cumplimiento de los estándares fijados en el convenio.

En este sentido, el principal reto del Comité MEDICRIME a corto plazo residirá en lograr dinamizar de manera efectiva a los Estados Parte en el convenio con la finalidad de que respondan en plazo a su obligación convencional de emisión de reportes nacionales (respuestas por países a los cuestionarios temáticos) que permitan desarrollar una labor efectiva de monitorización de la convención.

IV. Bibliografía

Borràs Pentinat, S., *Los mecanismos de control de la aplicación y del cumplimiento de los tratados internacionales multilaterales de protección del medio ambiente*, Tesis doctoral, Universidad Rovira i Virgili, 2007.

Consejo de Europa, *Órganos de seguimiento del Consejo de Europa*. Disponible en: https://www.coe.int/es/web/portal/monitoring-bodies [Última consulta: 9 de febrero de 2025].

De Beco, G., «Introduction: the role of European human rights monitoring mechanisms of the Council of Europe», en G. de Beco (ed.), *Human rights monitoring mechanisms of the Council of Europe*, Routledge, Abingdon, 2013.

— «A comparative analysis of European human rights monitoring mechanisms», en G. de Beco (ed.), *Human rights monitoring mechanisms of the Council of Europe*, Routledge, Abingdon, 2013.

De la Lama Eggerstedt, M., «Protección internacional de los derechos humanos: los mecanismos extra-convencionales de las Naciones Unidas», *Derecho PUCP*, 52/1999.

Dunbar, R., «The Committee of Experts of the European Charter for Regional or Minority Languages (the CECL)», en G. de Beco (ed.), *Human rights monitoring mechanisms of the Council of Europe,* Routledge, Abingdon, 2013.

Gascón Marcén, A., «La labor de la Unión Europea a través del Consejo de Europa hacia la integración de la Gran Europa», en P.C. Molina del Pozo (coord.), *Derecho de la Unión Europea e integración regional: liber amicorum al Profesor Dr. Carlos Francisco Molina del Pozo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

— «La Unión Europea y los convenios internacionales elaborados en el marco del Consejo de Europa», en Paula García Andrade (coordinadora), *Interacciones entre el Derecho de la Unión Europea y el Derecho Internacional Público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

— «The platform for the protection of journalists: a mechanism for cooperation between non-governmental organisations and the Council of Europe», *Utrech Law Review*, Vol. 17(2), 2021.

— *El Consejo de Europa en la encrucijada: alcance y límites de una organización internacional europea,* Real Instituto de Estudios Europeos, Zaragoza, 2008.

Gasimov, I., «Monitoring mechanism of the Istanbul Convention: individual application and criminal justice», *SSRN*, 2022. Disponible en: https://ssrn.com/abstract=4254304 [Última consulta: 9 de febrero de 2025].

Harris, D. & Darcy, J., *The European Social Charter*, Transnational Publishers, New York, 2001.

KICKER, R., «The European Committee for the prevention of torture and inhuman or degrading treatment on punishment (the CPT)», en G. DE BECO (ed.), *Human rights monitoring mechanisms of the Council of Europe,* Routledge, Abingdon, 2013.

— MÖSTL, M., *Standard-setting through monitoring? The role of Council of Europe expert bodies in the development of human rights,* Council of Europe, 2012.

NACIONES UNIDAS, *Los órganos de tratados de los derechos humanos. Protegiendo tus derechos*, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, Ginebra, 2015.

PLANITZER, J., «GRETA's First Years of Work: Review of the monitoring of implementation of the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings», *Anti-Trafficking Review*, 1, 2012.

ROMEO CASABONA, C.M., URRUELA MORA, A., NICOLÁS JIMÉNEZ, P., ALARCÓN-JIMÉNEZ, Ó, «International strategies in fighting against medicaments fraud and other similar offences. The MEDICRIME Convention», *Crime, Law and Social Change*, 68(1-2).

SAX, H., «Article 4. Definitions», en J. Planitzer, H. Sax (ed.), *A commentary on the Council of Europe Convention on action against trafficking in human beings,* Edward Elgar Publishing, Cheltenham-Northampton, 2020.

— «Article 36. Group of experts on action against trafficking in human beings», en J. Planitzer, H. Sax (ed.), *A commentary on the Council of Europe Convention on action against trafficking in human beings,* Edward Elgar Publishing, Cheltenham-Northampton, 2020.

— «Article 37. Committee of the Parties», en J. Planitzer, H. Sax (ed.), *A commentary on the Council of Europe Convention on action against trafficking in human beings,* Edward Elgar Publishing, Cheltenham-Northampton, 2020.

SECRETARIAT OF MINORITY RIGHTS GROUP INTERNATIONAL (MRG), *Analysis and Observations on the monitoring mechanism. The Council of Europe's Framework Convention for the protection of national minorities*, Londres, 1998. Disponible en: https://minorityrights.org/resources/the-council-of-europes-framework-convention-for-the-protection-of-national-minorities-analysis-and-observations-on-the-monitoring-mechanism/ [Última consulta: 9 de febrero de 2025].

YAEL HOLLO, L., «The European Commission against Racism and Intolerance (ECRI)», en G. DE BECO (ed.), *Human rights monitoring mechanisms of the Council of Europe,* Routledge, Abingdon, 2013.

49

LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD Y PROPORCIONALIDAD EN LA DIRECTIVA 2018/1673, DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 23 DE OCTUBRE DE 2018, RELATIVA A LA LUCHA CONTRA EL BLANQUEO DE CAPITALES MEDIANTE EL DERECHO PENAL[*]

CATY VIDALES RODRÍGUEZ[**]
Catedrática de Derecho Penal
Universidad de Valencia

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD. III. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. IV. CONCLUSIÓN. V. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La Directiva 2018/1673, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2018, relativa a la lucha contra el blanqueo de capitales mediante el Derecho penal, en su primer Considerando, reconoce que el blanqueo de capitales, junto a la financiación del terrorismo y la delincuencia organizada, suponen un grave problema que perjudican la integridad, la estabilidad y la reputación del sector financiero, llegando a ser una amenaza para el mercado interior y la seguridad interior de la Unión. Ante esta grave situación, el propósito que se persigue no es otro que posibilitar una cooperación transfronteriza más eficaz y rápida. Se admite, asimismo, que la actual tipificación del blanqueo carece de la suficiente coherencia y provoca lagunas en materia de ejecución y obstáculos en la cooperación que son, precisamente, los que se pretenden remover.

Las importantes diferencias que existen entre todos los Estados Miembros a la hora de sancionar las conductas constitutivas de blanqueo, y establecer las consecuencias penales que pueden derivar de su realización, constituyen uno de los principales escollos a los que ha debido hacérsele frente. Obviamente, esta falta de armonización resta

[*] Este trabajo se enmarca dentro del Proyecto I + D, titulado «Ganancias ilícitas y sistema de Justicia Penal: una perspectiva global» (PID2022-138796NA-I00) del Plan Estatal de Investigación Científica del Ministerio de Ciencia e Innovación, liderado por el profesor José León Alapont.

[**] Es un honor sumarme al merecido homenaje al Profesor Carlos María Romeo Casabona. Esta modesta contribución pretender dar testimonio de mi admiración a quien considero un autor de referencia en algunos temas.

eficacia a la persecución y castigo de tales conductas. Tiene, además, una clara incidencia negativa en la cooperación judicial y policial transfronteriza y afecta, asimismo, al intercambio de información. De ahí que el principal objetivo de la Directiva sea unificar el tratamiento jurídico penal de estas conductas para incrementar la eficacia frente a estos comportamientos. Y ello se hace, por un lado, definiendo los comportamientos típicos; y, por otro, armonizando la respuesta penal que debe darse. Ello explica la conveniencia de examinar estas previsiones y hacerlo, tal y como el título anuncia, desde la perspectiva de los principios de legalidad y de proporcionalidad.

Así, pues, es preciso comenzar señalando que el artículo 49.1 de la Carta de los Derechos Fundamentarles de la Unión Europea reconoce los principios de legalidad y proporcionalidad de los delitos y las penas. En efecto, en el primer apartado, en referencia al principio de legalidad, establece que «nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el Derecho interno o el Derecho internacional. Del mismo modo, no podrá imponerse una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida. Si con posterioridad a esta infracción la ley dispone una pena más leve, deberá aplicarse esta». Por su parte, el apartado tercero del referido precepto dispone que «la intensidad de las penas no deberá ser desproporcionada en relación con la infracción».

El Considerando veintiuno de la Directiva contiene una mención expresa al respeto entre otros, de estos principios que, según se indica, «abarcan asimismo los requisitos de precisión, claridad y previsibilidad en el Derecho penal». En consecuencia, se afirma que la Directiva debe aplicarse de conformidad a los mismos y se alude también al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales[1], el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[2], así como a otras obligaciones establecidas por el Derecho Internacional en materia de derechos humanos. A pesar de esta referencia única, y con el fin de lograr una mayor claridad expositiva, en lo que sigue se abordará su estudio por separado; si bien es preciso advertir que, en ocasiones, aparecen imbricados algunos aspectos.

[1] El apartado primero del artículo 7 dispone que *nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida.*

[2] El artículo 15.1 establece que *nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello*.

II. El principio de legalidad

La importancia que a este principio se le reconoce no debe extrañar si se toma en consideración que es el principal límite al *ius puniendi*, por lo que, en acertada expresión de Vives Antón, puede calificarse de «principio de principios»[3]. Los textos internacionales que lo consagran se refieren, junto a la irretroactividad de la ley penal —incluso, reconociendo la retroactividad en lo favorable[4]— a la exigencia de una ley previa que describa taxativamente la conducta prohibida o, en su caso ordenada, y las consecuencias que pueden derivar de su inobservancia. Pero, como entre tantos otros pusiera de manifiesto Ferrajoli[5], no basta con cumplir la mera legalidad, sino que se requiere de la estricta legalidad. De otro modo se estaría vulnerando lo que Beling denominara el «significado esencial» del principio de legalidad[6].

De ahí, la referencia a los requisitos de precisión, claridad y previsibilidad en el Derecho Penal a las que se refiere la Directiva. Exigencias que, por otra parte, ha venido requiriendo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En efecto, a decir del referido Tribunal, el requisito de certeza de la ley se cumple cuando el justiciable puede saber qué actos y omisiones desencadenan la responsabilidad penal y la pena que le será impuesta partiendo, para ello, de la redacción de la disposición pertinente y, en caso de ser necesario, con la ayuda de la interpretación de que sea objeto por parte de los tribunales; sin descartar que, en determinados supuestos, haya de recabarse asesoramiento legal para evaluar, atendidas las circunstancias del caso, las consecuencias de una acción determinada[7].

Además, considera que todo precepto penal, por muy precisa que haya sido la fórmula legislativa empleada, siempre va a requerir de un complemento interpretativo, tanto para despejar los interrogantes que su redacción pudiera suscitar, como para ir adaptándolo a la realidad en la que la norma va a ser aplicada. Pues bien, esto sentado, el control del rigor de la interpretación judicial se efectúa a través de dos criterios específicos: la accesibilidad y la previsibilidad. Únicamente en el caso de concurrir ambos caracteres se cumplen los requisitos cualitativos exigidos a la ley, sólo entonces puede hablarse de ley en sentido material[8].

[3] Vives Antón, T.S., «Principios penales y dogmática penal», en *Estudios sobre el Código penal de 1995*. Parte General. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, p. 40.

[4] Art. 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

[5] Ferrajoli, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Ed. Trotta (3.ª Ed.), Madrid, 1998, p. 380.

[6] Beling, E., «Il significato del principio nulla poena sine lege poenali nella determinazione dei concetti fondamentali di diritto penale», *Giustizia Penale*, Vol. XXXVII, Roma, 1931, p. 320.

[7] SSTEDH *Cantoni c. Francia,* de 15 de noviembre de 1996, y *Kafkaris c. Chipre*, de 12 de febrero de 2008.

[8] Pueden citarse, a modo de ejemplo las SSTEDH *The Sunday Times c. Reino Unido,* de 26 de abril de 1979; *Kokkinakis c. Grecia*, de 25 de mayo de 1993; *S. W. c. Reino Unido,* de 22 de noviembre de 1995; *Cantoni c. Francia,* de 15 de noviembre de 1996; *Coëme y otros c. Bélgica*, de 22 de junio de

Pues bien, así las cosas, son dos las cuestiones a abordar. En primer lugar, si la Directiva cumple con las exigencias derivadas del principio de legalidad y, en segundo lugar, si dichos requisitos son respetados en la legislación nacional.

Comenzando con el primero de los temas propuestos, se hace preciso recordar que la Directiva es una fuente normativa de carácter comunitario y, por ello, contiene unas normas mínimas que cada país debe adaptar a las características de su ordenamiento. En consecuencia, a la hora de incriminar conductas no le es exigible el mismo grado de certeza que al legislador nacional. Siendo esto cierto, no lo es menos que, en la actualidad, las Directivas han descendido a tal grado de detalle que, en muchos casos, ha provocado que los legisladores nacionales se limiten a hacer una transposición literal del texto comunitario. Con independencia del juicio que merezca ese abandono de su naturaleza originaria que, desde luego, formaría parte de otro debate[9], no puede desconocerse que esta técnica puede generar importantes problemas interpretativos de los que, precisamente, el delito de blanqueo constituye una buena muestra.

Antes de llegar a esta conclusión que, en esta sede, pudiera parecer precipitada, se impone ver las conductas que el artículo 3.1 de la Directiva obliga a incriminar. Son tres conductas distintas:

a) la conversión o la transmisión de bienes, a sabiendas de que dichos bienes provienen de una actividad delictiva, con el propósito de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a personas que estén implicadas en dicha actividad a eludir las consecuencias legales de su acto;
b) la ocultación o el encubrimiento de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, disposición, movimiento o derechos sobre los bienes o la propiedad de los mismos, a sabiendas de que dichos bienes provienen de una actividad delictiva; y
c) la adquisición, posesión o utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de la recepción, de que dichos bienes provienen de una actividad delictiva.

Como puede verse, la descripción de los comportamientos penalmente relevantes no difiere considerablemente de la adoptada por la Convención de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas (Viena, 1988) que, como se recordará, es el primer texto normativo internacional que prevé la incriminación de estas conductas. Si bien es cierto que la coincidencia no es plena por cuanto que los actos que recoge el apartado c) ahora pasan a ser de obligada tipificación, mientras que en el primer texto se contenía una cláusula de salvaguarda, conscientes de los problemas

---

2000; *Pessino c. Francia*, de 10 de octubre de 2006; y, más recientemente, *Huhtamäki c. Finlandia*, de 6 de marzo de 2012.

[9] Sobre esta cuestión puede verse PÉREZ DEL VALLE, C., «Derecho penal europeo, principio de legalidad y principio de proporcionalidad», *InDret. Revista para el análisis del Derecho,* 2008, pp. 14 y 15.

que podría plantear su inclusión[10]. Además, la Directiva faculta a los Estados para que puedan castigar la modalidad imprudente de comisión y obliga a tipificar la cuestionada figura del autoblanqueo.

Así configurado el tipo penal, la conducta castigada aparece claramente definida, si bien no creo pueda negarse el parentesco que guarda con el más tradicional delito de encubrimiento. Se produce, en consecuencia, un evidente solapamiento que, sin duda, empaña, como tendremos ocasión de ver, la certeza en la aplicación de la ley. No es este, sin embargo, el único supuesto de colisión, por cuanto que, a la vista está, no aparecen claramente delimitados los actos que tienen encaje en los apartados a) y b) del citado precepto, como ha evidenciado la práctica forense. Eso sí, con carácter previo al análisis de ambos supuestos, debe hacerse una breve referencia a la regulación actual de este delito.

Como se recordará, la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, incorporó la mayor parte de las novedades que introdujo la Directiva. Esta es la razón que explica que la modificación operada por medio de la Ley Orgánica 6/2021, de 28 de abril, se limitara a incluir dos supuestos de agravación. El primero en atención al origen de los bienes y, el segundo, en relación a los sujetos intervinientes[11].

Dejando un lado la modalidad imprudente recogida en el apartado tercero del artículo 301, la conducta típica se describe en los dos primeros apartados del precepto mencionado. Así, en el primero de ellos se castiga la adquisición, posesión, utilización, conversión o transmisión de bienes, cuando se conozca la procedencia delictiva de los bienes, o cuando se realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir dicho origen, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos.

[10] Al respecto, puede verse, entre otros Abel Souto, M., «La expansión penal del blanqueo de dinero operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio», *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario,* Núm. 79, 2011, pp. 13 y ss.; Del Carpio Delgado, J., «La posesión y utilización como nuevas conductas en el delito de blanqueo de capitales», *Revista General de Derecho Penal*, 15 (2011), pp. 9 y ss.; Vidales Rodríguez, C., «La posesión y utilización de bienes como actos de blanqueo en la legislación penal española», *Direitto e Desenvolvimento*, Vol. 3, Núm. 6, 2012, pp. 45 y ss.; y Matallín Evangelio, A., «La posesión y utilización de los bienes como formas de blanqueo: excesos punitivos y criterios de corrección», en *Compliance y prevención de delitos de corrupción*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 193 y ss.

[11] La Ley Orgánica 6/2021, de 28 de abril, introdujo los delitos de trata de seres humanos, prostitución y explotación sexual y corrupción de menores, corrupción en los negocios y contra los derechos de los ciudadanos extranjeros junto a los supuestos que dan lugar a la imposición de la pena en su mitad superior. Asimismo, se añadió un segundo párrafo al artículo 302.1 que prevé idéntica consecuencia de tratarse de sujetos obligados por la normativa de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo.

A la vista de tan atormentada fórmula legislativa —que se separa de la que se adopta en los textos normativos internacionales[12]— no deben extrañar las dudas exegéticas que se plantean. Y ya el hecho de que el precepto admita interpretaciones alternativas supone un importante menoscabo del principio de taxatividad. Más evidente es, sin duda, la afección que supone al referido principio la referencia a la realización de «cualquier otro acto»; fórmula abierta que, como ha reconocido el propio Tribunal Supremo en la sentencia 56/2014, de 6 de febrero, «esta última expresión necesita ser interpretada para evitar que la excesiva generalización de su contenido suponga una vulneración del principio de legalidad, por falta de determinación de la conducta típica».

No menores son las objeciones que plantea determinar si el ánimo encubridor exigido va referido únicamente a la realización de esos otros actos a los que se alude o, por el contrario, se requiere en relación con todos los verbos típicos. Se trata de una cuestión ampliamente discutida que, lógicamente, condiciona el ámbito de aplicación del mencionado precepto[13]. Ambas posiciones han sido mantenidas por el Tribunal Supremo[14], si bien es preciso reconocer que la última de las interpretaciones es la que

[12] Así es por cuanto que la adquisición, posesión o utilización de los bienes de origen delictivo sólo debiera incriminarse cuando el sujeto tenga conocimiento de su ilícita procedencia en el momento de recibirlos. Y, además, los únicos actos típicos en el primer apartado son la conversión o la transmisión de bienes sin que se haga alusión a esos «otros actos» que con idéntica finalidad se incluyen en el art. 301.1.

[13] Mantienen que la finalidad de ocultar o encubrir el origen es un requisito común a todas las conductas constitutivas de blanqueo, entre otros, Del Carpio Delgado, J., *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo C*ódigo penal. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1997, p. 167; Faraldo Cabana, P., «Antes y después de la tipificación expresa del autoblanqueo de capitales», *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XXXIV, 2014, pp. 65 y ss.; Fabián Caparrós, E., *El delito de blanqueo de capitales*, Ed. Colex, Madrid, 1998, pp. 360 y ss. Por el contrario, consideran que la naturaleza pluriofensiva de este delito obliga a diferenciar, por un lado, la adquisición, conversión o transmisión de bienes con conocimiento de su ilícito origen y, por otro, la realización de esos otros actos que persiguen una finalidad claramente encubridora. Al respecto, puede verse, Gómez Iniesta, D.J., *El delito de blanqueo de capitales en Derecho español*, Ed. Cedecs, Barcelona, 1996, pp. 51 y ss.; Vidales Rodríguez, C., *Los delitos de receptación y legitimación de capitales en el Código penal de 1995*, Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1997, pp. 91 y ss.; Aránguez Sánchez, C., *El delito de blanqueo de capitales*. Ed. Marcial Pons, Barcelona, 2000, pp. 223 y ss.; Abel Souto, M., *El delito de blanqueo en el Código penal español*, Ed. Bosch, Barcelona, 2005, pp. 94 y ss.; del mismo, «Conductas típicas de blanqueo en el Ordenamiento penal español», en *I Congreso de prevención y represión del blanqueo de dinero*. (Coord. M. Abel Souto y N. Sánchez Stewart), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 187; del mismo, «Volumen mundial del blanqueo de dinero, evolución del delito en España y jurisprudencia reciente sobre las últimas modificaciones del Código penal», *Revista General de Derecho Penal* 20, 2013, p. 32. Blanco Cordero, I., *El delito de blanqueo de capitales*, Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, 4.ª Ed., Pamplona, 2015, pp. 603 y ss.

[14] Así, las sentencias del Tribunal Supremo 1113/2004, de 9 de octubre, 266/2005, de 1 de marzo, o 483/2007, de 4 de junio y, en fechas más cercanas, las 279/2013, de 6 de marzo y 644/2018, de 13 de diciembre, aunque afirman que este apartado primero del artículo 301 contempla tres conductas distintas – a) adquirir, convertir o transmitir bienes sabiendo que tienen una procedencia delictiva, b) realizar actos que procuren ocultar o encubrir este origen y c) realizar actos para ayudar a quien ha realizado el

se viene sosteniendo desde la conocida sentencia del Tribunal Supremo 265/2015, de 29 de abril, concluyendo que todo acto de blanqueo ha de perseguir la finalidad de ocultar o encubrir el origen de los bienes ilícitamente obtenidos o de ayudar a los responsables del delito a eludir las consecuencias legales de su actuar; objetivo que es el que dota de relevancia penal a la conducta.

Con independencia de que esta postura puede generar importantes disfunciones[15], lo cierto es que se hace preciso reconocer que tal exégesis no pretende sino recortar el ámbito de un precepto que, a la vista de su dicción literal, puede propiciar la inclusión de comportamientos que difícilmente justificarían la intervención penal. Ahora bien, no puede obviarse que este afán restrictivo ha provocado que a comportamientos idénticos se le dispense un tratamiento muy dispar. En efecto, la sentencia del Tribunal Supremo 554/2019, de 13 de noviembre, considera constitutivo de delito el hecho de que los sujetos, de nacionalidad rumana, enviaran dinero procedente de delitos relativos a la prostitución a personas de su entorno familiar residentes en su país. En cambio, la STS 212/2022, de 9 de marzo, estima que hacer transferencias de dinero a nombre de familiares que también residían en Rumanía, no puede considerarse blanqueo porque no se constata la finalidad de ocultar o encubrir que el tipo precisa.

Idénticas divergencias se observan en relación con las transferencias a cuentas bancarias propias. Así, mientras que la Sentencia del Tribunal Supremo 849/2016, de 10 de noviembre, condenó a un sujeto que realizó ingresos en efectivo en cuentas bancarias que figuraban a su nombre o al de su esposa, la más reciente sentencia de ese mismo Tribunal 106/2022, de 9 de febrero, considera que el traspaso entre cuentas tiende «a esconder el producto del delito y a asegurar su disfrute (…), pero no implica el encubrimiento de su origen ilícito ni su desvinculación de la actividad delictiva de la que procedían, ni la integración en el sistema económico legal con apariencia de haber sido adquiridos de forma lícita», razón por la que considera inapreciable un delito de blanqueo.

Este requisito de integración en el sistema económico legal debería servir para delimitar el delito de blanqueo del de encubrimiento, pero, lamentablemente, tampoco se trata de una exigencia obligada. Antes, al contrario, la sentencia del Tribunal Supremo 723/2017, de 7 de noviembre, condenó por un delito de blanqueo a un sujeto que se limitó a facilitar una caja fuerte para que un amigo depositara en ella 70.000 €

---

delito base a eludir las consecuencias legales que de él derivan – permiten concluir que para la relevancia penal de la adquisición, conversión o transmisión de bienes basta ese conocimiento, sin que se precise ulteriores elementos subjetivos. En cambio, las sentencias de ese mismo tribunal 366/2019, de 17 de julio; 554/2019, de 13 de noviembre o 667/2020, de 9 de diciembre exigen que todo acto de blanqueo persiga ocultar o encubrir el origen ilícito o auxiliar al responsable de la infracción de la que los bienes derivan.

[15] Al respecto, piénsese que la exigencia de tal ánimo dificulta su delimitación respecto del delito de encubrimiento, así como de las conductas que se alojan en el segundo apartado del artículo 301. Y, lógicamente, imposibilita la modalidad imprudente de comisión por cuanto que no puede actuarse con dicha finalidad cuando no se conocía el origen delictivo de los bienes, pero debería haberse sospechado.

procedente de la venta de drogas a pequeña escala. Por el contrario, la sentencia del Tribunal Supremo 162/2022, de 23 de febrero, tras reconocer que ambas infracciones responden a una «estructura uniforme» aprecia una clara homogeneidad; existiendo, entre ambas figuras una relación de género a especie[16]. Este entendimiento le llevó a absolver del delito de blanqueo y a castigar como encubridora a la madre que ocultó 74.000 € procedente del tráfico de drogas al que se dedicaba su hijo, sin que pudiera serle de aplicación la excusa absolutoria de parentesco por entender que se trata de un auxilio complementario. A la vista de las distintas consecuencias penales que comporta una u otra calificación —de seis meses a seis años, en caso de blanqueo y de seis meses a tres años, en el de encubrimiento— es de lamentar que dos conductas plenamente coincidentes reciban una respuesta penal muy distinta y, lo que es más preocupante, que se impida conocer las concretas consecuencias de han de derivar de la realización del comportamiento típico.

Ahora bien, tal y como se anunciara, el blanqueo así entendido no sólo confluye con el encubrimiento, sino que también se encabalga con la conducta descrita en el segundo apartado que, ahora sí, reproduce fielmente, salvo una diferencia de matiz[17], la descripción contenida en el apartado b) del artículo 3.1 de la Directiva. Según lo allí dispuesto, habrá de merecer las mismas penas la ocultación o encubrimiento de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derechos sobre los bienes o propiedad de los mismos. Vemos, pues, que tampoco nos encontramos ante un ejemplo de una fórmula legislativa taxativa y precisa. Lo único que parece incuestionable es que la conducta típica gira en torno a los verbos de ocultar o encubrir. Ahora bien, no se trata ya de esconder los bienes que proceden de una actividad delictiva, sino de determinadas características de los mismos, conductas que podrían encajar sin excesiva dificultad en el apartado primero y más teniendo en cuenta la referencia abierta a la realización de *cualquier otro acto* para ocultar o encubrir el origen ilícito del bien o para favorecer la elusión de las consecuencias legales del autor del delito del que los bienes proceden. De ahí que la sentencia del Tribunal Supremo 668/2005, de 27 de mayo, haya reconocido que «entre las conductas descritas en el núm. 1 del art. 301 y las contenidas en el núm. 2 pueden tener lugar solapamientos».

En cuanto a la conducta típica, se ha mantenido que en este apartado se recoge la verdadera descripción del delito de blanqueo o, en palabras de Lascuraín Sánchez, es

[16] Como así lo han mantenido las sentencias del Tribunal Supremo 16/2009, de 27 de enero, 644/2018, de 13 de diciembre o 553/2019, de 12 de noviembre.

[17] La Directiva se refiere a bienes que provengan de una actividad delictiva. Sin embargo, el art. 301.2 menciona los bienes que *proceden de alguno de los delitos expresados en el aparatado anterior o de un acto de participación en ellos* lo que, a la vista está, vuelve a pecar de indeterminación.

donde se encuentra la «definición más o menos canónica del blanqueo»[18]. De ahí que se haya mantenido que las conductas descritas en el apartado primero no constituirían sino formas imperfectas de ejecución[19]. En este sentido afirma ABEL SOUTO que el artículo 301.1 «acoge tentativas específicas de favorecimiento real cuya comisión en grado de consumación se castiga en el artículo 301.2»[20]. Así parece haberlo entendido el Tribunal Supremo en la ya citada sentencia 56/2014, de 6 de febrero, al considerar que el primer apartado se estructura como un delito de mera actividad que requiere que las operaciones que allí se refieren recaigan directamente sobre los bienes de procedencia ilícita y delictiva. Mientras que el párrafo segundo del artículo 301 contiene una segunda modalidad, configurada como delito de resultado que, en consecuencia, admite formas imperfectas de ejecución[21].

En otras ocasiones, sin embargo, se ha defendido que estamos ante la segunda etapa del proceso legitimador —la que se conoce como fase de ocultación o transformación— o, en palabras del Tribunal Supremo, la «receptación del blanqueo por la conducta no recae sobre los bienes procedentes del previo delito, sino sobre los que ya han sido objeto de alguno de los actos de blanqueo descritos con anterioridad, lo que exige que tales bienes hayan experimentado ya alguna transformación», como se afirma en la sentencia del Tribunal Supremo 644/2018, de 13 de diciembre.

Lo hasta aquí expuesto constituye un claro ejemplo de cómo una técnica legislativa poco depurada origina divergencias jurisprudenciales que, además de suponer una aplicación de la ley desigual, hace imprevisible la respuesta penal ante la realización de determinados comportamientos. La causa, como digo, debe verse en el escaso celo observado a la hora de incriminar las conductas que merecen un reproche penal y en el forzado maridaje entre la tutela del orden socioeconómico y los intereses de la Administración de Justicia. A ello se le une el bienintencionado propósito de recortar el ámbito de aplicación de un precepto que corre el serio riesgo de castigar conductas muy alejadas de la afección de tales bienes. En definitiva, con esos criterios restrictivos se trata de evitar, cuestión de la que paso a ocuparme, que la pena resulte desproporcionada.

[18] Lascuraín Sánchez, J.A., «Blanqueo de capitales», en De la Mata Barranco, N. J., Dopico Gómez-Aller, J., Lascuraín Sánchez, J.A., y Nieto Martín, A., *Derecho penal económico y de la empresa*, Ed. Dykinson, Madrid, 2018, p. 503.

[19] Díez Ripollés, J. L., «El blanqueo de capitales procedente del tráfico de drogas», *Actualidad Penal*, n.º 32, 1994 p. 604; Palomo del Arco, A., «Receptación y conductas afines», en *Estudios sobre el Código penal de 1995 (Parte Especial).* Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, p. 450.

[20] Abel Souto, M., *El delito…,* ob. cit., p. 127.

[21] Si bien es cierto que, en este caso, tampoco se trata de un criterio firmemente mantenido. Así es por cuanto que la STS785/2017, de 30 de noviembre, admite la tentativa también respecto de la modalidad de blanqueo recogida en el artículo 301.1.

III. El principio de proporcionalidad

Prácticamente la misma importancia que al principio de legalidad se le reconoce al principio de proporcionalidad. De hecho, como se recordará, en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea se alude a ambos conjuntamente. Respecto de este, la Directiva señala en el Considerando veintidós que el objetivo que persigue no es otro que «someter al blanqueo de capitales en todos los Estados miembros a sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias».

Para la consecución de tal fin, el artículo 5 del referido texto obliga a los Estados miembros a adoptar las medidas necesarias para castigar el blanqueo con penas efectivas, proporcionadas y disuasorias. Y con el propósito de unificar las consecuencias que han de derivar de su realización, en el apartado segundo del mencionado precepto se estima que la pena privativa de libertad ha de tener una duración máxima que no sea inferior a cuatro años pudiendo imponerse, además, otras medidas adicionales. Esta pena privativa de libertad debe agravarse, según dispone el artículo 6 cuando el delito se cometa en el marco de una organización criminal, o en el caso de que quien lo realice sea uno de los sujetos obligados por la normativa de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo y el delito haya tenido lugar en el ejercicio de su actividad profesional. A estas dos circunstancias se le suma la potestad de incrementar la respuesta penal cuando el valor de los bienes sea considerable o cuando estos procedan de determinados delitos[22].

Estas mismas características, esto es efectividad, proporcionalidad y efectos disuasorios, deben tener también las sanciones aplicables a las personas jurídicas. Entre estas ha de incluirse la pena de multa, tengo o no carácter penal, pero pueden adoptarse otras sanciones entre las que se cita, a modo de ejemplo, la inhabilitación para obtener beneficios o ayudas públicas, la exclusión temporal o permanente del acceso a la financiación pública, incluidas las licitaciones, subvenciones y concesiones, la inhabilitación temporal o definitiva para ejercer actividades mercantiles, la intervención judicial, la disolución o la clausura temporal o definitiva de los establecimientos que se hayan utilizado para cometer el delito, según dispone el artículo 8 de la Directiva.

Vemos, pues, que no sólo se describe con un detalle, tal vez impropio de una Directiva, las conductas que deben incriminarse, sino que se reduce considerablemente la libertad del legislador penal de elegir las sanciones que considere más adecuadas.

Atendidas las graves consecuencias que derivan del blanqueo, puestas de manifiesto, como ha quedado dicho, en el primer Considerando de la Directiva, es incuestionable la necesidad de la intervención penal. Incluso, la duración mínima de la pena privativa de

[22] En concreto el precepto se refiere a participación en organizaciones o grupos criminales, terrorismo, trata de seres humanos y tráfico ilícito de migrantes, explotación sexual, tráfico de drogas y corrupción.

libertad que se establece puede resultar proporcionada ante la magnitud de los efectos negativos de este fenómeno. Lo que ya no parece tan fuera de duda es si respeta el juicio de proporcionalidad respecto de los delitos que generan dichos bienes. En efecto, la Directiva obliga a la tipificación del blanqueo de bienes procedentes de la comisión de alguna de las manifestaciones más graves de la delincuencia[23], pero también en caso de una actividad delictiva que *lleve aparejada una pena privativa de libertad o una medida de seguridad privativa de libertad de una duración máxima superior a un años o, en aquellos Estados miembros en cuyo sistema jurídico exista un umbral mínimo para los delitos, cualquier delito que lleve aparejada una pena privativa de libertado o una medida de seguridad privativa de libertad de duración mínima superior a seis meses*, en atención a lo dispuesto en el artículo 2.1 de dicho texto. En consecuencia, a pesar de que el blanqueo es un delito de referencia, la pena puede ser muy superior a la que corresponda a la infracción de la que los bienes proceden quebrando, de este modo, la regla de que no puede excederse la pena que corresponda al delito encubierto o favorecido.

Idéntica situación se reproduce en nuestro país. Como es sabido, el delito de blanqueo comporta una pena privativa de libertad de entre seis meses y seis años, a la que hay que sumar una multa del tanto al triple del valor de los bienes involucrados. Pues bien, la primera quiebra del principio de proporcionalidad se observa ya en relación con algunos de los comportamientos tipificados. En concreto, la posesión y utilización de bienes que, al no tener por qué suponer enmascaramiento alguno, no creo pueda equipararse con aquellas otras conductas que persiguen un distanciamiento entre el bien y su origen delictivo.

No es este, sin embargo, el único supuesto que suscita dudas. En efecto, los dos primeros apartados del artículo 301 que, como se recordará, describen las modalidades de blanqueo dolosas, tienen prevista idéntica pena. Esta parificación merece un juicio crítico, ya se mantenga que el apartado primero constituye una tentativa del auténtico delito de blanqueo, ya se considere que dicho apartado segundo requiere la previa realización de los comportamientos descritos en el primero y, por tanto, constituye la segunda fase del proceso legitimador. Parece claro que, con independencia de la interpretación que se acoja, ambos supuestos tienen una significación muy distinta que, por ello, debería tener su reflejo en una respuesta penal diferenciada.

[23] Expresamente se menciona la participación en una organización o grupo criminal, terrorismo, trata de seres humanos y tráfico ilícito de migrantes, explotación sexual, tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, tráfico ilícito de armas, tráfico ilícito de bienes robados y otros bienes, corrupción, fraude, falsificación de moneda, falsificación y piratería de productos, delitos contra el medio ambiente, homicidio, lesiones graves, secuestro, detención ilegal y toma de rehenes, robo o hurto, contrabando, delitos fiscales, extorsión, falsificación, piratería, uso indebido de información privilegiada y manipulación de mercados y, por último, ciberdelincuencia.

Idéntica objeción puede hacerse en relación con la modalidad imprudente de comisión, cuya incriminación genera serios problemas que, desde luego, no le han pasado inadvertidos al Tribunal Supremo que, como reconoce en la sentencia 412/2014, de 20 de mayo, «el blanqueo por imprudencia no deja de presentar dificultades dogmáticas, por cuanto el blanqueo de capitales es delito esencialmente doloso que incorpora incluso el elemento subjetivo del injusto consistente en conocer la ilícita procedencia de los bienes y la intención de coadyuvar a su ocultación o transformación, y porque la distinción entre culpa grave, en este caso punible, y leve, no punible, participa de la crítica general a la distinción por su 'ambigüedad e inespecificidad', y por contradecir el criterio de 'taxatividad' de los tipos penales». Pero es que, además de las dudas acerca de su conveniencia, no puede dejar de denunciarse que la pena pecuniaria es idéntica a la señalada para los delitos dolosos.

Asimismo, puede resultar afectado este principio en relación con los supuestos de autoblanqueo. En efecto, estos casos también plantean dudas por cuanto que a la pena impuesta por el delito principal que, en la mayor parte de los casos conllevará una multa por cuotas o proporcional, debe sumársele el decomiso de los bienes, incluso, de todos aquellos cuyo origen lícito no pueda acreditarse, en atención a lo dispuesto en los artículos 127 bis y 127 quinquies del Código Penal. Añadir a estas consecuencias la sanciones que comporta el blanqueo que, en muchos casos, no suponen más que el agotamiento del delito previo[24], puede resultar desproporcionado.

Una nueva afección al principio de proporcionalidad puede advertirse si se comparan las penas del blanqueo con las previstas para el encubrimiento[25]. A nivel teórico es fácil justificar esta diferencia de trato atendiendo a la afección que este supone para el llamado orden socioeconómico. Una vez más, sin embargo, la práctica forense se encarga de enturbiar este razonamiento.

No me refiero ahora al confuso deslinde entre encubrimiento y blanqueo, sino al hecho de que, de justificarse la mayor severidad del castigo en el carácter pluriofensivo del blanqueo, debiera requerirse una mínima entidad de la conducta realizada para que el orden socioeconómico pudiera resentirse. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo 884/2012, de 8 de noviembre, descarta la responsabilidad penal a título de blanqueo en todos los supuestos en los que la relevancia económica de los bienes implicados sea escasa, remitiéndose así al principio de insignificancia. Este criterio,

[24] Como admite la sentencia del Tribunal Supremo 884/2012, de 8 de noviembre, entraña no pocas dificultades establecer una distinción entre aquellos actos que integran la fase de agotamiento del delito de aquellos otros que, por el contrario, constituyen un delito distinto al suponer una nueva ofensa al bien jurídico.

[25] El artículo 451 tiene prevista una pena de prisión de seis meses a tres años para todas las modalidades de favorecimiento, mientras que, como se recordará, el delito de blanqueo debe sancionarse con una pena privativa de libertad entre seis meses y seis años.

que no se considera definitivo, debe complementarse con la idoneidad del comportamiento para incorporar bienes ilícitos al tráfico económico y, además, con la intención del autor y su propósito de rentabilizar las ganancias en canales financieros seguros. Por tanto, deberá acreditarse, en opinión de la Sala, la voluntad de activar un proceso de integración o reconversión de los bienes. Entendimiento que, sin duda, contrasta con el mantenido en la STS 677/2019, de 23 de enero, en la que se condena por delito de blanqueo a un Guardia Civil que aceptó un total de quince pequeñas entregas de dinero de un narcotraficante, la mayor por un importe de 2.900 € y que, en total, sumaban 22.040 €, conducta por la que se le impuso una pena de un año, siete meses y quince días de prisión, además de la pena que le correspondió por considerarlo cooperador necesario en el tráfico de drogas. Más llamativa es la STS 149/2017, de 9 de marzo, que castiga la realización de tres transferencias, dos de ellas por un importe de 1250 € y la última de 500 €; lo que hace un total de 3000 € con una pena de cuatro años de privación de libertad porque el sujeto integraba una organización criminal dedicada a cometer robos. Con independencia de la gravedad de los otros delitos cometidos, lo cierto es que, en estos casos, atendiendo a la cuantía de los bienes involucrados, se hace difícil justificar el merecimiento de un reproche penal tan severo.

No puede finalizarse el tratamiento de esta cuestión sin hacer una referencia, por escueta que esta sea, a la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Como es sabido, artículo 302.2 tiene prevista una pena de multa que habrá de fijarse en atención a la pena privativa de libertad que pueda corresponder a la persona física. Su duración será de dos a cinco años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años. Y, de no ser así, una multa de seis meses a dos años. Eso signica que, salvo la modalidad imprudente de comisión y los actos preparatorios que castiga el artículo 304, habrá de imponerse entre dos y cinco años. Atendiendo a los márgenes establece el artículo 50.4 del Código penal —respecto de los que se ha dicho que son bajos y que pueden resultar contradictorios con la mayor capacidad económica que se le supone a la persona jurídica respecto de la física[26]— tenemos que, en el primer caso (multa de dos a cinco años), la multa oscilará entre 21.600 y 9.000.000 euros; y, en el segundo (multa de seis meses a dos años), la cuantía mínima será de 5.400 euros, pudiendo llegar hasta los 21.600 euros.

A la vista de las referidas cantidades, es inevitable efectuar una comparación con las sanciones que fija la *Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo*. Para el caso de que estas merezcan la calificación de muy graves, el artículo 56 obliga a imponer una multa, cuyo mínimo

[26] De la Cuesta Arzamendi, J.L., «Penas para las personas jurídicas en el Código Penal español», en *Tratado sobre Compliance penal*, Gómez Colomer, J. L. (dir.) y Madrid Boquín, C.M., Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2019, p. 81.

será de 150.000 euros y el importe máximo ascenderá a la mayor de las siguientes cantidades: a) el 10 por ciento del volumen de negocios anual total del sujeto obligado; b) el duplo del contenido económico de la operación; c) el quíntuplo del importe de los beneficios derivados de la infracción, cuando dichos beneficios puedan determinarse; y d) 10.000.000 euros. Vemos, pues, que la sanción administrativa supera en todo caso la cuantía de la pena. Incluso, la sanción que el artículo 58 prevé para las infracciones leves —multa de hasta 60.000 euros— supera ampliamente el límite mínimo de la pena de multa; lo que, desde luego, contradice el principio del que venimos tratando.

Y no mejor parado sale el aludido principio si se comparan estas penas con las previstas para las personas físicas. Como ha puesto de manifiesto Abel Souto, el hecho de que en este caso la pena se establezca por cuotas origina una notable desproporción respecto de la pena que puede corresponder a la persona física que viene cifrada en atención al valor de los bienes[27], con independencia del número de intervinientes en el hecho, por lo que la cantidad total impuesta puede ser muy superior al valor de los bienes. Pero es que, además, lo que tampoco deja de ser disfuncional, la sanción de la persona jurídica, en todo caso, merece la calificación de pena grave, mientras que la multa prevista para las personas físicas se considera menos grave, en atención a lo dispuesto en el apartado 3.j) del artículo 33. Y, como ha puesto de manifiesto González Cussac, la calificación atendiendo a la gravedad repercute en materia de prescripción y en la cancelación de antecedentes penales[28].

Tal vez para paliar estos agravios comparativos y con el fin de no imponer penas desproporcionadas, el artículo 31 ter del Código penal dispone que estas sanciones han de modularse cuando se imponga también una multa a la persona física como consecuencia de los mismos hechos[29]. Al respecto se ha criticado, no sin razón, que se atienda únicamente al importe final y se obvien otros factores como el número de

[27] Abel Souto, M., «Errores, incoherencias y muestras de desidia legislativa en las penas aplicables a las personas jurídicas», en *Contra la política criminal de tolerancia cero. Libro-Homenaje al Prof. Dr. Ignacio Muñagorri* Laguía, Ed. Thomson Reuters. Aranzadi, Cizur Menor, 2021, p. 723.

[28] González Cussac, J.L., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 241.

[29] Sobre los problemas exegéticos que plantea esta previsión, puede verse De la Mata Barranco, N.J., y Hernández Díaz, L., «Los problemas de congruencia en la concreción y aplicación de las sanciones previstas para las personas jurídicas», en *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 227 y ss.; Faraldo Cabana, P., «La obligatoria modulación de las multas penales impuestas a la persona jurídica y a la persona física», *La Ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario,* Núm. 115, 2015 y, más recientemente, González Cussac, J.L., «Acumulación y compatibilidad de la responsabilidad penal de personas físicas y jurídicas (Art. 31 ter)», en *Estudios penales en homenaje al Profesor José Manuel Lorenzo Salgado*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 677 y ss.

cuotas o la progresión de los múltiplos, en caso de tratarse de multas proporcionales[30]. En cualquier caso, la aplicación de este criterio hizo que el Tribunal Supremo en la sentencia 583/2017, de 19 de julio, redujera las penas correspondientes, incluso por debajo de los límites legalmente establecidos, al imponer la pena mínima a pesar de que los bienes involucrados procedían del narcotráfico, lo que debió dar lugar a una penalidad agravada. Los factores que se tuvieron en cuenta fueron que se obraba en beneficio de la empresa, que el legislador al fijar la multa proporcional en relación con las personas físicas lo hace con independencia del número de partícipes y, finalmente, que también se condenó a la persona jurídica a pesar de titularidad en todo o buena parte de las personas condenadas. En atención a estas circunstancias, se redujeron todas las cuantías, en algún caso con rebajas significativas —de 39 a 13 millones para el principal responsable— y, en el caso de las dos personas jurídicas implicadas, se optó por la pena mínima de dos años con una cuota diaria de 100 €, lo que suma 72.000 euros; cifra, como se ve, muy alejada de la que correspondió a algunas personas físicas y ello, como ha quedado dicho, a pesar de la mayor capacidad económica de los entes que asume el apartado cuarto del artículo 50 del Código penal.

Por otro lado, conviene recordar que la pena pecuniaria puede verse acompañada de alguna o algunas de las penas previstas en los apartados b) a g) del artículo 33.7[31]. Se confiere, de este modo, un amplio arbitrio judicial fundado, probablemente, en posibilitar la respuesta más adecuada a cada caso concreto. Ahora bien, esto unido al hecho de que no existan unas normas claras de determinación de la pena provoca, y ello enlaza con lo que veíamos al principio, que sea imposible saber con un mínimo de certeza cuáles son las consecuencias que han de derivar de la realización de los comportamientos tipificados.

IV. Conclusión

Son muchos los textos que aluden a los principios de legalidad y proporcionalidad. La importancia que se le reconoce no puede extrañar si se toma en consideración que constituyen el principal límite al poder de castigar estatal. La Directiva 2018/1673, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2018, relativa a la lucha contra el blanqueo de capitales mediante el Derecho penal, como hemos tenido ocasión de ver, alude expresamente a ellos, reconociendo que abarca los requisitos de precisión,

[30] Sobre esta cuestión, puede verse Díez Ripollés, J.L., «Las penas de las personas jurídicas y su determinación legal y judicial: regulación española», *Jueces para la democracia*, Núm. 73, 2012, p. 59 y 60; más recientemente, en idéntico sentido, De la Cuesta Arzamendi, J.L., «Penas…», ob. cit., p. 82.

[31] Un detenido análisis sobre el contenido de las misma, puede verse en Tugui, F. D., *Las penas previstas para las personas jurídicas y su integración en el sistema penal. Un estudio teórico-práctico sobre el contenido y aplicación del sistema de penas diseñado para las personas jurídicas*, Ed. Colex, La Coruña, 2022.

claridad y previsibilidad, lo que obliga a aplicar las previsiones que allí se contienen conforme a ellos.

Sin embargo, como también ha sido puesto de manifiesto, la regulación actual del delito de blanqueo se separa del concepto que se acoge en todos los textos normativos internacionales, y no coincide con el que se maneja en la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo. Con el fin de restringir el desmesurado ámbito de aplicación que la formulación típica propicia, se han manejado distintos criterios que, aunque tratan de garantizar una respuesta penal proporcionada, ha ocasionado una aplicación desigual de la ley. En efecto, como se ha podido constatar, a supuestos de hecho muy similares se la ha dispensado un tratamiento penal distinto. Este proceder evidencia la ausencia de un concepto claro de blanqueo y, en consecuencia, hace imprevisible la respuesta penal.

Puesto que el origen debe verse en la defectuosa técnica legislativa empleada, la solución pasa por una reforma del artículo 301 que, en contra de las modificaciones que ha experimentado hasta ahora, no se centre en ampliar los contornos del tipo penal y en agravar las consecuencias de la realización de los comportamientos prohibidos, sino en definir con precisión la conducta merecedora de reproche penal y aparejarle unas consecuencias proporcionadas a la gravedad de los daños que ocasiona este fenómeno. Sólo así los aludidos principios dejaran de ser una mera proclamación, sólo así podrá hablarse, en palabras del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de ley en sentido material.

V. Bibliografía

Abel Souto, Miguel, *El delito de blanqueo en el Código penal español*. Ed. Bosch. Barcelona, 2005.

— «Conductas típicas de blanqueo en el Ordenamiento penal español», en *I Congreso de prevención y represión del blanqueo de dinero* (Coord. M. Abel Souto y N. Sánchez Stewart), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 175-247.

— «La expansión penal del blanqueo de dinero operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio», *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario,* Núm. 79, 2011.

— «Volumen mundial del blanqueo de dinero, evolución del delito en España y jurisprudencia reciente sobre las últimas modificaciones del Código penal», *Revista General de Derecho Penal*, Núm. 20, 2013.

— «Errores, incoherencias y muestras de desidia legislativa en las penas aplicables a las personas jurídicas», en *Contra la política criminal de tolerancia cero. Libro-Homenaje al Prof. Dr. Ignacio Muñagorri Laguía*, Ed. Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 719-730.

Aránguez Sánchez, Carlos, *El delito de blanqueo de capitales*, Ed. Marcial Pons, Barcelona, 2000.

Beling, Ernst Ludwig, «Il significato del principio nulla poena sine lege poenali nella determinazione dei concetti fondamentali di diritto penale», *Giustizia Penale*, Vol. XXXVII, Roma, 1931.

Blanco Cordero, Isidoro., *El delito de blanqueo de capitales*, Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, 4.ª Ed., Pamplona, 2015.

Del Carpio Delgado, Juana, *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo C*ódigo penal, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

— «La posesión y utilización como nuevas conductas en el delito de blanqueo de capitales», *Revista General de Derecho Penal*, Núm. 15, 2011.

De la Cuesta Arzamendi, José Luis, «Penas para las personas jurídicas en el Código Penal español», en *Tratado sobre Compliance penal*, Gómez Colomer, J. L. (dir.) y Madrid Boquín, C. M., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 67-99.

De la Mata Barranco, Norberto Javier, y Hernández Díaz, Leyre, «Los problemas de congruencia en la concreción y aplicación de las sanciones previstas para las personas jurídicas», en *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 227-248.

Díez Ripollés, José Luis, «El blanqueo de capitales procedente del tráfico de drogas», *Actualidad Penal*, Núm. 32, 1994.

— «Las penas de las personas jurídicas y su determinación legal y judicial: regulación española», *Jueces para la democracia*, Núm. 73, 2012, pp. 49-64.

Fabián Caparrós, Eduardo Ángel, *El delito de blanqueo de capitales*, Ed. Colex, Madrid, 1998.

Faraldo Cabana, Patricia, «Antes y después de la tipificación expresa del autoblanqueo de capitales», *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XXXIV, 2014, pp. 41-79.

— «La obligatoria modulación de las multas penales impuestas a la persona jurídica y a la persona física», *La Ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, Núm. 115, 2015.

Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Ed. Trotta (3.ª Ed.), Madrid, 1998.

Gómez Iniesta, Diego José, *El delito de blanqueo de capitales en Derecho español*, Ed. Cedecs, Barcelona, 1996.

González Cussac, José Luis, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

— «Acumulación y compatibilidad de la responsabilidad penal de personas físicas y jurídicas (Art. 31 ter)», en *Estudios penales en homenaje al Profesor José Manuel Lorenzo Salgado*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

Lascuraín Sánchez, Juan Antonio, «Blanqueo de capitales», en De la Mata Barranco, Norberto Javier, Dopico Gómez-Aller, Jacobo, Lascuraín Sánchez, Juan Antonio, y Nieto Martín, Adán, *Derecho penal económico y de la empresa*, Ed. Dykinson, Madrid, 2018.

Matallín Evangelio, Ángela, «La posesión y utilización de los bienes como formas de blanqueo: excesos punitivos y criterios de corrección», en *Compliance y prevención de delitos de corrupción*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 193-224.

Palomo del Arco, Andrés, «Receptación y conductas afines», en *Estudios sobre el Código penal de 1995 (Parte Especial).* Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996.

Pérez del Valle, Carlos, «Derecho penal europeo, principio de legalidad y principio de proporcionalidad», *InDret. Revista para el análisis del Derecho,* 2008, pp. 1-24.

Tugui, Florin David, *Las penas previstas para las personas jurídicas y su integración en el sistema penal. Un estudio teórico-práctico sobre el contenido y aplicación del sistema de penas diseñado para las personas jurídicas*, Ed. Colex, La Coruña, 2022.

Vidales Rodríguez, Caty, *Los delitos de receptación y legitimación de capitales en el Código penal de 1995*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

— «La posesión y utilización de bienes como actos de blanqueo en la legislación penal española», *Direitto e Desenvolvimento*, Vol. 3, Núm. 6, 2012, pp. 45-64.

— «Conductas constitutivas de blanqueo. Comentario a la Directiva 2018/1673, de 23 de octubre, relativa a la lucha contra el blanqueo de capitales mediante el Derecho penal», *Criminal Justice Network*, 2019.
— «Autoblanqueo: criterios restrictivos y efectos perversos», *Revista de Derecho y proceso penal*, Núm. 67, 2022, pp. 93-116.
Vives Antón, Tomás Salvador, «Principios penales y dogmática penal», en *Estudios sobre el Código penal de 1995*. Parte General, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, pp. 37-72.

50

LEGISLACIÓN ESPECIAL PARA LUCHAR CONTRA LA TRATA Y LA EXPLOTACIÓN DE SERES HUMANOS: VALORACIÓN CRÍTICA SOBRE SU NECESIDAD Y SU PROYECTADO CONTENIDO*

Carolina Villacampa Estiarte**
Catedrática de Derecho Penal
Universidad de Lleida

SUMARIO: I. Antecedentes: hacia la propuesta de una ley integral contra la trata y la explotación humanas. II. Estado de la cuestión: persecución de la trata y explotación humanas. III. Estado de la cuestión: protección de las víctimas de trata y explotación humanas. IV. Sobre el contenido del aloites. IV.1. La protección de las víctimas de la trata y explotación humanas en el ALOITES. IV.2. La persecución de la trata y explotación humanas en el ALOITES. V. Algunas cuestiones a reconsiderar en el texto proyectado. V.1. Respecto de la protección de las víctimas. V.2. En relación con la persecución de la trata y explotación humanas. VI. Bibliografía.

I. Antecedentes: hacia la propuesta de una ley integral contra la trata y la explotación humanas

El cumplimiento de la aproximación victimocéntrica en la lucha contra la trata de seres humanos y las formas de explotación humana severa —la esclavitud, la servidumbre y el trabajo forzoso— condujo a un sector de la academia española a plantear la necesidad de aprobar una ley integral reguladora de dichas realidades (Villacampa, 2011, 2020). Dicha aproximación precisa que se sitúe a las víctimas en el centro del sistema, suponiendo la implementación de la denominada política 3P —a la que se ha añadido la P de partenariado o de coordinación entre agentes institucionales—, que hace pivotar la intervención en trata y explotación humanas sobre la protección de las víctimas y la prevención de estos procesos de victimización, más que sobre la persecución de estos delitos. Situar el foco de atención en la protección victimal supone

* El presente trabajo se enmarca dentro del Proyecto I+D HONGEN (PID2022-136879NB-I00) del Plan Estatal de Investigación Científica del Ministerio de Ciencia e Innovación.

** En homenaje a Carlos María Romeo Casabona, cuya obra constituye un modelo a seguir por su rigor jurídico y representar un magistral y vanguardista ejemplo de interdisciplinariedad.

cumplir con lo que marcan las disposiciones internacionales en la materia que vinculan a España, sobre todo el Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos de 2005 —Convenio de Varsovia—, pero también el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas de Naciones Unidas —Protocolo de Palermo— y la Directiva 2011/36/UE. De ahí que la academia, a la que después se sumaron algunas entidades del tercer sector especializadas en la asistencia a víctimas de trata, considerase que la asunción de este paradigma holístico para gestionar la trata y la explotación requería del establecimiento de medidas de prevención y del diseño de un estatuto jurídico protector integral victimal que en 2011, cuando se incriminó el delito de trata en España, era prácticamente inexistente en nuestro ordenamiento jurídico.

Tales demandas, unidas a que la atención institucional preferente a la trata en nuestro país se ha centrado en la sexual, condujeron a que la necesidad de aprobar una ley integral contra esta realidad resurgiese con la aprobación del Pacto de Estado contra la violencia de género de 2017. En cumplimiento de la obligación contenida en el mismo, se produjo una primera iniciativa normativa, que no pasó de borrador; un texto técnicamente deficiente centrado en brindar un estatuto jurídico solo a las víctimas de trata sexual (Villacampa, 2020). En el contexto de la actual aprobación sucesiva de diversas leyes integrales sectoriales para proteger a grupos específicos de víctimas, la Ley Orgánica (LO) 10/2022, de Garantía Integral de la Libertad Sexual, incluye entre las violencias sexuales a que se aplica a la trata sexual (art. 3). Establece un sistema de protección integral exclusivo para víctimas de trata sexual que sean mujeres, niñas y niños, excluyendo a las restantes.

Pese a la atención institucional preferente otorgada en España a la trata y explotación sexuales, nuevamente han sido disposiciones normativas internacionales las que fuerzan al legislador español a dirigir una mirada más comprensiva a esta realidad. El Protocolo OIT de 2014 relativo al Convenio sobre Trabajo Forzoso de 1930 obligaba al Estado español a sancionar el trabajo forzoso y a proteger a sus víctimas. Con varios años de retraso tras su entrada en vigor, el Gobierno español aprobó el Plan Estratégico Nacional contra la Trata y la Explotación de Seres Humanos (PENTRA 2021-23), que marca las líneas de actuación institucional frente a la trata y explotación en España partiendo de un concepto integral de trata, aprobándose posteriormente, en 2022, el Plan de Acción Nacional contra el Trabajo Forzoso, centrado en la detección y protección de las víctimas y en la prevención del trabajo forzoso. Tales instrumentos contemplaban la necesaria previsión de un estatuto jurídico protector de las víctimas de cualquier forma de trata y explotación, lo que explica se constituyese una Sección Especial dentro de la Comisión General de Codificación para elaborar una propuesta de texto articulado que fue aprobado por primera vez como Anteproyecto de Ley Orgánica Integral contra la Trata y la Explotación de Seres Humanos (ALOITES) el 29 de noviembre de 2022. La posterior convocatoria de elecciones comportó que dicho documento no llegase a tramitarse. Sin embargo, el gobierno de coalición conformado a finales de 2023 volvió a aprobar el ALOITES como tal Anteproyecto con ocasión de la conmemoración del día internacional de la mujer el 8 de marzo de 2024.

En consecuencia, la aprobación de una futura ley integral contra la trata y la explotación humanas parece estar en la agenda política. Podría constituir un eslabón más en la cadena generadora de leyes protectoras victimales sectoriales a que nos tiene últimamente acostumbrados el legislador español. No es nuevo que recurra a la previsión de estatutos normativos *ad hoc* —leyes integrales protectoras— para los sucesivos procesos de victimización que van detectándose, como demuestran la relativamente reciente aprobación de la LO 8/2021, de Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia frente a la Violencia, o la ya mencionada LO 10/2022. Los riesgos que comporta dicha estrategia consisten en el tratamiento desigual injustificado de determinados grupos de víctimas o la dilución de su estatuto jurídico protector al dispersarlo en diversas normas jurídicas (Villacampa Estiarte, 2020, 2022c).

Siendo esta la situación, dado que España se han adoptado diversas medidas normativas orientadas a la asunción del paradigma 3P para abordar la trata desde que esta se incriminase y se sugiriese la adecuación de adoptar una ley integral para afrontarla, procede analizar en qué se ha avanzado desde entonces y qué queda por hacer (Villacampa Estiarte, 2022c) para desentrañar si el ALOITES da adecuada respuesta a los déficits detectados en la persecución de estas conductas y la protección de sus víctimas.

II. Estado de la cuestión: persecución de la trata y explotación humanas

El legislador español de 2010 tipificó el delito de trata de seres humanos (TSH) en el art. 177 bis CP, en vigor desde 2011, cumpliendo ya *ab initio* bastante fielmente con los requerimientos internacionales de incriminación que vinculaban a España. La necesidad de cumplir con algunas exigencias contenidas en la posterior Directiva 2011/36/UE junto a la introducción de determinadas mejoras técnicas que se habían demandado desde la academia, comportó que el delito de TSH se viese afectado por una reforma penal en 2015. Con ella se ampliaron las conductas típicas y los medios comisivos, sancionando la compraventa, alquiler y permuta de víctimas. Se tipificaron nuevas formas de explotación, que facilitan la subsunción de los casos de trata para criminalidad forzada y para matrimonio forzado. Se ofreció una interpretación auténtica de qué debía entenderse por situación de necesidad o vulnerabilidad, poniendo límites a las existentes tentativas de interpretación expansionista de la trata abusiva. Comenzó a aproximarse la TSH como una manifestación de la criminalidad económica: se la incluyó entre los delitos que permiten acordar el comiso ampliado —art. 127 bis CP— y por actividad delictiva previa —art. 127 quinquies CP—, facilitando el efecto confiscatorio de ganancias que el acuerdo de tal consecuencia accesoria puede tener, entre otros fines, para dotar un fondo que permita reparar a las víctimas.

Posteriormente, la LO 8/2021 modificó en una cuestión colateral el art. 177 bis.1 CP, añadiendo un párrafo final al tipo básico del delito, imponiendo como preceptiva la pena de inhabilitación especial para cualquier profesión, oficio o actividades, sean o no retribuidos, que conlleve contacto regular y directo con menores cuando la víctima

sea un menor. Además, la LO 13/2022 introdujo un tipo cualificado de trata —art. 177 bis. 4.c) CP— cuando «la víctima sea una persona cuya situación de vulnerabilidad haya sido originada o agravada por el desplazamiento derivado de un conflicto armado o una catástrofe humanitaria». Constituye esta una agravación superflua, dado que las situaciones de especial vulnerabilidad debidas a la situación personal de la víctima —que pueden tener origen en un conflicto armado o catástrofe humanitaria— estaban ya agravadas en el art. 177 bis.4. b) CP.

Entre los déficits normativos del delito de trata que todavía subsisten y que deberían subsanarse, como hace en su mayor parte el ALOITES, cabe mencionar que se siga mentando al territorio español en la descripción de la conducta, cuando la conexión con el mismo no se exige en el concepto internacional de trata (Villacampa Estiarte, 2011, 2014; Pomares Cintas, 2011; Daunis Rodríguez, 2013). También que se haya mantenido sin modificar la regla concursal *ad hoc* del art. 177 bis.9 CP con el delito de tráfico ilícito de migrantes, llevando a la concurrencia prácticamente automática de ambos delitos (Villacampa Estiarte, 2014). Las dificultades para subsumir algunas formas de trata, entre ellas las que tienen por destino la maternidad subrogada forzosa (Villacampa Estiarte, 2022c) o la orientada a la adopción ilegal, también deberían resolverse, sobre todo tras la aprobación de la Directiva (UE) 2024/1712 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por la que se modifica la Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas. Lo mismo que el que no se haya abordado suficientemente la trata como fenómeno criminal de naturaleza económica, más allá de la ampliación aplicativa del comiso, al no haberse previsto la imposición de sanción pecuniaria proporcional, salvo cuando el responsable del delito sea una persona jurídica, ni haberse explorado las posibilidades aplicativas del delito de blanqueo de capitales con dicho fin (Villacampa Estiarte, 2023; Torres Ferrer, 2022, 2023). Que la trata y la explotación humana constituyen conductas criminales con clara relevancia económica lo ponen de manifiesto no solo que la referida modificación de la Directiva 2011/36/UE refuerza la respuesta penal frente a las personas jurídicas admitiendo que las que han cometido trata en su beneficio puedan ser sancionadas excluyéndolas de la participación en procedimientos de contratación o adjudicación de concesiones, sino también la aprobación del Reglamento (UE) 2024/3015 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de noviembre de 2024, por el que se prohíben en el mercado de la Unión los productos realizados con trabajo forzoso y se modifica la Directiva (UE) 2019/1937 y de la Directiva (UE) 2024/1760 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad.

Finalmente, se ha criticado también que no se hayan resuelto los problemas aplicativos atribuidos a la cláusula de no punición del art. 177 bis 11.CP (Echarri Casi, 2019; Valle Mariscal de Gante, 2019). Sobre todo, que continúe conteniendo un requerimiento de proporcionalidad estricto, impropio de exenciones de responsabilidad penal basadas en la inexigibilidad de conducta adecuada a la norma, sin que se contemple además como causa de no procesamiento. Aun cuando este déficit va más allá de la necesidad

de modificación del concreto redactado de la excusa absolutoria: comporta la misma necesidad de reconocimiento normativo de principio de no punición o no penalización de las víctimas de trata, cuya observancia imponen todas las disposiciones internacionales reguladoras en la materia como una manifestación fundamental del abordaje victimocéntrico de la trata (Villacampa Estiarte, 2011, 2022b, 2023; Villacampa Estiarte y Torres Rosell, 2012, 2016; Piotrowicz y Sorrentino, 2016). La lectura de la desafortunada STS 960/2023, de 21 de diciembre de 2023, con los estrechos límites que impone a la aplicación de la cláusula 177 bis. 11 CP, demuestra la urgente necesidad del reconocimiento de dicho principio.

En lo que a conductas de explotación de seres humanos (ESH) se refiere, al margen de la amplitud que debieran tener los supuestos de explotación, aprovechamiento y/o consumo de prostitución, quedan por incriminar determinados supuestos de explotación sexual forzada de adultos: su empleo forzado en la elaboración de material pornográfico y su intervención forzada en espectáculos de este tipo (Villacampa Estiarte, 2011, 2014, 2020; Daunis Rodríguez, 2013). Con todo, la falta más clamorosa desde que se incriminase la TSH, denunciada desde hace más de una década, es la ausencia de tipificación de la efectiva esclavización de las personas o su sometimiento a formas severas de explotación (Villacampa Estiarte, 2011, 2014, 2022a; Pomares Cintas, 2013; Pérez Alonso, 2017; Valverde Cano, 2023; Maqueda Abreu, 2018); déficit al que pondría fin la aprobación de la ALOITES. Mientras tanto, no debe olvidarse que, entre los delitos contra los derechos de los trabajadores, el art. 311.1 CP sanciona con prisión de hasta 6 años y multa la imposición de condiciones laborales o de seguridad social que perjudiquen, supriman o restrinjan derechos reconocidos en ley, convenio colectivo o contrato individual mediante engaño o abuso de situación de necesidad, que puede escalar a los 9 años de prisión si concurre violencia o intimidación (art. 311.5 CP). Aunque este delito no incrimina la conducta de quien impone a un trabajador condiciones de indignidad y ausencia de respeto a la libertad de la voluntad tales que supongan sometimiento material a una situación de esclavitud o equiparable, ni tampoco los supuestos de quien fuerza directamente a otro a trabajar, la mayor parte de casos de trabajo forzoso pueden ser ya incriminados vía art. 311.5 CP. Esto porque, pese a que parte de la voluntariedad de la relación laboral, la línea que separa el empleo de violencia o intimidación para imponer condiciones laborales antinormativas del orientado a imponer directamente la realización de un trabajo es muy fina.

III. Estado de la cuestión: protección de las víctimas de trata y explotación humanas

Aunque España ha sido menos diligente en el cumplimiento del paradigma victimocéntrico que se impone en normativa internacional en el ámbito de la protección, también se ha evolucionado en la consecución de esta segunda P desde que se incriminó la TSH, aunque no se haya reconocido normativamente el principio de no punición o no penalización de estas víctimas. Además, en España los instrumentos normativos de

protección de las víctimas de TSH han estado siempre vinculados a la visión trafiquista de la trata, a su consideración como fenómeno que afecta a extranjeros ilegales y que implica movimientos geográficos transnacionales. Esto ha comportado que algunos mecanismos jurídicos protectores de las víctimas de TSH, más allá de los que tienen que ver con su situación de estancia irregular, se contemplen indebidamente en la legislación de extranjería y pensando en víctimas extranjeras, invisibilizando a las que no entran en el estereotipo de —mujer— inmigrante ilegal (Lara Aguado, 2017; Villacampa Estiarte, 2011, 2014, 2020; Villacampa Estiarte y Torres Ferrer, 2021). Así sucede con la identificación y la asistencia victimal, pues apenas se aborda normativamente la identificación de las víctimas que no están en situación irregular en España. Se atribuye la identificación de las víctimas en exclusiva a las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado (FCSE) en el art. 59 bis Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España (LOEX), con la consiguiente merma en dicha función, al no preverse la intervención de profesionales muy relevantes en la detección de la TSH. Tampoco la asistencia a estas víctimas se desarrolla normativamente, más allá de una lacónica referencia al papel que desempeñan las ONGs especializadas, que son las únicas que efectivamente las atienden, en el art. 140 Reglamento LOEX. A ambas cuestiones declara ofrecer solución el ALOITES.

Respecto de los mecanismos de protección aplicables a víctimas de trata extranjeras, cabe que se les reconozca la condición de refugiadas o la protección internacional subsidiaria (arts. 3 y 4 Ley 12/2009, Reguladora del Derecho al Asilo y de la Protección Subsidiaria), pero la realidad indica que raramente se benefician de estos estatutos, ni siquiera cuando han sufrido trata y explotación sexual, menos aún en el resto de casos. Cabe también que se les reconozca un período de restablecimiento y reflexión de 90 días prorrogable (art. 59 bis LOEX), pero existen impedimentos aplicativos para acordarlo, pues materialmente se concede solo si la víctima colabora con la administración de justicia. Con una lógica contraprestacional semejante se interpreta la regulación que los arts. 31 y 59 bis LOEX y 144 Reglamento LOEX hacen del permiso de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales de hasta cinco años, que puede concederse a las víctimas de TSH tanto por razones humanitarias como por colaboración con la administración. Cuando el motivo alegado son las razones humanitarias, se exige por los tribunales que concurran los mismos requisitos que se precisan para otorgar protección personal subsidiaria, lo que hace que sea escasamente reconocido (Villacampa Estiarte, 2014; Villacampa Estiarte y Torres Ferrer, 2021). Tal situación ha cambiado solo en relación con las víctimas de trata sexual al aprobarse la LO 10/2022, que modifica el art. 31 bis LOEX para que a las víctimas de violencias sexuales se les reconozca permiso de residencia y trabajo en las mismas condiciones que a las de violencia de género. Declara su intención de cambiar esta situación para todas las víctimas de trata y explotación el ALOITES.

En lo que a la protección procesal de las víctimas se refiere, la regulación interna española ha evolucionado sustancialmente desde 2011. Ya en ese momento cabía aplicar

las medidas de protección previstas para la protección de testigos en la todavía vigente pero obsoleta LO 19/1994, de Protección de Testigos y Peritos en Causas Criminales. También podían adoptarse medidas cautelares para proteger a estas víctimas, reforzadas en la reforma penal de 2015, al incluirse el delito de TSH en el art. 57 CP, entre los que permiten el acuerdo de prohibiciones de residencia, comunicación y aproximación del art. 544 bis Ley de Enjuiciamiento Criminal. La posibilidad de adoptar mecanismos que evitasen la confrontación visual víctima-victimario o tendentes a anticipar en fase de instrucción la declaración testifical de la víctima resultaban ya aplicables en 2011, de manera que ha sido común en los procesos penales por TSH que las víctimas declaren en fase de instrucción ante la posibilidad de no localizarlas —por haber retornado a su país— para que declaren durante la vista.

En el ámbito procesal, el hito normativo más trascendente desde 2011 ha sido la aprobación de la Ley 4/2015, del Estatuto de la Víctima del Delito, que supone la transposición de la Directiva 2012/29/UE, y debería haber supuesto también la del espíritu que la informa, superador de una aproximación sectorializada a los derechos victimales en función del delito padecido y reconocedora de un estatuto básico protector aplicable a la víctima de cualquier delito. Esta norma transversal, que establece también el estatuto protector de las víctimas de TSH, contempla una regulación pormenorizada de sus derechos a la información, participación y protección. Aborda solo parcialmente el derecho a la asistencia de las víctimas, limitándose a regular la que ofrecen las oficinas de asistencia a las víctimas, sin incidir en el reconocimiento del derecho a la reparación y compensación. Respecto de la protección, el derecho victimal quizá más relevante, es muy probable que las víctimas de TSH y ESH acaben siendo consideradas víctimas con necesidades especiales de protección tras la realización de la correspondiente evaluación individual, con lo que pueden aplicárseles las medidas reforzadas de tutela previstas en el estatuto para estas víctimas, muy orientadas a evitar la confrontación visual víctima-victimario (Gómez Colomer, 2021; Planchadell Gargallo, 2021; Villacampa Estiarte, 2020). En este sentido, la Ley de Enjuiciamiento Criminal (Lecrim) ha sido modificada en 2023 añadiendo un nuevo art. 258 bis que permite a las víctimas de TSH testificar telemáticamente. Si son menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, puede practicarse su declaración testifical como prueba preconstituida —y recibirles declaración por medio de expertos o que se les pueda nombrar un defensor judicial—. La prestación de testimonio anticipado se reforzó para los menores de 14 años y personas con discapacidad necesitadas de especial protección con la aprobación de la LO 8/2021, que introdujo un nuevo art. 449 ter Lecrim, que obliga a acordar que estos testigos declaren anticipadamente. Tales medidas son además aplicables a las víctimas de trata sexual tras la LO 10/2022, que equipara a las víctimas de violencia sexual a las víctimas menores a efectos de protección procesal y acabarían siendo aplicables a todas las víctimas de trata y explotación si se aprobase el ALOITES.

Recapitulando, para la efectiva asunción de la aproximación victimocéntrica debería abordarse el reconocimiento normativo explícito del principio de no punición o

no penalización de las víctimas de TSH y ESH, debería revisarse el sistema de identificación policial y acabar con los escollos a la regularización de la estancia de estas víctimas. Además, atendiendo a que las víctimas de cualquier delito tienen reconocidos en la Ley 4/2015 los derechos a la información, participación, asistencia en parte y protección procesal, cualquier regulación en materia de TSH y ESH que se adopte no puede olvidar la existencia de este estatuto jurídico general. Sería deseable que dicho estatuto jurídico general culminase su despliegue normativo transversal reconociendo el que debería ser básico para toda víctima de delito, compuesto por los derechos a la información, participación, protección, asistencia y reparación. Con dicho fin, debería regularse el derecho a la asistencia también cuando es prestada por entidades del tercer sector. Además, debería reconocerse y desarrollarse normativamente el derecho a la reparación y compensación, el más faltado de regulación, previendo la dotación de un fondo de bienes decomisados para indemnizar al menos a las víctimas de delitos violentos y contra los derechos fundamentales. En la actualidad, la LO 10/2022 reconoce el derecho solo a la reparación de las víctimas de violencias sexuales —trata sexual—, no a otras víctimas de TSH (Villacampa Estiarte, 2020, 2022c).

Si se acabase de desplegar el estatuto jurídico victimal básico, con eventual previsión de alguna especificidad para las víctimas de TSH y ESH, únicamente la regulación de aspectos como la prevención de esta victimización, la formación de los profesionales, la identificación de las víctimas y la previsión de una estructura institucional que diseñe políticas públicas para abordarla y chequee su aplicación justificarían la aprobación de una ley específica contra la trata y la explotación humana.

IV. Sobre el contenido del ALOITES

No parece que el legislador español se haya planteado culminar el despliegue de un estatuto jurídico normativo transversal para las víctimas de delitos con especificidades para determinados grupos de víctimas. Eso sería lo más adecuado para mantener la coherencia interna del ordenamiento jurídico y para garantizar el reconocimiento de un umbral mínimo de derechos común a las víctimas de todos los delitos, como requiere la Directiva 2012/29/UE. En España se insiste en la aprobación sucesiva de leyes victimales integrales, asumiéndose una técnica normativa discutible al comportar la inclusión de estatutos jurídicos *ad hoc* en función del delito padecido o de las características intrínsecas de las víctimas que entraña los riesgos indicados en la introducción.

Dada la situación, el mal menor consiste en que las leyes sectoriales que sucesivamente puedan irse aprobando tengan al menos en cuenta que se integran en un sistema jurídico y que no introduzcan estatutos normativos específicos para procesos singulares de victimización sin atender a lo ya determinado por la normativa protectora victimal transversal. Con dicho proceder, al menos se reducen los riesgos que comporta recurrir a la aprobación de leyes integrales sectoriales. Partiendo de esta lógica de mínimos, el texto del ALOITES merece en términos generales una valoración positiva. Además de

porque tiene en cuenta que se integra en un sistema, porque aborda aspectos relativos a la trata y explotación humanas que no estaban incluidos en el estatuto jurídico victimal transversal y que precisaban ser regulados —i. e., prevención, formación profesional, identificación victimal y diseño de estructura institucional—.

Se trata de una norma de cuya Exposición de Motivos se deduce ya que tiene como objetivo fundamental hacer efectiva en España la aproximación victimocéntrica a la TSH y ESH adoptada en normativa internacional. Pretende trasladar al ordenamiento español la asunción de la política 3P, con el añadido del partenariado o la coordinación entre los actores implicados, en la lucha contra cualquier manifestación de la trata y la explotación humanas, no solo la sexual. No solo alza la vista más allá de la trata y la explotación sexual, sino que adopta un enfoque economicista para abordar esta realidad, que vincula su producción a la operativa ordinaria de muchas empresas occidentales, centrada en dinámicas empresariales facilitadoras de una explotación laboral que no siempre tienen origen en un previo proceso de trata. Se aliena así con las aproximaciones que construyen el edificio normativo para luchar contra la TSH y la ESH con base en la trata y explotación laborales. Se asemeja a iniciativas que vinculan esta realidad con el modelo económico imperante, que se alejan de abordarlo solamente desde el prisma de los derechos victimales y circunscribiéndolo al rescate de las víctimas, como habían venido haciendo las iniciativas centradas en la lucha contra la trata sexual y la prostitución, aunque sin renunciar al diseño de un estatuto victimal protector. Esta es la lógica que condujo a la aprobación de la *Modern Slavery Act Británcia* de 2015, que informa las más recientes iniciativas normativas adoptadas por la UE en TSH y EHS y parece la seguida en el ALOITES.

El Anteproyecto se estructura en seis títulos. En ellos aborda desde los conceptos sobre los que se construye la norma, pasando por las medidas de prevención, protección y persecución —articuladas a través de modificaciones del Código Penal que incluye en sus disposiciones adicionales—, hasta los mecanismos de cooperación institucional e internacional de su Título VI.

Sin entrar a analizar los mecanismos de cooperación institucional e internacional por razones de espacio, el Título Preliminar incluye en su art. 3 los conceptos de TSH y ESH. En lo que al primero se refiere, se respeta en términos generales el contenido de las definiciones internacionales —arts. 3 del Protocolo de Palermo, art. 4 del Convenio de Varsovia y 2 de la Directiva 2011/36/UE— que la caracterizan como proceso conducente a la esclavitud, tal como se ha entendido desde la academia (Villacampa Estiarte, 2011), sin apelar explícitamente a la palabra proceso, aunque describiéndolo como tal. Las únicas diferencias remarcables entre la definición del art. 3.1 ALOITES y la internacional de trata tienen que ver con la referencia explícita a la idea de proceso en la definición nacional junto al requerimiento de que la finalidad sea «someter» a la víctima a explotación cuando en las definiciones internacionales antes referidas se alude, respectivamente, a dicha finalidad como «con fines de explotación», «con vistas a su explotación» o «con el fin de explotarla». En cuanto a la definición de ESH —situación

que constituye el fin del precedente y eventualmente concurrente proceso de trata—, ante la ausencia de referente internacional claro, el art. 3.2 ALOITES incluye acertadamente un concepto comprensivo identificado con la imposición «de cualquier trabajo, servicio o actividad, regulado o no, lícito o ilícito, exigido a una persona en situación de dominación o ausencia de libertad de decisión para prestarlo». Lista después, se entiende que ejemplificativamente, posibles ámbitos de explotación que a grandes rasgos coinciden con las finalidades de explotación comprendidas en el concepto internacional de trata.

Respecto de las 3 Ps que integran la primigenia aproximación victimocéntrica a la trata, el Título I ALOITES, con una estructura que recuerda a la de la LO 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género española, se centra en la prevención, a la que siguen las de protección y persecución. Incluye medidas de prevención y sensibilización en el ámbito educativo, de la publicidad y los medios de comunicación, en relación con el personal sanitario, y requerimientos de formación profesional, incidiendo específicamente en el sector privado y el ámbito empresarial. Es aquí donde se imponen deberes de diligencia debida a las empresas (art. 20).

IV.1. **La protección de las víctimas de la trata y explotación humanas en el ALOITES**

A la P de protección es a la que se dedica la mayor parte del articulado del ALOITES —los Títulos II, III, IV y V—, garantizándola con independencia de que la víctima denuncie los hechos o colabore con la administración de justicia (arts. 28 y 31). El Título II, dedicado a la detección e identificación de las víctimas, articula un circuito de derivación de las mismas, el Mecanismo Nacional de Derivación, atendiendo a lo que desde la propia academia española y las entidades del tercer sector se ha venido reclamando, que recuerda al *National Referral Mechanism* británico. Según este, aun con sustanciales diferencias relativas a los profesionales de quienes depende la inclusión y mantenimiento de la víctima en el circuito, se determina el camino a seguir desde el momento de la detección, indicando a quiénes corresponde la identificación provisional de las víctimas y a quiénes la definitiva —a la denominada Unidad Multidisciplinar de Identificación—.

El Título III, uno de los más extensos del Anteproyecto, prevé un completo sistema de derechos para las víctimas de trata y explotación que se separan de lo establecido en el estatuto protector victimal transversal en los derechos menos regulados en este, los de asistencia y reparación. A grandes rasgos, reconoce derechos relativos a la información y asistencia (derecho a la información, a la identificación, al acceso a los servicios de asistencia y apoyo y derecho al retorno voluntario) y a la protección (incluye el derecho a la privacidad y la protección de la identidad y a la asistencia jurídica gratuita también en procedimientos administrativos). Prevé además derechos de contenido laboral y económico (a la reinserción social y laboral, a la prestación del ingreso mínimo vital y al acceso a la vivienda). Incluye un Capítulo V al Título III de derechos de las víctimas, que fundamentalmente reconoce el derecho a la reparación e indemnización (derecho a

la reparación integral, a la indemnización y restitución dentro y fuera del proceso penal, mediante la dotación de un fondo de bienes decomisados en el art. 45), salvo en lo concerniente a la actividad de embajadas y consulados facilitando la reagrupación familiar de familiares en país de origen que estén en peligro (art. 46). Este último precepto bien podría haberse incluido en el Capítulo VI Título III, que contempla los derechos de las víctimas extranjeras en España, tanto los relativos a la regulación de la estancia como la posibilidad de solicitar protección jurídica internacional, pasando a dedicar el Capítulo V en exclusiva al reconocimiento del derecho a la reparación. El momento de reconocimiento de los derechos a las víctimas es variable: a) los de información, identificación y acceso a servicios de apoyo y protección se reconocen desde la misma detección como víctima, b) el derecho al retorno voluntario desde la identificación provisional como víctima, y c) la mayor parte de los que tienen contenido económico requieren al menos la identificación provisional, cuando no la definitiva. A estos derechos se suman las especificidades, en términos de otorgamiento de un umbral reforzado de protección, que para los menores, también para los no acompañados, contempla el Título IV, donde se prevé un procedimiento especial de identificación.

El Título V ordena la creación de una serie de estructuras de tutela institucional de las víctimas. Define los elementos que integran el Sistema Institucional de la Trata y de la Explotación de Seres Humanos. Crea, describe y determina las funciones de la Relatoría Nacional contra la Trata y la Explotación de Seres Humanos y del Mecanismo Nacional de Derivación, previendo la existencia de unidades especializadas en trata y explotación humanas en las FCSE, en las Fiscalías Provinciales y en servicios sociales.

Tales mecanismos de protección se complementan con las modificaciones que se prevé introducir en la Lecrim y la Ley 19/1994 a través de las disposiciones finales del Anteproyecto. Se abordan modificaciones procesales, mediante la introducción de los arts. 448 bis a sexies Lecrim, que tienen por fin ampliar sustancialmente las posibilidades de practicar prueba testifical preconstituida con adultos —reconociendo normativamente a todas las víctimas de trata y explotación lo que ya se había sancionado explícitamente para las víctimas de trata sexual—, reforzándola con menores. Junto a estas, se pretende incidir en la protección de testigos y peritos protegidos, no facilitando su identidad a las partes pese a la petición ante el órgano decisor si su no comunicación está justificada por razones de protección. Finalmente, con la finalidad de contribuir a hacer efectivo el principio de no punición o penalización, se prevé la inclusión de un nuevo motivo de revisión (art. 954 Lecrim) que de pie al recurso que permite revisar sentencias firmes en los casos de víctima de trata o explotación severa obligada a delinquir.

IV.2. **La persecución de la trata y explotación humanas en el ALOITES**

A la tercera P, la P de persecución, se enderezan las modificaciones que las disposiciones finales del ALOITES prevé introducir en el Código Penal. Persiguen, de un lado, hacer bascular la respuesta penal centrándola en las conductas de explotación

severa en lugar de en las propias del proceso que conduce a esta, la TSH, conforme viene reclamándose desde hace más de un decenio por la literatura especializada (Villacampa Estiarte, 2011, 2022a; Pomares Cintas, 2013; Pérez Alonso, 2017; Valverde Cano, 2023; Maqueda Abreu, 2018). De otro lado, tienen por objeto abordar económicamente estos fenómenos delictivos, como también se ha sugerido desde la academia (Wheaton *et al.,* 2010; Broad *et al.,* 2020; Villacampa Estiarte, 2023; Torres Ferrer, 2022, 2023) y desde la propia EU a través de las modificaciones de la Directiva 2011/36/UE y mediante la aprobación de la Directiva sobre la diligencia debida en materia de sostenibilidad de las empresas.

Con el objeto de incriminar las conductas de explotación se procede a una reorganización del Título VII bis, Libro II CP, que pasa a denominarse «de la trata de seres humanos y del sometimiento a trabajos o servicios forzosos, servidumbre o esclavitud», que estructura en 3 capítulos. En el primero, relativo a la TSH, el art. 177 bis CP contempla una corregida tipificación de dicho delito que, con la misma pena privativa de libertad y posibilidades de agravación actualmente previstas, introduce en la tipicidad la mayoría de sugerencias de mejora demandadas por la academia. Reordena las finalidades de explotación, clarificando que la trata para extracción de órganos incluye la de partes de los mismos y la de tejidos corporales, equiparando además las uniones de hecho forzadas al matrimonio forzado.

En el Capítulo II, Título VII bis, se propone la inclusión de un nuevo art. 177 ter CP que incrimina escalonadamente las formas severas de explotación:

- Comienza con la incriminación del delito de trabajo o servicio forzoso —al que corresponde la misma pena de la trata—, cuya tipicidad está construida con base en el concepto ofrecido por el Convenio OIT sobre Trabajo Forzoso de 1930, reafirmado mediante el Protocolo 2014 OIT relativo a dicho convenio.
- Sigue con la tipificación sancionada con mayor pena —entre 6 y 9 años de prisión— de la servidumbre, para cuya definición, a falta de referente internacional, parece haberse basado en la que propone la Comisión Europea de Derechos Humanos inspirándose en el concepto de servidumbre de la gleba de la Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud de 1956.
- Culmina con la incriminación —con pena de 8 a 12 años de prisión— del delito de esclavitud, consistente en, mediante las conductas incluidas en los delitos precedentes, someter o mantener a una persona «en una situación de absoluta disponibilidad sobre ella y sus esferas de libertad personal».

Se contempla en este delito una agravación de primer nivel (art. 177 ter. 4 CP) en función de las características de la víctima, el tipo de explotación o circunstancias en que esta se produce. A esto se añade una hiperagravación (art. 177 quinquies CP) en los supuestos de delincuencia organizada.

Se introduce como delito subsidiario el consumo doloso de servicios, prestaciones o actividades realizadas por las personas explotadas, sancionado con prisión de 1 a 4 años e inhabilitación profesional especial superior entre 3 y 6 años a la pena de prisión (art. 177 quáter CP), junto al consumo imprudente de los mismos, sancionado con prisión que puede alcanzar los 2 años y 6 meses. La incriminación del consumo doloso de este tipo de servicios es adecuada atendida la estrategia de desincentivación de la demanda que preconiza la UE y la reciente reforma de la Directiva 2011/36/UE. Más discutible, de observarse el principio de mínima intervención, resulta la incriminación del consumo imprudente. Con todo, el posible exceso en que pueda haberse incurrido con su sanción resulta atemperado en parte mediante la exención prevista para cuando se han consumido solo ocasionalmente dichos productos y se denuncian los hechos antes de la apertura de procedimiento o de diligencias policiales o judiciales.

Además, el ALOITES plantea la modificación de preceptos del Libro I CP para aplicar también a los supuestos de explotación humana severa manifestaciones de endurecimiento punitivo en ejecución de pena que hasta ahora se aplicaban a la TSH. Así sucede con la imposibilidad de sustituir la ejecución de penas impuestas por estos delitos por la expulsión del país (art. 89 CP). También prevé introducir la imposibilidad de aplicar el régimen privilegiado de concesión de la libertad condicional del art. 90.3 CP, ahora ya vetado para quienes han cometido un delito contra la libertad e indemnidad sexual, solo para los condenados por delitos de trata, pero incomprensiblemente no para quienes lo han sido por explotación humana severa.

Finalmente, el Capítulo III, Título VII bis, incluye una serie de disposiciones comunes. Algunas están ya actualmente contempladas en el delito de trata, de manera que en el Anteproyecto se desgajan de dicho delito y se incluyen en un capítulo que permite su aplicación tanto a la trata como a la explotación. Así sucede con la incriminación de los actos preparatorios (art. 177 sexies CP) y con algunas disposiciones del proyectado art. 177 septies CP: las relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, reincidencia internacional, excusa absolutoria aplicada a las víctimas de trata y explotación forzadas a delinquir, prevalimiento de la condición de funcionario público y sanción agravada en caso de víctimas menores de edad. Además, prevé la inclusión de un delito (art. 177 septies.1 CP) aplicable a quien, sin haber intervenido como autor o partícipe en los delitos de trata y explotación humana severa, promueva, favorezca o facilite la comisión de los mismos «mediante el alquiler o puesta a disposición de locales de negocio, establecimientos comerciales o lugares de alojamiento de las víctimas». Esta conducta incluida *ex novo* se sanciona con penas de prisión de 1 a 4 años e inhabilitación especial profesional por un tiempo superior entre 3 y 6 años al de la pena de prisión cuando concurre dolo y con prisión de 6 meses a 2 años y 6 meses si se comete por imprudencia grave.

Con el objeto de encarar económicamente la TSH y la EHS, incluye medidas en el campo de la persecución penal de estas conductas en el sentido que se había sugerido desde la academia (Torres Ferrer, 2022, 2023). Amplia la posibilidad de acordar el

comiso ampliado a los supuestos de explotación, junto a los de trata (art. 127 bis CP). Incluye la multa proporcional al beneficio obtenido también para las personas físicas, no solo para las personas jurídicas como ahora, en el nuevo delito de explotación humana severa (art. 177 ter. 5 CP), aunque se olvida de prever este tipo de sanción confiscatoria en el delito de trata, que también puede comportar sustanciosos beneficios. Finalmente, quizá malinterpretando las demandas académicas, que más que pretender una agravación del delito de blanqueo de capitales en estos casos venían reclamando que los profesionales forenses recurriesen en mayor medida a este delito con finalidad confiscatoria en ellos, el ALOITES prevé introducir un tipo cualificado para el blanqueo de capitales (art. 301.1, pfo. 2.º CP) para cuando los bienes tengan su origen en un delito de trata de seres humanos. Incomprensiblemente, aquí se olvida incluir la agravación cuando los bienes tienen origen en delitos de trabajo o servicios forzosos, servidumbre o esclavitud.

V. Algunas cuestiones a reconsiderar en el texto proyectado

Situados en el actual marco político-legislativo, que no es el preferible —pues no se plantea completar el desarrollo del estatuto jurídico común a todas las víctimas de delitos con eventuales especificidades para determinados grupos de víctimas— la aproximación a la TSH y ESH propuesta por la ALOITES merece en general una valoración positiva. Su aprobación no resultaría particularmente distorsionadora en términos sistemáticos. Sin embargo, existen ciertos aspectos incluidos en la norma que quizá deberían reconsiderarse y que sería preferible que se corrigiesen para cumplir efectivamente con el paradigma victimocéntrico que dice asumir. A algunas cuestiones menores a reconsiderar en el articulado se ha hecho ya mención al exponer los contenidos de la norma. Otros aspectos de mayor calado que deberían repensarse se exponen seguidamente, comenzando con los vinculados a la protección de las víctimas, seguidos por los relativos a la persecución de estos delitos.

V.1. **Respecto de la protección de las víctimas**

Entendida la protección victimal en sentido amplio, incluyendo también la prevención y la concienciación en el sector privado acerca de esta realidad, existen algunas instituciones que han querido presentarse como hitos de esta norma y de su forma de aproximación a la trata y la explotación, a los que se da mucho protagonismo en la Exposición de Motivos, que apenas quedan en nada cuando se desciende a analizar el contenido del articulado. Respecto de algunas de estas instituciones, el ALOITES realiza más una función de desiderátum o de declaración de intenciones que de efectivo instrumento regulador. Hace poco más que proclamar su adopción, postergando para un ulterior desarrollo normativo, que no termina de concretarse cuándo y en qué términos va a producirse, su regulación. Sería preciso que fuese capaz de transmitir mayor credibilidad sobre su efectiva intención de implantar tales iniciativas abordando directamente su regulación, sin diferirla a la aprobación de otras futuras leyes.

Esto sucede con una de supuestas principales aportaciones del ALOITES según la Exposición de Motivos: la de la diligencia debida de las empresas. El ALOITES se limita aquí a indicar (art. 20) que «se promoverá la implementación de conductas responsables de las actividades empresariales, en todos los sectores productivos y en todos los niveles de la cadena de suministro, que garanticen el respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos laborales que constituyan mínimos de trabajo decente, con independencia de la localización, tamaño, sector y contexto en el que operen, titularidad y estructura». Se indica que esto se hará de acuerdo con la normativa europea, en clara alusión a la Directiva (UE) 2024/1760 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad, pero sin concretar, sin ofrecer más datos acerca de qué tipos de compromisos deberán adoptar las empresas para garantizar el respeto a los derechos humanos en todos los eslabones de las cadenas de suministro ni apuntar qué consecuencias pueda acabar acarreando su incumplimiento. Sin ni siquiera incluir entre las disposiciones adicionales un plazo para hacer efectivo el compromiso de adoptar tales disposiciones.

Algo semejante sucede con el fondo para la indemnización de las víctimas de trata y explotación (art. 45), largamente reclamado por la doctrina especializada y las entidades del tercer sector, para reparar a las víctimas de delitos que, a menudo, aunque obtengan pronunciamientos que declaren su derecho a ser indemnizadas e imponiendo elevados quantums indemnizatorios, no reciben compensación efectiva (Villacampa Estiarte, 2020; Aguado Correa, 2023; Torres Ferrer 2023). El fondo nace ya como algo debilitado atendiendo a cómo lo diseña el ALOITES. Aunque tiene por objeto garantizar la financiación del derecho a la indemnización y restitución de las víctimas, se aclara que solo «cuando no haya existido pronunciamiento judicial sobre responsabilidad civil», con lo que parece que no podrá echarse mano de sus recursos para indemnizar con carácter subsidiario a víctimas con pronunciamiento indemnizatorio contenido en sentencia que no hayan logrado ser indemnizadas por los autores del delito. Además, tampoco se concreta la cantidad con que se dota el fondo ni se disciplina su funcionamiento, aunque la disposición adicional tercera ALOITES confiere al Gobierno un plazo de seis meses tras su aprobación para aprobar una ulterior ley reguladora.

Respecto de la identificación de las víctimas, se proclama el cambio de sistema de identificación victimal, que parece dejar de estar en manos exclusivas de las FCSE, tal como se anuncia en la Exposición de Motivos y se reitera en los arts. 24 y ss. ALOITES. Sin embargo, no logra sustraerse del todo al carácter preferentemente policial de la identificación en España que tan ineficaces nos hace en el registro de víctimas en relación con otros países europeos como Gran Bretaña u Holanda, que permiten a profesionales de hasta seis distintos tipos registrar a víctimas (Villacampa Estiarte y Torres Rosell, 2016; Villacampa Estiarte *et al.,* 2021). Para empezar, no faltan en el art. 24 referencias al Mecanismo Nacional de Derivación —cuya composición tiene que acabar de determinarse reglamentariamente según el art. 60 ALOITES—, considerado otra de las grandes aportaciones de la norma porque tiene por función principal derivar a las

víctimas detectadas a servicios de asistencia especializados y la ejecución del proceso de identificación provisional de las víctimas. El mismo precepto menciona únicamente como profesionales que pueden detectar víctimas a miembros de las FCSE, debiendo dirigirse a ellos los integrantes de la Inspección de Trabajo que puedan detectar ese tipo de situaciones, sin siquiera caer en la cuenta de que profesionales del ámbito sanitario, educativo o de servicios sociales pueden igualmente detectar. Además, al regular la identificación provisional de las víctimas, el art. 26 ALOITES clarifica que los facultados para hacerla son los de las FCSE, aunque contarán con la colaboración de las Unidades de Violencia sobre la mujer, de los servicios sociales de las administraciones públicas competentes y de las entidades especializadas acreditadas. También en la identificación definitiva de las víctimas por parte de la Unidad Multidisciplinar de Identificación (art. 27) vuelven a tener un papel preeminente las FCSE, al componerse por un representante a nivel provincial de unidades especializadas de las FCSE y por la Unidad de Violencia sobre la Mujer (art. 58.2), pudiendo también integrarse por una persona del servicio de protección de menores si es preciso. Por tanto, existen profesionales —como los inspectores de trabajo, profesionales del ámbito educativo o sanitario— cuya intervención no se contempla en el sistema de identificación. Al margen de los miembros de las FCSE, el papel de otros profesionales del ámbito asistencial se relega a una función coadyuvante en la identificación provisional, lo mismo que sucede con las entidades especializadas, cuya intervención además se permite solo si están acreditadas. Las condiciones para tal acreditación se establecen en la disposición adicional sexta ALOITES, que indica las funciones que deben cumplir para conseguir la referida acreditación, pero que difiere la regulación del procedimiento para obtener la acreditación a un futuro desarrollo reglamentario. Por tanto, no puede afirmarse que el sistema de identificación de víctimas TSH en España vaya a dejar de ser preferentemente policial tras la aprobación de la LOITES. Esperar en tales condiciones que la identificación como víctima de trata o explotación deje de seguir una lógica contraprestacional en función del nivel de colaboración con la policía parece ilusorio. Por eso debería proveerse para que otros profesionales de primera línea más allá de los agentes policiales interviniesen en la identificación de las víctimas en plano de igualdad.

También el reconocimiento de algunos derechos victimales, sobre todo los de contenido económico y los relacionados con el goce del permiso de residencia, requieren al menos que la persona esté identificada provisionalmente como víctima. A las víctimas detectadas se les reconocen solo los derechos de información, identificación, acceso a servicios de apoyo y protección. Derechos de contenido laboral y económico como el derecho a la inserción laboral y social requieren de la identificación provisional. Otros, como el acceso a la vivienda de protección oficial, requieren de identificación definitiva. Finalmente, en otros casos no se clarifica, porque se hace referencia a la víctima sin más, aun cuando debe haberse superado el umbral de la detección. Siendo precisa la intervención de agentes de las FCSE de nuevo para el goce de tales derechos, es poco

creíble la desvinculación de su reconocimiento de la colaboración de las víctimas con la administración de justicia que proclama el ALOITES.

Retornando al permiso de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales, se plantea modificar el art. 59 bis LOEX para hacerlo más comprensivo, evitando que la víctima responda por las infracciones cometidas en materia de extranjería y pudiendo alcanzar dicho permiso a los hijos menores y personas discapacitadas que convivan con la víctima. No obstante, seguir contemplando la doble vía para reconocerlo —por razones humanitarias o por colaboración con la administración— sin introducir más alteración en la LOEX constituye terreno abonado para que los tribunales continúen exigiendo que concurran materialmente los mismos requisitos que se precisan para otorgar la protección personal subsidiaria cuando se invoca su concesión por razones humanitarias.

Finalmente, no se proclama generalmente el principio de no punición o no penalización de las víctimas de trata de seres humanos o explotación en su máxima extensión, como principio de ausencia de responsabilidad. Además, aunque se han limitado algunos de los impedimentos aplicativos contemplados en la actual excusa absolutoria del art. 177 bis.11 CP, suprimiendo la exigencia de proporcionalidad, se demanda en el proyectado art. 177 ter. 4 CP que exista una adecuada y directa vinculación entre la situación de violencia y el hecho criminal realizado. Junto a la cláusula de no punición, no se contempla además una cláusula de no procesamiento, como demanda la Directiva 2011/36/UE.

V.2. **En relación con la persecución de la trata y explotación humanas**

El primero de los aspectos dudosos tiene que ver con el encaje que tiene el delito de explotación humana severa incorporado en el proyectado art. 177 ter con otras formas de explotación sexual y laboral ya previstas en el CP. En concreto, respecto de las de explotación sexual, con la determinación a la prostitución forzada, tanto de adultos (art. 187) como de menores (art. 188), sobre todo porque el mantenimiento del primero de ellos y de algunas de las penalidades contempladas en el segundo pueden resultar privilegiantes en comparación con las penas previstas en el proyectado 177 ter CP. Justamente lo contrario pasa comparando los marcos penales del proyectado delito de trabajo forzoso y del actual delito de imposición de condiciones laborales o de seguridad social mediante violencia o intimidación del art. 311.5 CP, puesto que este segundo tiene un marco penal más elevado que el primero. Además de acompasando los marcos penales de las distintas formas de explotación humana severa contempladas en el Código Penal, o incluso mejor, concentrándolas todas ellas en una sola ubicación sistemática, la evitación de indeseados efectos privilegiantes acudiendo a los nuevos delitos de explotación proyectados o a los ya existentes también podría conseguirse mediante la inclusión de una cláusula concursal *ad hoc* o de una declaración de subsidiariedad expresa, aunque dicha opción no sea muestra de la mejor técnica legislativa. Tal estrategia también podría permitir evitar los posibles agravios comparativos que se

observan al contrastar el marco penal correspondiente al delito de consumo de servicios prestados por víctimas de explotación en el proyectado art. 177 quáter CP con los de consumo de prostitución de menor de edad (art. 188.4 CP), consumo de espectáculos exhibicionistas o pornográficos y consumo o acceso a pornografía infantil (arts. 189.4 y 5 CP). Lo indicado pone en todo caso de manifiesto que la inclusión de estas nuevas modalidades de explotación severa no puede desligarse de las formas de explotación ya tipificadas en el CP español.

En cuanto a las tipicidades concretas que se mantienen o incorporan al Título VII bis CP, en relación con el delito de TSH, no debería haberse mantenido la superflua agravación incluida en el art. 177 bis.4. c) CP en 2022. Más allá de esto, sorprende que se haya introducido en la descripción de la conducta típica que la finalidad sea la de «someter» a la víctima a alguna de las formas de explotación elencadas. Esto porque el concepto internacional de trata no exige explícitamente que la finalidad de los tratantes sea la de «someter» a explotación, si bien debe concurrir el fin explotar. Además, porque la inclusión de este requerimiento típico puede fundamentar una interpretación restrictiva del elemento subjetivo de injusto en virtud de la cual, si no puede demostrarse que sean los sujetos activos mismos del delito de trata quienes pretendan acabar explotando a las víctimas, no quepa la comisión de la trata.

Respecto de las formas de ESH severa cuya inclusión se plantea en el art. 177 ter CP, se ha indicado que en la descripción de la conducta típica tanto del delito de trabajo o servicio forzoso como del de servidumbre se ha sido bastante fiel a lo dispuesto en normativa internacional. No sucede lo mismo con la descripción de la conducta típica del delito de esclavitud; el más grave. En este, a la concurrencia de los elementos típicos de los precedentes tipos delictivos, se añade que se someta o mantenga a la persona «en situación de absoluta disponibilidad sobre ella y sus esferas de libertad personal». Pese a la dificultad de condensar en una escueta tipicidad delictiva el significado de la esclavitud contemporánea, la descripción propuesta resulta un tanto indeterminada y puede entrañar el riesgo de interpretaciones extensivas. Quizá una caracterización de la conducta típica más apegada a los dictados de la Convención sobre la Esclavitud de 1926 y la Suplementaria de 1956, que la identifique con el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercen todos o algunos de los atributos del derecho de propiedad, aunque sea *de facto*, podría constituir la clave para otorgarle mayor concreción.

Finalmente, sorprende la propuesta inclusión de un delito específico para sancionar conductas de los propietarios de locales, establecimientos e incluso pisos en el art. 177 septies. 1 CP, sobre todo teniendo en cuenta la amplitud de las conductas que ya se incluyen, como aledañas —por antecedentes— a la propia explotación, al mantenerse el delito de trata, cuando además tanto respecto de esta como de las formas severas de explotación caben las formas de participación y se incriminan los actos preparatorios. En tales circunstancias, ampliar todavía más el espectro de conductas típicas favorecedoras tan alejadas del núcleo del injusto incriminando específicamente acciones que pueden cometer propietarios de locales, establecimientos o alojamientos es difícilmente

conciliable con los principios materiales informadores del Derecho Penal. Esto sobre todo atendiendo a la amplitud de la conducta dolosa contemplada, que permite sancionar penalmente el alquiler o puesta a disposición de locales de negocio, establecimientos comerciales o lugares de alojamiento de las víctimas sin ni siquiera exigir que concurran ánimo de lucro o habitualidad. Cuando además la admisión de la comisión imprudente de estas conductas puede acabar comportando que se sancione penalmente a propietarios de locales o establecimientos que ni siquiera actúen de acuerdo con traficantes ni explotadores o conociendo estas actividades.

VI. Bibliografía

Aguado Correa, T., «La deficiente regulación del derecho a la reparación integral en el Anteproyecto de Ley Orgánica integral contra la trata y la explotación de seres humanos», *Diario La Ley*, Núm. 162, 2023, pp. 1-20.

Broad, R., Lord, N. y Duncan, C., «The financial aspects of human trafficking: A financial assessment framework», *Criminology & Criminal Justice*, Vol. 22 (4), 2022, pp. 581-600.

Daunis Rodríguez, A., *El delito de trata de seres humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

Echarri Casi, F.J., «La excusa absolutoria en el delito de trata de seres humanos como mecanismo de protección de las víctimas», *Diario La Ley*, Núm. 9434, 2019, pp. 1-13.

Gómez Colomer, J. L., «Víctimas de trata: declaraciones y protección en el proceso penal», *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, Núm. 64, 2021, pp. 87-128.

Lara Aguado, M.A., «El avance irresistible de la concepción de la trata como violación de derechos humanos: luces y sombras de las políticas protectoras de las víctimas en la normativa internacional e interna», en E. Pérez Alonso (dir.), *El Derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 823-867.

Maqueda Abreu, M. L., «Trata y esclavitud no son lo mismo, pero ¿qué son?», en J.M. Suárez López *et al.* (eds.), *Estudios Jurídicos Penales y Criminológicos: En homenaje a Lorenzo Morillas Cueva*, Dykinson, Madrid, 2018, pp. 1251-1264.

Pérez Alonso, E., *Tráfico de personas e inmigración clandestina (un estudio sociológico, internacional y jurídico-penal)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

— «Tratamiento jurídico-penal de las formas complementarias de esclavitud», en E. Pérez Alonso (dir.), *El Derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 333-366.

Piotrowicz, R. y Sorrentino, L., «Human Trafficking and the Emergence of the Non-Punishment Principle», *Human Rights Law Review*, Vol. 16 (4), 2016, pp. 669-699.

Planchadell Gargallo, A., «Protección procesal de las víctimas de trata: aproximación general», *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, Núm. 61, 2021, pp. 35-74.

Pomares Cintas, E., «El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Núm. 13-15, 2011, pp. 1-31

— *El Derecho penal ante la explotación laboral y otras formas de violencia en el trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

Torres Ferrer, C., «Aproximación a la trata de seres humanos desde su consideración como delito económico», en C. Villacampa Estiarte (dir.), *La trata de seres humanos tras un decenio de su incriminación: ¿es necesaria una ley integral para luchar contra la trata y la explotación de seres humanos?*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 655-698.

— «La trata de seres humanos como criminalidad económica: análisis jurisprudencial», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Núm. 76, vol. 1, 2023, pp.371-404.

Valle Mariscal de Gante, M., «La víctima de trata como autora de delitos: dificultades para la exención de su responsabilidad penal», *Revista Crítica Penal y Poder*, Núm. 19, 2019, pp. 124-133.

Valverde Cano, A. B., *Más allá de la trata: el derecho penal frente a la esclavitud, la servidumbre y los trabajos forzados*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

Villacampa Estiarte, C., *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho internacional*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2011.

— «Víctimas de la trata de seres humanos: su tutela a la luz de las últimas reformas penales sustantivas y procesales proyectadas», *InDret*, 2.2014, pp. 1-31.

— «¿Es necesaria una ley integral contra la trata de seres humanos?», *Revista General de Derecho Penal*, Núm. 33, 2020, pp. 1-57.

— «Dificultades en la persecución penal de la trata de seres humanos para explotación laboral», *InDret*, 2.2022, pp. 163-202 (2022a).

— «El principio de no punición o no penalización de las víctimas de trata de seres humanos: reconocimiento normativo y aplicación», *Diario La Ley,* Núm. 10101, 2022, pp. 1-12 (2022b).

— «Introducción: acerca de la conveniencia de una ley integral para afrontar la trata y la explotación severa de seres humanos», en C. Villacampa Estiarte (dir.), *La trata de seres humanos tras un decenio de su incriminación: ¿es necesaria una ley integral para luchar contra la trata y la explotación de seres humanos?*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 29-50 (2022c).

— «Acerca del Anteproyecto de Ley Orgánica Integral contra la Trata y la Explotación de Seres Humanos», *Diario La Ley*, Núm. 10267, 2023, pp. 1-13.

Villacampa Estiarte, C. y Torres Rosell, N., «Mujeres víctimas de trata en prisión», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Núm. 8, 2012, pp. 411-494.

— «Trata de seres humanos para explotación criminal: ausencia de identificación de las víctimas y sus efectos», *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XXXVI, 2016, pp. 771-829.

— «Aproximación institucional a la trata de seres humanos en España: valoración crítica», *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XLI, 2021, pp. 189-232.

Villacampa Estiarte, C., Gómez Adillón, M.J., Torres Ferrer, C. y Miranda Ruche, X. «Trata de seres humanos: dimensión y características en España», *Revista General de Derecho Penal*, Núm. 35, 2021, pp. 1-34.

Wheaton, E.M., Schauer, E.J. y Galli, T.V., «Economics of Human Trafficking», *International Migration*, Vol. 48 (4), 2010, pp. 114-141.

51

LA LEY ORGÁNICA 3/2021, DE 24 DE MARZO, DE REGULACIÓN DE LA EUTANASIA, BAJO EL PRISMA DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 19/2023, DE 22 DE MARZO, Y 94/2023, DE 12 DE SEPTIEMBRE[*]

Jorge Vizueta Fernández
Profesor Contratado Doctor
Universidad de Zaragoza

SUMARIO: I. Introducción. II. Motivos de inconstitucionalidad. II.1. Impugnaciones de alcance general frente al conjunto de la LORE. II.1.1. *Impugnación por motivos procedimentales.* II.1.2. *Impugnación de carácter material o sustantivo.* II.1.2.1. *Impugnación principal.* II.1.2.2. *Impugnación subsidiaria*. II.2. Impugnaciones específicas contra determinados artículos de la LORE. II.2.1. *Inconstitucionalidad de los arts. 7.2, 8.4, 17 y 18 a) párrafo cuarto, y disposición adicional primera LORE por vulneración de los arts. 15, 24, 53.2, 106 y 117 CE.* II.2.2. *Inconstitucionalidad de los arts. 3 d), e) y h); 5.1 c) y 5.2; 6.4; 9; 12 a) apartado 4; y Disposición adicional sexta, párrafo segundo, LORE, relativos al régimen aplicable a las personas con «incapacidad de hecho», por vulneración de los arts. 15, 18.1, 24 y 53.2 CE*. II.2.3. *Inconstitucionalidad de los arts. 5.2, párrafo segundo, 17.5, Disposición adicional sexta y Disposición final tercera LORE, por infracción de la reserva de ley orgánica (art. 81 CE), de la reserva de ley (art. 53.1 CE) y del requisito de calidad de la ley (art. 15, en relación con el art. 9.3 CE).* II.2.4. *Inconstitucionalidad de la Disposición final tercera de la LORE, en relación con su art. 16.1 —por vulneración de la reserva de ley orgánica (art. 81.1 CE)—, y del apartado 2 del art. 16 por infracción del derecho a la objeción de conciencia de los profesionales sanitarios que intervienen en la eutanasia (art. 16 CE).*

[*] El presente trabajo se ha elaborado en el marco del Proyecto de Investigación «El Derecho Penal ante los retos actuales de la Biomedicina (DERPEBIO)». Referencia: PID2022-136743OB-I00. Proyectos de Generación de Conocimiento 2022. Entidades financiadoras: MCIN / AEI / y FEDER Una manera de hacer Europa, dirigido por el profesor Dr. Asier Urruela Mora (Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Zaragoza).

I. Introducción

La LO 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia (LORE) se publicó en el BOE el 25 de marzo de 2021, y, de acuerdo con su disposición final cuarta, entró en vigor a los tres meses de su publicación, esto es, el 25 de junio de 2021, con la excepción de su art. 17, que lo haría al día siguiente de ser publicada en el BOE. El 16 de junio de 2021 cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Vox (en adelante, GPV) en el Congreso de los Diputados interpusieron recurso de inconstitucionalidad (4057-2021) contra esta Ley Orgánica. Unos días más tarde, el 24 de junio de 2021, ochenta y ocho diputados del Grupo Parlamentario Popular (en adelante, GPP) en el Congreso de los Diputados hicieron otro tanto (recurso de inconstitucionalidad 4313-2021). La STC 19/2023, de 22 de marzo (ECLI:ES:TC:2023:19) desestimó el recurso de inconstitucionalidad formulado por el GPV contra la LORE. Y en fechas posteriores, la STC 94/2023, de 12 de septiembre (ECLI:ES:TC:2023:94) desestimó el recurso de inconstitucionalidad formulado por el GPP.

En esta contribución, que sirve de modesto reconocimiento a la trayectoria profesional y valía personal del profesor Carlos María Romeo Casabona, se exponen los motivos de inconstitucionalidad más importantes formulados por los recurrentes y el enjuiciamiento que hace el Tribunal Constitucional (TC) de los mismos. Muchas de las censuras de inconstitucionalidad que presentan los recursos del GPV y del GPP son similares; en consecuencia, también coinciden las respuestas que las SsTC 19/2023 y 94/2023 ofrecen a las mismas. Por esta razón, el análisis se centrará fundamentalmente en la primera de las sentencias dictada —STC 19/2023—, a la que la STC 94/2023 se remite constantemente en sus fundamentos jurídicos[1]. No obstante, también nos detendremos en aquellos elementos novedosos que incorpora el recurso de inconstitucionalidad del GPP y en la argumentación crítica que sobre los mismos ofrece esta última sentencia.

II. Motivos de inconstitucionalidad

II.1. Impugnaciones de alcance general frente al conjunto de la LORE

Las impugnaciones de alcance general, dirigidas a la totalidad de la LORE, se sustentan en fundamentaciones de distinta naturaleza, una de carácter formal, y otra, material.

[1] El FJ 1 de la STC 94/2023 ya previene que, en el recurso de inconstitucionalidad presentado por el GPP, las impugnaciones coincidentes con las del recurso de inconstitucionalidad del GPV se resolverán por remisión a la STC 19/2023.

II.1.1. *Impugnación por motivos procedimentales*

A. El recurso de inconstitucionalidad del GPV (n.os 134-155) denuncia la inconstitucionalidad de la LORE por vicios en su procedimiento de elaboración y aprobación, que determinan la vulneración de los arts. 23 de la Constitución Española (CE) y 561 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), así como de los arts. 88 y 89.1 CE en relación con los arts. 69 y 124 del Reglamento del Congreso de los Diputados (RCD).

Señalan los recurrentes que la LORE, formalmente, no es el resultado de una iniciativa del Gobierno a través de un proyecto de ley, sino de una proposición de ley formulada por el Grupo Parlamentario Socialista, grupo que apoya al Gobierno. El uso de la proposición de ley, en lugar del proyecto de ley, cuando aquella se presenta por la misma mayoría política que apoya al Gobierno en el Congreso de los Diputados es un fraude de ley. La existencia de una identidad funcional entre el Gobierno y la mayoría política que lo sustenta impide «utilizar a conveniencia el cauce del proyecto o de la proposición de ley como medio para hurtar a los diputados y grupos de la minoría de aquellos informes y dictámenes exigidos por la ley y que sirven de soporte técnico imprescindible para el fundado ejercicio de la potestad legislativa» (n.º 143). Durante la tramitación parlamentaria debió haberse recabado el previo informe del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) (art. 561.1 LOPJ), pues la LORE introduce una reforma que afecta de manera radical al derecho fundamental a la vida y supone una relevante modificación de la regulación penal, convirtiendo en «derechos de toda persona» conductas anteriormente típicas. Según los recurrentes, «la omisión del preceptivo informe afecta inmediatamente a la integridad de los derechos de los representantes para el ejercicio en condiciones de igualdad de sus funciones propias y mediatamente al derecho fundamental de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos a través de sus representantes» (n.º 154). Debió asimismo solicitarse informe al Comité de Bioética de España (art. 78.1 de la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica), pues aunque no se diga que ese dictamen sea preceptivo «difícilmente encontraremos otro asunto con implicaciones bioéticas de mayor relevancia que la tramitación parlamentaria y aprobación de una ley que no solo despenaliza la eutanasia, sino que la configura como derecho subjetivo de financiación pública en la cartera de servicios del Sistema Nacional de Salud» (n.º 146)[2]. Finalmente, la inconstitucionalidad de la LORE deriva también de la privación a la ciudadanía y a los parlamentarios, motivada por una tramitación acelerada y durante la vigencia de un estado de alarma, «de un debate imprescindible sobre una legislación que altera total y radicalmente la propia

[2] El recurso de inconstitucionalidad del GPP reprocha, además de la falta de informes del CGPJ y del Comité de Bioética de España, el no haber recabado durante la tramitación parlamentaria informes del Consejo de Estado y del Consejo Fiscal.

concepción de la vida humana y del derecho fundamental nuclear, soporte de todos los demás derechos» (n.º 151).

B. La STC 19/2023 [FJ 3 B) c)] no comparte la censura por no haberse recabado en la tramitación parlamentaria de la LORE el informe del CGPJ[3]. Recuerda la sentencia que la LORE no tuvo su origen en un proyecto de ley, sino en una proposición de ley del Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso de los Diputados. La discusión sobre la eventual trascendencia constitucional de omitir el informe del CGPJ solo puede suscitarse respecto de los proyectos de ley sometidos por el Consejo de Ministros al Congreso de los Diputados, no en relación con proposiciones de ley, respecto de las cuales los Reglamentos de las Cámaras no prevén informe preceptivo alguno a cargo de otros órganos, sin perjuicio de que las Cortes Generales consideren oportuno pedir informe al CGPJ sobre cuestiones de su incumbencia institucional. La «identidad funcional» entre Gobierno y mayoría de las Cámaras, de la que, con lenguaje ajeno a la Constitución, hablan los recurrentes, «es expresión de una apreciación política, no jurídica, que en absoluto se compadece con la propia racionalidad de la democracia parlamentaria», y no «autoriza, por lo mismo, a calificar de fraude de ley la utilización de una proposición de ley, no de un proyecto del Ejecutivo, en orden a incoar el procedimiento legislativo ni a reclamar, parangonando lo incomparable, la imposición en el primero de estos cauces de exigencias que solo pueden llegar a pesar sobre el segundo».

Considera la STC 19/2023 [FJ 3 B) b)] también irrelevante la protesta por no haberse recabado en la tramitación parlamentaria informe al Comité de Bioética de España[4]. El legislador no está obligado a solicitar valoraciones técnicas que puedan realizar expertos en la materia sobre la que se legisla. La imposición de lo contrario «supondría dar lugar a una participación preceptiva de otros órganos o instancias, a título consultivo, en el ejercicio de la potestad legislativa del Estado, que corresponde en exclusiva a las Cortes Generales». Con todo, el Comité de Bioética de España emitió de oficio el 6 de octubre de 2020 un informe que es tenido en cuenta por los recurrentes en su demanda y que fue referenciado en los debates parlamentarios sobre la proposición de ley.

Finalmente, la sentencia [FJ 3 B) a)] juzga «inconsistentes las quejas relativas a la tramitación "acelerada" de la LORE durante la vigencia de un estado de alarma», por carecer de relieve jurídico-constitucional[5]. Aclara que la proposición de ley origen de

[3] De igual modo la STC 94/2023, FJ 2 B) b) y c).

[4] Así también, la STC 94/2023, FJ 2 B) b), que añade para combatir el reproche del recurso de inconstitucionalidad del GPP sobre la ausencia de informes del Consejo de Estado y del Consejo Fiscal que «el informe del Consejo de Estado no es requerido en ninguna de las materias reguladas por la LORE, de acuerdo con los arts. 21 y 22 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado», y respecto del informe del Consejo Fiscal, cabe afirmar otro tanto, «pues la LORE en nada afecta a la estructura, organización y funciones del Ministerio Fiscal, tal como exige el art. 14.4 j) de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula su estatuto orgánico».

[5] En parecidos términos, la STC 94/2023, FJ 2 B) a).

la LORE no se tramitó por el procedimiento de urgencia[6], y califica de absolutamente indeterminada la denuncia de que el estado de alarma haya producido un menoscabo efectivo de los derechos de los parlamentarios a participar en este concreto procedimiento legislativo.

Por todo ello, se considera [FJ 3 B) d)] que «la tramitación parlamentaria de la LORE no ha conculcado el art. 23 CE ni ningún otro de los preceptos invocados por los demandantes al formular este motivo de impugnación».

II.1.2. ***Impugnación de carácter material o sustantivo***

II.1.2.1. *Impugnación principal*

A. El recurso de inconstitucionalidad del GPV (n.os 17-41) considera inconstitucional la consagración por la LORE del derecho a exigir que el Estado provoque la propia muerte (arts. 1 y 4.1) porque vulnera frontalmente el derecho fundamental a la vida (art. 15 CE): «una cosa es que un determinado acto jurídico pueda no conllevar determinadas consecuencias jurídicas por las circunstancias concurrentes, y otra es afirmar que dicho acto es un derecho equiparable a aquel cuyo contenido se está infringiendo» (n.º 25).

En opinión de los recurrentes, determinadas afirmaciones del Preámbulo de la LORE, que sirven de justificación a la regulación que de la eutanasia se hace en esta ley, son contrarias a la jurisprudencia del TC y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), y determinan la radical inconstitucionalidad de la LORE «en cuanto esta articula el sacrificio del derecho fundamental a la vida —sustrato ontológico de todos los demás derechos— sobre la base de una inconstitucional ponderación con otros bienes constitucionales, en atención a los cuales no puede ceder el derecho fundamental a la vida» (n.º 24). No nos encontramos en un conflicto de bienes constitucionales, sino ante la decisión de eliminar de forma irreparable el derecho fundamental a la vida y con él la totalidad del haz de derechos que tienen a la vida como sustrato (n.º 26).

La demanda reprocha a la LORE que parta de un planteamiento manifiestamente inconstitucional, según el cual, en presencia de un «contexto eutanásico», el derecho fundamental a la vida —en opinión de los recurrentes, de carácter absoluto, como supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible— queda degradado a un bien jurídico debilitado, denominado «bien vida», y que este bien debe ceder definitiva e irreparablemente frente a otros bienes constitucionales (n.º 41). La demanda se detiene en los motivos por los que ninguno de los bienes y derechos constitucionales mencionados en el Preámbulo de la LORE puede justificar la eutanasia:

[6] Una de las quejas del recurso de inconstitucionalidad del GPP fue precisamente el haber aplicado a la proposición de ley que acabaría en la LORE el trámite de urgencia, queja desestimada por la STC 94/2023, FJ 2 B) a) por partir de una premisa errónea, pues la proposición de ley que está en el origen de la LORE no fue tramitada por el procedimiento de urgencia.

a) En cuanto a la dignidad humana (art. 10 CE) y al valor superior de la libertad (art. 1.1 CE), son «bienes» que solo han de tomarse en consideración por su relación con otro derecho fundamental, no de manera autónoma: «no se pueden usar de forma individual para contraponerlos al derecho a la vida, como si fueran realidades distintas, cuando lo que es y ha de ser digna o libre es la vida en sí misma considerada, y no caben una libertad o dignidad cuya preservación exija la desaparición de la vida, porque esta es precisamente el soporte que les sirve de sustento» (n.º 30). La dignidad es una condición intrínseca a toda vida humana, por lo que esa misma dignidad no puede justificar la extinción de la vida (n.º 34), y la libertad no comprende un derecho a la propia muerte (STC 120/1990), por lo que no «puede operar como límite que justifique la total e irremediable destrucción del derecho fundamental a la vida» (n.º 29).

b) Aunque el contenido del derecho fundamental a la integridad física y moral (art. 15) comprende el rechazo a cualquier intromisión en el sustrato corporal, incluidos los tratamientos médicos beneficiosos para la salud, existe un límite a este derecho a rechazar una intromisión no consentida que se encuentra precisamente en la protección del derecho a la vida: «cuando hay un riesgo inminente para la vida, nuestro constitucionalismo admite que deba ceder el derecho a la integridad en el sentido expuesto» (n.º 36). No se alcanza a ver cómo el derecho a la integridad física y moral puede hacer que ceda el derecho fundamental a la vida, pues sin este último desaparece también aquel, quedando sacrificados irremediablemente ambos derechos. Por ello, «sostener que el derecho a la integridad física o moral incluye el derecho a exigir del Estado el comportamiento positivo de poner fin a la propia vida es puro voluntarismo que carece de respaldo constitucional» (n.º 36).

c) Del contenido del derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE), derecho este con un componente fundamentalmente tuitivo, «no puede formar parte la exigencia de que el Estado actúe provocando la muerte del sujeto y, por tanto, también el fin de todo ámbito de intimidad personal y familiar» (n.º 37).

d) En relación con las libertades ideológica y de conciencia (art. 16.1 CE), si estas pudieran operar como límite al derecho fundamental a la vida, se preguntan los recurrentes cuál sería el argumento constitucional legítimo para impedir que cualquier persona, fuera de los supuestos del contexto eutanásico, pueda exigir el derecho a la propia muerte. Esta conclusión es inaceptable debido a que «las libertades del artículo 16 CE no pueden entenderse hasta el extremo de llegar a justificar la irreparable destrucción del derecho fundamental a la vida, base precisamente, entre otros, de los propios derechos del artículo 16 CE» (n.º 38).

B. De acuerdo con la STC 19/2023, no cabe una interpretación del art. 15 CE «que atribuya carácter absoluto a la vida e imponga a los poderes públicos un deber de protección incondicional que implique un paradójico deber de vivir y, en tal medida, impida el reconocimiento constitucional de decisiones autónomas sobre la propia muerte en situaciones de sufrimiento debido a una enfermedad o padecimiento incurable médi-

camente constatable y que la persona experimenta como inaceptable» [FJ 6 C) b) (i)][7]. La interpretación del art. 15 CE con el fin de aclarar la compatibilidad del derecho a la vida con la asistencia médica a la muerte en contextos eutanásicos debe realizarse en conexión con otros bienes y derechos constitucionales de la persona, en concreto, el reconocimiento de la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE), la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad, configurados como fundamentos del orden político y de la paz social (art. 10.1 CE), y el derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE). El contenido del derecho a la vida debe cohonestarse con estos otros bienes y derechos si no queremos «transformar un derecho de protección frente a las conductas de terceros (con el reflejo de la obligación de tutela de los poderes públicos) en una invasión del espacio de libertad y autonomía del sujeto, y la imposición de una existencia ajena a la persona y contrapuesta al libre desarrollo de su personalidad carente de justificación constitucional» [FJ 6 C) b) (iv)][8].

En un contexto eutanásico, la decisión de cómo y cuándo finalizar la propia existencia afecta de manera intensa a los derechos a la integridad física y moral de la persona concernida, así como a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad[9]. El derecho a la integridad personal del art. 15 CE, en conexión con los principios de dignidad y libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), «protege un ámbito de autodeterminación de la persona que ampara también la decisión individual de darse muerte de propia mano, cuando tal decisión se adopte de manera libre y consciente por un ser humano capaz que se encuentre inmerso en un contexto de sufrimiento personal extremo debido a causas clínicas de gravedad límite, racional y objetivamente contrastables conforme a

[7] La protección irrestricta de la vida, no solo en términos lógicos, sino también en términos de delimitación del derecho fundamental, es rechazada por la jurisprudencia constitucional, que respalda con base en el derecho fundamental a la integridad personal (art. 15 CE) las decisiones libres e informadas de rechazo de tratamientos médicos, aunque sean vitales, lo que supone «la admisión de una cierta disponibilidad de la vida vinculada a la autonomía de la persona» [STC 19/2023, FJ 6 C) b) (iii)]. Si, como hacen los recurrentes, se parte del carácter absoluto de la protección de la vida, resulta entonces difícil de explicar cómo admiten constitucionalmente la facultad de autodeterminación de un paciente que rechaza tratamientos salvadores, solicita la retirada del soporte vital o requiere cuidados paliativos terminales, con el consiguiente adelantamiento de la muerte que implican esas decisiones, pero no los supuestos de eutanasia de la LORE [STC 19/2023, FJ 6 C) b) (vi)].

[8] Véase la STC 94/2023, FJ 3 B) b) (i) (ii).

[9] Con base en este argumento rechaza la STC 94/2023 el reproche de inconstitucionalidad —por vulneración del art. 53.2 CE— que hace la demanda del GPP a la Disposición adicional quinta LORE por configurar un proceso preferente y sumario para la tutela del seudoderecho fundamental a la eutanasia. Según esta sentencia «las resoluciones que deniegan la prestación de ayuda para morir inciden en la facultad de autodeterminación de la persona, y lo hacen en la medida en que afectan, además de a valores y principios constitucionales vinculados a la libertad y dignidad personal, a un derecho fundamental como es el de la integridad física y moral consagrado en el art. 15 CE, […] por lo que no puede entenderse que se quiebre la tutela preferente y sumaria dispensada en el art. 53.2 CE» [FJ 6 B) b)].

los parámetros de la ciencia médica» [STC 19/2023, FJ 6 C) d) (ii)][10-11]. Este ámbito de autonomía debe ser respetado por el Estado y a cuya efectividad debe contribuir, dentro de los límites impuestos por otros derechos y bienes constitucionales.

Finalmente, la STC 19/2023 destaca que este derecho de autodeterminación respecto de la propia muerte en contextos eutanásicos «incluye también el derecho de la persona a recabar y usar la asistencia de terceros que sea necesaria para llevar a la práctica la decisión de manera compatible con su dignidad y con su integridad personal», y conlleva la obligación del Estado de habilitar las vías legales necesarias para permitir tal ayuda, aunque reconoce que ello «no significa sin más que toda regulación de la ayuda de terceros a la muerte de quien así lo decide en un contexto eutanásico sea por sí mismo compatible con la Constitución», sino que para que concurra tal compatibilidad es necesario que el legislador «establezca medidas de protección suficientes de los derechos, principios y bienes constitucionales que pueden verse afectados por el ejercicio de tal derecho» [FJ 6 C) d) (iii) y e)].

II.1.2.2. *Impugnación subsidiaria*

A. De acuerdo con la impugnación principal del recurso de inconstitucionalidad del GPV referida en el anterior epígrafe, el derecho fundamental a la vida tiene carácter absoluto, y no puede ceder ante ningún otro bien o derecho constitucional (salvo cuando entra en conflicto con el derecho a la vida de otra persona). Este carácter absoluto del derecho a la vida «hace innecesario el examen de la proporcionalidad, propio de la restricción de los demás derechos fundamentales, ya que tal análisis entraña el juicio de ponderación entre los respectivos sacrificios» (n.º 44). No obstante, la demanda (n.os 42-75) plantea de manera subsidiaria que la LORE tampoco supera el test de proporcionalidad, que exige para que una medida restrictiva de un derecho fundamental se adecue a este test que tal medida cuente con cobertura legal (legalidad), responda a un

[10] El voto concurrente que formula la magistrada *Balaguer Callejón*, que comparte el fallo desestimatorio de la sentencia, señala, sin embargo, que esta «debería haber optado por centrar el debate no tanto en torno al contenido y alcance del art. 15 CE, o a la cuestión de si este precepto contiene o no un derecho fundamental a la muerte digna, sino en relación con el contenido que debe atribuirse, en el momento constitucional presente, a la noción de dignidad humana que contempla el art. 10.1 CE. […] la capacidad de decidir sobre el modo en que una persona adulta, libre, consciente y suficientemente informada pone fin a su proceso vital, deriva de manera directa de la proclamación de la dignidad de la persona como fundamento del orden político en el que se enmarca el reconocimiento, promoción y garantía de los derechos de la persona. Una construcción dogmática con ese vínculo constitucional hubiera facilitado al futuro intérprete y al legislador futuro un sustento más sólido para conformar un derecho a la muerte digna con perfiles más amplios que los que ahora contempla la ley, y que limita la eutanasia y la asistencia al suicidio en los denominados "contextos eutanásicos", que ni mucho menos comprenden todas las situaciones vitales en que una persona puede decidir poner fin a su vida en condiciones dignas y no violentas o degradantes».

[11] Véase la STC 94/2023, FJ 3 B) b).

fin constitucionalmente legítimo (adecuación), constituya la alternativa menos restrictiva (necesidad) y produzca más beneficios sobre otros bienes o valores que perjuicios en el derecho fundamental (proporcionalidad en sentido estricto) (STC 56/2019):

a) En cuanto al cumplimiento del presupuesto de legalidad, no basta, tal y como se desprende del TEDH, con la aprobación de una ley formal, sino que esta ha de reunir los requisitos de calidad, entendida como accesibilidad y previsibilidad en sus presupuestos y consecuencias jurídicas (art. 9.3 CE) (n.º 47). Pues bien, el concepto jurídico *padecimiento grave, crónico e imposibilitante*, uno de los supuestos recogidos en el art. 5.1 d) LORE para poder recibir la prestación de ayuda para morir, no reúne a juicio de los recurrentes los requisitos de calidad en la ley, pues no otorga la necesaria accesibilidad y previsibilidad de una legislación que supone la extinción del primer derecho, base de todos los demás (n.º 59). Las *limitaciones que inciden directamente sobre la autonomía física y actividades de la vida diaria, de manera que no permite valerse por sí mismo*, a que se refiere el art. 3 b) LORE para definir el concepto de *padecimiento grave, crónico e imposibilitante*, son «condiciones que podrían predicarse prácticamente de cualquier anciano o de cualquier persona incapaz»; y el que esas limitaciones *lleven asociado un sufrimiento físico o psíquico constante e intolerable para quien lo padece*, supone una subjetivación de la intolerabilidad del sufrimiento que permite incluir en el supuesto prácticamente a cualquier persona que sufra un trastorno mental, incluida la depresión, siempre que se dé el requisito de que exista *seguridad o gran probabilidad de que tales limitaciones vayan a persistir en el tiempo sin posibilidad de curación o mejoría apreciable*. En opinión de los recurrentes, «en el caso de que la enfermedad psíquica cause dependencia (como ocurre con todas ellas), sufrimiento psíquico (como acontece con todas) y exista una gran probabilidad de persistencia en el tiempo sin mejoría apreciable, la vida deviene *indigna* y el sujeto, hasta entonces titular de un derecho indisponible a una vida digna, queda investido del derecho a *morirse con dignidad* y acabar con una vida *indigna*» (n.º 59 iii). En definitiva, en el concepto *padecimiento grave, crónico e imposibilitante* cabe prácticamente cualquier discapacidad o enfermedad psicológica, por lo que resulta tan abierto que «no permite satisfacer las exigencias de calidad en una ley que, nada menos, aspira a definir cuándo termina el derecho a la vida digna y cuándo comienza un nuevo derecho a morir con dignidad» (n.º 61).

b) La eutanasia configurada en la LORE no responde a un fin constitucionalmente legítimo, pues la finalidad de aquella es acabar con una vida humana, algo ilícito desde una perspectiva constitucional, por lo que tampoco concurre el requisito de la adecuación. El sacrificio del derecho a la vida que comporta la eutanasia es contrario a los arts. 43.1 y 2, 49 y 50 CE. El art. 43.1 y 2 CE reconoce el derecho a la protección de la salud, e impone al Estado «la obligación de articular alternativas que permitan afrontar en las mejores condiciones de salud los casos de enfermedades graves crónicas, degenerativas o incurables», por lo que resulta «radicalmente contrario a este principio rector la renuncia a la vida y a la salud mediante el establecimiento de un supuesto derecho a que el Estado procure la muerte de las personas que se encuentran bajo su jurisdicción»

(n.º 63). La LORE también vulnera los arts. 49 CE, que exige al Estado prestar atención especializada a las personas con discapacidad y ampararlas para el disfrute de sus derechos, y 50 CE, que demanda al Estado promover el bienestar de los ciudadanos de la tercera edad mediante un sistema de servicios sociales que atiendan sus problemas específicos de salud, pues «poner término a la vida de la persona mayor que lo solicita, es todo lo contrario a atender sus problemas de salud» (n.º 64).

c) La LORE tampoco respeta el principio de necesidad o menor onerosidad, pues teniendo en cuenta que la supuesta finalidad de esta ley es garantizar la dignidad de la persona, evitándole un sufrimiento físico o psíquico constante e intolerable, se opta por la restricción más drástica del derecho fundamental primario sin que previamente se hayan universalizado los cuidados paliativos, medida esta menos restrictiva y eficaz para garantizar la dignidad y eliminar el sufrimiento (n.os 67 y 68). Los recurrentes consideran que la alternativa de los cuidados paliativos no puede entenderse cumplimentada con lo que prescriben los arts. 5.1 b) y 8.1 LORE, que exigen informar al paciente sobre la posibilidad de acceder a cuidados paliativos integrales, y que más bien se trata de «un puro requisito formal de información a la persona de la situación actual y las posibilidades que nuestro sistema ofrece de cuidados paliativos», pero no de «una previsión sustantiva que garantice la plena accesibilidad y la universalización de dichos cuidados, como medida verdaderamente eficaz para restaurar la dignidad vital» (n.º 69).

d) Finalmente, la demanda denuncia la vulneración de los arts. 15, 43, 49 y 50 CE por el párrafo primero de la Disposición adicional séptima, que ordena a las administraciones sanitarias que habiliten los mecanismos oportunos para dar la máxima difusión de la LORE entre el personal sanitario y los ciudadanos, y para promover entre estos últimos la realización del documento de instrucciones previas, previsión esta, según los recurrentes, «directamente orientada a que comience en nuestro país la peligrosa e irreversible pendiente deslizante» (n.º 74).

B. La STC 19/2023 desestima la tacha de constitucionalidad relativa a la falta de accesibilidad y previsibilidad que según los recurrentes deriva de la imprecisión de la definición legal de la situación de *padecimiento grave, crónico e imposibilitante* [art. 3 b) LORE], uno de los supuestos recogidos en el art. 5.1 d) LORE para poder recibir la prestación de ayuda para morir. La noción legal de *padecimiento*, en contra de lo que aducen los recurrentes, «ni es, atendido el contexto, distinta en cualidad a la de "enfermedad" [art. 3 c) LORE] ni incluye dolencias o trastornos de orden psíquico, por más que pudiera ser de esa naturaleza, como el precepto ha previsto, el sufrimiento "constante e intolerable" que ha de ir necesariamente asociado al padecimiento» [FJ 6 D) c) (ii)]. Destaca la sentencia que «el "padecimiento" definido en el artículo 3 b) ha de presentarse siempre como una dolencia o enfermedad somática en su origen», como se infiere del Preámbulo de la LORE, que al referirse al *contexto eutanásico* aclara que «debe delimitarse con arreglo a determinadas condiciones que afectan a la situación física de la persona con el consiguiente sufrimiento físico o mental en que se encuentra», lo que «excluye de raíz que la LORE, frente a lo que los recurrentes dicen,

pretenda o permita incluir entre tales "padecimientos" la "enfermedad psicológica" o, incluso, la "depresión"» [FJ 6 D) c) (ii)]. Por otro lado, la situación de *padecimiento grave, crónico e imposibilitante* a que se refiere el art. 3 b) LORE «es compatible con la seguridad jurídica, pues, aunque contiene un margen de apreciación, es susceptible de ser definida de forma acorde "con el sentido idiomático general" […], lo que elimina el riesgo de una absoluta indeterminación o a que se generen en los destinatarios dudas insuperables acerca de la conducta exigible». Los márgenes de indefinición que pudiera presentar la LORE en su aplicación a supuestos concretos quedan compensados por las cautelas procedimentales previstas en la propia ley, según las cuales la concurrencia de la situación prevista en el art. 3 b) LORE «debe ser constatada, en todo caso, por al menos dos facultativos distintos e independientes entre sí, además de por un órgano administrativo colegiado compuesto por profesionales de la medicina y del Derecho (la comisión de garantía y evaluación)» [FJ 6 D) c) (ii)][12].

Se descarta también por la STC 19/2023 el reproche de ilegitimidad de la LORE por ser contraria a los arts. 43.1 y 2, 49 y 50 CE. Con base en el art. 43.1 y 2 CE, el recurso de inconstitucionalidad del GPV recuerda que la Constitución, ante la enfermedad, el sufrimiento y la muerte, obliga a la preservación de la vida y de la salud, finalidad esta que no se encuentra en el servicio que los médicos prestan en la eutanasia, dirigido a acabar definitivamente con la vida. La sentencia señala que este alegato «sitúa el debate jurídico-constitucional en un terreno ajeno a la problemática de la regulación legal de la eutanasia», pues «el legislador ha introducido la prestación de ayuda para morir ante lo que bien puede llamarse el fracaso […] de la ciencia médica en sanar al enfermo o aliviar su sufrimiento […] y mal puede contrastarse esta ordenación legal con un dere-

[12] Véase la STC 94/2023, FJ 3 D) b) (i). En este mismo fundamento jurídico se desestima la tacha de inconstitucionalidad que el recurso del GPP formula a la situación de *enfermedad grave e incurable* (art. 3 c) LORE) basada en la ausencia de un concepto de «gravedad» referido a una enfermedad y en la ambigüedad de lo que se deba entender por «sufrimiento psíquico», situación que se agrava por la ausencia en todo el proceso del dictamen de un psiquiatra o psicólogo. Según esta sentencia «la referencia del art. 3 c) LORE a una situación de "enfermedad grave e incurable" es compatible con la seguridad jurídica, pues "aunque contiene un margen de apreciación, es susceptible de ser definida de forma acorde con el sentido idiomático general […] lo que elimina el riesgo de una absoluta indeterminación en cuanto a su interpretación o a que se generan en los destinatarios dudas insuperables acerca de la conducta exigible". […] existen instrumentos interpretativos suficientes para evitar la generación de inseguridad jurídica en la aplicación de la norma […]». La demanda del GPP considera que los problemas de seguridad jurídica que presenta la prestación de ayuda para morir de la LORE solo podrían haberse evitado limitando tal prestación a los supuestos de enfermos terminales, por confluir un límite temporal (fase final de la vida) y de diagnóstico (irreversibilidad de la situación). El TC rechaza este planteamiento, pues el fundamento constitucional de la prestación de ayuda para morir remite no solo a la libertad, sino también a la dignidad de la persona: «circunscribir a los supuestos de enfermos terminales las posibilidades de obtener la prestación de ayuda para morir no resulta compatible con el respeto a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) ni con el derecho a la integridad corporal (art. 15 CE)».

cho a la protección de la salud del que no derivan obligaciones para el paciente». [FJ 6 C) c)]. Por otro lado, en relación con los arts. 49 y 50 CE, la LORE no se refiere de manera selectiva a los colectivos de personas a los que aluden estos preceptos (personas con discapacidad y ciudadanos de la tercera edad), y los compromisos que se fijan en ambas disposiciones para los poderes públicos no «pueden entenderse contradichos por la configuración legislativa de una prestación de ayuda para morir cuyo sentido difiere por completo del que anima a cada una de estas normas» [FJ 6 C) c)].

Por lo que respecta a los cuidados paliativos, la STC 19/2023 aclara que no puede examinarse en un procedimiento iniciado por un recurso de inconstitucionalidad si estos han alcanzado o no la «universalización» que los recurrentes echan en falta, aunque reconoce que si el paciente no cuenta con la opción, real y efectiva, de acceder a cuidados paliativos, podría quedar afectada la formación de su voluntad, por lo que para verificar el carácter libre de la decisión del paciente, los aplicadores de la LORE deben «tener en cuenta, entre otros elementos, la efectiva puesta a disposición de los cuidados paliativos que fueran precisos en el caso concreto de acuerdo con el estado de conocimiento de la medicina» [FJ 6 D) c) (iii)]. El TC rechaza el planteamiento de la demanda según el cual la prestación de ayuda para morir de la LORE solamente podría ser constitucional si previamente se hubiese asegurado al paciente el acceso a los cuidados paliativos que precisase, primero porque «los cuidados paliativos no constituyen una alternativa en todas las situaciones de sufrimiento en las que opera el derecho de autodeterminación de la muerte eutanásica», como ocurre «en casos de padecimientos graves, crónicos e imposibilitantes en los que no cabe esperar un fallecimiento próximo», y segundo porque no es posible asumir en términos constitucionales la premisa, que subyace en la argumentación de los recurrentes, de que «los cuidados paliativos permitirían proteger de manera suficiente la dignidad de la persona sin necesidad de llegar a afectar su vida», pues «no cabe presumir desde una perspectiva constitucional que la mera eliminación o mitigación del sufrimiento físico que pudiera producirse a través de la aplicación de cuidados paliativos integrales baste para reducir el sufrimiento psíquico de la persona a niveles que le permitan continuar viviendo en condiciones compatibles con su propia percepción acerca de la dignidad de su existencia» [FJ 6 D) c) (iii)]. Es más, restringir a los cuidados paliativos la respuesta médica a personas en situaciones extremas de sufrimiento «supondría una limitación tal del derecho de autodeterminación que no resulta compatible con el respeto a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) ni con el derecho a la integridad personal (art. 15 CE)» [FJ 6 D) c) (iii)][13].

[13] Véase la STC 94/2023, FJ 3 C) b) (i).

II.2. **Impugnaciones específicas contra determinados artículos de la LORE**

II.2.1. ***Inconstitucionalidad de los arts. 7.2, 8.4, 17 y 18 a) párrafo cuarto, y disposición adicional primera LORE por vulneración de los arts. 15, 24, 53.2, 106 y 117 CE***

A. El recurso de inconstitucionalidad del GPV reprocha a la LORE la ausencia de todo control judicial en el procedimiento para la realización de la prestación de ayuda para morir, pues a pesar de «la afectación que sufre un derecho fundamental, de la capital importancia que es el derecho a la vida, la garantía y la tutela judiciales no aparecen en ningún momento, se omite totalmente cualquier referencia a los tribunales de justicia, y los controles que la LO establece son meramente administrativos» (n.º 89):

a) Se impugnan los arts. 7.2 y 8.4 LORE por no prever garantía alguna para el caso de que las decisiones del médico responsable (art. 7.2) y del médico consultor (art. 8.4) sean favorables a la eutanasia, pues tales preceptos solo recogen la posibilidad de formular reclamación ante la Comisión de Garantía y Evaluación cuando la solicitud de ayuda para morir es denegada, de tal forma que las decisiones favorables ni han de ser motivadas ni son impugnables ante tal comisión. En la misma línea, si la Comisión de Garantía y Evaluación resuelve desfavorablemente la solicitud de la prestación de ayuda para morir, su resolución podrá ser recurrida ante la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 10.5 LORE), pero nada se prevé sobre la posibilidad de recurrir una resolución favorable (n.os 78-80). Los recurrentes consideran una manifiesta inconstitucionalidad la diferenciación que la LORE establece en los controles de la decisión en función de que esta sea favorable o desfavorable a la eutanasia, pues prevé un completo sistema impugnativo contra la decisión que deniega la prestación de ayuda para morir, y omite toda referencia al control administrativo y jurisdiccional de la decisión potencialmente vulneradora del derecho a la vida (n.os 81-84).

b) Según la demanda, el párrafo cuarto del art. 18 a) LORE vulnera los arts. 24, 53.2 y 106 CE, pues «imposibilita todo control jurisdiccional de una decisión administrativa de tal gravedad como la de acordar la muerte de una persona», ya que «el plazo extraordinariamente breve de siete días naturales para ejecutar una decisión administrativa tan grave, irremediable e irreparable, como poner fin a la vida de una persona, impide, a todas luces, obtener una tutela efectiva de los derechos que pudieran asistir a terceras personas para impedir la muerte y salvaguardar el derecho a la vida» (n.º 86).

c) Las previsiones contenidas en el art. 17.2 LORE, que designa la creación y régimen jurídico de las Comisiones de Garantía y Evaluación a los gobiernos autonómicos y al Ministerio de Sanidad en el caso de Ceuta y Melilla, y art. 17.4 LORE, que prevé que cada comisión elabore su reglamento interno, que deberá ser autorizado por el órgano competente de la administración autonómica o por aquel Ministerio en las Ciudades de Ceuta y Melilla, son consideradas inconstitucionales, ya que el papel que en un Estado de derecho corresponde al Poder Judicial se atribuye a un órgano administrativo cuyo régimen jurídico, composición y funcionamiento se desconocen (n.º 87).

d) Los recurrentes impugnan, finalmente, la Disposición adicional primera, que otorga a la muerte como consecuencia de la prestación de ayuda para morir la consideración legal de muerte natural a todos los efectos, debido a que vulnera la dimensión procedimental del derecho de los arts. 15 CE y 2 CEDH «en cuanto elimina la obligación del Estado de determinar mediante una investigación completa las causas de la muerte de una persona bajo su jurisdicción», e infringe los arts. 24, 106 y 117 CE debido a que «legislativamente se estaría predeterminando el eventual resultado de una investigación judicial orientada a determinar la concurrencia de los presupuestos objetivos y formales que justificarían […] el denominado "contexto eutanásico"» (n.º 91).

B. La STC 19/2023 considera carentes de consistencia las censuras de inconstitucionalidad de la demanda relativas a que las decisiones favorables a la eutanasia del médico responsable (art. 7.2 LORE) y del médico consultor (art. 8.4 LORE) ni han de ser motivadas ni son impugnables ante la Comisión de Garantía y Evaluación, pues «lo que por lo común reclama justificación y eventual remedio no es la opinión o parecer que haga viable la prosecución del procedimiento iniciado por quien tenga la condición de interesado, sino el obstáculo u oposición a ese discurrir». Además, la comunicación médica (art. 10.1 LORE) favorable a la solicitud deberá ir acompañada de la acreditación del cumplimiento de los requisitos que la LORE requiere para acceder a la prestación, y los posibles errores o irregularidades en la actuación médica son susceptibles de control por la Comisión de Garantía y Evaluación en su verificación previa y también por la vía judicial [FJ 7 C) a)]. También se rechaza la fundamentación impugnatoria centrada en la supuesta e inconstitucional omisión por la LORE de recurso contencioso-administrativo contra las resoluciones de las Comisiones de Garantía y Evaluación que reconozcan el derecho a obtener la prestación. El TC reconoce que las resoluciones definitivas de estas Comisiones no podrían, sin conculcación manifiesta de la Constitución, quedar exentas del control judicial, pero señala que «a diferencia de lo que afirman los demandantes, la LORE no ha excluido el control por la jurisdicción contencioso-administrativa de las resoluciones de las comisiones de garantía y evaluación que reconozcan el derecho a la prestación de ayuda para morir», pues «la apertura del control judicial cuya previsión echan en falta los recurrentes proviene directamente, sin necesidad de recordatorio legal, de la legislación procesal». El legislador, en definitiva, «no ha cerrado el paso a la eventual impugnación judicial de las resoluciones que reconocen el acceso a la prestación» [FJ 7 C) b)][14-15].

[14] El voto particular del magistrado *Arnaldo Alcubilla* sostiene (n.º 5) que lo que lleva a cabo la sentencia en este punto es una interpretación de conformidad con la Constitución, que debió reconocerse como tal y llevarse al fallo. Así también, el voto particular (n.º 8) de la magistrada *Espejel Jorquera*.

[15] Véase la STC 94/2023, FJ 3 C) b) (i).

Debe desestimarse, asimismo, según la STC 19/2023, la impugnación del párrafo cuarto del art. 18 a) LORE, en tanto que no puede acogerse la interpretación que de este hacen los demandantes, según la cual el requerimiento a la dirección del centro para que «facilite la prestación solicitada» equivale, sin más, a la realización de la prestación de ayuda para morir —acto final de los profesionales sanitarios (art. 11 LORE)— en el exiguo plazo de siete días, sino que, por el contrario, ha de interpretarse «en el sentido de que el requerimiento a la dirección del centro para que, en el plazo de siete días naturales, "facilite la prestación solicitada a través de otro médico del centro o de un equipo externo de profesionales sanitarios" supone, estrictamente, que, estimada la reclamación frente a la "denegación" del médico responsable o acogido el recurso contra el informe desfavorable del facultativo consultor (art. 8.4), el procedimiento legalmente establecido (arts. 8, 10 y concordantes) deberá reanudarse, dentro de aquel plazo máximo, y cumplimentarse conforme a la Ley Orgánica en todos los trámites y actuaciones aún pendientes, si a ello hubiere lugar», aunque ya con la intervención —como el precepto establece— de profesionales distintos a los que inicialmente informaron en contra de la solicitud [FJ 7 C) c)][16].

Finalmente, se descarta el reproche de inconstitucionalidad que la demanda del GPV hace a la Disposición adicional primera. La obligación procedimental de investigación, cuando lo requieran las circunstancias concurrentes, para determinar eventuales responsabilidades por los hechos que condujeron a la muerte, obligación que el TEDH ha identificado en el art. 2 CEDH, no es trasladable, según la STC 19/2023, «a los casos de muertes eutanásicas como las contempladas en la LORE, fallecimientos que no sobrevienen o acaecen en el curso de cualesquiera tratamientos sanitarios, sino que se verifican por haberlo instado así el paciente que se encuentre en las condiciones que esta Ley Orgánica prescribe, condiciones que han de quedar debidamente acreditadas a lo largo del procedimiento» [FJ 7 C) d)]. La Disposición adicional primera de la LORE enuncia una ficción jurídica que se sustenta en la presunción legal de que la «prestación de eutanasia» se ha realizado con plena conformidad a la LORE, presunción esta relativa o *iuris tantum*, que decae ante indicios o fundadas sospechas de criminalidad, como se infiere de la Disposición adicional segunda donde establece que las infracciones a lo dispuesto en esta ley pueden dar lugar, entre otras responsabilidades, a las de carácter penal [FJ 7 C) d)].

[16] También aquí el voto particular del magistrado *Arnaldo Alcubilla* sostiene (n.º 6) que nos encontramos ante una interpretación de conformidad con la Constitución que debió reconocerse expresamente en el fundamento jurídico 7 y llevarse al fallo. De la misma opinión, el voto particular (n.º 9) de la magistrada *Espejel Jorquera*.

II.2.2. *Inconstitucionalidad de los arts. 3 d), e) y h); 5.1 c) y 5.2; 6.4; 9; 12 a) apartado 4; y Disposición adicional sexta, párrafo segundo, LORE, relativos al régimen aplicable a las personas con «incapacidad de hecho», por vulneración de los arts. 15, 18.1, 24 y 53.2 CE*

A. Los recurrentes del GPV impugnan los arts. 3 h) y 5.2, párrafo segundo, LORE, pues la definición de la situación de incapacidad de hecho adolece de una manifiesta falta de calidad en el sentido exigido por la jurisprudencia del TEDH, al desconocerse absolutamente los criterios que deben seguirse para que se aprecie por el personal médico la concurrencia de dicha situación y atribuirse la exacta fijación de dichos criterios a un órgano administrativo (Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud) (párrafo segundo de la Disposición adicional sexta) con omisión de toda garantía proveniente de una intervención de la autoridad judicial (n.º 93-95).

Reprochan, asimismo, la grave indeterminación del art. 5.2 LORE, que, de un lado, permite al médico responsable, a quien ni siquiera se le exige formación específica alguna, prescindir, sin supervisión judicial, del cumplimiento de tres de los requisitos [letras b), c) y e)] para recibir la prestación de ayuda para morir en los casos en que certifique que el paciente no se encuentra en el pleno uso de sus facultades ni puede prestar su conformidad libre, voluntaria y consciente para realizar las solicitudes, y, de otro, otorga una validez temporal indefinida —«*haya suscrito con anterioridad*»— al documento de instrucciones previas, testamento vital, voluntades anticipadas o documentos equivalentes legalmente reconocidos, que posibilita «al médico responsable aplicar la eutanasia en cualquier momento a la persona que él mismo ha valorado como incapaz», y permite la posibilidad, dada la vaguedad e imprecisión de estos conceptos, de acudir a cualquier tipo de instrumento documental —¿una simple carta, un *e-mail* o, incluso, un *WhatsApp*?— en el que se hubiera recogido un deseo o una manifestación del paciente expresada en un momento vital ya superado, indeterminación esta «completamente intolerable cuando nos hallamos ante una decisión tan irreparable como poner fin a la vida de una persona» (n.º 100). Señalan los recurrentes que teniendo en cuenta que entre el momento de solicitar la eutanasia y su efectiva aplicación transcurre inevitablemente un tiempo durante el cual el solicitante puede desear la revocación de su solicitud o el aplazamiento de su administración (posibilidades previstas en el art. 6.3 LORE), si el médico, o un tercero, consideran que en ese período de tiempo el paciente ya no es «plenamente consciente» o es «incapaz de hecho» para manifestar su voluntad contraria, o bien el paciente ha perdido la capacidad física para comunicarse, entonces se podría «aplicar contra su voluntad actual la eutanasia que solicitó y que con posterioridad hubiese querido revocar o posponer» (n.º 101).

Se impugna el párrafo segundo del art. 5.1 c) LORE por permitir al médico responsable no solo decidir sobre si es o no inminente la pérdida de la capacidad de la persona solicitante de eutanasia para otorgar el consentimiento informado, sino también ignorar el protocolo y fijar, obviando el requisito del transcurso de quince días entre las dos

solicitudes de eutanasia, cualquier periodo menor que considere apropiado en función de las circunstancias clínicas concurrentes (n.º 106).

Consideran, finalmente, improcedente la posibilidad de que, una vez certificada por el médico responsable la incapacidad de hecho del paciente, la solicitud de prestación de ayuda para morir pueda ser presentada a aquel por otra persona mayor de edad y plenamente capaz, o, en su defecto, por el médico que lo trata [arts. 6.4 y 12. a) 4.º) LORE], en cuyo caso otorga, sin mediar nuevamente intervención judicial alguna, a un facultativo ajeno la posibilidad de presentar la solicitud de eutanasia, legitimándolo además para solicitar y obtener el acceso al documento de instrucciones previas, voluntades anticipadas o documentos equivalentes, con clara vulneración del art. 18.1 CE (n.os 107 y 108).

B. Antes de examinar las concretas tachas de inconstitucionalidad de este bloque de impugnaciones, la STC 19/2023 se ve obligada a aclarar el sentido y efectos del régimen diseñado por la LORE para las personas con incapacidad de hecho, debido a la lectura errónea que la demanda del GPV hace de las previsiones de esta ley. Cuando se da en el paciente una situación de incapacidad de hecho «los requisitos para poder acceder a la prestación de ayuda para morir no se "relajan" a criterio del médico responsable, como sostienen los recurrentes, sino que se restringen, pues solamente podrá reconocerse el derecho a la prestación si el paciente ha suscrito con anterioridad un documento de instrucciones previas, testamento vital, voluntades anticipadas o documentos equivalentes legalmente reconocidos (art. 5.2) y si los estrictos términos de dichos documentos así lo admiten y en los términos en que lo admitan (arts. 5.2 y 9)». Por tanto, «la situación de incapacidad de hecho no llevaría a prescindir, como se aduce en la demanda, del "consentimiento" del afectado, sino a constatar la imposibilidad de prestarlo por una vía que no sea la del documento previo que el paciente, en su día, hubiera podido suscribir» [FJ 8 C) a)][17]. Sin este documento, el paciente que no fuera capaz y consciente nunca podría recibir la prestación de ayuda para morir dispuesta en la LORE.

Aclarado esto, la sentencia desestima la queja relativa a la definición de la situación de incapacidad de hecho del paciente [art. 3 h) LORE], pues se trata de una definición que «no ofrece problemas para su razonable comprensión y es análoga a la que utilizan, para supuestos similares, otras normas estatales […] y autonómicas», y puntualiza que la «situación de "incapacidad de hecho" es una realidad de difícil precisión, que solo puede identificarse con una definición genérica que remita a las circunstancias ordinarias de la vida y la enfermedad y a criterios médicos» [FJ 8 C) b)]. Por otro lado, no hay razón para poner en duda la constitucionalidad de la previsión de unos protocolos (art. 5.2, párrafo segundo, y Disposición adicional sexta, párrafo segundo, LORE) «cuya adopción

[17] Véase la STC 94/2023, FJ 3 C) b) (i).

mal podría corresponder a la autoridad judicial o imponerse al propio legislador, y que no pueden entenderse vetados por ninguna reserva constitucional a la ley» [FJ 8 C) b)].

También se rechazan las censuras de inconstitucionalidad dirigidas contra las referencias de la LORE al documento de instrucciones previas, testamento vital, voluntades anticipadas o documentos equivalentes legalmente reconocidos. La mención del Preámbulo de la LORE a que el documento aludido en su art. 5.2 «existe ya en nuestro ordenamiento jurídico» (art. 11 de la Ley 41/2002) y la referencia que el art. 6.4 realiza al registro nacional de instrucciones previas regulado por el Real Decreto 124/2007, unido a las propias y directas disposiciones de la LORE, identifican el sentido del documento y algunas de las exigencias mínimas que en todo caso debe satisfacer este instrumento para alcanzar la eficacia que de principio se le otorga, lo que conduce «a desestimar la tacha relativa a la denunciada "falta de calidad" legal por la indeterminación en la que, según la demanda, el legislador habría incurrido al remitir a tal documento». Señala la STC 19/2023 que «han de ser las leyes las que reconozcan […] eficacia al tipo de documento previo, cualquiera que sea su denominación, que acredite de forma fidedigna, y en atención a la LORE, la voluntad inequívoca de la persona», de tal manera que, si así no fuera, el ordenamiento «mantiene abiertas las correspondientes vías jurisdiccionales, pero lo que no cabe, en un procedimiento como el presente, es un "enjuiciamiento conjetural, desligado de toda concreción normativa" […] sobre lo que tales previsiones legales establezcan o pudieran llegar a establecer» [FJ 8 C) c)][18].

El hecho de que la LORE no requiera que el documento de instrucciones previas o equivalente sea objeto de periódica confirmación o renovación por quien lo haya suscrito, no afecta según el TC a precepto o principio alguno de la Constitución, por lo que no puede prosperar la censura atinente a la «validez indefinida» atribuida por la ley a esta manifestación anticipada de voluntad. Repara la STC 19/2023 que la decisión de obtener ayuda para morir en un contexto eutanásico reflejada en un documento de instrucciones previas ha de adoptarse de forma «libre, voluntaria y consciente», y ha de ser «manifestada» por quien se encuentra en «pleno uso de sus facultades», como exige el art. 3 a) LORE para todos los supuestos, lo que implica que el control de los presupuestos de la eutanasia que la LORE atribuye al médico consultor y a la Comisión de Garantía y Evaluación puede extenderse, en el supuesto particular de incapacidad de hecho, a la verificación de la capacidad del otorgante en el momento de suscribir el documento de instrucciones previas, de manera que la ausencia de la capacidad exigida es motivo de impugnación de la resolución definitiva de reconocimiento del derecho a morir ante la jurisdicción contenciosa-administrativa [FJ 8 C) c)][19].

[18] Véase la STC 94/2023, FJ 3 C) b) (i).

[19] Nuevamente, el voto particular del magistrado *Arnaldo Alcubilla* sostiene (n.º 7) que nos encontramos ante una interpretación de conformidad con la Constitución que, por elementales razones de certeza, debió llevarse al fallo de la sentencia.

Tampoco puede prosperar, según la STC 19/2023, la queja dirigida al párrafo segundo del art. 5.1 c) LORE. No hay obstáculo jurídico-constitucional en que el médico responsable constate «la inminencia de la pérdida de capacidad del paciente, tras su primera solicitud, a fin de "aceptar cualquier periodo menor" al de quince días que de ordinario ha de mediar entre aquella solicitud y la segunda, siempre que lo haga "en función de las circunstancias clínicas concurrentes, de las que deberá dejar constancia en la historia clínica"». La imposición por la LORE de dos sucesivas solicitudes obedece a que la decisión de pedir ayuda para morir sea el resultado de una madurada y meditada determinación de la persona, «pero el lapso de quince días que en general ha establecido el legislador obedece a su libre y prudencial apreciación de oportunidad, apreciación que puede ser ponderada y matizada […] en atención a las singulares circunstancias que el precepto contempla» [FJ 8 C) d)][20].

Se rechaza, finalmente, la censura de inconstitucionalidad que la demanda hace de los arts. 6.4 y 12. a) 4.º) LORE. Puntualiza la STC 19/2023 que la LORE, en contra de lo que sostienen los recurrentes, no prevé que un tercero pueda «solicitar» la muerte de una persona en situación de incapacidad de hecho, más bien se permite a un tercero trasladar la voluntad previamente manifestada del propio paciente. Por otro lado, no existe vulneración del derecho fundamental a la intimidad personal (art. 18.1 CE), pues «es evidente que quien predispone la solicitud de eutanasia ante la eventualidad de no poder hacerlo en su momento, pretende que esta petición sea conocida y atendida por los facultativos que, llegado el caso, lo asistan, algo solo posible mediante la presentación por terceros (en último término, por el propio "médico que lo trata") de tal solicitud, que es personalísima» [FJ 8 C) e)][21].

II.2.3. *Inconstitucionalidad de los arts. 5.2, párrafo segundo, 17.5, Disposición adicional sexta y Disposición final tercera LORE, por infracción de la reserva de ley orgánica (art. 81 CE), de la reserva de ley (art. 53.1 CE) y del requisito de calidad de la ley (art. 15, en relación con el art. 9.3 CE)*

A. El recurso de inconstitucionalidad del GPV denuncia que los arts. 5.2, párrafo segundo, y 17.5 LORE, así como su Disposición adicional sexta, «dejan la determinación de aspectos sustanciales sobre, nada menos, que el fin de la vida humana y la extinción del derecho fundamental a la vida, a disposiciones absolutamente indefinidas en su contenido que no ostentarían ni siquiera rango reglamentario» (n.º 112).

Los recurrentes consideran radicalmente inconstitucional la habilitación que el art. 5.2, párrafo segundo, y Disposición adicional sexta, párrafo segundo, LORE hacen al Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud para la elaboración de los proto-

[20] Véase la STC 94/2023, FJ 3 C) b) (i) y FJ 3 D) b) (ii).

[21] Véase la STC 94/2023, FJ 3 C) b) (i).

colos conforme a los cuales el médico responsable valorará la situación de incapacidad de hecho del paciente, por tratarse de una «habilitación en blanco del legislador orgánico a un puro órgano administrativo para la determinación de un elemento esencial en la aplicación de la LO 3/2021». Según la demanda, «es el legislador orgánico el que debe predeterminar con precisión cuándo se entiende que concurre la incapacidad de hecho y, por tanto, puede prescindirse del consentimiento de la persona a la que se va a provocar la muerte y extinguir definitivamente su derecho a la vida» (n.os 116-118).

La demanda sostiene, igualmente, la inconstitucionalidad del art. 17.5 y de la Disposición adicional sexta, párrafo primero, LORE, por habilitar al Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud para la elaboración de un manual de buenas prácticas y protocolos de actuación para la extinción de la vida de los ciudadanos, cuestiones estas «que deben quedar perfectamente predeterminadas en la Ley Orgánica que regule una cuestión tan esencial y determinante como es la extinción del derecho fundamental a la vida» (n.º 119).

B. Tras recordar brevemente el núcleo de la doctrina constitucional acerca del alcance de las reservas constitucionales a la ley, la STC 19/2023 rechaza la censura de inconstitucionalidad que la demanda hace del art. 5.2, párrafo segundo, y de la Disposición adicional sexta, párrafo segundo, LORE, pues los «protocolos de actuación» que nombran los preceptos impugnados, no se refieren a la definición de la situación de incapacidad de hecho, «sino a la "valoración" de su concurrencia en el caso concreto por parte del médico responsable», valoración que «es una cuestión técnica que requiere un examen técnico caso a caso y no una mayor concreción que la que hace aquí la Ley Orgánica, sin que sea tampoco concebible que el legislador, orgánico u ordinario, estuviera en condiciones de fijar pautas específicas de valoración técnica en este punto» [FJ 9 C) b)][22].

El art. 17.5 y la Disposición adicional sexta, párrafo primero, LORE, a juicio del TC, tampoco encargan a «órganos administrativos la regulación de aspectos cubiertos por la reserva de ley (ni ordinaria ni orgánica)»; se refieren, más bien, a la aplicación del marco normativo previsto por el legislador orgánico, procurando que la aplicación de la LORE «se realice de manera armónica o concorde en todo el territorio nacional, y no habilitan para el desarrollo, complemento o integración» de esta ley en un plano normativo. El objeto de la Disposición adicional sexta, por tanto, no se encuentra cubierto por la reserva de ley orgánica del art. 81.1 CE, lo que, según la STC 19/2023, hace decaer la queja, sin argumentación en la demanda, que se formula a la Disposición final tercera de la LORE [FJ 9 C) c)].

[22] Véase la STC 94/2023, FJ 3 C) b) (i).

II.2.4. *Inconstitucionalidad de la Disposición final tercera de la LORE, en relación con su art. 16.1 —por vulneración de la reserva de ley orgánica (art. 81.1 CE)—, y del apartado 2 del art. 16 por infracción del derecho a la objeción de conciencia de los profesionales sanitarios que intervienen en la eutanasia (art. 16 CE)*

A. El recurso de inconstitucionalidad del GPV estima manifiestamente inconstitucional el carácter ordinario que la Disposición final tercera de la LORE atribuye a su art. 16.1, «por constituir la objeción de conciencia a la práctica de la eutanasia una parte esencial del ejercicio del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa consagrado en el art. 16.1 CE», lo que conlleva a que «su contenido esencial y sus condiciones básicas se regulen mediante una ley orgánica (art. 81.1 CE)» (n.º 123).

El art. 16.2 LORE, que ordena la creación de un registro de profesionales sanitarios objetores de conciencia a realizar la ayuda para morir, también es, a juicio de los recurrentes, contrario a la Constitución. Las razones que se invocan pueden resumirse: 1.ª Se limita la libertad de objeción de conciencia de los profesionales sanitarios, al prever como condición o presupuesto del ejercicio del derecho la inscripción en un registro de objetores, que «inevitablemente supone señalar a quienes objeten a la colaboración en la muerte de una persona», lo que «no es absolutamente ajeno al riesgo de discriminación y estigmatización de los profesionales que en él se inscriban» (n.os 127 y 133); 2.ª Un registro general de concepción monolítica, en el sentido de objetor «sí o no», «no se muestra como un instrumento realista en el que se acomode tan complejo tema profesional», pues la posición objetora «ni es definitiva, ya que puede cambiarse a lo largo del ejercicio profesional, ni es absoluta, pues puede depender de casos concretos» (n.º 130); 3.ª La obligatoriedad que impone el art. 16.2 LORE a los profesionales objetores de declarar previamente su condición es contraria al art. 16.2 CE, «que exime de la obligación de declarar a cualquier persona sobre sus creencias» (n.º 131); y 4.ª El registro vulnera el principio de proporcionalidad, por no ser adecuado, pues «no hay relación causal entre garantizar la prestación sanitaria y la objeción de conciencia de los profesionales sanitarios», ni necesario, al existir otras medidas menos intensas, como pudiera ser un archivo interno, y generar «más impedimentos para el interés general que beneficios para los afectados y para la prestación del servicio de salud» (n.º 131)[23].

[23] Añade el recurso de inconstitucionalidad del GPP que la creación en el art. 16.2 LORE de un registro de profesionales sanitarios objetores supone una invasión de las competencias autonómicas en materia sanitaria. La STC 94/2023 no comparte esta censura de inconstitucionalidad, pues, en relación con el marco competencial en materia de sanidad, el art. 149.1.16 CE establece que el Estado tiene competencia exclusiva en materia de «bases y coordinación general de la sanidad», y «fijar la creación en cada comunidad autónoma de un registro de profesionales sanitarios objetores de conciencia a realizar la prestación de ayuda para morir con el objetivo, común para todo el territorio nacional, de garantizar una adecuada gestión de dicha prestación, constituye un elemento normativo básico que en nada impide

B. La STC 19/2023 rechaza la censura de inconstitucionalidad formulada contra el carácter de ley ordinaria que la Disposición final tercera de la LORE atribuye a su art. 16.1. El que pueda invocarse en juicio, al amparo del derecho enunciado en el art. 16.1 CE, la objeción de conciencia a realizar la prestación eutanásica contenida en el art. 16.1, párrafo segundo, LORE, «no supone que sea en sí misma un derecho fundamental para cuyo desarrollo, en los términos del art. 81.1 CE, se exija ley orgánica». Reiterada jurisprudencia constitucional ha negado tal reserva de ley, incluso, «para la regulación de la única forma de objeción constitucionalmente prevista, la contemplada en el art. 30.2 CE, y ello sobre la base, junto a otras consideraciones, de que el desarrollo al que se refiere el art. 81.1 CE es, estrictamente, el de los derechos comprendidos en la sección primera del capítulo segundo del título I de la propia Constitución». Con todo, advierte la sentencia, el art. 3 f) LORE, donde se define la «objeción de conciencia sanitaria», tiene carácter de ley orgánica [FJ 10 C) b)].

Tampoco la previsión contenida en el art. 16.2 LORE merece para el TC los reproches de inconstitucionalidad formulados en la demanda del GPV. La inscripción en el registro de profesionales sanitarios objetores de conciencia a realizar la ayuda para morir «no condiciona el ejercicio de la objeción de conciencia, pues para que sea eficaz basta con que se manifieste "anticipadamente y por escrito" (párrafo segundo del art. 16.1 LORE» [FJ 10 C) c)][24].

Por lo que respecta a las calificaciones del registro como «de concepción monolítica» o de «instrumento no realista», a las que se refieren los recurrentes, la sentencia señala que el tribunal no puede entrar a discutirlas, por ser críticas más propias de un debate parlamentario [FJ 10 C) c)].

No se comparte el reproche de los recurrentes según el cual la obligatoriedad que impone el art. 16.2 LORE es contraria a la previsión constitucional de que nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias (art. 16.2 CE), ya que el ejercicio de la objeción de conciencia «no puede, por definición, permanecer en la esfera íntima del sujeto, pues trae causa de la exención del cumplimiento de un deber y, en consecuencia, el objetor ha de prestar la necesaria colaboración si quiere que su derecho sea efectivo […], colaboración que ya comienza, en principio, por la renuncia del titular del derecho a mantenerlo […] en la intimidad personal […]». Finalmente, la creación de un registro de profesionales sanitarios objetores de conciencia a realizar la ayuda para morir, con el objeto de facilitar la información a la administración sanitaria para que esta pueda garantizar una adecuada gestión de la prestación de ayuda para morir (art. 16.2 LORE), no implica un sacrificio desproporcionado e injustificado de los

---

u obstaculiza a las comunidades autónomas el ejercicio de sus competencias en relación con la creación, organización y funcionamiento de dicho registro» [STC 94/2023, FJ 4 B) a)].

[24] Véase la STC 94/2023, FJ 4 B) b).

derechos a la libertad ideológica e intimidad, sin que pueda afirmarse que la finalidad del mismo es la de disponer de una lista de objetores para discriminarlos y estigmatizarlos, afirmación esta «sin base jurídica alguna y en la que no se puede fundar una queja de inconstitucionalidad» [FJ 10 C) c)][25].

[25] La STC 94/2023 se enfrenta a un reproche de inconstitucionalidad novedoso. La demanda del GPP considera que el art. 16.1 LORE vulnera la libertad ideológica y religiosa consagrada en el art. 16.1 CE al excluir a las personas jurídicas de la titularidad del derecho de objeción de conciencia, obviando que se trata de un derecho incardinado de forma directa en la libertad ideológica y religiosa de las que gozan también aquellas. La STC 94/2023, tras reconocer a las personas jurídicas la capacidad en abstracto de ser titulares de derechos fundamentales, aunque precisando «que no pueden disfrutar ni de la titularidad de la totalidad de los derechos fundamentales, ni del contenido de ellos con la misma extensión que si se tratase de personas físicas», rechaza la censura de inconstitucionalidad, ya que «extender la objeción de conciencia a un ámbito institucional, no solo pondría en riesgo la efectividad de la propia prestación sanitaria, sino que carecería de fundamento constitucional, pues se trata de un derecho que excepcionalmente permite, con las debidas garantías para el interés general, eludir el cumplimiento de obligaciones de carácter general que por su naturaleza colisionan o no son conciliables con las más arraigadas convicciones que son propias de las personas físicas» [FJ 4 B) b) (i) (ii)].

Emilio José Armaza Armaza | Elena Atienza Macías
Iñigo de Miguel Beriain | Aitziber Emaldi Cirión | Fátima Flores Mendoza
Pilar Nicolás Jiménez | Andrea Perin | Sergio Romeo Malanda
Fernando Guanarteme Sánchez Lázaro
Esteban Sola Reche | Asier Urruela Mora
(coords.)

DEL DERECHO PENAL AL BIODERECHO

LIBRO HOMENAJE A CARLOS MARÍA ROMEO CASABONA

VOLUMEN III

DERECHO, BIOMEDICINA Y NUEVAS TECNOLOGÍAS

Granada, 2026

Cofinanciado por la Unión Europea

Maquetación:
Virginia Vílchez Lomas

© Los autores

© Editorial Comares, 2026
Polígono Juncaril
C/ Baza, parcela 208
18220 • Albolote (Granada) España
Tlf.: 958 465 382
www.comares.com • E-mail: libreriacomares@comares.com
facebook.com/Comares • twitter.com/comareseditor • instagram.com/editorialcomares

ISBN de la obra completa: 979-13-7033-159-7
ISBN: 979-13-7033-162-7 • Depósito Legal: Gr. 1090/2026

Impresión y encuadernación: COMARES

DERECHO, BIOMEDICINA Y NUEVAS TECNOLOGÍAS

1

CONTROL ÉTICO DE LA INVESTIGACIÓN BIOMÉDICA EN EUSKADI*

Iciar Alfonso Farnós**
Guillermo Alcalde Bezhold***

SUMARIO: I. Introducción. II. Guías éticas. III. Comités de ética de la investigación. III.1. Referencias en la normativa española y europea. III.2. Definición. IV. Sistema de comités de ética de la investigación en Euskadi. IV.1. Experiencia del ceim-e en control ético de la investigación. IV.1.1. *Composición.* IV.1.2. *Procedimiento de evaluación.* IV.1.3. *Certificación ISO.* IV.1.4. *Función de comité ético externo del Biobanco Vasco.* IV.1.5. *Actividad de evaluación.* IV.1.6. *Función de seguimiento.* IV.1.7. *Otras funciones.* V. Conclusión.

I. Introducción

La legislación y las diferentes guías éticas asignan a los Comités de Ética de la Investigación (CEI) la función de velar por los derechos, seguridad y bienestar de los sujetos que participan en un proyecto de investigación biomédica. Los CEI deben ser independientes de los investigadores, patrocinadores y financiadores de la investigación, y no deben estar sometidos a ninguna influencia indebida (p. ej. política, institucional, profesional o comercial), garantizando que se priorizan los intereses de los participantes en la investigación.

* Dedicado a Carlos Romeo Casabona, primer Presidente del Comité de ética de la investigación con medicamentos de Euskadi; referente en ética de la investigación, compañero infatigable y ante todo el amigo entrañable que siempre llevaremos en nuestros corazones.

** Médico Especialista en Farmacología Clínica. Vicepresidenta del Comité de Ética de la Investigación con medicamentos de Euskadi. Presidenta de la Asociación Nacional de Comités de ética de la investigación-ANCEI.

*** Médico Especialista en Nefrología. Presidente del Comité de Ética de la Investigación del Hospital Universitario Araba. Vocal del comité de calidad del Comité de Ética de la Investigación con medicamentos de Euskadi.

Se describe en este trabajo cómo se ha desarrollado el control ético de la investigación biomédica en Euskadi, especialmente en relación a la actividad del Comité de Ética de la Investigación con medicamentos de Euskadi, desde su creación en 2005 hasta la actualidad.

II. Guías éticas

La investigación biomédica es un instrumento fundamental para avanzar en el conocimiento científico dirigido a mejorar las condiciones de salud de la ciudadanía.

La participación de seres humanos en investigación biomédica ha planteado desde tiempos remotos serios dilemas morales, siendo preciso conciliar su realización con la protección y salvaguarda de los derechos de las personas que en ella participan.

Los terribles experimentos realizados por los médicos nazis en los campos de concentración durante la 2.ª Guerra Mundial, además de otros escándalos que sucedieron posteriormente, derivaron en la publicación de varias guías éticas, destacando el Código de Nüremberg en 1947, la Declaración de Helsinki en 1964 (1) y el Informe Belmont en 1978 (2), que surgieron inicialmente como recomendaciones, siendo posteriormente recogidos sus principios en la legislación de la investigación biomédica.

III. Comités de ética de la investigación

Los Comités de Ética en la Investigación surgen a mediados de los años 60 del siglo xx, ante la necesidad de establecer un control público que concilie el respeto de los derechos de las personas que participan en investigación con el interés de la sociedad en el avance del conocimiento científico, exigiendo que los proyectos de investigación, en los que participan seres humanos, sean evaluados de forma imparcial por un grupo de personas independientes del equipo investigador.

III.1. Referencias en la normativa española y europea

El primer texto legal que hacía referencia en la normativa española al papel de los comités de ética de la investigación fue el Real Decreto (RD) 944/1978 de ensayos clínicos de productos farmacéuticos y preparados medicinales, que exigía, para la supervisión de los ensayos clínicos, un Comité de Ensayos Clínicos constituido por varios vocales, debiendo figurar entre los mismos un médico especializado o con experiencia en investigación clínica, el farmacéutico de los Servicios Farmacéuticos del hospital y el especialista en Farmacología Clínica, cuando los hubiese. Este real decreto fue complementado posteriormente, con la Orden de 3 de agosto de 1982 por la que se desarrolla el Real Decreto 944/1978 sobre ensayos clínicos en humanos, que añadió a las exigencias de composición un bioestadista o persona con amplios conocimientos en bioestadística, uno o varios médicos, según las características del Hospital, con experiencia acreditada en investigación clínica y un especialista en la disciplina correspondiente al tipo concreto de ensayo, cuando procediera.

Un cambio sustancial fue introducido por la Ley 25/1990, de 22 de diciembre, del Medicamento, que dedicó el Título III a los ensayos clínicos con medicamentos, incluyendo exigencias éticas, como el consentimiento informado y la hoja de información con contenido mínimo, la actualización de los criterios de acreditación de los comités, cambiando la denominación a Comités Éticos de Investigación Clínica (CEIC), o el aseguramiento de los sujetos del ensayo. Posteriormente, esta ley fue desarrollada mediante la publicación del Real Decreto 561/1993, de 16 de abril, que determinó en el artículo 39 la exigencia de acreditación de los Comités Éticos de Investigación Clínica por la autoridad sanitaria competente en cada Comunidad Autónoma.

La publicación de la Directiva europea 2001/20/CE estableció el dictamen único en los ensayos clínicos multicéntricos, afirmando que los Estados miembros debían establecer un procedimiento para emitir un único dictamen, independientemente del número de comités éticos, para dicho Estado miembro. Esta exigencia conllevó la revisión de la legislación española, modificando la Ley del Medicamento y publicando el Real Decreto 223/2004, de 6 de febrero, por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos, que introdujo modificaciones sobre la composición, funciones y normas de funcionamiento de los comités.

La publicación de la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica (LIB) estableció un marco regulador específico en España, con objeto de garantizar la realización de una investigación biomédica con pleno respeto a la dignidad e identidad humanas y a los derechos inherentes a las personas que participan en la investigación. Esta Ley atribuye a los CEI las siguientes funciones (art.12 de la LIB):

a) Evaluar la cualificación del investigador principal y la del equipo investigador, así como la factibilidad del proyecto.
b) Ponderar los aspectos metodológicos, éticos y legales del proyecto de investigación.
c) Ponderar el balance de riesgos y beneficios anticipados dimanantes del estudio.
d) Velar por el cumplimiento de procedimientos que permitan asegurar la trazabilidad de las muestras de origen humano.
e) Informar, previa evaluación del proyecto de investigación, toda investigación biomédica que implique intervenciones en seres humanos o la utilización de muestras biológicas de origen humano.
f) Desarrollar códigos de buenas prácticas de acuerdo con los principios establecidos por el Comité de Bioética de España y gestionar los conflictos y expedientes que su incumplimiento genere.
g) Coordinar su actividad con la de comités similares de otras instituciones.
h) Velar por la confidencialidad y ejercer cuantas otras funciones les pudiera asignar la normativa de desarrollo de esta Ley.

La LIB exige que los miembros de los Comités de Ética de la Investigación efectúen declaración de actividades e intereses y se abstengan de tomar parte en las deliberaciones y en las votaciones en que tengan un interés directo o indirecto en el asunto examinado.

El marco regulatorio vigente en la Unión Europa, en relación a la realización de los ensayos clínicos con medicamentos, es el Reglamento (UE) N.º 536/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre los ensayos clínicos de medicamentos de uso humano. Este reglamento, que entró en vigor el 31 de enero de 2022 cuando el portal informático que gestiona la documentación de los ensayos clínicos ha estado operativo, establece que cada Estado miembro implicado debe determinar los organismos que deben participar en la evaluación de la solicitud dirigida a realizar un ensayo clínico y articular la participación de los comités éticos dentro de los plazos de autorización de dicho ensayo clínico. Para dar respuesta a esta exigencia se publicó el Real Decreto 1090/2015, de 4 de diciembre, por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos, los Comités de Ética de la Investigación con medicamentos (CEIm) y el Registro Español de Estudios Clínicos (REec), que actualizó las exigencias de composición, funcionamiento y acreditación de los comités.

El RD 1090/2015 supuso un cambio de gran calado en el trabajo de los comités, cimentando el concepto de dictamen único en la evaluación de los ensayos clínicos con medicamentos, instaurando los Comités de Ética de la Investigación con medicamentos (CEIm) y exigiendo el desarrollo y publicación de un memorando de colaboración que determina el reparto de tareas entre la Agencia Española de Medicamento y Productos sanitarios (AEMPS) y los CEIm. Explicita, a su vez, el papel de los CEIm en la evaluación de los aspectos metodológicos de los ensayos clínicos con medicamentos, la idoneidad de los investigadores e instalaciones, la hoja de información y el consentimiento informado, así como los aspectos relacionados con la protección de datos, el tratamiento de muestras biológicas, la contratación de un seguro y la percepción de tasas por evaluación.

III.2. **Definición**

La legislación vigente define «Comité de Ética de la Investigación (CEI)» como órgano independiente y de composición multidisciplinar cuya finalidad principal es la de velar por la protección de los derechos, seguridad y bienestar de los sujetos que participen en un proyecto de investigación biomédica y ofrecer garantía pública al respecto mediante un dictamen sobre la documentación correspondiente del proyecto de investigación, teniendo en cuenta los puntos de vista de las personas legas, en particular, los pacientes, o las organizaciones de pacientes. A su vez, define «Comité de Ética de la Investigación con medicamentos (CEIm)» como un Comité de Ética de la Investigación que además está acreditado para emitir un dictamen en un estudio clínico con medicamentos y en una investigación clínica con productos sanitarios.

IV. **Sistema de comités de ética de la investigación en Euskadi**

Para dar cumplimiento a las exigencias del artículo 39 del Real Decreto 561/1993, se publicó la orden de 28 de septiembre de 1994, del Consejero de Sanidad, de acreditación de los Comités Éticos de Investigación Clínica en la Comunidad Autónoma del

País Vasco con objeto de regular la acreditación de los Comités Éticos de Investigación Clínica que se constituyeran en el ámbito de la Comunidad Autónoma del País Vasco (3).

A raíz de la exigencia de un dictamen único en la evaluación de ensayos clínicos, establecida en el Real Decreto 223/2004, independientemente del número de comités éticos implicados, se consideró necesario modificar el sistema de comités en Euskadi, de forma que se transitó de un sistema constituido por seis comités adscritos a centros hospitalarios a un sistema estructurado en el mantenimiento de estos comités y en la creación de un CEIC Autonómico.

Se crea así el Comité Ético de Investigación Clínica de Euskadi (CEIC-E) (4) para intervenir en la valoración de todos los ensayos clínicos multicéntricos con medicamentos y productos sanitarios que fueran a ser realizados en centros sanitarios de Euskadi, y de aquéllos remitidos de forma extraordinaria por centros sanitarios u otros comités acreditados en la Comunidad Autónoma, o por la Fundación Vasca de Innovación e Investigación Sanitarias. Además, se le asignó la función de evaluar los estudios posautorización de tipo observacional prospectivos con medicamentos y productos sanitarios que fueran a ser realizados en centros sanitarios de Euskadi.

Carlos Romeo Casabona fue el primer Presidente del Comité Ético de Investigación Clínica de Euskadi, dedicando un esfuerzo encomiable en constituir un comité referente en España en ética de la investigación y en la implementación de un sistema de gestión que derivó, como más adelante se explica, en la obtención de la certificación según la norma ISO 9001:2000.

Carlos Romeo fue presidente hasta el 3 de marzo de 2014 y posteriormente asumió nuevamente la presidencia desde el 16 de noviembre de 2016 hasta el 18 de marzo de 2024, siendo sustituido por Iñigo de Miguel, actual presidente del comité.

En octubre de 2011 se publicaron las resoluciones del Director de Gestión del Conocimiento y Evaluación por las cuales se reacreditaron los comités locales adscritos a centros hospitalarios para el ámbito de actuación de los ensayos clínicos unicéntricos, los estudios posautorización de tipo observacional unicéntricos, y los proyectos de investigación unicéntricos de los centros correspondientes a su zona geográfica.

El CEIC de Euskadi asumió posteriormente las funciones de comité ético externo de los Biobancos acreditados en Euskadi, tal y como se reflejó en la resolución de la Directora de Planificación, Ordenación y Evaluación Sanitaria, por la que se otorgó el 30 de abril de 2013 la renovación de la acreditación del Comité Ético de Investigación Clínica de Euskadi[1]. Se dio así cumplimiento a las exigencias del Real Decreto 1716/2011, de 18 de noviembre, por el que se establecen los requisitos básicos de auto-

[1] Resolución de 30 de abril de 2013, de la Directora de Planificación, Ordenación y Evaluación Sanitaria, por la que se otorga la renovación de la acreditación del Comité Ético de Investigación Clínica de Euskadi. https://www.euskadi.eus/bopv2/datos/2013/05/1302383a.pdf

rización y funcionamiento de los biobancos con fines de investigación biomédica y del tratamiento de las muestras biológicas de origen humano, y se regula el funcionamiento y organización del Registro Nacional de Biobancos para investigación biomédica. Esta norma establece que el biobanco deberá contar con un director científico y estará adscrito a sendos comités externos, uno científico y otro de ética, que asistirán al director del biobanco en sus funciones.

Tras la publicación del Real Decreto 1090/2015, el 21 de junio de 2016, se publicó la resolución del Director de Planificación, Ordenación y Evaluación Sanitaria, por la que se otorgó la renovación de la acreditación como Comité de Ética de la Investigación con medicamentos de Euskadi (CEIm-E)[2].

Finalmente, el 20 de diciembre del 2021 se publicó el Decreto 244/2021, de 14 de diciembre, de creación y regulación del funcionamiento del Comité de Ética de la Investigación con medicamentos de Euskadi, en el que se estableció la adscripción del comité a la Dirección de Investigación e Innovación Sanitarias del Departamento de Salud del Gobierno Vasco, modificando la anterior vinculación a la Dirección de Farmacia[3]. Por último, el 4 de enero de 2024 se publicó la renovación de acreditación vigente en la actualidad[4].

IV.1. **Experiencia del CEIm-E en control ético de la investigación**

IV.1.1. ***Composición***

La composición y el funcionamiento del CEIm-E están determinados por la normativa nacional, explicitada en el artículo 15 del RD 1090/2015 y por los criterios para la acreditación, inspección y renovación de la acreditación de los CEIm[5]. En relación a la composición, deben formar parte:

- Profesionales sanitarios: médicos, farmacéuticos, graduados en enfermería. Al menos tres médicos con labor asistencial.

[2] Resolución de 7 de junio de 2016, del Director de Planificación, Ordenación y Evaluación Sanitaria, por la que se otorga la renovación de la acreditación del Comité de Ética de la Investigación con medicamentos de Euskadi (CEIm-E).

[3] Decreto 244/2021, de 14 de diciembre, de creación y regulación del funcionamiento del Comité de Ética de la Investigación con medicamentos de Euskadi.

[4] Resolución de 14 de diciembre de 2023, del Viceconsejero de Salud, por la que se concede la renovación de la acreditación del Comité de Ética de la Investigación con Medicamentos de Euskadi (CEIm-E).

[5] El artículo 13 del RD 1090/2015 establece que los CEIm serán acreditados por la autoridad sanitaria competente en cada comunidad autónoma, estableciendo que la AEMPS, en coordinación con las comunidades autónomas, a través del Comité Técnico de Inspección, fijará los criterios específicos comunes para la acreditación, inspección y renovación de la acreditación de estos comités.

- Un miembro lego, que represente los intereses de los pacientes, ajeno a la investigación biomédica y a la asistencia clínica y que no deberá trabajar en una institución sanitaria.
- Al menos dos miembros deben ser ajenos a las profesiones sanitarias, uno de los cuales deberá ser licenciado o graduado en derecho.
- Al menos dos miembros independientes de los centros en los que se realice la investigación.
- Al menos uno de sus miembros debe tener formación acreditada en bioética.
- Si en el centro existe una Comisión de Investigación o un Comité de Ética Asistencial, un miembro de cada uno de ellos deberá formar parte del CEIm.

En relación al funcionamiento, debe cumplir:

- La composición del CEIm deberá asegurar la independencia de sus decisiones, así como su competencia y experiencia en relación con los aspectos metodológicos, éticos y legales de la investigación, la farmacología y la práctica clínica asistencial en medicina hospitalaria y extrahospitalaria.
- La pertenencia a un CEIm será incompatible con cualquier clase de intereses derivados de la fabricación y venta de medicamentos y productos sanitarios y sus miembros deberán garantizar la confidencialidad de la información a la que tengan acceso y anualmente deberán hacer pública una declaración de conflicto de interés. Si un miembro del comité es investigador de un estudio clínico, se hará constar en el acta de la reunión que no ha participado en la evaluación, ni en el dictamen de su propio protocolo.
- Los CEIm contarán con una presidencia, una vicepresidencia y una secretaría técnica que tendrán, al mismo tiempo, la consideración de miembros del comité.
- Los CEIm garantizarán un sistema de renovación de sus miembros que permita nuevas incorporaciones de forma regular, a la vez que se mantiene la experiencia del comité.

Además, la composición del CEIm de Euskadi debe cumplir lo establecido en los decretos autonómicos 3/2005 y el 244/2021, que añaden los siguientes requisitos adicionales: un mínimo de doce personas, que serán designadas por el Viceconsejero o Viceconsejera de Salud; al menos tres médicos o médicas especialistas que ejerzan la práctica clínica asistencial; una persona experta en epidemiología clínica y un farmacéutico o farmacéutica del Centro Vasco de Información de Medicamentos.

IV.1.2. ***Procedimiento de evaluación***

El CEIm-E ha ido incorporado la tecnología en su funcionamiento para incrementar la eficiencia de los procedimientos de evaluación, especialmente a raíz de la pandemia por la COVID-19. De esta forma, se sustituyó la documentación en papel por la gestión digital y la tramitación telemática. En esta misma línea, se han cambiado las reunio-

nes presenciales por reuniones telemáticas, lo que ha permitido celebrar las reuniones quincenalmente en lugar de las reuniones mensuales previas.

IV.1.3. *Certificación ISO*

El CEIm-E implantó en 2011 un sistema de gestión de la calidad basado en la norma ISO 9001:2000, que fue adaptado en 2017 a la ISO 9001:2015.

En 2009, como primer paso para la implantación del sistema de gestión de la calidad, el CEIm-E constituyó un comité de calidad como órgano de apoyo para el correcto desarrollo de las siguientes funciones[6]:

a) La formulación de propuestas metodológicas para implantar medidas correctivas y preventivas para la mejora continua del sistema de gestión.
b) El requerimiento a los distintos agentes de la investigación para su adecuación, en caso de desviación, a la metodología previamente aprobada.
c) El seguimiento de los objetivos de calidad establecidos para cada proyecto de investigación.
d) La redacción del informe anual sobre el estado del sistema de gestión.

El comité de calidad está formado por representantes del CEIm-E y de los comités locales acreditados por el Departamento de Salud del Gobierno Vasco.

La norma ISO establece que el sistema de gestión de la calidad de la organización debe incluir la información documentada necesaria para la eficacia del sistema. Para ello, el CEIm-E desarrolla sus funciones según lo establecido en unas instrucciones operativas, aprobadas en las reuniones del comité de calidad y posteriormente ratificadas en reuniones ordinarias, que detallan los procesos internos específicos, tanto de la secretaría como del funcionamiento del comité en general; además, describen que, en las reuniones cuatrimestrales del comité de calidad, deben revisarse las sugerencias, consultas o reclamaciones recibidas y las acciones de mejora adoptadas, si las hubiere.

La política de gestión del comité está publicada en la página web del CEIm-E. https://www.euskadi.eus/informacion/calidad-ceic/web01-a2ikerpr/es/.

IV.1.4. *Función de comité ético externo del Biobanco Vasco*

El CEIm-E realiza la evaluación ética de las solicitudes de cesión de las muestras almacenadas en el biobanco y los datos de salud asociados para la realización de proyectos de investigación.

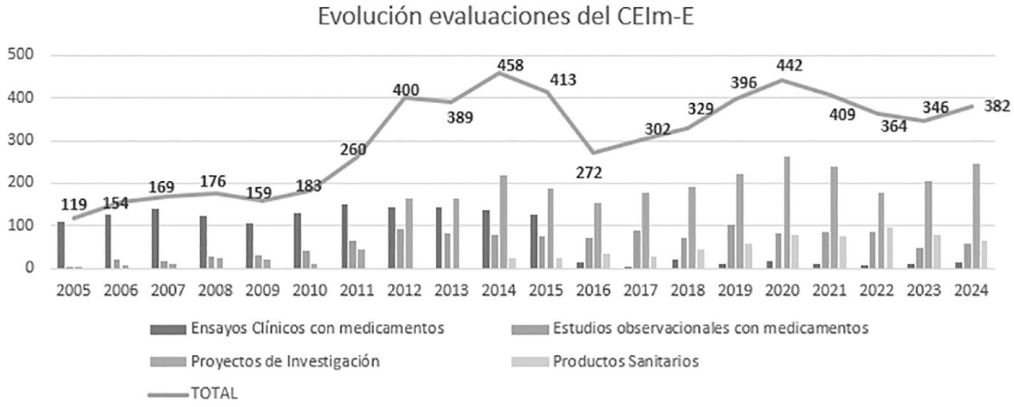
Por otra parte, el CEIm-E ha elaborado los modelos de consentimiento para la donación de muestras biológicas con fines de investigación biomédica, disponibles en la

[6] Definidas en el decreto 244/2021, de 14 de diciembre, de creación y regulación del funcionamiento del Comité de Ética de la Investigación con medicamentos de Euskadi.

página web del comité: https://www.euskadi.eus/informacion/actuacion-como-comite-etico-externo-de-los-biobancos-autorizados-en-euskadi/web01-a2ikerpr/es/.

IV.1.5. *Actividad de evaluación*

Desde su constitución, la actividad de evaluación del CEIm-E se ha incrementado progresivamente, especialmente en relación con los proyectos de investigación realizados según la Ley 14/2007 de investigación biomédica, tal y como se describe en la gráfica 1. Es importante resaltar que, tras la exigencia del dictamen único definida en el Reglamento Europeo, se ha objetivado una reducción en la evaluación del número de ensayos clínicos con medicamentos.



Gráfica 1

IV.1.6. *Función de seguimiento*

Los CEI deben garantizar la correcta realización de los estudios aprobados, a través del seguimiento exhaustivo de los estudios realizados en su ámbito de actuación. Esta función es clave para verificar si los estudios se han publicado, compartiendo así los resultados con la comunidad científica, evitando así investigaciones repetitivas e ineficientes. Por ello, los promotores e investigadores deben remitir a los CEI los informes que describan la marcha de los estudios, así como la publicación de sus resultados, tanto positivos como negativos.

Para llevar a cabo esta actividad, en 2009 se constituyó la comisión de seguimiento del CEIm-E para desarrollar las siguientes funciones[7]:

[7] Definidas en el decreto 244/2021, de 14 de diciembre, de creación y regulación del funcionamiento del Comité de Ética de la Investigación con medicamentos de Euskadi.

a. La formalización de propuestas metodológicas de seguimiento de los ensayos clínicos y estudios posautorización de tipo observacional prospectivos.
b. La realización del seguimiento de los ensayos y estudios conforme a los procedimientos aprobados por el CEIm-E.
c. El requerimiento a los investigadores para su adecuación, en caso de desviación, a la metodología previamente aprobada.
d. La elaboración de informes periódicos sobre el estado de seguimiento de los ensayos y estudios.
e. Aquellas otras funciones que le encomiende el CEIm-E en relación al seguimiento de estudios y ensayos.

En cumplimiento de las funciones legalmente asignadas y los procedimientos normalizados de trabajo, el CEIm-E realiza revisiones periódicas de los informes de seguimiento recibidos y de la publicación de los resultados de los estudios, con el fin de comprobar que han sido realizados en las condiciones en las que fueron aprobados, cumpliendo lo establecido en el protocolo de investigación.

Durante los primeros 10 años de funcionamiento del CEIm-E se realizaron visitas in situ a los centros investigadores para verificar las condiciones de realización de uno o dos estudios al año. Estos estudios se seleccionaban en las reuniones de la comisión de seguimiento, priorizando aquellas investigaciones que pudieran representar más riesgos para los sujetos de la investigación, o las investigaciones realizadas en población vulnerable (niños, sujetos con discapacidad, etc.). Esta actividad no pudo continuarse por falta de recursos.

IV.1.7. *Otras funciones*

Los CEI deben garantizar el acceso a la información, exigiendo que los estudios realizados con datos de salud estén disponibles de forma fácil en la web corporativa.

Además, los CEI desempeñan una tarea fundamental en la formación a investigadores en aspectos éticos y legales de la investigación de cara a garantizar la calidad científica y generar una cultura de integración de los principios éticos en la realización de la investigación biomédica. En este sentido, hay que destacar el impulso de Carlos Romeo a la formación en ética de la investigación en los diferentes eventos organizados por la Cátedra de Derecho y Genoma Humano.

V. Conclusión

El control ético de la investigación biomédica es ejercido por los Comités de Ética de la Investigación, responsables de velar por las personas que participan en los proyectos de investigación, que deben tener voz y voto en todo el proceso, tanto en la puesta en marcha de la investigación como en su evaluación, así como en el acceso a los resultados de las investigaciones en las que participan. Para ello, deben verificar el cumplimiento de los principios metodológicos, éticos y legales aplicables a la investigación.

Los CEI deben incorporar los avances tecnológicos en la implementación de los procesos para dar respuesta ágil a las necesidades de promotores e investigadores, manteniendo el rigor en todo el procedimiento de evaluación de los proyectos de investigación biomédica.

Es importante resaltar el papel proactivo que los CEI deben desempeñar en la difusión de los principios éticos aplicables a la investigación en salud, de cara a fomentar la integración de la ética en la actividad investigadora y a generar una cultura de respeto por la intimidad y la confidencialidad de los datos personales.

Como consideración final es importante insistir en que ninguna investigación debe prevalecer sobre los derechos humanos, especialmente los que se refieren a la dignidad y libertad de las personas o, en su caso, de los colectivos implicados, siendo esta función predominante en las ejercidas por los CEI.

En este contexto, queremos destacar el papel prominente de Carlos Romeo y la impronta que ha dejado en la evaluación ética de la investigación en Euskadi. Su esfuerzo y compromiso ha impulsado la mejora en los procesos de evaluación, garantizando siempre el rigor en la evaluación ética de la investigación.

Conflicto de interés: Los autores declaran no tener conflicto de interés.

VI. Bibliografía

Declaración de Helsinki de la AMM – Principios éticos para las investigaciones médicas con participantes humanos. Asociación Médica Mundial (AMM), última revisión Helsinki 2024 [consultado 19 febrero 2025]. Disponible en: https://www.wma.net/es/policies-post/declaracion-de-helsinki-de-la-amm-principios-eticos-para-las-investigaciones-medicas-en-seres-humanos/

Decreto 3/2005, de 11 de enero, por el que se crea el Comité Ético de Investigación Clínica de la Comunidad Autónoma del País Vasco. Publicado en el BOPV el jueves 3 de febrero de 2005. https://www.euskadi.eus/bopv2/datos/2005/02/0500476a.pdf

Orden de 28 de septiembre de 1994, del Consejero de Sanidad, de acreditación de los Comités Éticos de Investigación Clínica en la Comunidad Autónoma del País Vasco. https://www.euskadi.eus/bopv2/datos/1994/10/9403873a.pdf

National Bioethics Advisory Commission (NBAC). Research involving human biological materials: ethical issues and policy guidance. August 1999. https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC1448363/

2

REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA EN ESPAÑA Y RETOS REGULATORIOS: NUEVOS MODELOS FAMILIARES Y LA CUESTIÓN DE LA DESCONGELACIÓN DE LOS EMBRIONES

Fernando Abellán-García Sánchez
Doctor en Medicina Legal y Forense por la Universidad Complutense de Madrid
Asesor jurídico de la Sociedad Española de Fertilidad

SUMARIO: I. Introducción. II. Reproducción asistida y nuevos modelos familiares. II.1. Pareja de mujeres y método ROPA. II.2. Personas trans. II.3. Gestación subrogada. II.4. Coparentalidad o copaternidad. II.5. Poliparentalidad y poligamia. III. Descongelación-destrucción de gametos y embriones. IV. Conclusiones. V. Bibliografía.

I. Introducción

Al tiempo de escribir este trabajo la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (LTRHA)[1] supera los 18 años de vigencia, sin que se haya abordado una reforma integral que la haya adaptado a la realidad social del momento presente. A pesar de que su articulado ha demostrado una gran flexibilidad para el desarrollo de estos tratamientos en España, contribuyendo de forma notable a la posición de liderazgo a nivel europeo de los centros ubicados en nuestro país, las nuevas demandas de los pacientes y la evolución de la propia tecnología médica aconsejan una revisión en profundidad.

La experiencia de muchos años como asesor jurídico de la Sociedad Española de Fertilidad (SEF) y de la Asociación para el Estudio de la Biología de la Reproducción (ASEBIR), que aglutinan a los profesionales de la reproducción que trabajan en España (médicos, embriólogos, psicólogos, enfermeras, etc.), permite identificar áreas en las que sería conveniente un replanteamiento regulatorio y aspectos que aconsejarían la fijación de reglas.

La libertad sexual y reproductiva, tanto individual como de pareja, ha adquirido una relevancia muy notable como baluarte desde el que decidir la manera de vivir esa faceta

[1] Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. *BOE*, núm. 126, 27 de mayo de 2006 (LTRHA).

de la existencia y de desarrollar el proyecto familiar de acuerdo con las preferencias de cada uno. Un exponente de ello es la proclamación contenida en la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo (LOSSR-IVE), donde se afirma entre sus principios rectores «que todas las personas, en el ejercicio de sus derechos de libertad, intimidad, la salud y la autonomía personal, pueden adoptar libremente decisiones que afectan a su vida sexual y reproductiva sin más límites que los derivados del respeto a los derechos de las demás personas y al orden público garantizado por la Constitución y por las leyes»[2]. Que los límites sean «los derechos de las demás personas» y el «orden público» habla por sí solo de la amplitud que debe reconocerse al ejercicio de esta libertad y de las posibilidades que ofrece para amparar, por ejemplo, modelos familiares no tradicionales, como los que se derivan de las relaciones entre personas homosexuales, de la participación de personas trans, etc.

Por otro lado, los avances de la medicina genética en los últimos tiempos son extraordinarios y están afectando también de manera muy significativa a las técnicas de fertilidad. El cruce de caminos entre la medicina reproductiva y la medicina genética presenta retos éticos y legales de gran calado. Al diagnóstico genético preimplantatorio de los embriones, que prevé la citada LTRHA[3] para detectar enfermedades graves como suelen ser las monogénicas (PGT-M), y alteraciones cromosómicas, ya sean del número de cromosomas (PGT-A) o de su estructura (PGT-SR), se suman otras posibilidades no contempladas en la LTRHA, como la utilización creciente de los tests genéticos de portadores de mutaciones genéticas (CGT), que conllevan análisis genéticos (cribado) en los pacientes y donantes de gametos para evitar la transmisión de enfermedades autosómicas recesivas (que se manifiestan cuando se hereda el mismo gen mutado de los dos progenitores). Asimismo, la utilización cada vez más frecuente del matching o emparejamiento genético (TGC), que valora la compatibilidad del gameto masculino y femenino, carece igualmente de reflejo en la LTRHA, a pesar de su relevancia para reducir el riesgo para la descendencia de heredar las patologías más prevalentes.

El horizonte inmediato de este recorrido conduce al surgimiento reciente de los controvertidos tests genéticos preimplantacionales para enfermedades poligénicas (PGT-P) y multifactoriales, dirigidos a calcular el riesgo poligénico, lo que más allá de su cuestionamiento desde el punto de vista médico abre nuevos desafíos en el campo bioético y legal por su componente acusadamente eugenésico, al proyectarse sobre enfermedades no tan graves o enfermedades complejas (diabetes, hipertensión, proble-

[2] Art. 3.1, a), 1.º, de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. *BOE*, núm. 55, 4 de marzo de 2010 (LOSSR-IVE). Esta norma fue modificada por la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero. *BOE*, núm. 51, de 1 de marzo de 2023.

[3] Art. 12 de la mencionada LTRHA.

mas cardiovasculares) o simplemente sobre características físicas no deseadas (p. ej.: baja estatura o inteligencia).

A lo dicho, habría que sumar las posibilidades extraordinarias que ofrece la Inteligencia Artificial (IA) en lo referente, por ejemplo, a la selección de los donantes de gametos más adecuados para la pareja receptora, mediante el análisis biométrico facial comparativo; y, también, para la selección de los embriones más aptos a transferir por parte de los embriólogos, dentro de los procedimientos de fecundación in vitro (FIV).

Finalmente, habría que referirse a la incidencia en esta materia que ha de suponer el Reglamento europeo de SoHO (acrónimo de órganos y sustancias de origen humano), sobre normas de calidad y seguridad, de 13 de junio de 2024, que refuerza la protección de los donantes y receptores de gametos y embriones. A destacar de esta norma el hecho de que reafirma el principio de la bioética europea consistente en que el cuerpo humano y sus partes como tales no deben generar beneficios económicos, y que por ello las compensaciones que se prevean para los donantes no pueden constituir un incentivo o aliciente para la donación; y, también, su aceptación del anonimato de los donantes frente a la pareja o mujer receptora y frente a los descendientes, como regla de partida, que podrá excepcionarse únicamente cuando la revelación de información esté permitida en la legislación nacional del Estado miembro de que se trate[4], lo que supone un espaldarazo a la regla del anonimato de la LTRHA para los donantes de gametos y embriones[5], que fue muy criticada por el Comité de Bioética de España[6].

Por razones de extensión no es posible abordar a fondo la problemática que subyace a a cada uno de los asuntos que se han esbozado en estas líneas introductorias, y que debieran constituir motivo urgente de dedicación por parte del legislador para garantizar la seguridad y eficacia las nuevas herramientas, los derechos de los pacientes y evitar la desigualdad social por razones económicas, toda vez que la reproducción humana asistida en España se desarrolla mayoritariamente en el ámbito de la medicina privada. En esta contribución se ha considerado de interés tratar de dos aspectos importantes que preocupan a pacientes y profesionales de los tratamientos de fertilidad como son la falta de respaldo legal de algunos de los nuevos modelos familiares que se derivan

[4] Reglamento (UE) 2024/1938, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, sobre las normas de calidad y seguridad de las sustancias de origen humano destinadas a su aplicación en el ser humano y por el que se derogan las Directivas 2002/98/CE y 2004/23/CE (Reglamento SoHO), *DOUE*, 17 de julio de 2024. En su art. 87.1, se prevé que sea aplicable con carácter general a partir del 7 de agosto de 2027, aunque algunas cuestiones puntuales se adelanten a esa fecha. Sobre la gratuidad del cuerpo y sus partes ver considerandos 41, 58, 59, 60, 64 y arts. 52.3, 53.1, d) y 54. Sobre la regla del anonimato ver considerando 56 y arts. 53.1, k y 55.3, i).

[5] Art. 5 LTRHA.

[6] Comité de Bioética de España, *Informe del Comité de Bioética de España sobre el derecho de los hijos nacidos de las técnicas de reproducción humana asistida a conocer sus orígenes biológicos*, 2020.

de los tratamientos de fertilidad y la cuestión de la descongelación-destrucción de los embriones sobrantes de los ciclos de Fecundación in Vitro (FIV).

II. Reproducción asistida y nuevos modelos familiares

Las técnicas de reproducción humana asistida son en la práctica un motor para la creación de nuevos modelos familiares, por cuanto habilitan proyectos parentales que no serían posibles sin el recurso a estos tratamientos. En este sentido, su importancia va más allá de su fines primarios y fundamentales como serían los de combatir la infertilidad y esterilidad humana, y los de evitar la transmisión de enfermedades hereditarias, pues constituyen también un cauce para conseguir la conformación de modelos familiares no tradicionales, especialmente en el caso de las personas englobadas en el colectivo LGTBI. Por este motivo, el alcance de estas terapias no se agota en el cuidado de la salud reproductiva, sino que tienen un cierto efecto transformante de la sociedad, por cuanto contribuyen a hacerla más diversa y plural aumentando las opciones de proyectos familiares. A continuación, se comentan algunos de estos modelos y las controversias que presentan.

II.1. **Pareja de mujeres y método ROPA**

El ROPA, acrónimo de «recepción de ovocitos de pareja», consiste en una modalidad de tratamiento de FIV que se viene realizando en España al menos desde el año 2010[7] a parejas de mujeres, y que permite que ambas participen en el proceso biológico de la reproducción. De esta forma, una aporta los ovocitos (madre genética), que serán inseminados en el laboratorio con el semen de un donante anónimo, y la otra recibe el embrión o embriones resultantes en su útero y se ocupa de la gestación (madre gestacional). Esta técnica no figura recogida en la LTRHA, ni tampoco existe pronunciamiento oficial al respecto de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida (CNRHA), aunque, debido a la demanda asistencial continuada en el tiempo, sí fue objeto de análisis y recomendaciones por el Grupo de Ética y Buena Práctica Clínica de la Sociedad Española de Fertilidad (SEF), en su documento de posicionamiento de 2020[8].

Conviene recordar que ya en la primera ley de reproducción española de 1988, y de manera muy avanzada para la época, se previó que estas técnicas sirvieran también para atender los deseos reproductivos de mujeres sin pareja, aunque no tuvieran un problema

[7] Marina, S., Marina, D., Marina, F., Fosas, N., Galiana, N. & Jové, I. «Sharing motherhood: biological lesbian co-mothers. New IVF indication». *Hum Reprod*. 2010; 25 (4): 938-941.

[8] Sociedad Española de Fertilidad, *Documento de posicionamiento de la Sociedad Española de Fertilidad sobre la recepción de ovocitos de pareja – Método ROPA*. Grupo de Ética y Buena Práctica de la SEF, junio 2020.

de infertilidad[9]. Por esta vía se incluyó indirectamente junto a la indicación médica una indicación de tipo social, es decir, se admitió que estos tratamientos servirían para conformar familias monoparentales, pensando sobre todo en mujeres lesbianas que quisieran tener sus hijos sin mantener una relación sexual con un varón. Esta previsión se trasladó luego a la actual LTRHA de 2006[10] y, posteriormente, en 2007, se modificó la LTRHA para incluir como usuarias a las mujeres casadas entre sí, aclarando que la cónyuge no gestante podía ser reconocida también como madre del niño si, una vez nacido, ratificaba su voluntad en tal sentido ante el Encargado del Registro Civil[11]. Sorprendentemente, el legislador omitió de esta posibilidad a las parejas o uniones de hecho de mujeres, lo que resultó un elemento de discriminación, pues obligaba a la mujer no gestante a recurrir a la adopción para ser reconocida como madre del hijo alumbrado por su compañera, es decir, para conseguir la doble filiación materna del menor.

La falta de reconocimiento como usuarias en la LTRHA de las parejas de mujeres no casadas y la ausencia de regulación del ROPA, aconsejó durante un tiempo, como medida prudente, que los supuestos de ROPA que, en su caso, se llevaran a cabo por las clínicas de fertilidad fueran solo de mujeres casadas entre sí, pues una de las infracciones más comprometidas de las incluidas en la LTRHA es la aplicable a las donaciones de gametos vulnerando la regla del anonimato, ya que, aparte de la correspondiente multa, puede suponer la retirada de la autorización del centro[12]. No obstante, en el año 2020 desde la SEF se pensó que había llegado el momento de dar un paso adelante para validar el ROPA, incluyendo también los casos clínicos de mujeres no casadas entre sí, y ello sobre la base de los siguientes argumentos: 1) la circunstancia de que el ROPA desde el punto de vista clínico y metodológico es una FIV y no una técnica médica nueva que requiera autorización específica por la Administración; 2) la prohibición de discriminación por razón de la orientación sexual (si el varón de una pareja heterosexual puede ceder sus gametos a su mujer, por qué no puede hacerlo una mujer a su compañera) y del estado civil que se contiene en la propia LTRHA[13] y que se deriva también del art. 14 de la Constitución Española; 3) y, por último, la relevancia ya comentada de la libertad reproductiva de acuerdo con la citada LOSSR-IVE, que tiene su eco en las

[9] Art. 6.1 Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida. BOE núm. 282, 24 de noviembre de 1988.

[10] Art. 6.1 LTRHA.

[11] Esta modificación de la LTRHA, concretamente de su art. 7 (nuevo apartado 3), se produjo por la disposición adicional 1, de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativo al sexo de las personas (BOE núm. 65, 16 marzo 2007). Posteriormente, se ajustó el texto a su versión vigente, a través de la disposición final 5.1 de la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil (BOE núm. 167, 14 de julio 2015).

[12] Art. 26.2, b), 5.ª LTRHA, en relación con el art. 27 del mismo texto legal.

[13] Art. 6.1 (párrafo 2) LTRHA.

normas de derechos del colectivo LGTBI. A raíz de estas consideraciones, se concluyó por el Grupo de Ética y Buena Práctica de la SEF que el ROPA contribuye a que las parejas de mujeres puedan desarrollar su proyecto reproductivo con la participación biológica de ambas integrantes y a configurar un modelo de familia con arreglo a su libertad de criterio y deseos personales, lo que en una sociedad plural debe ser aceptado desde el punto de vista ético y moral al no afectar negativamente a terceras personas. Asimismo, se destacó que en el terreno médico, los resultados aportados demuestran que técnicamente el ROPA es una opción clínica aceptable, exitosa, segura y con una demanda asistencial creciente y mantenida en el tiempo[14].

El reconocimiento de la filiación de la no gestante con el hijo nacido de su compañera, dentro de las parejas o uniones de hecho de mujeres, quedó definitivamente solucionado, no con una reforma de la LTRHA como hubiera sido deseable, sino a través de las disposiciones finales de la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI (Ley Trans), bastando para ello la manifestación de conformidad con la filiación ante el Encargado del Registro Civil[15]. Es decir, con esta norma, que no menciona el ROPA, quedó definitivamente equiparada a efectos de la filiación la situación de las parejas de mujeres casadas entre sí y la de las parejas de hecho de mujeres.

Sin perjuicio de lo anterior, debe significarse la singularidad de Cataluña cuando se trata de pacientes que tienen vecindad civil catalana, pues, con arreglo a su Código Civil, la firma del consentimiento de las técnicas por ambos progenitores (tanto en parejas heterosexuales como en parejas homosexuales femeninas) determina por sí misma la filiación conjunta, sin necesidad de la manifestación ante el Encargado del Registro Civil del miembro no gestante[16]. En el resto del Estado Español, sometido al régimen común, la firma del consentimiento informado es determinante por sí misma de la filiación del miembro no gestante en el caso de las parejas heterosexuales, es decir, para el varón cuando la realiza antes de la técnica reproductiva (a partir de ese momento no puede renunciar a la filiación de los hijos que nacieran del tratamiento, ni siquiera en el supuesto de que se hubiera utilizado semen de banco de donante)[17], pero no en el de las parejas de mujeres (casadas o no) ya que, como se ha dicho, la firma conjunta del consentimiento informado, aún siendo un acto relevante, debe ser complementada

[14] *Documento de posicionamiento de la Sociedad Española de Fertilidad sobre la recepción de ovocitos de pareja – Método ROPA*, *op. cit.*

[15] Disp. Ad. 1.ª (cinco) y 11.ª (uno), de la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, BOE núm. 51, 28 de febrero 2023 (estas disposiciones modificaron el Código Civil y la Ley del Registro Civil).

[16] Art. 235-13.1, del Código Civil catalán.

[17] Art. 8 LTRHA. El motivo es, lógicamente, la indisponibilidad del estado civil. La única excepción sería en el caso de FIV, si los progenitores se pusieran de acuerdo en donar los embriones a otras parejas (art. 5 LTRHA).

con la diligencia de manifestación de conformidad ante el Encargado del Registro Civil realizada por la no gestante cuando nazca el niño.

Al margen del ROPA, otros aspectos que suscitan dudas respecto de las parejas de mujeres es la posibilidad de embarazarse ambas con gametos del mismo donante (para que sus hijos respectivos tengan parentesco biológico) y de hacerlo simultáneamente. En relación a la primera cuestión, la LTRHA especifica que la selección del donante es un asunto que corresponde al equipo médico que aplica la técnica (y no una prerrogativa o derecho de las pacientes), que además debe preservar las condiciones de anonimato de la donación y procurar la mayor similitud fenotípica e inmunológica con la receptora[18]. Por este motivo, la eventual pretensión de las interesadas de compartir el mismo donante, para que pueda materializarse como cuestión de hecho, tendrá que asumirla como propia el citado equipo sobre la base de criterios clínicos. En cuanto al anonimato, la circunstancia de que ambas sepan que en su tratamiento se utilizaron gametos del mismo donante no compromete la identidad de este último, pues para las dos seguirá siendo un desconocido. Respecto a la posibilidad de embarazarse simultáneamente, una vez más hay que traer a colación la fuerza de la libertad reproductiva que se contiene en la citada LOSSR-IVE en su vertiente individual, en la que además se detallan como contenidos de esa libertad «su libre decisión sobre la maternidad, su espaciamiento y oportunidad»[19], por lo que tampoco debería apreciarse obstáculo legal.

II.2. **Personas trans**

La Ley Trans estatal[20], junto con el conjunto de normas sobre el colectivo LGTBI dictadas en las diversas comunidades autónomas españolas, han supuesto un espaldarazo a los derechos reproductivos de las personas trans, a pesar de que la primera presenta algunos problemas técnicos motivados probablemente por la precipitación en su redacción.

Esta norma, que resalta la prohibición de discriminación en el acceso a las prestaciones médicas, respecto a los tratamientos de fertilidad detalla que, «sin perjuicio del proceso de actualización de la cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud, cuando las prestaciones de la misma sean las técnicas de reproducción humana asistida, se garantizará el acceso a estas técnicas a mujeres lesbianas, mujeres bisexuales y mujeres sin pareja en condiciones de igualdad con el resto de mujeres, y asimismo a las personas trans con capacidad de gestar, sin discriminación por motivos de identidad sexual»[21]. La precisión de que se trate de personas trans «con capacidad de gestar» deja

[18] Art. 6.5 LTRHA.
[19] Art. 2.7 LOSSR-IVE.
[20] Ley orgánica 4/2023, ya mencionada.
[21] Art. 16.2 Ley Trans.

fuera de la cobertura pública, de manera poco comprensible y aparentemente discriminatoria, a las mujeres trans, que lógicamente no pueden gestar pero que sí pueden desarrollar un proyecto reproductivo de pareja con otra mujer (aportando sus gametos masculinos).

Por el contrario, la mujer trans sí estaría incluida en las disposiciones finales de la Ley Trans que modifican la legislación civil en materia de filiación, pues en ellas se reconoce el derecho a la filiación tanto de la «persona trans gestante» como la del «progenitor no gestante» (también cuando éste sea persona trans), en iguales condiciones que al resto de personas[22].

Otra de las previsiones a destacar de la Ley Trans es la que prevé que, «antes del inicio de cualquier tratamiento que pudiera comprometer su capacidad reproductora, se garantizará que las personas intersexuales cuenten con la posibilidad real y efectiva de acceder a las técnicas de congelación de tejido gonadal y de células reproductivas para su futura recuperación en las mismas condiciones que el resto de personas usuarias»[23]. La omisión en este precepto de las personas trans junto a las personas intersexuales no se puede entender salvo como un error técnico del legislador por la precipitación con la que se tramitó la Ley Trans. Sin duda, la preservación de la fertilidad debe alcanzar también a las personas trans, pensando sobre todo en los casos en que se van a someter a un proceso de transición de género en el que puedan perder su capacidad genésica. Lo contrario sería admitir que en la propia Ley Trans, cuya bandera es la lucha por la igualdad y contra la discriminación, se discrimina a las personas trans respecto de las personas intersexuales, lo que carecería de sentido. Además, la prueba de lo que se afirma es que las personas trans sí tienen reconocido expresamente el derecho a la preservación en varias de las leyes LGTBI autonómicas más recientes, como la Ley 2/2016, de 29 de marzo, de identidad y expresión de género e igualdad social y no discriminación, de la Comunidad de Madrid[24]; la Ley 5/2022, de 6 de mayo, de diversidad sexual y derechos LGTBI en Castilla-La Mancha, que cita expresamente a las personas transexuales e

[22] Disp. Final 1.ª y 11.ª Ley Trans.

[23] Art. 19.3 (párrafo 2.º) Ley Trans.

[24] Art. 16.3 Ley 2/2016, de 29 de marzo, de identidad y expresión de género e igualdad social y no discriminación, de la Comunidad de Madrid, BOCM, núm. 98, 26 abril 2016. Esta norma fue modificada por la Ley 17/2023, de 27 de diciembre, BOE núm. 130, 29 mayo 2024, habiendo sido recurrida parcialmente ante el Tribunal Constitucional por el Defensor del Pueblo, concretamente respecto del inciso del art. 14.2, letra b), que prevé, respecto de los menores, que «para iniciar el tratamiento farmacológico será requisito necesario que previamente reciban apoyo de los profesionales de salud mental infanto-juvenil, mantenido durante todo el proceso y en el caso de que existiera comorbilidad será imprescindible un informe favorable del profesional que esté tratando al menor en dichas patologías», BOE núm. 116, 13 mayo 2024.

intersexuales como beneficiarios de la congelación preventiva[25]; o la Ley 4/2024, de 15 de febrero, de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas trans, del País Vasco, donde se enfatiza que el ofrecimiento de la preservación del tejido gonadal y de células reproductoras se llevará a cabo siempre que sea clínicamente viable, independientemente de si la persona trans ha iniciado previamente o no cualquier tratamiento hormonal[26].

Finalmente, cuando se habilitan técnicas de preservación de la fertilidad tiene que ser, por lógica, para permitir su uso posterior en el proyecto reproductivo personal o de pareja, en este caso por la persona trans, tanto si trata de una mujer trans —uso de semen con pareja mujer—, como de un hombre trans —uso de ovocitos para su propia reproducción a título personal o para cederlos a su pareja mujer (mediante un ROPA)—, y ello sin necesidad de someter la realización de los tratamientos en estos casos al visto bueno previo de un comité de ética, ni autorización administrativa, ni de exigir un informe psicológico previo.

II.3. **Gestación subrogada**

La LTRHA no admite la gestación subrogada al considerar nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga una gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor de terceras personas[27]. Al margen del debate doctrinal sobre si la citada previsión normativa constituye o no en sentido estricto una prohibición, en el orden práctico lo cierto es que los profesionales y centros de fertilidad (tanto públicos como privados) no pueden incluir esa técnica en su cartera de servicios para ofrecérsela a los pacientes[28]. Al mismo tiempo, sucede que el ordenamiento jurídico impide desde mayo de 2025 la inscripción en el Registro Civil de los hijos nacidos mediante este procedimiento en el extranjero, aunque esté admitido en el país donde se haya llevado a cabo y haya existido supervisión judicial con sentencia firme estimatoria[29].

[25] Art. 33.3 Ley 5/2002, de 6 de mayo, de diversidad sexual y derechos LGTBI en Castilla-La Mancha, DOCM núm. 91, 12 mayo 2022.

[26] Art. 20, Ley 4/2024, de 15 de febrero, de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas trans. BOPV núm. 44, 29 febrero 2024.

[27] Art. 10.1 LTRHA.

[28] Podrían incurrir, por ejemplo, en la infracción muy grave de practicar una técnica de reproducción asistida no incluida en el anexo de la ley. Art. 26.2,c, 2.ª LTRHA.

[29] Instrucción de 28 de abril de 2025, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacimientos mediante gestación por sustitución, que deja sin efecto las Instrucciones de 5 de octubre de 2010 (BOE núm. 243, 7 octubre 2010) y de 18 de febrero de 2019 (BOE núm. 45, 21 febrero 2019), Dirección General de los Registros y del Notariado.

No obstante, la situación que se produce en España respecto de los ciudadanos que recurrieron a esta técnica en el extranjero y consiguieron inscribir a sus hijos es la de reconocimiento de beneficios sociales, como se deriva de lo establecido por la Sentencia del Tribunal Constitucional, de 27 de febrero de 2024[30]; por las Sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 6 de febrero de 2014[31] y de 31 de marzo de 2022 (en un caso claro de explotación de la gestante)[32]; por las Sentencias de la Sala de lo Social del mismo tribunal, de 25 de octubre y 16 de noviembre de 2016, de 14 de diciembre de 2017 y de 22 de marzo de 2018[33], entre otras, reconociendo el permiso de maternidad a madres que obtuvieron sus hijos por gestación subrogada; y, finalmente, por las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de junio de 2014 (casos Mennesson c. Francia[34] y Labassee c. Francia[35]). Como es sabido, este último vino a establecer que, sin perjuicio de respetar las legislaciones nacionales prohibitivas de la gestación subrogada, la situación de los niños nacidos de esos procedimientos debe solucionarse, en el sentido de que tienen que ser necesariamente inscritos en el Registro Civil del país de sus padres de intención para poder adquirir la nacionalidad y, a partir de ahí, disfrutar plenamente de sus derechos como ciudadanos. En definitiva, se trataría de no hacer víctimas a los niños de las decisiones de sus padres en aras de que prevalezca siempre el interés superior del menor.

En un plano no exclusivamente jurídico, y con el ánimo de favorecer un debate sereno y reflexivo sobre la gestación subrogada, la Sociedad Española de Fertilidad (SEF), a través de su Grupo de Ética y Buena Práctica Clínica, elaboró en abril de 2016 un documento de *Propuesta de bases generales para la regulación en España de la Gestación por Sustitución*, en donde hizo hincapié en que se trata de una técnica de reproducción humana asistida y que, por esa razón, existe un enfoque puramente médico de este procedimiento aplicable a determinados casos en que la paciente no puede gestar (por ejemplo, ausencia de útero, contraindicación absoluta de embarazo, etc.), al tiempo que resulta también idóneo para las parejas con esterilidad de tipo estructural (por ejemplo, parejas de hombres con deseo reproductivo). Este documento de la SEF considera la gestación subrogada como un proceso excepcional, al que solo se podría acudir tras haber agotado sin éxito las técnicas reproductivas convencionales. Asimismo, rechaza la modalidad comercial (incluida la participación de agencias con ánimo de

[30] Sentencia núm. 28/2024, de 27 de febrero de 2024 del Tribunal Constitucional (Pleno). Recurso de amparo 5067-2019, BOE núm. 82, 3 abril de 2024.

[31] Sentencia núm. 835/2013, de 6 de febrero de 2014, del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil).

[32] Sentencia núm. 277/2022, de 31de marzo de 2022, del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil).

[33] Por todas, Sentencia núm. 881/2016, de 25 de octubre, del Tribunal Supremo (Sala de lo Social).

[34] Sentencia de fecha 26 de junio de 2014, Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

[35] Sentencia de fecha 26 de junio de 2014, Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

lucro) y propone una serie de garantías pensando fundamentalmente en la protección de la gestante, entre ellas la supervisión judicial[36].

En este estado de cosas, la reforma de la LOSSR-IVE operada por la Ley orgánica 1/2023, de 28 de febrero, vino a calificar a la gestación subrogada como una forma de violencia contra la mujer[37]. Más allá de las consecuencias jurídicas prácticas de esta decisión normativa, de lo que no cabe duda es que no favorece un debate con sosiego sobre esta práctica e impide contemplar matizadamente escenarios diferentes, pues no es lo mismo la gestación subrogada en un país con garantías para las gestantes, como Reino Unido, Grecia, Canadá o Estados Unidos, que la que pueda convenirse en países donde esas garantías no existen y se produce una evidente explotación de la mujer. Tampoco debiera quizás merecer la misma consideración jurídica la gestación subrogada pretendida por una pareja joven que no puede tener hijos por imposibilidad de la mujer de quedarse embarazada (pero aportan sus gametos) o la de una pareja de hombres gays que desean tener un hijo común biológicamente emparentado con uno de ellos, que la de una mujer de avanzada edad que para tener un hijo-nieto utiliza los ovocitos de la propia gestante o de una donante y el semen de un familiar.

En todo caso, conviene recordar que la citada LOSSR-IVE potencia de forma muy importante las posibilidades para la mujer de decidir sobre su cuerpo y sexualidad, hasta el punto de hacer suya en el Preámbulo la *Resolución del Parlamento Europeo, de 24 de junio de 2021, sobre la situación de la salud y los derechos sexuales y reproductivos*[38], donde se afirma que «todas las personas tienen derecho a tomar decisiones que rijan sus cuerpos sin discriminación, coacción ni violencia y a acceder a servicios de salud reproductiva y sexual que respalden dicho derecho y ofrezcan un enfoque positivo de la sexualidad y la reproducción». A pesar de lo anterior, la LOSSR-IVE reconoce la virtualidad de dicha declaración para que una mujer pueda, por ejemplo, interrumpir libremente el embarazo (o para hacerse cirugía de cambio de sexo de acuerdo con la Ley Trans), pero la criminaliza en el supuesto de que decida, también libremente, embarazarse por cuenta ajena a cambio de una compensación económica.

A la postre, y dejando al margen las legítimas opiniones personales contrarias a la gestación subrogada desde el punto de vista ideológico, moral o religioso, si se admite que aquélla es siempre una forma de violencia contra la mujer se corre el peligro de estigmatizar socialmente a muchas familias (menores incluidos) que decidieron de buena fe, con alto coste económico y emocional, acogerse a este procedimiento en el

[36] Sociedad Española de Fertilidad, *Propuesta de bases generales para la regulación en España de la Gestación por Sustitución*. Grupo de Ética y Buena Práctica Clínica, SEF, 2016.

[37] Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero. *BOE*, núm. 51, de 1 de marzo de 2023. Ver preámbulo y arts. 31, 32 y 33.

[38] *Resolución del Parlamento Europeo, de 24 de junio de 2021, sobre la situación de la salud y los derechos sexuales y reproductivos en la Unión, en el marco de la salud de las mujeres* (2020/2215(INI)).

extranjero por imposibilidad de tener hijos por sus propios medios. La impresión es que la elevación de la gestación subrogada a la categoría de violencia contra la mujer, que ha realizado la mencionada Ley orgánica 1/2023, no ha zanjado realmente en España esta cuestión, sino que tan solo la ha pospuesto a la espera de un clima social más propicio para afrontar una regulación con las debidas garantías para las partes implicadas.

II.4. **Coparentalidad o copaternidad**

La coparentalidad o copaternidad consiste en el acuerdo entre dos personas adultas, sin convivencia previa ni relación afectiva, para tener un hijo en común y compartir sus cuidados y cargas económicas, pactando sus derechos y obligaciones de antemano (domicilio del niño, régimen de visitas, etc.). Este modelo de familia saltó a los medios de comunicación a principios de 2023, con motivo del testimonio de personas que se habían conocido para esta finalidad a través de un sitio web especializado en este tipo de contactos, y al que acuden normalmente hombres gays y mujeres solteras con deseo de tener descendencia[39].

Los supuestos de coparentalidad desbordan las previsiones de la LTRHA. Lo cierto es que en la citada ley no se exige en ningún apartado que las parejas no casadas tengan que constituir una pareja o unión de hecho (estos términos no se mencionan en toda la norma), ni siquiera acreditar una convivencia. Por tanto, es difícil por esta vía denegar los tratamientos a las parejas interesadas, a pesar de la falta de relación afectiva entre sus miembros. En principio, las unidades y clínicas de fertilidad no deben inmiscuirse en cómo están organizados los pacientes y en cómo son sus afectos o desafectos, su vida privada (salvo que se ponga de manifiesto una situación de violencia o maltrato); y por ello tampoco tienen por qué ser responsables de las consecuencias de su forma de entender la familia y el cuidado de los hijos. Lo que sí debería ser objeto de supervisión es que, efectivamente, tengan un proyecto reproductivo común y no se esté en presencia de una donación-venta de gametos encubierta del varón a la mujer, ya que en ese supuesto sí se vulneraría claramente la LTRHA[40]. En este sentido, es muy importante mantener una entrevista clínica con el varón para ilustrarle bien de que su firma en el consentimiento informado de los tratamientos le ata como padre de la descendencia de manera irrenunciable[41].

El Comité de Bioética de España abordó este modelo familiar en 2024, mediante su *Informe sobre Coparentalidad Contractual previa a la concepción. Reflexiones y Recomendaciones*, y lo validó si bien poniendo el énfasis en la salvaguarda del interés

[39] «Copaternidad: busqué una mujer para tener un hijo. Lo criamos juntos», *El Mundo*, 10 de febrero de 2023, suplemento *Yo Dona Papel*, p. 45.

[40] Arts. 5.5 y 6.5 LTRHA.

[41] Art. 8 LTRHA.

superior del menor de edad. Así, abogó por reforzar la responsabilidad de los padres en los acuerdos de coparentalidad recordando que la «responsabilidad parental de las personas que sin previa relación afectiva-sexual deciden tener descendencia y su crianza conjunta, previa firma de un contrato es la misma que la de aquellos progenitores que con relación afectiva y convivencia previa deciden tener hijos o hijas en común, para cuidar de ellos en todos los aspectos. El interés superior del hijo o la hija debe ser el punto nuclear de este acuerdo de coparentalidad CPC, así como de sus cuidados perinatales y durante la infancia y adolescencia»[42].

Uno de los aspectos controvertidos para admitir a estos pacientes, que no se trata en el informe, consiste en que los progenitores pretenden la realización de tratamientos de fertilidad sin acreditar un problema de infertilidad o esterilidad. La indicación médica es un requisito para llevarlos a cabo en la LTRHA[43], salvo cuando se trata de mujeres solas o parejas de mujeres, en las que se ha aceptado la denominada indicación social (en gran medida para evitar la discriminación por razón de la orientación sexual). En definitiva, la ausencia de justificación médica para acceder a las técnicas en estos supuestos podría identificarse como el obstáculo actual de la LTRHA para aceptar a estas parejas, ya que la medicina reproductiva no puede entenderse como una medicina a la carta o del deseo. Frente a este planteamiento podría esgrimirse por los interesados la fuerza que la LOSSR-IVE concede a la libertad reproductiva, si bien, en tanto no haya un reconocimiento legal de este modelo familiar (que amplíe el alcance de la indicación social de las técnicas de fertilidad), los profesionales podrían oponerse a realizar los tratamientos por ausencia de una verdadera indicación médica que los avale.

II.5. **Poliparentalidad y poligamia**

La poliparentalidad se trataría del supuesto en que en el proyecto reproductivo participan más de dos personas. Por ejemplo, un trío formado por dos mujeres lesbianas y un hombre o por dos hombres gays y una mujer, que por razón de su orientación sexual desean tener sus hijos a través de los tratamientos de fertilidad. En estos supuestos la controversia sería si se debe exigir como condición de acceso a las técnicas que las parejas sean exclusivas o, como se comentaba en el epígrafe anterior sobre la coparentalidad, la forma de relacionarse de los pacientes debe entenderse como algo perteneciente a su vida privada que debe respetarse.

La LTRHA no contempla el acceso de este modelo familiar como tampoco el de los matrimonios polígamos, en este segundo caso por no tratarse de una institución civil aceptada en nuestro ordenamiento jurídico (podría entenderse como contraria al orden

[42] Comité de Bioética de España, *Informe del Comité de Bioética de España sobre Coparentalidad Contractual previa a la concepción. Reflexiones y Recomendaciones*, 2024.

[43] Art. 1.1.a, LTRHA.

público). Más concretamente, el sistema jurídico español, en sintonía con los documentos internacionales y la concepción occidental en este punto, sólo reconoce las uniones monógamas, sean matrimoniales o de hecho. Por ello, la pretensión de reconocimiento oficial en España de un modelo de convivencia polígamo admitido en otro país, aunque se diga basado en la libertad ideológica o de conciencia o en cualquier otro fundamento, no sería factible por encontrarse con el límite mencionado, que tendría su razón de ser en evitar situaciones de dominación y discriminación contra la mujer. Pensando en los matrimonios polígamos, su reconocimiento en España chocaría con lo establecido en el art. 12.3 del Código Civil español, que proclama que en ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público, como sucedería con las normas que respalden la poligamia de los varones en sus países de origen.

A la postre, las dudas sobre la admisibilidad de estos modelos familiares de más de dos personas se referirían no tanto a los casos de poligamia, donde hay un claro choque cultural o religioso que enfrenta los valores y derechos del país de origen de los pacientes con los que rigen en España y otros países occidentales, como a los supuestos en que la relación entre los interesados está perfilada en términos de igualdad, es decir, cuando la fórmula familiar elegida y el proyecto reproductivo responden nada más que a la libertad de los individuos que conforman el grupo familiar. En estas situaciones podrá la Administración poner obstáculos a su reconocimiento formal, pero no parecería razonable perseguirlos mientras no afecte su convivencia a los derechos de otras personas, ni al orden público, lo que a priori resultaría difícil de apreciar.

III. Descongelación-destrucción de gametos y embriones

Así como la descongelación de las muestras de semen no tiene mayor problema para los pacientes de quien proceden (pueden decidirla libremente en cualquier momento), la de los ovocitos y embriones está limitada y sometida a unas premisas burocráticas que no tienen sentido en el momento actual, como se razonará más abajo.

El sistema actual establecido en la LTRHA equipara los requisitos para la descongelación de ovocitos y embriones, pues la condiciona en ambos casos a que los responsables médicos, con el dictamen de favorable de especialistas independientes y ajenos al centro correspondiente, determinen que la receptora no reúne los requisitos clínicamente adecuados para la práctica de la técnica de reproducción asistida (art. 11, apartados 3 y 4 d LTRHA). En otras palabras, para descongelar los ovocitos y embriones en España debe justificarse, con informes externos a la clínica o unidad de fertilidad, que la paciente no está en condiciones de quedarse embarazada[44]. Esos especialistas independientes no

[44] La excepción a lo anterior sería el caso de los denominados «embriones abandonados» por los progenitores, respecto de los que el art. 11.6 (párrafo segundo) de la LTRHA, contempla un sistema para poder descongelarlos o donarlos a otras parejas o donarlos a la investigación a decisión del propio centro.

tienen por qué ser necesariamente médicos ginecólogos, sino que lo pueden ser de otras especialidades médicas en las que la mujer se halle en tratamiento (por ejemplo, oncología médica). Los informes podrán ser igualmente de psicólogo clínico (también de psicólogo general sanitario) e, incluso, de enfermera especialista en ginecología y obstetricia.

La realidad anterior conduce en la práctica a situaciones conflictivas, particularmente cuando los pacientes, que todavía mantienen ovocitos y embriones sobrantes de sus ciclos, se han separado o han dado por concluido su proyecto reproductivo, y desean que se destruyan sin otro fin. No entienden cómo se les puede obligar a mantenerlos criopreservados hasta que se pueda constatar que la mujer ya no puede embarazarse, y a tener que obtener los informes de especialistas aludidos. Esta circunstancia es motivo frecuente de conflicto entre los pacientes y los profesiones y clínicas de fertilidad.

Para entender por qué se estableció así en la LTRHA de 2006, hay que remontarse al tiempo de su promulgación momento en que existían grandes expectativas en la utilización de células madre embrionarias y en la denominada clonación terapéutica, para impulsar proyectos de medicina regenerativa. De alguna forma, el legislador español quiso dificultar a las parejas la destrucción de sus embriones y ovocitos sobrantes para que se decantaran, bien por su donación a otras parejas que los necesitaran, bien por su donación con fines de investigación. En este segundo caso, con el fin de generar células embrionarias que pudieran emplearse en los proyectos de investigación referidos. Sin embargo, ese mismo año 2006 el investigador japonés Shinya Yamanaka, premio Nobel de Fisiología y Medicina en 2012, descubrió que, a partir de células adultas y utilizando técnicas de reprogramación, podían obtenerse células madre pluripotentes, con capacidad para transformarse en otros tipos celulares especializados. La consecuencia fue que la mayor parte de los científicos interesados en estudios de medicina regenerativa optaron por emplear las células adultas reprogramadas en lugar de las embrionarias, dada la mayor accesibilidad de las primeras y su menor controversia ética. A resultas de este descubrimiento, la intencionalidad de la LTRHA dificultando la descongelación de ovocitos y embriones quedó sin justificación, a pesar de lo cual no se modificó la norma para simplificar la opción de descongelación sin otro fin, dando lugar a un problema serio de acumulación de embriones sobrantes de los tratamientos en los centros españoles[45], que se agrava por la realidad de que no hay prácticamente proyectos de investigación a los que adscribirlos cuando los donan los pacientes.

Para ello, debe acreditarse de manera fehaciente que los pacientes han dejado de cumplimentar dos solicitudes consecutivas de renovación o modificación del consentimiento firmado previamente, que deben cursarse por los centros a los interesados mediando un intervalo de tiempo entre ellas que no supere los dos años.

[45] Sociedad Española de Fertilidad, *Propuesta para reducir la acumulación de embriones en los bancos de los centros de fertilidad. Grupo de Ética y Buena Práctica, Sociedad Española de Fertilidad*, mayo 2022. La estimación es superior a los 700.000 embriones.

De cualquier forma, condicionar de la manera indicada las solicitudes de las parejas y pacientes para descongelar sus ovocitos y embriones, choca claramente con su autonomía y con la dimensión de la libertad sexual y reproductiva que se reconoció en 2010 en la reiterada LOSSR-IVE. Precisamente, ese reconocimiento condujo a que se estableciera la libertad para proceder a una interrupción voluntaria del embarazo (IVE) dentro de las primeras 14 semanas de gestación a petición de la mujer embarazada (art. 14 LOSSR-IVE), sin sujetarla a la presentación de ningún informe de especialistas ni ningún otro condicionamiento[46]. Tras el cambio operado en España con la citada ley en materia de aborto, por el que se pasó de un sistema de indicaciones a un sistema de plazos, lo cierto es que se produce en la actualidad la incoherencia normativa de exigir las trabas médicas y burocráticas aludidas para descongelar los ovocitos y embriones in vitro, mientras que el embrión o feto en el útero puede destruirse sin más trámite que la petición de la interesada durante las mencionadas 14 primeras semanas.

El contrasentido mencionado vulnera también el criterio establecido por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 116/1999, de 17 de junio, en la que dirimió el recurso de inconstitucionalidad que se interpuso contra la ley de reproducción asistida de 1988[47]. El Tribunal Constitucional asumió indirectamente entonces la regla de la gradualidad y progresividad de las medidas de protección de la vida humana en formación cuando dispuso que «como queda afirmado con reiteración, los preembriones in vitro no gozan de una protección equiparable a la de los ya transferidos al útero materno»[48]. A pesar de este posicionamiento, en España sucede lo contrario, esto es, está más protegido por la ley el embrión *in vitro* (incluso el gameto femenino *in vitro*) que el embrión *in útero*.

Si se atiende al derecho comparado, se observa que no existen previsiones similares en esta materia. En Francia, su Código de Salud Pública contempla que, cuando concluye el proyecto parental, la pareja o mujer soltera puede consentir por escrito que se ponga fin a la conservación de sus embriones, exigiéndose tan solo un período de reflexión de tres meses a partir de la fecha de otorgamiento de dicho consentimiento, trascurrido el cual, si no se ha revocado, se procede a la descongelación (la no revocación por escrito dentro del citado plazo se entiende como una confirmación)[49]. En el Reino Unido, su Ley de fertilización humana y embriología, admite la revocación del consentimiento para la criopreservación de los gametos y embriones, mientras no

[46] Art. 14 de la LOSSR-IVE.

[47] Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida. BOE núm. 282, 24 de noviembre de 1988.

[48] Sentencia del Tribunal Constitucional, núm. 116/1999, de 17 de junio, Fj. 12. BOE núm. 162 (suplemento), 8 de julio de 1999.

[49] Code de la santé publique. Artículo L2141-4. Disponible en: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006072665/LEGISCTA000006155015?isSuggest=true&anchor=LEGISCTA000006155015#LEGISCTA000006155015 [Última consulta: agosto de 2024].

se hayan utilizado para otros fines[50]. A diferencia de Francia, en el Reino Unido la descongelación la puede decidir cualquiera de los miembros de la pareja y no necesariamente ambos de común acuerdo, como se puso de manifiesto en el caso Evans contra Reino Unido, fallado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en 2006, donde primó el derecho del varón a no ser padre contra su voluntad y a descongelar los embriones comunes generados con su expareja (Natallie Evans) por encima del derecho de esta última a utilizarlos en una situación en la que ya no podía generar otros nuevos con sus propios gametos, por haber sufrido una ovariotomía bilateral a raíz de un problema oncológico[51]. Por su parte, en Portugal la Ley de procreación médicamente asistida, dispone un plazo máximo de tres años para utilizar los embriones sobrantes de los tratamientos FIV (prorrogables por otros tres más), de forma que si en ese plazo no se han utilizado, ni tampoco se han donado para otras pacientes que los necesiten o para proyectos de investigación, podrán ser descongelados y eliminados a decisión del director del centro de fertilidad, que ha de comunicarse previamente al Consejo Nacional de Procreación Médicamente Asistida[52].

Por los motivos aludidos, y porque las dificultades para descongelar los embriones originan un problema de acumulación en los bancos, se aboga por suprimir los requisitos mencionados para la descongelación de los ovocitos y embriones, y reconocer la autonomía de las parejas y pacientes para decidirla cuando lo consideren oportuno por haber finalizado su proyecto reproductivo, en consonancia con lo que ocurre para la mujer respecto de la IVE. Por otro lado, debiera darse solución también a la descongelación de los ovocitos y embriones donados para la reproducción de otras parejas o pacientes o a la investigación, que no han podido adscribirse ni a parejas receptoras ni a proyectos de investigación, en el sentido de establecer un plazo límite de criopreservación a partir del cual puedan descongelarse sin más trámite ante la evidencia de que no han podido servir para el fin que decidieron las parejas o pacientes. Ese plazo máximo podría ser, por analogía, el de cinco años previsto en el Código Civil para la prescripción de la acción de restitución de lo donado (art. 646), y por el que abogó el Grupo de Ética y Buena Práctica Clínica de la SEF en su informe de 2022 titulado *Propuesta para reducir la acumulación de embriones en los bancos de los centros de fertilidad*[53].

[50] Human Fertilisation and Embryology Act 1990. Schedule 3, Consents to use [for storage of gametes, embryos or human admixed embryos etc] Variation and withdrawal of consent. Disponible en: https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1990/37/schedule/3 [Última consulta: agosto de 2024].

[51] Caso Evans c. Reino Unido. Sentencia de 7 de marzo de 2006, Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 4.ª). Demanda núm. 6339/2005.

[52] Lei n.º 32/2006, Procriaçao medicamente assistida. Art. 25. Disponible en: https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/lei/2006-34529775 [Última consulta: agosto de 2024].

[53] *Propuesta para reducir la acumulación de embriones en los bancos de los centros de fertilidad*, ob. cit.

IV. Conclusiones

La reproducción humana asistida es un sector de la actividad médica de un gran dinamismo, donde las novedades técnicas se suceden a gran velocidad planteando retos éticos y legales de gran relevancia. Por este motivo, el legislador debe actualizar periódicamente las reglas de funcionamiento para garantizar que los avances no vayan en detrimento de la protección de los derechos de los ciudadanos, ni conduzcan a situaciones de desigualdad social. La LTRHA española ha cumplido un tiempo de vigencia más que suficiente para abordar una revisión en profundidad.

De la realización de las técnicas de fertilidad se derivan, indirectamente, modelos familiares nuevos demandados fundamentalmente por personas LGTBI, que en algunos casos requerirían un debate social sobre su pertinencia y, en su caso, la fijación de normas que los doten de seguridad jurídica.

Los requisitos que exige la LTRHA de 2006 para que los pacientes puedan decidir la descongelación-destrucción de los embriones sobrantes de sus tratamientos de fertilidad (cuando se han separado o han dado por concluido su proyecto reproductivo) han quedado desfasados y no responden a la realidad social y jurídica española.

V. Bibliografía

Abellán, Fernando, «Breve reflexión sobre la Gestación Subrogada a propósito de la actualidad (reforma de la ley de salud sexual y reproductiva, y caso difundido por los medios de comunicación)», *Boletín de Derecho Sanitario y Bioética,* núm. 210, marzo 2023.

Algarra Prats, Esther, «La regulación de la utilización de preembriones crioconservados y sus posibles destinos en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. Especial consideración a los problemas derivados de la falta de acuerdo en la pareja», en Bustos Moreno, Yolanda y Múrtula Lafuente, Virginia, (Coords.), *El Derecho Civil ante los nuevos retos planteados por las técnicas de reproducción asistida*, Dykinson 2021.

Cabezudo Bajo, M.ª José, *Desarrollo de un modelo de gestación por sustitución o Surrogacy en el marco de la Jurisdicción*, Comares, 2021.

Comité De Bioética De España*, Informe del Comité de Bioética de España sobre Coparentalidad Contractual previa a la concepción. Reflexiones y Recomendaciones*, 2024. Disponible en: https://comitedebioetica.isciii.es/wp-content/uploads/2024/04/Informe_Coparentalidad_CPC_CBE.pdf [Última consulta: 31 agosto de 2024].

— *Informe del Comité de Bioética de España sobre el derecho de los hijos nacidos de las técnicas de reproducción humana asistida a conocer sus orígenes biológicos*, 2020. Disponible en: http://abimad.org/wp-content/uploads/2020/02/CBE_FIV_NoAnonimato.pdf [Última consulta: 31 agosto de 2024].

Marfany, Gemma / De Lecuona, Itziar (coords.), *Bioética y selección genética de embriones humanos por cálculo de riesgo poligénico*. Observatori de Bioètica y Dret. Universitat de Barcelona, 2024. Disponible en: https://www.bioeticayderecho.ub.edu/sites/default/files/documents/doc-seleccion-genetica-de-embriones-humanos.pdf [Última consulta: 31 agosto de 2024].

Marina, S., Marina, D., Marina, F., Fosas, N., Galiana, N. & Jové, I. «Sharing motherhood: biological lesbian co-mothers. New IVF indication». *Hum Reprod*. 2010; 25 (4): 938-941.

Sociedad Española de Fertilidad, *Documento de posicionamiento de la Sociedad Española de Fertilidad sobre la recepción de ovocitos de pareja – Método ROPA*. Grupo de Ética y Buena Práctica de la SEF, junio 2020. Disponible en: https://www.sefertilidad.net/documentos/KxsJlt9A16LcSWs1ZQewB-1KEr5s4j2oBt88hHosjpc.pdf [Última consulta: 31 agosto de 2024].

— *Guía Clínica. Manejo de la Salud Reproductiva en Personas Transgénero. Guía de Buenas Prácticas Clínicas basada en la revisión científica y en las recomendaciones de los expertos*. Grupo de trabajo transgénero. Sociedad Española de Fertilidad, 2024. Disponible en: https://www.sefertilidad.net/?seccion=biblioteca&subSeccion=guiasClinicas

— *Propuesta de bases generales para la regulación en España de la Gestación por Sustitución*. Grupo de Ética y Buena Práctica Clínica, SEF, 2016. Disponible en: https://www.sefertilidad.net/documentos/ZUKTNAaHiDynU5R8c4CjadzsiZeK6DhbQIbvFO_c14s.pdf [Última consulta: 31 agosto de 2024].

— *Propuesta para reducir la acumulación de embriones en los bancos de los centros de fertilidad.* Grupo de Ética y Buena Práctica, Sociedad Española de Fertilidad, mayo 2022. Disponible en: https://www.sefertilidad.net/documentos/RDlWQM31yz2-LzfDFZNqPzAiWOiZQPjTo2FruxiEqd8.pdf [Última consulta: 31 agosto de 2024].

— *Problemas éticos en la selección genética de embriones humanos por cálculo de riesgo poligénico.* Grupo de Ética y Buena Práctica, Sociedad Española de Fertilidad, septiembre 2025. Disponible https://sefertilidad.net/documentos/XoLKwv5KrM8PwaPK9Fn7wi9n0lGuS6VKSDthKcyoHqg.pdf [última consulta 30 octubre 2025].

3

REGULACIÓN DE LA EQUIDAD EN INTELIGENCIA ARTIFICIAL: PERSPECTIVAS Y RETOS EN LA UNIÓN EUROPEA*

ITZIAR ALKORTA IDIAKEZ
Profesora Titular de Derecho Civil de la UPV/EHU
Itziar.alkorta@ehu.eus

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. DEFINICIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN ALGORÍTMICA. III. LOS ORÍGENES DE LA TEORIZACIÓN SOBRE LA DISCRIMINACIÓN ALGORÍTMICA: BREVE HISTORIA. IV. LOS PRIMEROS INTENTOS DE REGULAR LA EQUIDAD DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN LA UE. V. LA REGULACIÓN DE LA EQUIDAD EN EL RGPD Y SU RELEVANCIA PARA LA IA. VI. LAS DIRECTRICES ÉTICAS PARA UNA IA CONFIABLE. VII. EL REGLAMENTO DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL. VIII. CONCLUSIONES. IX. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La equidad en la inteligencia artificial se ha convertido en una cuestión prioritaria en las agendas regulatorias de la Unión Europea. Este concepto, sin embargo, no se define de manera explícita en los nuevos marcos legislativos, sino que se integra en una compleja red de valores y principios, como la no discriminación, la transparencia o la igualdad de derechos, contemplados en instrumentos normativos nuevos y antiguos, de tipos y alcances muy diversos. Esta deficiencia es especialmente problemática en contextos donde estos sistemas pueden impactar negativamente en individuos o poblaciones vulnerables y perpetuar patrones de discriminación histórica.

La preocupación por la equidad en la IA surge de la idea de que la toma de decisiones automatizadas debe ser justa y libre de sesgos, tanto en los datos de entrada como en los algoritmos como en los procesos empleados y en los resultados de salida. La regulación de IA en la Unión Europea ha avanzado en esta dirección, pero persisten las lagunas en cuanto a una prohibición explícita de la discriminación algorítmica. Aunque el Reglamento

* Este trabajo constituye una aportación al Proyecto de investigación Europeo *Smart Big Data Platform to Offer Evidence-based Personalised Support for Healthy and Independent Living at Home,* ID 857172 y se enmarca en el Grupo de Investigación Consolidado del Sistema Universitario Vasco GIC IT-1445-, de los que es I.P. el Dr. Galicia Aizpurua.

de IA (RIA)[1] contempla ciertos principios generales al respecto, no incluye una referencia clara y exhaustiva sobre la prohibición de discriminación directa, indirecta o interseccional, especialmente en situaciones en las que los sistemas de IA afectan derechos fundamentales. Por ejemplo, el Considerando 48 del Reglamento de IA establece que las consecuencias adversas de un sistema de IA sobre derechos fundamentales deben considerarse al clasificar un sistema como de alto riesgo. Estos derechos incluyen, entre otros, el derecho a la dignidad humana, la protección de los datos personales y la no discriminación. Sin embargo, el Reglamento no aborda la prohibición de sesgos discriminatorios de manera explícita, por lo que cabe que algunas aplicaciones de IA lleguen a evadir una responsabilidad clara en cuanto a los resultados discriminatorios que generan.

La falta de una definición clara de «equidad» en el contexto de IA ha generado grandes dudas, especialmente en lo que toca a cómo separar este concepto de valores cercanos y ambiguos como la igualdad o la no discriminación. Esta carencia plantea la necesidad urgente de clarificar qué significa en el ordenamiento europeo que los sistemas de IA deban operar de manera justa y equitativa, evitando cualquier tipo de discriminación que derive de su uso. Se plantean problemas importantes como, por ejemplo, si la regulación incipiente de la IA debería considerar aspectos específicos de vulnerabilidad digital o incluso si la falta de equidad constituye un tipo de riesgo sistémico, tal como sugieren algunos estudios y recomendaciones internacionales, como las de la Alianza Global sobre Inteligencia Artificial (GPAI)[2].

En este trabajo analizamos los enfoques de equidad algorítmica que se han sucedido a lo largo de la historia de la regulación de la inteligencia artificial en Europa, haciendo hincapié en aquellas carencias que presenta la regulación vigente con el fin de orientar una regulación específica de este requisito de la IA fiable en el futuro. Antes de abordar la cuestión regulatoria dedicaremos unas líneas a describir el problema de la discriminación algorítmica y los riesgos que conlleva tanto para personas individuales como para colectivos que presenten factores de riesgo.

II. Definición de la discriminación algorítmica

La discriminación algorítmica, también conocida como sesgo algorítmico, consiste en la existencia de errores sistemáticos y repetibles en un sistema informático que con-

[1] Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y por el que se modifican los Reglamentos (CE) n.º 300/2008, (UE) n.º 167/2013, (UE) n.º 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 y (UE) 2019/2144 y las Directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Inteligencia Artificial) (Texto pertinente a efectos del EEE).

[2] Global Partnership on AI (GPAI) *Report on Bias in AI Systems*. (2023). Disponible en: https://gpai.ai/reports/bias-in-ai-systems. GPAI Annual Report 2023. (2023). Global Partnership on AI. GPAI *White Paper on Ethical AI.* (2023).

llevan o generan resultados discriminatorios o injustos desde un punto de vista legal, como favorecer a un grupo de usuarios en detrimento de otros[3].

Estos sesgos pueden perpetuar o incluso amplificar las desigualdades existentes en la sociedad, afectando negativamente a ciertos grupos de personas. Las decisiones automatizadas y semiautomatizadas basadas en datos sesgados pueden tener un alcance mucho mayor que las decisiones sesgadas tomadas por seres humanos. Estas decisiones automatizadas se aplican de forma rápida y afectan a un gran número de personas, lo que reduce las posibilidades de identificar y corregir los errores a tiempo. De esta manera, los algoritmos pueden reproducir y amplificar patrones de desigualdad y estereotipos que subyacen en los datos de los que aprenden.

Otro factor relevante en la discriminación algorítmica es la imprevisibilidad de los resultados. La complejidad del código y los modelos puede hacer que sea difícil entender su lógica desde un punto de vista humano lo que dificulta su seguimiento y supervisión. Esto hace que, a pesar de que el sistema esté diseñado para cumplir un objetivo específico, su comportamiento puede escapar en cierta medida al control de sus creadores. Este fenómeno de «caja negra» está estrechamente relacionado con la discriminación algorítmica, ya que dificulta la identificación de la causa exacta de un sesgo.

La discriminación algorítmica se refiere a los sesgos y prejuicios que se introducen en los sistemas automatizados de toma de decisiones debido a los datos con los que son entrenados. Los sesgos en los sistemas de inteligencia artificial se pueden clasificar en función de criterios diversos como los factores de riesgo a los que afectan o las fuentes de las que proceden[4].

Desde el punto de vista de las fuentes, los sesgos pueden provenir de los datos, del modelo algorítmico empleado, de correlaciones indirectas, e incluso de la subjetividad del que los diseña o del que los emplea.

Uno de los problemas más comunes que presentan los algoritmos empleados en tareas específicas como puede ser el diagnóstico de enfermedades o la asignación de riesgo crediticio consiste en la mala calidad de los datos empleados. Los datos utilizados para entrenar los modelos de aprendizaje automático pueden estar sesgados en varios aspectos como el sesgo heredado, el sesgo por inferencia indirecta o el sesgo de correlación.

El sesgo heredado se presenta cuando un sistema de IA utiliza datos de entrenamiento parciales o desviados, reproduciendo y ampliando así dicho sesgo en los resultados futuros. Un ejemplo claro es un algoritmo de cribado de currículums

[3] Morondo Taramundi, Dolores, Eguiluz Castañeira, Josu Andoni y Álvarez, Tanya. «La discriminación algorítmica en España: límites y potencial del marco legal». Digital Future Society, 2022.

[4] National Institute of Standards and Technology (NIST). *Proposal for Identifying and Managing Bias in Artificial Intelligence. NIST Special Publication*, 2021. Disponible en línea: https://www.nist.gov/artificial-intelligence/proposal-identifying-and-managing-biasartificial-intelligence-sp-1270

entrenado con datos sesgados en cuento al género, el cual infiere que las mujeres son menos aptas para ciertos puestos laborales. Este tipo de sesgo es un reflejo de los prejuicios y desigualdades sistémicas presentes en la sociedad actual, los cuales tienden a afectar negativamente a determinados colectivos que presentan factores de riesgo. El caso COMPAS, denunciado por ProPublica en 2016, constituye otro ejemplo destacado de discriminación algorítmica en el sistema de justicia penal de Estados Unidos. COMPAS (*Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions*) es una herramienta utilizada para evaluar el riesgo de reincidencia de los acusados. La Asociación ciudadana ProPublica descubrió que este algoritmo mostraba un sesgo significativo contra los acusados negros[5]. ProPublica demostró que los acusados negros tenían casi el doble de probabilidades que los blancos de ser clasificados incorrectamente como de alto riesgo de reincidencia, a pesar de no reincidir. Por otro lado, los acusados blancos que reincidían eran más propensos a ser clasificados como de bajo riesgo. El algoritmo cometía errores de manera diferente según la raza. Los acusados negros eran más frecuentemente etiquetados como de alto riesgo cuando no lo eran (falsos positivos), mientras que los acusados blancos eran etiquetados como de bajo riesgo cuando sí lo eran (falsos negativos). Este caso ilustra cómo los algoritmos pueden perpetuar y amplificar los sesgos existentes en los datos históricos, llevando a decisiones injustas que afectan desproporcionadamente a ciertos grupos raciales

Asimismo, los algoritmos pueden producir resultados discriminatorios sin que haya datos referentes a categorías prohibidas en su código, cuando correlacionan valores aproximados en contextos de *big data*. Esto ocurre cuando un algoritmo utiliza una variable indirecta (*proxy*) que está correlacionada con una característica sensible, como la raza o el género, para tomar decisiones. Por ejemplo, si un sistema de contratación automatizado utiliza el código postal como *proxy* para evaluar candidatos a recibir un préstamo hipotecario, podría inadvertidamente discriminar a personas de ciertos grupos étnicos o socioeconómicos, ya que los códigos postales pueden estar correlacionados con la composición racial o el nivel de ingresos de una zona.

Además, los diseñadores y desarrolladores de modelos de IA pueden introducir sus propios sesgos y prejuicios, sea de forma consciente o inconsciente, al seleccionar las muestras de entrenamiento o al definir el peso de cada variable. Los sistemas de decisión automatizada o semiautomatizada pueden contener prejuicios de sus programadores, que, si bien pueden ser involuntarios, también pueden estar enmascarados en una codificación compleja.

[5] Angwin, J., Larson, J., Mattu, S., & Kirchner, L., *Machine Bias: There's software used across the country to predict future criminals. And it's biased against blacks*. ProPublica, 2016. Disponible en: https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing

III. Los orígenes de la teorización sobre la discriminación algorítmica: breve historia

El camino hacia la regulación de la equidad en IA en la UE hunde sus raíces en una serie de documentos propiciados por el sector que han influido de forma decisiva en los marcos legislativos posteriores.

En la década de 1970, el término «ética computacional» fue acuñado por Walter Maner, el cual identificó la necesidad de una rama específica de la ética para abordar los problemas únicos que surgen con el uso de computadoras y algoritmos[6]. Este período también vio la adopción del primer código de ética por la Asociación de Maquinaria Computacional (ACM) en 1973.

Durante las décadas de 1980 y 1990, la ética computacional continuó evolucionando con contribuciones significativas de académicos como James Moor y Deborah Johnson. Moor, en su artículo «What is Computer Ethics?» (1985), estableció las bases de la ética computacional, incluyendo la identificación de vacíos políticos generados por la informática y la formulación de políticas para el uso de la tecnología computacional[7]. Johnson, por su parte, publicó el primer libro de texto importante sobre ética computacional, que identificó los problemas más críticos en este campo[8].

El impulso para abordar la equidad en los algoritmos cobró mayor importancia en la década de 2010, cuando empezaron a documentarse casos de sesgo en sistemas de IA. La equidad algorítmica como subdisciplina específica comenzó a ganar atención a medida que los algoritmos se volvieron más prevalentes en la toma de decisiones automatizadas. Investigaciones como las de Latanya Sweeney y Cathy O'Neil destacaron cómo los algoritmos pueden perpetuar sesgos y discriminación. Sweeney, en su trabajo sobre la discriminación algorítmica en anuncios en línea, mostró cómo los algoritmos pueden reflejar y amplificar prejuicios existentes[9]. O'Neil, en su libro «Weapons of Math Destruction», argumentó que los algoritmos pueden ser opacos y perjudiciales, afectando desproporcionadamente a las comunidades vulnerables[10].

Investigaciones pioneras de figuras como Cynthia Dwork introdujeron el concepto de «justicia individual», promoviendo la idea de que los algoritmos deben tratar

[6] Maner, Walter. *Starter Kit in Computer Ethics*. Helvetia Press y el National Information and Resource Center for Teaching Philosophy, Hyde Park, Nueva York, 1980. [Originalmente auto-publicado por Maner en 1978] Véase también, del mismo autor: «Computer Ethics». In *Encyclopedia of Computer Science*, edited by Anthony Ralston and Edwin D. Reilly, 3rd ed., 268-272. New York: Van Nostrand Reinhold, 1993.

[7] Moor, James H. «What is Computer Ethics?» Metaphilosophy, vol. 16, no. 4, 1985, pp. 266-275

[8] Johnson, Deborah G. Computer Ethics. Prentice-Hall, 1985.

[9] Sweeney, Latanya. «Discrimination in Online Ad Delivery». *Communications of the ACM,* vol. 56, no. 5, 2013, pp. 44-54.

[10] O'Neil, Cathy. *Weapons of Math Destruction: How Big Data Increases Inequality and Threatens Democracy.* Crown Publishing Group, 2016.

de manera justa a individuos similares[11]. A la par, estudios críticos de Buolamwini y Gebru revelaron sesgos raciales y de género en sistemas de reconocimiento facial, evidenciando tasas de error mayores en personas de piel oscura y en mujeres[12]. Estos descubrimientos desencadenaron un enfoque global hacia la equidad en la IA y subrayaron la necesidad urgente de una perspectiva crítica para evaluar el impacto social de los sistemas algorítmicos.

Hasta la fecha, las propuestas principales para afrontar la discriminación algorítmica se han centrado en soluciones de tipo tecnológico. La equidad computacional es una disciplina que ha evolucionado significativamente desde sus inicios, abordando la necesidad de garantizar que los sistemas de inteligencia artificial (IA) y otros algoritmos sean justos y no discriminatorios.

Los científicos de datos Friedler y Scheidegger también desarrollaron métodos para medir y mitigar los sesgos en algoritmos de toma de decisiones en contextos sensibles como la justicia y el empleo, destacando los desafíos inherentes de lograr la equidad algorítmica[13].

Ben Shneiderman ha sido una figura influyente en el campo de la equidad computacional y la inteligencia artificial centrada en el ser humano. En su libro *Human-Centered AI* (2022)[14], Este autor ofrece una guía optimista y realista sobre cómo la inteligencia artificial puede utilizarse para aumentar y mejorar la vida humana. Este trabajo puentea la brecha entre las consideraciones éticas y las realidades prácticas, ofreciendo una hoja de ruta para sistemas exitosos y confiables. En su artículo «Human-Centered Artificial Intelligence: Reliable, Safe & Trustworthy», Shneiderman presenta un marco de IA centrada en el ser humano (HCAI) proponiendo introducir niveles importantes de control humano en la automatización computacional[15]. El autor argumenta que los sistemas de IA deben ser diseñados para ser confiables, seguros y dignos de confianza, enfatizando la importancia de la supervisión humana y la transparencia en el diseño de algoritmos.

Por su parte, la doctrina jurídica ha puesto de relieve que la discriminación por parte de los algoritmos escapa a las categorías doctrinales tradicionales del derecho de no discriminación y requiere instrumentos regulatorios específicos[16].

[11] Dwork, C., Hardt, M., Pitassi, T., Reingold, O., & Zemel, R. «Fairness Through Awareness». In *Proceedings of the 3rd Innovations in Theoretical Computer Science Conference* ACM, 2012, pp. 214-226.

[12] Buolamwini, J., & Gebru, T. «Gender Shades: Intersectional Accuracy Disparities in Commercial Gender Classification». In *Proceedings of Machine Learning Research*, 81, 2018, pp. 1-15.

[13] Friedler, S. A., Scheidegger, C., & Venkatasubramanian, S. *On the (im)possibility of fairness*, 2016. Disponible en: arXiv preprint arXiv:1609.07236.

[14] Shneiderman, Ben. *Human-Centered AI*. Oxford University Press, 2022.

[15] Shneiderman, Ben. *Human-Centered Artificial Intelligence: Reliable, Safe & Trustworthy*. Disponible en: arXiv preprint arXiv:2002.04087, 2020.

[16] Xenidis, Raphaële, y Senden, Linda. «EU Non-Discrimination Law in the Era of Artificial Intelligence: Mapping the Challenges of Algorithmic Discrimination». *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, vol. 36, no. 2, 2020, pp. 123-150.

IV. Los primeros intentos de regular la equidad de la inteligencia artificial en la UE

Uno de los primeros pasos significativos en este sentido fue el Reglamento General de Protección de Datos de 2016 (RGPD), el cual incluyó disposiciones específicas sobre el procesamiento justo de datos personales, y en particular, sobre el derecho a no ser objeto de decisiones automatizadas sin supervisión humana significativa (art. 22).

A partir de 2018, se observan esfuerzos más explícitos para abordar la IA en términos de equidad y transparencia, empezando con la Comunicación sobre Inteligencia Artificial de la Comisión Europea, que marcó un punto de inflexión en la intención de regular la IA de manera ética y justa[17].

En 2019, el Grupo de Expertos de Alto Nivel en IA de la UE publicó las Directrices Éticas para una IA Fiable, un documento clave que establece que la equidad debe aplicarse no solo a nivel procedimental, sino también a nivel sustantivo[18]. Esto incluye la garantía de no discriminación y de respeto a la diversidad, poniendo el acento en evitar el sesgo injusto mediante marcos y procedimientos de evaluación definidos.

Posteriormente, el Libro Blanco sobre IA de la Comisión Europea amplió estas directrices: en julio de 2020, se lanzó la Lista de Evaluación de la Inteligencia Artificial Fiable (ALTAI) para la autoevaluación[19], un conjunto de recomendaciones con el fin de ayudar a las organizaciones a evaluar la equidad de sus sistemas de IA.

Finalmente, en 2024, se aprobó el Reglamento de IA, que constituye el primer intento integral de la UE de regular los sistemas de IA en función de su riesgo, estableciendo obligaciones de transparencia y requisitos de mitigación de sesgos en sistemas de alto riesgo. Esta normativa se remite a un desarrollo posterior de armonización de estándares, en el que los organismos europeos de estandarización desarrollarán normas para garantizar una IA segura y confiable.

V. La regulación de la equidad en el RGPD y su relevancia para la IA

El Reglamento General de Protección de Datos establece principios fundamentales que orientan el tratamiento de los datos personales en la Unión Europea, marcando un precedente importante para la regulación de la equidad en IA. En este sentido, el RGPD no sólo regula la equidad de los procesos de datos personales, sino que también

[17] Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Inteligencia artificial para Europa*, COM/2018/237 final.

[18] Grupo Independiente de Expertos de Alto Nivel Sobre Inteligencia Artificial, *Directrices Éticas para una IA Fiable*, Comisión Europea, Bruselas, 2019.

[19] Grupo de Expertos de Alto Nivel Sobre Inteligencia Artificial, *Lista de Evaluación de la Inteligencia Artificial Fiable (ALTAI) para la autoevaluación*, 2020.

proporciona una referencia para las normativas posteriores como el RIA, que se basan en estos mismos principios para abordar la equidad en la toma de decisiones automatizadas y la transparencia.

Entre estos principios, el RGPD destaca del procesamiento justo de los datos personales, detallado en su artículo 5. En su primer apartado, el citado precepto establece que los datos personales deben ser procesados de manera lícita, justa y transparente en relación con el sujeto de los datos. Este principio constituye una base esencial para asegurar la equidad en la toma de decisiones automatizadas y en el uso de la IA, ya que exige que el procesamiento de datos no sólo cumpla con la ley, sino que también sea equitativo y transparente para los individuos afectados.

Además, el RGPD establece, como sabemos, el derecho a no ser objeto de decisiones basadas únicamente en el tratamiento automatizado de datos, incluida la elaboración de perfiles, que produzcan efectos jurídicos en ellos o les afecten significativamente de manera similar. La reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) del 7 de diciembre de 2023[20], conocida como la sentencia SCHUFA, es la primera en abordar de manera directa la interpretación de esta norma contenida en el artículo 22 del RGPD. En este caso, el Tribunal determinó que la generación automatizada de un valor de probabilidad por parte de una agencia de información comercial, como SCHUFA, constituye una «decisión individual automatizada» si dicho valor influye de manera determinante en la decisión de un tercero. Con esta sentencia, se garantiza que a través del artículo 22 del RGPD los individuos conserven cierto control y protección frente a decisiones que podrían ser opacas y potencialmente injustas si no se supervisan adecuadamente.

El Considerando 71 del RGPD refuerza este principio al destacar la importancia de que los algoritmos no generen efectos inapropiados sobre las personas físicas, subrayando que las decisiones automatizadas deben estar diseñadas de manera que protejan los derechos e intereses de los interesados. El Considerando 60, por su parte, destaca el rol de la supervisión y la transparencia en el procesamiento de datos, asegurando que el principio de equidad se implemente a través de herramientas de supervisión efectivas.

VI. Las directrices éticas para una IA confiable

Las Directrices Éticas para una IA Confiable desarrolladas por la Unión Europea sitúan la equidad como un principio esencial en el diseño y aplicación de sistemas de inteligencia artificial. Este principio se aborda en el citado documento desde dos dimensiones interconectadas: una dimensión sustantiva, que evalúa los resultados y su potencial para afectar de manera justa o injusta a diferentes individuos y grupos, y una

[20] Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia de 7 de diciembre de 2023, Asunto C-634/21 (SCHUFA Holding) y asuntos acumulados C-26/22 y C-64/22 (SCHUFA Holding).

dimensión procedimental, que establece procesos de control y evaluación para minimizar los sesgos injustos que puedan surgir en los sistemas de IA.

Una herramienta destacada para implementar estos principios es la Lista de Evaluación de la Inteligencia Artificial Fiable (ALTAI), a la que nos hemos referido más arriba, la cual pretende guiar a los desarrolladores de IA en la creación de sistemas que respeten la diversidad, la no discriminación y la equidad.

El sistema de autoevaluación ha sido criticado por su carácter solipsista, lo que implica que la evaluación de la equidad queda circunscrita casi exclusivamente a la perspectiva y las prácticas internas de los desarrolladores, sin una validación externa significativa ni una adaptación explícita a contextos específicos o a las complejas realidades sociales donde operan estos sistemas.

El sistema de autoevaluación deja la responsabilidad sobre la equidad de los algoritmos casi en su totalidad en manos de los diseñadores y desarrolladores de IA, quienes deben establecer procedimientos internos para evitar el sesgo injusto. Si bien el apartado 5 de esta lista, titulado «Diversidad, no discriminación y equidad» formula preguntas específicas sobre si los desarrolladores han implementado estrategias para evitar o reducir sesgos, la falta de un marco de evaluación externa y la ausencia de criterios específicos adaptados a diferentes contextos limitan su eficacia. Esto significa que la equidad se concibe desde una óptica autorreferencial, donde la percepción de justicia y no discriminación se evalúa y controla dentro de los mismos parámetros que establece el sistema. Este enfoque al que también se ha referido la doctrina como «solucionismo tecnológico» corre el riesgo de reforzar una visión aislada y limitada de la equidad, desatendiendo el impacto contextual de los sistemas de IA y su potencial para afectar a diversas poblaciones de manera desigual[21].

Además, este enfoque puede llevar a una auto-complacencia regulatoria, donde las empresas cumplen con los criterios de la lista sin necesariamente lograr una equidad sustantiva o un impacto positivo en el ámbito social. Así, la lista de evaluación puede propiciar un cumplimiento formal sin necesariamente abordar los problemas reales de sesgo y discriminación. Estas objeciones ponen en duda la eficacia de un sistema de evaluación que se centra tanto en el proceso interno, y que podría minimizar la importancia de la responsabilidad social y la supervisión independiente.

VII. El reglamento de inteligencia artificial

En el contexto del RIA, las referidas limitaciones de la Lista de Evaluación se ven parcialmente abordadas mediante el requisito legal de cumplir con criterios específicos de transparencia, supervisión humana, robustez y mitigación de sesgos, especialmente

[21] Morondo Taramundi, Dolores, Eguiluz Castañeira, Josu Andoni y Álvarez, Tanya. «La discriminación algorítmica en España: límites y potencial del marco legal». Digital Future Society, 2022.

para los sistemas clasificados como de «alto riesgo»[22]. En efecto, la gobernanza de datos adecuada y las prácticas de control de calidad pueden reducir la posibilidad de que los sistemas de IA generen resultados sesgados o discriminatorios, protegiendo a los grupos que, de otro modo, podrían verse afectados de manera desproporcionada.

El RIA establece un marco regulatorio integral para asegurar que los sistemas de inteligencia artificial en Europa operen de manera confiable, justa y segura, especialmente aquellos clasificados como de alto riesgo. La clasificación de ciertos sistemas de IA como de alto riesgo está dirigida a proteger los derechos fundamentales, alineándose con disposiciones del RGPD, como el artículo 22, que otorga el derecho a no ser objeto de decisiones totalmente automatizadas. Sin embargo, el Reglamento de IA extiende esta protección a otros derechos, particularmente aquellos que pueden verse comprometidos por la opacidad y el control limitado en la toma de decisiones algorítmica. Esta previsión está encaminada a procurar que los sistemas de IA afecten derechos fundamentales sin la supervisión necesaria.

En primer lugar, la regulación insiste en la importancia de que los conjuntos de datos sean completos, representativos y libres de errores para minimizar la posibilidad de discriminación. Esta práctica de gobernanza no solo tiene el propósito de proteger los derechos individuales, sino que también busca evitar que los sistemas de IA amplifiquen sesgos históricos, especialmente en contextos donde los datos utilizados reflejan realidades sociales previas que podrían contener patrones discriminatorios. El Considerando 67 del Reglamento de IA subraya que la calidad y precisión de los datos son esenciales para el funcionamiento justo de los sistemas de IA.

El artículo 10 del RIA en sus apartados 1 y 2 exige, por su parte, que dichos sistemas incluyan documentación detallada y procedimientos para garantizar su trazabilidad y su auditabilidad, de manera que los usuarios puedan comprender las capacidades y limitaciones del sistema, así como los sesgos que puedan surgir en su diseño y aplicación. Sin embargo, la dependencia en gran medida de los desarrolladores para documentar y controlar sus propios sesgos sigue sin resolver completamente la crítica hacia el enfoque solipsista, dejando una brecha en la evaluación objetiva y externa de la equidad.

Los Considerandos 56, 57 y 58 del Reglamento de IA amplían este punto, detallando cómo los sistemas de IA que intervienen en sectores de alta sensibilidad como la educación, la salud, el empleo y el acceso a servicios esenciales pueden ser clasificados como de alto riesgo. Los sistemas de IA que gestionen estos servicios deben cumplir con exigencias estrictas en cuanto a equidad y transparencia, dado su potencial para afectar derechos fundamentales en ámbitos clave de la vida de los individuos. Este reconoci-

[22] Obsérvese que no serán de alto riesgo aquellos sistemas que «no planteen un riesgo significativo de perjuicio para la salud, la seguridad o los derechos fundamentales de las personas físicas, incluso por no influir materialmente en el resultado de la toma de decisiones» (art. 6.3 RIA).

miento subraya la importancia de una regulación que no solo sea adecuada en términos técnicos, sino que también considere el impacto social y ético de la IA en la ciudadanía. Los ámbitos referidos requieren una regulación específica y estricta para mitigar el riesgo de discriminación y asegurar que los sistemas de IA no solo operen con precisión técnica, sino también con una perspectiva ética y socialmente justa. La clasificación de sistemas como de «alto riesgo» bajo estos considerandos subraya la necesidad de diseñar y supervisar las aplicaciones de IA en función de su impacto social y de proteger a los individuos y grupos vulnerables de posibles consecuencias discriminatorias.

Estos sistemas de altor riesgo deben cumplir con una serie de requisitos rigurosos, entre los que destacan la robustez, la precisión y la ciberseguridad para minimizar los riesgos y proteger a los usuarios. El artículo 15.4 del RIA es particularmente relevante en este sentido, ya que establece que, incluso post-mercado (es decir, una vez que el sistema de IA ha sido lanzado al mercado), los desarrolladores tienen la obligación de continuar perfeccionando y evaluando la «justicia» de su modelo.

El referido precepto subraya que los desarrolladores de IA deben diseñar sistemas que no solo sean robustos y precisos en sus funcionalidades, sino también justos, minimizando el riesgo de sesgos injustos que puedan surgir con el tiempo. La **robustez** en este contexto implica que el sistema de IA debe ser resistente a errores y malfuncionamientos, garantizando que sus decisiones y resultados se mantengan consistentes y fiables en diversos escenarios y condiciones. Esto es crucial para la equidad, ya que los sistemas poco robustos pueden ser susceptibles de generar fallos o prestarse a manipulaciones que impacten de manera desproporcionada en ciertos grupos o individuos, aumentando así el riesgo de discriminación.

La precisión se relaciona con la capacidad del sistema para generar resultados y predicciones correctas de manera consistente. En sistemas de IA que toman decisiones sobre aspectos críticos —como atención médica, acceso a servicios financieros o empleo—, la precisión es fundamental para evitar decisiones que puedan perjudicar injustamente a ciertos usuarios. Un sistema preciso y justo debe ser capaz de procesar datos de manera imparcial, sin generar sesgos que puedan afectar a poblaciones, grupos o individualidades específicas.

En cuanto a la ciberseguridad, regulada en el artículo 15.4, esta constituye un aspecto esencial para proteger la integridad y la equidad de los sistemas de IA. La seguridad cibernética garantiza que el sistema esté protegido contra posibles ataques o manipulaciones externas que podrían alterar su funcionamiento y, potencialmente, introducir sesgos injustos en sus decisiones. La falta de ciberseguridad en un sistema de IA podría exponer a los usuarios a riesgos significativos, especialmente si terceros malintencionados logran manipular el sistema para favorecer o desfavorecer a ciertos individuos o grupos.

Para cumplir con los requisitos de robustez, precisión y ciberseguridad, los desarrolladores deben implementar mecanismos de monitoreo y control de calidad, como auditorías internas y evaluaciones de impacto. Estas evaluaciones deben identificar fallos y áreas de sesgo, permitiendo ajustes necesarios para asegurar resultados equitativos y confiables.

El artículo 15.4 subraya la responsabilidad continua de los desarrolladores de mantener la justicia de los sistemas de IA a lo largo de su vida útil, elevando el estándar de equidad en la IA y protegiendo los derechos de los usuarios frente a posibles riesgos. Como importante novedad, el RIA establece que los desarrolladores de IA son responsables de vigilar continuamente la justicia de sus modelos, incluso después de su comercialización. Esto implica que la justicia de un sistema de IA debe mantenerse y optimizarse a lo largo de su ciclo de vida, revisando y ajustando los sistemas conforme se recopilan nuevos datos y se observan interacciones en contextos reales. La obligación de seguimiento post-comercialización responde a la naturaleza dinámica de los sistemas de IA, que pueden cambiar con el tiempo. Sin un seguimiento continuo, los sistemas pueden desarrollar sesgos no previstos o volverse inexactos, afectando injustamente a los usuarios. Por lo tanto, la justicia es un proceso continuo de evaluación y ajuste, que requiere herramientas de monitoreo, auditorías regulares y actualizaciones constantes.

Finalmente, el artículo 27 del RIA prevé que antes de utilizar un sistema de IA de alto riesgo, los responsables del despliegue deben evaluar cómo podría afectar el sistema a los derechos fundamentales de las personas. Esto implica describir cómo y cuándo se utilizará el sistema, a quién puede afectar y qué riesgos puede plantear, incluidos los posibles sesgos.

Para abordar los riesgos de discriminación señalados, el RIA también promueve la adopción de normas armonizadas a nivel europeo, incentivando a los desarrolladores a seguir estándares específicos desarrollados por organismos como CEN y CENELEC, en lugar de depender exclusivamente de una autoevaluación[23]. El RIA se basa en el enfoque del Nuevo Marco Legislativo (NLF), que introduce el concepto de presunción de conformidad, establecido en el artículo 40. Bajo este sistema, los sistemas de IA autónomos de alto riesgo deben seguir un proceso de evaluación de conformidad (que en algunos casos requerirá la intervención de un organismo notificado) en base a normas estandarizadas y un registro posterior en la base de datos europea de sistemas de IA autónomos. Una vez que se firme la declaración de conformidad por parte del desarrollador el sistema, el sistema obtendrá el marcado CE y podrá comercializarse, pero si el algoritmo cambia sustancialmente tras su puesta en el mercado, será necesario volver a evaluar la conformidad del sistema, como si se tratara de un nuevo SIA.

El enfoque NLF, al que nos hemos referido más arriba, permite una regulación más flexible y adaptable a las necesidades de la industria, al mismo tiempo que asegura que los sistemas de IA cumplan con altos estándares de calidad y seguridad. Con este sistema se garantiza que los desarrolladores que adopten normas armonizadas de estandarización,

[23] Commission Implementing Decision of 22.5.2023 on a standardisation request to the European Committee for Standardisation and the European Committee for Electrotechnical *Standardisation in support of Union policy on artificial intelligence*. C(2023)3215 – Standardisation request M/593

creadas por organismos reconocidos como CEN o CENELEC, pueden beneficiarse de la presunción de que sus sistemas cumplen con los requisitos legales establecidos en el RIA. Esta presunción de conformidad simplifica el proceso de evaluación y facilita el acceso al mercado para los desarrolladores que siguen estos estándares reconocidos, incentivándolos a adoptar prácticas alineadas con las normativas europeas. Estas normas armonizadas buscan proporcionar una base más sólida y supervisada para garantizar la equidad en los sistemas de IA, aunque los problemas para poner en marcha sistemas de evaluación verdaderamente contextual y adaptada persisten, ya que el RIA también permite que los desarrolladores realicen autoevaluaciones de conformidad en casos donde no se adopten normas armonizadas, aunque esta opción generalmente requiere que los desarrolladores proporcionen documentación y evidencia detallada que demuestre el cumplimiento con los requisitos del RIA.

Además de la autoevaluación de conformidad, la supervisión externa es un mecanismo esencial para la equidad algorítmica. El artículo 77 del Reglamento de IA establece que las autoridades encargadas de proteger derechos fundamentales tienen el derecho a acceder a la documentación de los sistemas de IA clasificados como de alto riesgo para asegurar su conformidad con las normativas. Esta disposición promueve una supervisión independiente, clave para evitar el sesgo autorreferencial que resulta de los enfoques exclusivamente internos en la evaluación de equidad. La auditoría externa ofrece un nivel de control adicional que contribuye a mitigar el riesgo de que los sistemas de IA actúen en detrimento de ciertos individuos o grupos. En contextos donde los sistemas de IA pueden afectar significativamente los derechos fundamentales, esta supervisión es crucial para asegurar una aplicación justa y equitativa de la IA, protegiendo a la ciudadanía de decisiones automatizadas potencialmente injustas.

VIII. **Conclusiones**

Pese a los avances, aunque la combinación de estas directrices éticas y del RIA establece un marco importante para promover la equidad en la IA, el marco regulatorio previsto presenta limitaciones significativas a las que nos hemos referido en este trabajo.

La Lista de Evaluación para una IA Confiable limita la capacidad de estos sistemas para abordar de manera profunda y contextualizada las desigualdades y sesgos inherentes. Este enfoque plantea un reto crítico para la regulación de IA, ya que, sin mecanismos de supervisión externa y adaptabilidad contextual, la equidad en los sistemas de IA puede quedarse en un cumplimiento superficial y formal, sin alcanzar una justicia significativa en su aplicación práctica.

En primer lugar, el debate sobre qué significa la confiabilidad y la equidad en IA aún se encuentra en una fase inicial y poco definida. Esto plantea la pregunta de cuál debería ser la definición predominante de equidad al tratar con IA: una concepción ética, matemática o legal. Hemos señalado más arriba que según algunos académicos, la discriminación por algoritmos escapa a las categorías doctrinales tradicionales de la

legislación de no discriminación, lo que sugiere que es necesario un enfoque novedoso y multidisciplinario.

Implementar la equidad en los sistemas de IA requiere abordar cuestiones complejas, como la decisión sobre cuándo y cómo aplicar pruebas o test de equidad. Algunos modelos proponen una evaluación *ex ante*, es decir, durante el diseño del sistema, mediante evaluaciones de impacto[24]. Otros sugieren una evaluación *ex post*, basada en el control de calidad del producto o su uso, siguiendo estándares de calidad que garanticen resultados justos[25]. La equidad individual, por ejemplo, requiere identificar previamente qué resultado es justo, lo cual puede ser subjetivo y variar según el contexto y el grupo afectado.

La falta de directrices éticas específicas en el marco pluralista de la UE añade otra capa de dificultad. Existe una creciente expectativa de que puede existir un conjunto global de normas éticas para la IA, pero esta suposición a menudo ignora las diferencias políticas y culturales entre los Estados miembros.

Además, la complejidad de los sistemas de IA dificulta su estandarización en términos de equidad y transparencia. Dado que no son productos estáticos sino evolutivos, requieren una regulación que considere su naturaleza cambiante y los derechos fundamentales involucrados.

La regulación actual tiende a delegar en el sector privado y en organismos no legislativos la creación de normas y estándares de equidad para la IA —donde los intereses privados predominan sobre el bien público—, lo que podría llevar a hurtar estos sistemas de la necesaria tutela regulatoria. Este fenómeno, según algunos estudios, podría resultar en respuestas regulatorias que no necesariamente se alinean con los intereses democráticos[26].

La incapacidad para establecer un marco regulatorio efectivo y coherente en torno a la equidad en IA podría tener serias repercusiones para la democracia. Uno de los riesgos es la erosión de la confianza en las instituciones legales, especialmente si los

[24] Barocas, S., Hardt, M., & Narayanan, A. *Fairness and Machine Learning*. fairmlbook.org. (2019). Mitchell, M., Wu, S., Zaldivar, A., Barnes, P., Vasserman, L., Hutchinson, B & Gebru, T. *Model Cards for Model Reporting. Proceedings of the Conference on Fairness, Accountability, and Transparency* (FAT*), 2019. Raji, I. D., & Buolamwini, J. «Actionable Auditing: Investigating the Impact of Publicly Naming Biased Performance Results of Commercial AI Products». *Proceedings of the 2019 AAAI/ACM Conference on AI, Ethics, and Society*, 2019.

[25] Raji, I. D., & Buolamwini, J. *op. cit.*; Binns, R. *Fairness in Machine Learning: Lessons from Political Philosophy. Proceedings of the 2018 Conference on Fairness, Accountability, and Transparency* (FAT*) 2018. Veale, M., & Binns, R. «Fairer Machine Learning in the Real World: Mitigating Discrimination without Collecting Sensitive Data». *Big Data & Society*, 4(2) (2017).

[26] Véanse, entre otros, Binns, R., *op. cit.*; Zuboff, S. *The Age of Surveillance Capitalism: The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power*. PublicAffairs, 2019; Pasquale, F. *The Black Box Society: The Secret Algorithms That Control Money and Information.* Harvard University Press, 2015

ciudadanos perciben que los sistemas de IA benefician a entidades privadas en detrimento del bien público. Además, el creciente poder político de las grandes corporaciones tecnológicas, muchas de las cuales participan activamente en la creación de normas éticas para la IA, podría consolidarse a expensas de los poderes democráticos tradicionales. Estas empresas, al influir en el debate sobre la regulación de la IA, podrían terminar controlando aspectos esenciales del desarrollo y la implementación de la tecnología, con consecuencias profundas para la estructura de poder en la sociedad.

Finalmente, es preciso anotar que el «lavado de ética» (*ethics washing*) se ha convertido en un riesgo real, ya que se teme que las normas éticas se utilicen como sustitutos de una regulación efectiva, debilitando los derechos fundamentales y reduciendo la eficacia de la supervisión legal.

En conclusión, observamos que la regulación de la equidad en la IA en la Unión Europea está en una fase incipiente, enfrentando retos tanto conceptuales como prácticos. La UE busca construir un marco de equidad robusto, pero para lograrlo, deberá abordar no solo los desafíos técnicos, sino también las cuestiones éticas, legales y políticas que rodean a la tecnología y sus implicancias en la equidad y la justicia social.

IX. Bibliografía

Angwin, J., Larson, J., Mattu, S., & Kirchner, L. *Machine Bias: There's software used across the country to predict future criminals. And it's biased against blacks*. ProPublica, 2016. Disponible en: https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing

Barocas, S., Hardt, M., & Narayanan, A. *Fairness and Machine Learning*. fairmlbook.org., 2019.

Binns, R. *Fairness in Machine Learning: Lessons from Political Philosophy. Proceedings of the 2018 Conference on Fairness, Accountability, and Transparency* (FAT*) 2018.

Buolamwini, J., & Gebru, T. «Gender Shades: Intersectional Accuracy Disparities in Commercial Gender Classification». In *Proceedings of Machine Learning Research*, 81, 2018, pp. 1-15.

Dwork, C., Hardt, M., Pitassi, T., Reingold, O., & Zemel, R. «Fairness Through Awareness». In *Proceedings of the 3rd Innovations in Theoretical Computer Science Conference* ACM, 2012, pp. 214-226.

Friedler, S. A., Scheidegger, C., & Venkatasubramanian, S. *On the (im)possibility of fairness*, 2016. Disponible en: arXiv preprint arXiv:1609.07236.

Johnson, Deborah G. Computer Ethics. Prentice-Hall, 1985.

Maner, Walter. «Computer Ethics». In *Encyclopedia of Computer Science*, edited by Anthony Ralston and Edwin D. Reilly, 3rd ed., 268-272. New York: Van Nostrand Reinhold, 1993.

— *Starter Kit in Computer Ethics*. Helvetia Press y el National Information and Resource Center for Teaching Philosophy, Hyde Park, Nueva York, 1980. [Originalmente auto-publicado por Maner en 1978]

Mitchell, M., Wu, S., Zaldivar, A., Barnes, P., Vasserman, L., Hutchinson, B & Gebru, T. *Model Cards for Model Reporting. Proceedings of the Conference on Fairness, Accountability, and Transparency* (FAT*), 2019.

Moor, James H. «What is Computer Ethics?» *Metaphilosophy*, vol. 16, no. 4, 1985, pp. 266-275

Morondo Taramundi, Dolores, Eguiluz Castañeira, Josu Andoni y Álvarez, Tanya. «La discriminación algorítmica en España: límites y potencial del marco legal». Digital Future Society, 2022.

Morondo Taramundi, Dolores, Eguiluz Castañeira, Josu Andoni y Álvarez, Tanya. «La discriminación algorítmica en España: límites y potencial del marco legal». Digital Future Society, 2022.

O'Neil, Cathy. *Weapons of Math Destruction: How Big Data Increases Inequality and Threatens Democracy.* Crown Publishing Group, 2016.

Pasquale, F. *The Black Box Society: The Secret Algorithms That Control Money and Information.* Harvard University Press, 2015.

Raji, I. D., & Buolamwini, J. «Actionable Auditing: Investigating the Impact of Publicly Naming Biased Performance Results of Commercial AI Products». *Proceedings of the 2019 AAAI/ACM Conference on AI, Ethics, and Society*, 2019.

Shneiderman, Ben. *Human-Centered AI*. Oxford University Press, 2022.

— *Human-Centered Artificial Intelligence: Reliable, Safe & Trustworthy.* Disponible en: arXiv preprint arXiv:2002.04087, 2020.

Sweeney, Latanya. «Discrimination in Online Ad Delivery». *Communications of the ACM,* vol. 56, no. 5, 2013, pp. 44-54.

Veale, M., & Binns, R. «Fairer Machine Learning in the Real World: Mitigating Discrimination without Collecting Sensitive Data». *Big Data & Society*, 4(2) (2017).

Xenidis, Raphaële, y Senden, Linda. «EU Non-Discrimination Law in the Era of Artificial Intelligence: Mapping the Challenges of Algorithmic Discrimination». *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, vol. 36, no. 2, 2020, pp. 123-150.

Zuboff, S. *The Age of Surveillance Capitalism: The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power*. PublicAffairs, 2019.

4

COLOMBIA 1997-2022. UN CUARTO DE SIGLO CONSTRUYENDO EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA MUERTE DIGNA EN SEDE JURISDICCIONAL ANTE EL SILENCIO DEL LEGISLADOR*

Gonzalo Arruego Rodríguez
Profesor de Derecho Constitucional
Universidad de Zaragoza

SUMARIO: I. Introducción. II. (1997) El nacimiento (sorpresivo) de un nuevo derecho: el «derecho fundamental a la muerte digna». III. (1997-2020) Perfilando la titularidad y los contornos de un derecho fundamental autónomo y complejo para gestionar los momentos finales de la vida propia. IV. (2021-2022) La primera ampliación de los supuestos eutanásicos 24 años después y el cierre de una inconsistencia tras un cuarto de siglo. V. Consideraciones finales. VI. Bibliografía.

I. Introducción

Reflexionar acerca de la muerte y cómo afrontarla es una constante de la condición humana. También, en cierto modo, enfrentarse a ese final valorando la posibilidad de ser uno mismo quien decida su cómo y cuándo. E incluso recurriendo para ello, por las razones que sean, al auxilio o compañía de terceros que abordarán también inevitablemente, llegado el momento, la extinción de sus vidas. Obviamente, nada de esto es nuevo.

La novedad en las últimas décadas es el debate en torno a las posibilidades abiertas por nuestra capacidad, necesariamente limitada, aunque creciente, para gestionar nuestra muerte como proceso y espacio decisional en un entorno clínico. Un debate quizá de altura más limitada, pero sin duda más sofisticado, y que solo es comprensible en un contexto donde profundos cambios socio-culturales y nuevos escenarios científico-tecnológicos se retroalimentan de manera continuada[1]. Un debate, en fin, que comprende

* Esta investigación se ha desarrollado al amparo del Proyecto Nacional «¿Parlamentarismo debilitado o amenazado? Análisis de las dinámicas y tendencias de los sistemas representativos y efectos en los procesos legislativos» (Parlegislativo; PID2023-153065NB-I00).

[1] Véanse las reflexiones de Chueca en este mismo volumen.

también la posibilidad de terminar voluntariamente con nuestra vida conforme a ciertas coordenadas y con la ayuda de personal especializado.

Como se sabe, la respuesta mayoritaria de los ordenamientos jurídicos a este dilema ha sido tradicionalmente, y sigue siendo, la represión penal. Esta es una realidad inocultable. Pero también lo es que los acontecimientos parecen haberse acelerado recientemente hasta el extremo de advertirse, al menos en Europa, una innegable tendencia hacia la regulación de esa capacidad con mayor o menor extensión[2]. Así, y a pesar de que actualmente solo en ocho estados sería posible prestar alguna forma de ayuda (médica) para morir[3], estaríamos en un momento de apertura en constante evolución que, dependiendo de los casos, tendría su origen en impulsos jurisdiccionales o/y legislativos[4].

[2] Apreciación muy relevante por venir del órgano jurisdiccional de referencia en materia de garantía derechos fundamentales en nuestro entorno, STEDH *Karsai c. Hungría* (2024).

[3] Los tres países del Benelux (Bélgica, Holanda y Luxemburgo) a principios de los 2000 y, casi dos décadas después, España en 2021 (Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, *de regulación de la eutanasia*), Austria en enero de 2022 tras la sentencia de su tribunal constitucional en diciembre de 2020 (*Bundesgesetz, mit dem ein Sterbeverfügungsgesetz erlassen wird sowie das Suchtmittelgesetz und das Strafgesetzbuch geandert werden* y sentencia del Tribunal Constitucional austriaco G-139/2019-71) y Portugal, tras varios intentos y dos sentencias de su tribunal constitucional mediante, hace algo más de dos años (Lei n.º 22/2023, de 25 de maio y sentencias del Tribunal Constitucional portugués 123/2021 y 5/2023). Y ello sin olvidar los peculiares casos de Italia o Alemania y, ya fuera de la Unión Europea, pero también en el marco del Consejo de Europa, el conocido caso de Suiza.

[4] Por ceñirnos a algunos ejemplos recientes especialmente significativos, hace algo más de un año la Asamblea Nacional francesa debatía el *Proyecto de Ley sobre el acompañamiento de los enfermos y el final de la vida*; un debate interrumpido por la convocatoria anticipada de elecciones tras la celebración de los comicios al Parlamento europeo. En el Reino Unido, el *Nuffield Council of Bioethics* constituyó entre abril y junio de 2024 un *Citizen's Jury* para pulsar la opinión de los ciudadanos británicos sobre la posible legalización de la muerte asistida. Una experiencia ya realizada en la Isla de Jersey con el resultado de una abrumadora mayoría en favor de esa legalización: el 78,3 % de los miembros del jurado estuvieron de acuerdo en que la muerte asistida, en su doble formato de suicidio asistido y eutanasia administrados por personal sanitario cualificado, debería permitirse en el caso de residentes mayores de 18 años que padezcan una enfermedad terminal o un sufrimiento insoportable y siempre bajo estrictas salvaguardias como, por ejemplo, un proceso de aprobación previa, un período obligatorio de reflexión o la necesaria intervención judicial. De hecho, ya han comenzado los pasos para aprobar e implementar la normativa pertinente que, se estima, podría estar vigente a partir de 2027. También en la Isla de Man se espera que en 2027 entre en vigor la regulación que permitirá el suicidio médicamente asistido de aquellos enfermos adultos, capaces y residentes durante al menos 5 años, cuya esperanza de vida sea de alrededor de 12 meses o menos. En este contexto, la Cámara de los Comunes publicó en el mes de febrero de 2024 un informe sobre la materia (*Assisted Dying/Assisted Suicide Second Report of Session 2023-24*) que en mayo de 2024 obtuvo respuesta gubernamental (*Assisted Dying/Assisted Suicide: Government Response to the Committee's Second Report*) y el 29 de noviembre de 2024 aprobó la tramitación de la *Terminally Ill Adults (End of Life) Bill* para que los enfermos terminales con una esperanza de vida de seis meses o menos puedan obtener ayuda médica para suicidarse. Finalmente, y sin abandonar las islas, una comisión parlamentaria con representación de todas las fuerzas políticas (*Houses of the Oireachtas, Joint Committee on Assisted Dying*) recomendó en la República de Irlanda en marzo de 2024 la legalización de la

De hecho, en los últimos años la actividad de la jurisdicción constitucional y de garantía de derechos humanos ha sido especialmente intensa en esta materia, hasta el extremo de poder afirmarse que ese punto de inflexión en la regulación de la muerte (médicamente) asistida tiene más que ver con la actividad jurisdiccional que con la legislativa: casos *Carter* y *Truchon* en Canadá en 2015 y 2019[5], caso *Cappato* en Italia en 2018 (y 2019)[6], sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán relativa a la prestación del suicidio asistido como servicio en febrero de 2020[7], Sentencia del Tribunal Constitucional austriaco sobre el suicidio asistido en diciembre de 2020[8], sentencias 123/2021 y 5/2023 del Tribunal Constitucional portugués sobre la «anticipación de la muerte médicamente asistida», Sentencias 19 y 94/2023 de nuestro Tribunal Constitucional sobre la Ley Orgánica de Regulación de la Eutanasia (LORE), Sentencia 67-23-IN/24 de la Corte Constitucional de Ecuador declarando parcialmente inconstitucional el tipo penal del homicidio y, fundamentalmente, la constante evolución de la doctrina del TEDH desde *Pretty* (2002) hasta las más recientes *Mortier* (2023) y *Karsai* (2024).

Pero mucho antes de esta reciente concatenación de pronunciamientos, concretamente en el año 1997, la Corte Constitucional de Colombia fue el primer órgano de garantías constitucionales que alteró los parámetros penales desde los que los ordenamientos han respondido tradicionalmente al problema de la muerte (médicamente) asistida[9]. Y lo hizo, además, negando la constitucionalidad de su prohibición absoluta

---

muerte asistida para quienes padecen una enfermedad irreversible e incurable que causará su muerte en un plazo de 6 meses, o de 12 en el caso de afecciones neurodegenerativas, y que provocan un sufrimiento que no puede ser aliviado de otro modo. Es más, el parlamento de la República de Irlanda (*Oireachtas*) comenzó a trabajar en una iniciativa legislativa en tal sentido (*Voluntary Assisted Dying Bill 2024*) que caducó como consecuencia de la disolución de sus dos cámaras (*Dáil Éireann* y *Seanad Éireann*).

[5] *Carter c. Canada (Fiscal General)*, 2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331 y *Truchon c. Fiscal General de Canadá*, 2019 QCCS 3792.

[6] Sentencias 207/2018 y 242/2019.

[7] BVerfGE de 26 de febrero de 2020. Un análisis de esta sentencia en la doctrina española en Riquelme, P., «Suicidio asistido y libre desarrollo de la personalidad en la República Federal de Alemania», *Revista de Derecho Político*, 109, 2020 y COCA, I., «El derecho a un suicidio asistido frente a la prohibición de su fomento como actividad recurrente (§ 217 StGB). Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 26 de febrero de 2020», *InDret*, 4, 2020.

[8] Sentencia G-139/2019-71; véase, Khakzadeh, L., «Assisted Suicide in Austria – the new legal framework», *BioLaw Journal*, 1, 2022.

[9] Pese a ello, se ha llamado la atención acerca de la escasa atención doctrinal que se le ha prestado en comparación con otras jurisdicciones: «Sin embargo, tanto en la literatura bioética como en los medios de comunicación globales el caso colombiano de despenalización de la eutanasia no suele ser examinado con exhaustividad y se reduce casi siempre a una mera mención. Con frecuencia solo se discuten los casos de Holanda, Bélgica y Oregón en Estados Unidos (…). ¿Será este descuido, acaso, una muestra más del predominio en bioética de las perspectivas y debates de los países desarrollados?», Díaz Amado, E., «La despenalización de la eutanasia en Colombia: contexto, bases y críticas», *Revista de Bioética y Derecho*, n. 40, 2017, p. 127. Del mismo autor una panorámica de la situación colombiana hasta 2019 en «El morir

a partir del «descubrimiento» de un nuevo derecho fundamental que otorga a la persona un conjunto de facultades para decidir y controlar el proceso de su muerte: «el derecho fundamental a la muerte digna».

Desde entonces, el Tribunal ha perfilado los contornos del derecho a través de una serie jurisprudencial que es expresiva de algunos de los problemas que habitualmente se ha señalado que concurren en su reconocimiento jurisdiccional. Por ejemplo, la tensión entre la acción jurisdiccional y la inacción legislativa, una complicación hoy muy presente en Italia y también, aunque en mucha menor medida y desde un punto de vista muy diferente, en Alemania. Así, y transcurridos más de 25 años desde su primer exhorto al Congreso de la República para que reglamentara la muerte asistida[10], Colombia sigue careciendo a día de hoy de dicha regulación, circunstancia que ha obligado al Tribunal a precisar cada vez con mayor minuciosidad, y a golpe de sentencia, los perfiles y circunstancias de ejercicio de ese derecho[11]. En el transcurso de este tiempo hemos sido testigos de cómo ha evolucionado la discusión en torno a la muerte asistida (apertura a nuevas situaciones y acceso de menores y enfermos psiquiátricos) o de cómo ha sido necesario abordar algunas obvias inconsistencias (mantenimiento de la prohibición del suicidio asistido).

Al análisis de este periplo jurisprudencial que ha alcanzado ya un cuarto de siglo (Sentencia C-239/1997-Sentencia C-164/2022) están dedicadas las siguientes páginas.

II. (1997) El nacimiento (sorpresivo) de un nuevo derecho: el «derecho fundamental a la muerte digna»

Tal y como acaba de describirse, fue en el año 1997 cuando, de forma tan pionera como polémica y sorpresiva[12], la Corte Constitucional de Colombia se convirtió en el primer órgano jurisdiccional en proclamar que de su norma constitucional se deriva el

---

dignamente y la eutanasia en Colombia», Marcos del Cano, A. M.ª y De la Torre, J. (eds.), *Y de nuevo la eutanasia. Una mirada nacional e internacional*, Dykinson, Madrid, 2019.

[10] Como el régimen jurídico de la muerte asistida debe corresponder al legislador, la Corte exhortó al Congreso a que la regulara en el periodo de tiempo más breve posible con la previsión de que «mientras se regula el tema, en principio, todo homicidio por piedad de enfermos terminales debe dar lugar a la correspondiente investigación penal, a fin de que en ella, los funcionarios judiciales, tomando en consideración todos los aspectos relevantes para la determinación de la autenticidad y fiabilidad del consentimiento, establezcan si la conducta del médico ha sido o no antijurídica, en los términos señalados en esta sentencia», Sentencia C-239/97/II.D. Precisamente, una de las críticas más reiteradas en los Votos a la sentencia fue que, en su opinión, el Tribunal se extralimitaba en sus funciones invadiendo las competencias del poder legislativo. En contra, sin embargo, Lozano Villegas, G., «La eutanasia activa en Colombia. Algunas reflexiones sobre la jurisprudencia constitucional», *Revista Derecho del Estado*, n. 11, 2001, p. 99.

[11] Esta es una constante en la jurisprudencia del Tribunal, quien a lo largo de sus pronunciamientos se ha enfrentado no solo a la falta de regulación sino también a los problemas suscitados por las entidades prestatarias de los servicios sanitarios.

[12] De hecho la sentencia conoció tres «salvamentos de voto», tres «aclaraciones de voto» y un Incidente de nulidad resuelto por el Auto 035/97.

reconocimiento de un «derecho fundamental a morir dignamente». Fue en su Sentencia C-239/97, resultado de la demanda de inconstitucionalidad frente al entonces artículo 326 del Código penal, que tipificaba el conocido como «homicidio eutanásico o por piedad»[13].

No deja de ser llamativo que, a diferencia del planteamiento que podríamos considerar «habitual» en esta materia, lo que pretendía el demandante era que ese tipo penal se declarase inconstitucional pero no por reprochar penalmente esas conductas, sino por sancionarlas con una pena inferior. En su opinión, imponer un menor castigo a esa clase de homicidios vulneraba el deber estatal de igual protección de la vida humana[14]; una obligación impuesta con rotundidad por el artículo 11 de la Constitución política de Colombia, que proclama la inviolabilidad del derecho fundamental a la vida[15].

A pesar del enfoque de la demanda, y aunque el Tribunal declaró finalmente «exequible» (constitucional) la norma, sí introdujo un importante matiz derivado de la afirmación de un derecho fundamental que no está formalmente consagrado en ningún precepto de la Constitución: el «derecho fundamental a la muerte digna». Así, el juez de la Constitución resolvió que cuando la acción es protagonizada por un médico y es resultado de la libre voluntad del sujeto pasivo, en quien deben además concurrir ciertas condiciones clínicas (enfermedad terminal), «no podrá derivarse responsabilidad»[16].

[13] «Homicidio por piedad. El que matare a otro por piedad, para poner fin a intensos sufrimientos provenientes de lesión corporal o enfermedad grave o incurable, incurrirá en prisión de seis meses a tres años». Actualmente, el artículo 106 del Código penal, aprobado mediante la Ley 599 de 2000 (24 de julio), dispone que «El que matare a otro por piedad, para poner fin a intensos sufrimientos provenientes de lesión corporal o enfermedad grave e incurable, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses».

[14] En cuanto a cómo el Tribunal desestimó esta objeción de constitucionalidad, «However (…) it might have been desirable for the Court to deal more explicitly with the question of whether, in recognising mercy killings based on the health of the victim, the legislator discriminates against and attaches less value to the lives of people who experience extreme suffering caused by physical injury or a grave and incurable illness. This problem is to some extent exacerbated by the fact that unlike in many other countries that allow for a lesser offence of mercy killing (…) [under the Colombian Criminal Court] a request by the individual to have his/her life ended is not a prerequisite of the lesser punishment», Michalowski, S., «Legalising active voluntary euthanasia through the courts: some lessons from Colombia», *Medical Law Review*, vol. 17, n. 3, 2009, DOI: https://doi.org/10.1093/medlaw/fwp012, p. 188. Con relación a las razones que motivaban que el «homicidio por piedad» tuviese menos castigo, el Tribunal afirmó que a diferencia del homicidio «simple» o «agravado», donde se «anula una existencia, porque a [juicio del autor] no tiene ningún valor», en este caso «el sujeto activo no mata por desdén hacia el otro sino por sentimientos totalmente opuestos. El sujeto activo considera a la víctima como una persona con igual dignidad y derechos, pero que se encuentra en una situación tal de sufrimiento, que la muerte puede ser vista como un acto de compasión y misericordia», Sentencia C-239/97/II.B.1.b.

[15] «El derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte».

[16] En su fallo el Tribunal «[Declara] Exequible el artículo 326 del decreto 100 de 1980 (Código Penal), con la advertencia de que en el caso de los enfermos terminales en que concurra la voluntad libre del sujeto pasivo del acto, no podrá derivarse responsabilidad para el médico autor, pues la conducta está justificada».

En otras palabras, y retornando en cierta medida a los parámetros «tradicionales» del debate, para la Corte los problemas de constitucionalidad del precepto radicaban en sancionar ese tipo de homicidios también cuando mediaba el consentimiento de la supuesta víctima, algo que estimó contrario a la norma fundamental[17]. Y es que una de las claves para concluir la existencia de un «derecho fundamental a la muerte digna» fue, precisamente, la interpretación que hizo la Corte de la garantía constitucional del derecho a la vida y, sobre todo, la consiguiente delimitación del alcance del deber estatal de protección.

Así, y partiendo siempre de «una perspectiva secular y pluralista que respete la autonomía moral del individuo y [sus] libertades y derechos»[18], el Tribunal se apoyó en tres premisas.

La primera de ellas fue la «dignidad humana» que, como fundamento del orden constitucional y valor supremo que se irradia a todos los derechos fundamentales, impone el respeto de la autonomía e identidad de la persona, que no puede ser convertida en cosa. La dignidad serviría, así, para trascender desde un doble punto de vista la concepción del derecho a la vida como pura garantía de la simple existencia física: ni puede reducirse a la mera subsistencia, porque abarca también «vivir adecuadamente en condiciones de dignidad», ni puede interpretarse perdiendo de vista la «posición [de la persona] frente al valor de la vida para sí»[19]. El segundo pilar fue el libre desarrollo de la personalidad «como máxima expresión de los derechos fundamentales». Y, finalmente, el tercero fue el principio de solidaridad, que obliga a todo ciudadano a socorrer a quien se encuentra en una situación de necesidad, pues tampoco puede olvidarse que, siendo sujetos individuales, las personas se desenvuelven en sociedad[20].

[17] Efectivamente, desde el inicio la Corte dejó claro que el artículo 326 del Código Penal no contemplaba la voluntad de quien padece esos sufrimientos, motivo por el cual procedió a examinar su constitucionalidad si bien desde ese punto de vista radicalmente distinto al postulado por el recurrente. En su opinión, la Constitución de 1991 «introdujo significativas modificaciones en relación con los derechos fundamentales, que obligan a reinterpretar todas las disposiciones del Código Penal, bajo esa nueva luz; es por ello que la Corte entra a analizar si es legítimo que dentro de este orden constitucional se penalice a la persona que ejecuta un homicidio por piedad, pero atendiendo a la voluntad del propio sujeto pasivo».

[18] Este es un aspecto destacado en su razonamiento consecuencia de la recurrente y aparente identificación entre punición de la muerte asistida e imposición de convicciones morales y, sobre todo, religiosas.

[19] Algo ya sostenido en las Sentencias T-366/93 y T-123/94. El Tribunal redunda en esta idea cuando en otras resoluciones afirma, por ejemplo, que una de las consecuencias del concepto dignidad humana es la imposibilidad de asignar «un valor preponderante y absoluto al concepto biológico de vida olvidando que un ser humano es mucho más que las funciones respiratoria y cardiaca», Sentencia C-233/14/IV.4.3.1, por ejemplo.

[20] En palabras del Tribunal, «no es difícil descubrir el móvil altruista y *solidario* de quien obra movido por el impulso de suprimir el sufrimiento ajeno», Sentencia C-239/97/II.B.1.b, cursivas en el original. Ha destacado la importancia del principio de solidaridad en la economía de la sentencia Michalowski, en cuya opinión, «Autonomy requires that it must be left to the individual to determine whether or not life is worth living. Dignity comes into play in particular where the individual experiences such

En su conjunto, estos elementos condujeron al necesario reconocimiento de la autonomía y responsabilidad de la persona en las decisiones sobre aquellos asuntos que a ella atañen en primer término y a que, en principio, no quepa la imposición de más deberes que los relacionados con el resto de sujetos con los que convive en sociedad[21]. No existiría por lo tanto más límite que no afectar los derechos de los demás y tampoco sería dable al Estado imponer mediante sus normas una determinada visión o convicción acerca de qué sea la vida humana. Pero, sobre todo, estos mimbres servirían para delimitar el alcance del deber de proteger la vida que pesa sobre el Estado y que se desprende de la dimensión objetiva del derecho fundamental[22]: nunca podrá interpretarse desconociendo la autonomía y dignidad personales y el libre desarrollo de la personalidad[23].

La sorpresa radica en que este razonamiento, sustentado como acaba de describirse sobre la protección de la autodeterminación individual respecto de las decisiones más íntimas, incluida la muerte, al amparo de la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad, no condujo, como sin embargo podría haberse pensado a la luz del argumentario tradicionalmente esgrimido en favor de la muerte asistida, a una relectura del derecho a la vida en clave de libertad. Tampoco a defender la existencia de una facultad iusfundamental de libre disposición de la vida propia de contornos amplios[24]. Por el contrario, la Corte afirmó un derecho fundamental nuevo y autónomo, el derecho a morir dignamente, sin alterar en esencia la concepción del derecho a la vida y, en un giro del que no se aportaron razones, lo constriñó exclusivamente a un solo tipo de personas definido por su condición clínica (enfermos terminales aquejados de un sufrimiento

---

suffering that continued life would be perceived as undignified, and it prevents the state from imposing on the individual limits on the exercise of autonomy in the name of the religious convictions of others. However, this in itself would not necessarily go any further than to justify that competent individuals can refuse life-saving or life-sustaining medical treatment, or that they can commit suicide. In order to reach the conclusion that autonomy and dignity require the state to decriminalise active voluntary euthanasia, the principle of solidarity is important, because it provides a constitutional basis for the argument that the Constitution condones the active intervention of third parties in the dying process», MICHALOWSKI, S., *op. cit.,* p. 193. El principio de solidaridad vuelve a desempeñar, como se mostrará *infra*, un importante rol argumentativo en la Sentencia C-164/2022.

[21] «En estos términos, la Constitución se inspira en la consideración de la persona como un sujeto moral, capaz de asumir en forma responsable y autónoma las decisiones sobre los asuntos que en primer término a él incumben, debiendo el Estado limitarse a imponerle deberes, en principio, en función de los otros sujetos morales con quienes está abocado a convivir», Sentencia C-239/97/II.C.1.

[22] En palabras del Tribunal, la garantía de la vida es, al mismo tiempo, un «derecho» y un «valor», *Ibidem*, II.C. Deber de proteger la vida, por cierto, que la Corte no solo proyecta sobre los poderes públicos sino sobre el propio titular del derecho a la luz de la obligación que tienen los ciudadanos de cuidar su salud y que impone el artículo 49 de la Constitución.

[23] *Ibidem*, especialmente II.C.1 y II.C.3.

[24] Algo que, por ejemplo, sí ha hecho el Tribunal Constitucional alemán en su *BVerfGE* de 26 de febrero de 2020, probablemente llevando hasta sus últimas consecuencias parte de la doctrina del TEDH.

insoportable)[25]. Es entonces cuando adquirieron especial trascendencia otras justificaciones también habituales en el debate sobre la muerte asistida como, por ejemplo, la necesidad de evitar a esas personas el padecimiento físico y psicológico derivado de morir tras un doloroso proceso o que el deceso se produzca en unas condiciones que estiman que no son acordes a su concepción de la vida.

El eje de la argumentación se desplazó, así, a responder a la pregunta de si «en circunstancias extremas» que hacen que la vida no resulte «deseable ni digna de ser vivida», es posible hurtar al individuo la capacidad para «decidir si continúa o no viviendo» a resultas del deber de preservar la vida que pesa sobre los poderes públicos[26].

La respuesta fue negativa. Pero, hay que insistir, solo en esas extremas circunstancias: cuando nos encontramos ante «enfermos terminales» que padecen «extremos e insoportables sufrimientos» que consideran incompatibles con su «idea de dignidad»[27]. La razón es que en esa situación el deber estatal de proteger la vida se debilita hasta ceder ante la voluntad libre del enfermo. Pero, en el fondo, ello es así porque la decisión no es ya entre vivir y morir, sino cómo se quiere morir[28]. En esas condiciones, «el

[25] Aún desde puntos de vista diversos, e incluso antagónicos, este es un aspecto sobre el que llaman la atención algunos de los Votos y Aclaraciones de voto a la sentencia, cuyos autores se preguntan acerca de por qué solo esos enfermos y en esas condiciones. Véanse, por ejemplo, el Voto particular del Magistrado Hernández Galindo y las Aclaraciones de voto de los Magistrados Arango y Gaviria.

[26] Sentencia C-239/97/II.C.1.

[27] «(…) si la manera en que los individuos ven la muerte refleja sus propias convicciones, ellos no pueden ser forzados a continuar viviendo cuando, por las circunstancias extremas en que se encuentran, no lo estiman deseable ni compatible con su propia dignidad, con el argumento inadmisible de que una mayoría lo juzga un imperativo religioso o moral (…) el Estado no puede demandar conductas heroicas, menos aún si el fundamento de ellas está adscrito a una creencia religiosa o a una actitud moral», *ibidem*. Garantía constitucional de la pluralidad de visiones «morales, éticas y religiosas» que se proyecta en esta materia tanto sobre el enfermo, como sobre el personal sanitario, a quien no podría obligarse a «realizar un determinado procedimiento». Así, y como consecuencia de la configuración prestacional y medicalizada del «derecho fundamental a la muerte digna», cuyos principales obligados son los médicos y los prestadores de salud, se reconoce su derecho a la objeción de conciencia pero con la obligación de reasignar otro profesional clínico que realice el procedimiento, Sentencia T-970/14/4.9 y 7.2.11.

[28] «(…) frente a los enfermos terminales que experimentan intensos sufrimientos, este deber estatal cede frente al consentimiento informado del paciente que desea morir en forma digna. En efecto, en este caso, el deber estatal se debilita considerablemente por cuanto, en virtud de los informes médicos, puede sostenerse que, más allá de toda duda razonable, la muerte es inevitable en un tiempo relativamente corto. En cambio, la decisión de cómo enfrentar la muerte adquiere una importancia decisiva para el enfermo terminal, que sabe que no puede ser curado, y que por ende no está optando entre la muerte y muchos años de vida plena, sino entre morir en condiciones que él escoge, o morir poco tiempo después en circunstancias dolorosas y que juzga indignas. El derecho fundamental a vivir en forma digna implica entonces el derecho a morir dignamente», Sentencia C-239/97/II.C.3. Parecería que lo que está en juego es una suerte de derecho a no sufrir. Así, por ejemplo, «(…) el daño que se causó a la accionante consistió en el sufrimiento físico y sicológico que debió padecer hasta el día de su muerte. El deseo de la accionante era poner fin a ese sufrimiento (…) el daño no se concretó con la muerte, pues (…) era inevitable (…) la

derecho fundamental a vivir en forma digna» implica «el derecho a morir dignamente». Una conclusión que el Tribunal apuntala con la afirmación de que, si en ese escenario no se permite a la persona poner fin a su existencia, se la somete a un «trato cruel e inhumano»[29].

Más todavía restaba un nuevo viraje en la argumentación del Tribunal: la caracterización del derecho fundamental a la muerte digna como un derecho prestacional que se desenvuelve en un contexto medicalizado[30]. Una interpretación que quizá pueda concebirse como una consecuencia impuesta por el deber estatal de proteger la vida humana[31] y que en la argumentación de la Corte se vincula a diversos factores: la necesidad de verificar la condición clínica del enfermo, asegurar la libertad de su decisión a través de una información apropiada y garantizar que su muerte se producirá en las condiciones adecuadas[32]. No puede olvidarse, en este sentido, que aquella obligación exige regular con sumo cuidado la muerte asistida sobre todo con dos objetivos: garantizar la libertad y responsabilidad de quien decide poner fin a su existencia y asegurar que solo acceden a ella «quienes sufren de intensos dolores producto de una enfermedad terminal»[33].

En suma, el deber estatal de proteger la vida humana cedería ante la decisión libre y responsable de una persona capaz que padece una enfermedad terminal que le provoca dolores insoportables e incompatibles con su idea de dignidad y que comprende el alcance y consecuencias de su decisión, pues ha sido debidamente informada acerca de

---

muerte no era el proceso que la accionante pretendía impedir con la acción de tutela. Por el contrario, lo que la actora pretendía era que aquella se causara en condiciones diferentes a las impuestas por la propia enfermedad», Sentencia T-970/14/2.8.

[29] Conclusión rechazada sin embargo por el TEDH en *Pretty c. Reino Unido* (2002) y también en su momento por el Tribunal Supremo de Canadá en *Rodríguez c. Columbia Británica (Fiscal General)* (1993). En palabras del Tribunal, «condenar a una persona a prolongar por un tiempo escaso su existencia, cuando no lo desea y padece profundas aflicciones, equivale no sólo a un trato cruel e inhumano, prohibido por la Carta (CP art.12), sino a una anulación de su dignidad y de su autonomía como sujeto moral. La persona quedaría reducida a un instrumento para la preservación de la vida como valor abstracto», Sentencia C-239/97/II.C.3.

[30] Repárese en que el Tribunal solo excluyó la responsabilidad penal para el médico que realizara la conducta en las condiciones establecidas en la sentencia.

[31] Por ello, por ejemplo, en ejercicio de su compromiso por el mantenimiento de la vida el poder público debe ofrecer al individuo todas las posibilidades a su alcance para seguir viviendo, «en particular, brindarle[s] los tratamientos paliativos para el dolor», Sentencia C-239/97/II.D.

[32] «(…) la Corte concluye que el sujeto activo debe de ser un médico, puesto que es el único profesional capaz no sólo de suministrar esa información al paciente sino además de brindarle las condiciones para morir dignamente», *Ibidem*, II.C.3.

[33] Por este motivo, y aunque esta es una cuestión que reconoce que atañe al legislador, el Tribunal sugirió distintas garantías en línea con las que tradicionalmente han adoptado aquellas jurisdicciones que han legalizado la muerte asistida. A saber, reiterar la decisión transcurrido cierto periodo de tiempo, la necesidad de autorización judicial o que haya una reunión previa con un equipo de apoyo que informe de la situación y alternativas.

su enfermedad, de su pronóstico y de las alternativas terapéuticas que existen. Además, el sujeto activo de la acción de poner fin a su vida solo podría ser un médico[34].

III. (1997-2020) Perfilando la titularidad y los contornos de un derecho fundamental autónomo y complejo para gestionar los momentos finales de la vida propia

En lo esencial, la fundamentación del «derecho a morir dignamente» en el respeto debido a la dignidad y autonomía de la persona se mantuvo incólume en los pronunciamientos de la Corte en las décadas siguientes.

A la postre, y siempre dentro de los estrictos límites de la condición clínica exigida en el individuo, todo ello condujo a la configuración de un derecho fundamental autónomo y poseedor de una clara vertiente prestacional, cuyo contenido estaría integrado por un conjunto de facultades para gestionar o gobernar los últimos momentos de la vida propia en el marco médico asistencial.

Esta caracterización comenzó a ser expresa en la Sentencia T-970/14, que dio un significativo paso más en la minuciosidad con la que la Corte ha perfilado progresivamente el régimen jurídico del derecho[35]. Así, en ella se afirmó que nos encontramos

[34] Si concurren estas circunstancias el Estado no puede oponerse ni a su decisión ni a su ejecución con auxilio de un tercero (el médico) y tampoco puede operar la sanción penal del artículo 326 del Código Penal porque la acción «carece de antijuridicidad». En definitiva, «se trata de un acto solidario que no se realiza por la decisión personal de suprimir la vida, sino por la solicitud» del enfermo, motivo por el cual el médico no puede ser sancionado, sino que «los jueces deben exonerarle de responsabilidad», Sentencia C-239/97/II.C.3.

[35] La Sentencia contuvo un nuevo exhorto al Congreso de la República de Colombia para que «proceda a regular el derecho fundamental a morir dignamente, tomando en consideración los presupuestos y criterios establecidos en esta providencia», y dos mandatos dirigidos al Ministerio de Salud y Protección Social. El primero le otorgó un plazo de treinta días desde la comunicación de la sentencia para emitir «una directriz y [disponer] todo lo necesario para que los Hospitales, Clínicas, IPS, EPS y, en general, prestadores del servicio de salud, conformen el comité interdisciplinario del que trata esta sentencia y cumplan con las obligaciones emitidas en esta decisión». El Ministerio dio cumplimiento a esta prescripción mediante la aprobación de la Resolución 1216/2015, de 20 de abril, *por medio de la cual se da cumplimiento a la orden cuarta de la sentencia T-970 de 2014 de la Honorable Corte Constitucional en relación con las directrices para la organización y funcionamiento de los Comités para hacer efectivo el derecho a morir con dignidad* (derogada por la actual Resolución 971/2021). El Ministerio se había dirigido previamente a la Corte solicitando la ampliación de ese plazo, a ser posible en tres o seis meses, y la celebración de una «Audiencia Especial» con el objeto de exponer algunas cuestiones referidas «con la operatividad del procedimiento en todo el territorio nacional»; ambas solicitudes fueron denegadas mediante el Auto 098/15. El segundo mandato le impuso el deber de «sugerir a los médicos un protocolo médico que será discutido por expertos de distintas disciplinas y que servirá como referente para los procedimientos tendientes a garantizar el derecho a morir dignamente». Este es el origen del *Protocolo para la aplicación del procedimiento de eutanasia en Colombia*, que data del año 2015. En todo caso, el Tribunal establece en la sentencia los cuatro principios con arreglo a los cuales los «médicos y prestado-

ante un derecho «autónomo», «independiente pero relacionado con la vida y otros derechos» y «complejo»[36].

Como expresamente afirmó el Tribunal, aunque suele enfatizarse «la muerte anticipada o el procedimiento denominado eutanasia», el derecho fundamental a la muerte digna garantizaría «un conjunto de facultades que permiten a una persona ejercer su autonomía y tener control sobre el proceso de su muerte e imponer a terceros límites respecto a las decisiones que se tomen en el marco de la salud»[37]. En suma, se otorgó carácter iusfundamental al derecho del paciente a acceder a un conjunto de procedimientos médicos al final de su vida y en ejercicio de su autonomía.

En primer lugar, entre los contenidos de este nuevo derecho destaca efectivamente la eutanasia, un procedimiento que, inicialmente y de acuerdo a la Sentencia C-239/97, solo era accesible a los enfermos diagnosticados como terminales y cuya enfermedad era causa de intensos dolores o padecimientos. Si la primera circunstancia es un factor objetivo que ha de ser clínicamente establecido[38], en la segunda la percepción subjetiva del paciente sería determinante[39].

Más la eutanasia no agota el contenido del derecho fundamental a la muerte digna, que abarcaría también la limitación del esfuerzo terapéutico y el acceso a los cuidados paliativos, en este caso, además, y señalando quizá la apertura de la eutanasia que no se producirá hasta el año 2021, no solo para los enfermos terminales, sino también para

---

res de salud en general» deben «practicar procedimientos cuyo propósito sea el de garantizar el derecho fundamental a la muerte digna»: «la prevalencia de la autonomía del paciente», la «celeridad», «la oportunidad» y la «imparcialidad por parte de los profesionales de la salud». Hay que añadir que al año siguiente el Ministerio aprobó la Resolución 4006/2016, de 2 de septiembre, *por medio de la cual se crea el Comité Interno del Ministerio de Salud y Protección Social para controlar los procedimientos que hagan efectivo el derecho a morir con dignidad, se regula su funcionamiento y se dictan otras disposiciones*.

[36] Sentencia T-970/14/4.11 y 5.3. Así, el derecho a morir dignamente superaría el triple criterio que permite considerarlo como un derecho fundamental autónomo; a saber, estar fundamentado en la dignidad humana, ser traducible en un derecho subjetivo y existir consenso acerca de su naturaleza iusfundamental. Más allá de otro tipo de consideraciones, llama poderosamente la atención que la Corte estimara cumplido el último requisito: la existencia de consenso «a nivel legislativo, judicial, constitucional, o incluso de derecho internacional de los derechos humanos». Máxime cuando lo hizo con argumentos tales como que existe consenso «sobre la necesidad de reglamentar esa materia [pues] a pesar de no ser un tema pacífico, el Congreso en cuatro oportunidades ha intentado reglamentar el asunto que no deja de ser controversial y sensible (…). Adicionalmente, la Corte Constitucional mediante la ya tan mencionada sentencia C-239 de 1997 declaró que el derecho a morir dignamente es un derecho fundamental. La discusión parece estar zanjada pues este Tribunal, luego de un ejercicio argumentativo e interpretativo de la Constitución, reconoció que el derecho a morir dignamente es un derecho fundamental», *ibidem*, 5.3.

[37] Sentencia T-721/17/6.1.8.

[38] También, por ejemplo, la necesidad o la futilidad de un tratamiento médico, cuestiones que, por lo tanto, no dependen de la voluntad del paciente sino del criterio del médico o del equipo médico que le atiende, Sentencia C-233/14/IV.4.3.1

[39] Sentencia T-970/14/7.2.

los que padezcan una enfermedad crónica, degenerativa e irreversible «con alto impacto en su calidad de vida».

A este contenido sustantivo del derecho se habría añadido una «dimensión procedimental» que garantizaría que la solicitud para ejercerlo se tramite conforme al protocolo establecido y con independencia de que finalmente sea o no reconocido a la luz de la concurrencia de los requisitos materiales exigidos[40].

Un aspecto especialmente sensible es que la Corte, además, terminó por no establecer distinciones con relación a la titularidad del derecho a la muerte digna en función de la edad del enfermo, posibilitando su ejercicio también a los menores de edad. Esta importante apertura se produjo en la Sentencia T-544/17, en la que explicó que, lo contrario, atentaría contra la igualdad y contra el principio del interés superior del menor, significaría admitir «tratos crueles e inhumanos de los menores de edad» y se violaría la dignidad[41].

No ajeno a la delicada problemática de estas situaciones, lo cierto es que el juez de la Constitución sí señaló las particularidades que revestiría en estos casos la prestación del consentimiento para ejercer el derecho. Así, han sido las Sentencias T-544/17 y T-721/17 quienes han establecido las líneas maestras a las que debe ajustarse el régimen jurídico en esta materia. Básicamente, que «hay que dar prevalencia a la voluntad del menor» en función de «su desarrollo psicológico, emocional y cognitivo evaluado por expertos»; que, «en su caso, el consentimiento de ambos padres es obligatorio»; que si el menor está sometido a tutela, sea del Estado o de personas diferentes a los padres, «la valoración del consentimiento sustituto deberá ser estricta»; y que en caso de incapacidad o insuficiente desarrollo emocional, el consentimiento será por representación y «el comité interdisciplinario deberá ser más riguroso en el cumplimiento de los requisitos y análisis de la situación».

[40] «(…) el derecho a la muerte digna no solo comprende el acto médico de eutanasia sino que para su efectividad abarca también el trámite oportuno y expedito de las solicitudes elevadas por los pacientes dirigidas a obtener la garantía del derecho en mención. El trámite de la petición no necesariamente conlleva la práctica del procedimiento si se determina que no concurren los requisitos, pero desde el momento en el que el paciente o, como sucedió en este caso, sus representantes expresan la intención de ejercer el derecho, su garantía demanda una atención seria, integral y expedita la solicitud», Sentencia T-544/17/52. Véase la actual Resolución 971 de 2021, de 1 de julio, del Ministerio de Salud y Protección Social, *por medio de la cual se establece el procedimiento de recepción, trámite y reporte de las solicitudes de eutanasia, así como las directrices para la organización y funcionamiento del Comité para hacer Efectivo el Derecho a Morir con Dignidad a través de la Eutanasia*.

[41] Sentencia T-544/17/37; en opinión de Tomás-Valiente, la «lógica de la Corte es tan sencilla como (a mi juicio) tramposa», Tomás-Valiente, C., «La evolución del derecho al suicidio asistido y la eutanasia en la jurisprudencia constitucional colombiana: otra muestra de una discutible utilización de la dignidad», *REDC*, 116, 2019. DOI: https://doi.org/10.18042/cepc/redc.116.10, p. 315; la autora realiza un examen muy crítico de la doctrina de la Corte relativa a la eutanasia en el caso de menores y el progresivo desplazamiento de su argumentación hacia lo que denomina el «factor sufrimiento», calificando la situación generada de «caótica».

Con arreglo a esos mimbres, el Ministerio de Salud y Protección Social aprobó la Resolución 825/2018, de 9 de marzo, *por medio de la cual se reglamenta el procedimiento para hacer efectivo el derecho a morir con dignidad de los niños, niñas y adolescentes*[42]. Así, en el caso de minoría de edad la posibilidad de acceder a la eutanasia está excluida a los siguiente grupos (artículo 3): «recién nacidos y neonatos»; «primera infancia»; menores de los 6 a los 12 años, salvo que posean «un desarrollo neurocognitivo y psicológico excepcional que les permita tomar una decisión libre, voluntaria, informada e inequívoca en el ámbito médico y su concepto de muerte alcanza el nivel esperado para un niño mayor de 12 años»; «niños, niñas y adolescentes que presenten estados alterados de conciencia»; «niños, niñas y adolescentes con discapacidades intelectuales»; y «niños, niñas y adolescentes con trastornos psiquiátricos diagnosticados que alteren la competencia para entender, razonar y emitir un juicio reflexivo». Por lo tanto, la eutanasia queda abierta en Colombia, con carácter general y a salvo de las circunstancias del caso concreto, a los menores entre los 12 y los 17 años y, excepcionalmente, también entre los 6 y los 12. También como regla general, hasta los 14 años será además precisa la concurrencia de quien ejerza la patria potestad, que solo será informado en el caso de menores de entre 14 y 17 años.

También con relación a los problemas relativos a la titularidad y eventuales particularidades de ejercicio del derecho a la muerte digna, la corte ha admitido «el consentimiento sustituto». Es decir, que la solicitud no provenga del paciente (actualmente o a través de un documento de voluntades anticipadas) sino que se realice por representación si aquel está en situación de incapacidad. Aunque el objetivo sería evitar cualquier «desventaja o discriminación a los pacientes incapacitados (…) frente a la protección de su derecho a morir con dignidad»[43], no puede ocultarse que esta solución suscita muchas incógnitas de entre las que destaca, aunque no solo, que puede favorecer solicitudes mediatizadas por las difíciles circunstancias de tener a su cargo a una persona enferma (cuando no por otras razones)[44].

[42] Su Capítulo III (artículos 7 a 16) regula el «Procedimiento para hacer efectivo el derecho a morir con dignidad a través de la eutanasia de adolescentes y excepcionalmente de niños y niñas entre 6 y 12 años».

[43] Una posibilidad reconocida en las sentencias T-970/14 y T-721/17 y que, como se sabe, está terminantemente excluida en el caso de nuestro artículo 5.2 LORE. En palabras del tribunal, «De otro lado, el consentimiento también puede ser sustituto. Esta manera de manifestar el consentimiento ocurre cuando la persona que sufre de una enfermedad terminal, se encuentra en imposibilidad fáctica para manifestar su consentimiento. En esos casos y en aras de no prolongar su sufrimiento, la familia, podrá sustituir su consentimiento», Sentencia T-970/14/7.2.9. De hecho, el tribunal exhortó al Ministerio de Salud y Protección Social a que modificara su Resolución 1216/2015 que, en el caso de situación de incapacidad, solo permitía el ejercicio del derecho a la muerte digna en cumplimiento de un testamento vital, «haciendo nugatoria la figura».

[44] Un riesgo palpable, por ejemplo, en la Sentencia T-721/17, donde las referencias a la condición de la menor enferma se entremezclan con apelaciones al «calvario» que vivió su familia y donde la Corte

IV. (2021-2022) La primera ampliación de los supuestos eutanásicos 24 años después y el cierre de una inconsistencia tras un cuarto de siglo

No deja de ser llamativo que, después de 24 años circunscribiendo la prestación de la eutanasia a los enfermos terminales, la eliminación de dicho requisito y, por lo tanto, la ampliación del espectro de sus posibles beneficiarios, tenga exactamente el mismo origen que el reconocimiento del derecho fundamental a la muerte digna: cuestionar otra vez la constitucionalidad del delito de «homicidio por piedad»[45]. Una circunstancia que obliga a la Corte a un doble esfuerzo argumentativo en la sentencia que regresa a esta cuestión, la C-233/2021[46]. En primer lugar, para permitirle volver a un asunto que quedó aparentemente cerrado en 1997 y que justifica en la doctrina del «texto viviente» (*living instrument*)[47]. Y, en segundo lugar y como consecuencia de ello, para explicar cómo han cambiado unas circunstancias que ya no permiten mantener un requisito, la terminalidad, que sí parecía necesario entonces.

En este contexto, las razones de las que se sirve la Corte para reformular su doctrina son las mismas que en la Sentencia C-239/97 pero ahora, aparentemente, con un alcance distinto. Así, la noción de dignidad humana en su doble vertiente de autonomía y condiciones de vida vuelve, como entonces, a desempeñar un papel central[48]. En el

---

se refiere así a la posibilidad de consentir de la madre: «(…) su madre convivió con ella durante sus primeros 15 años de vida, mientras crecía y se desarrollaba, consciente de las afecciones propias de su enfermedad y quien de forma admirable cuidó de ella en su hogar, durante los últimos 8 años, después del procedimiento quirúrgico que desencadenará el episodio que la llevó al *'estado vegetativo permanente',* presa del cual murió. La señora S.F.R., por tanto, era una persona tan cercana a su hija, que bien podía expresar en su nombre, que la vida que sostuvo en la etapa final de su enfermedad no era digna, según sus convicciones y creencias religiosas, dónde querría pasar su enfermedad y junto a quiénes», Sentencia 721/17/7.1.iii (cursivas en el original).

[45] Tipificado, tal y como se expuso páginas atrás, en el artículo 106 del Código penal con palabras casi idénticas a las del antiguo artículo 326 examinado en 1997.

[46] Ya antes la Corte había enfrentado amparos del derecho a la muerte digna por parte de enfermos no terminales. Así, por ejemplo, la Sentencia T-721/2017, en la que precisamente por ello y dada la condición clínica de la enferma, el acento se puso en la limitación del esfuerzo terapéutico y en los cuidados paliativos. O la Sentencia T-060/2020, donde se rechazó la posibilidad de acceso a la eutanasia precisamente por no concurrir la condición de enfermedad terminal.

[47] «(…) la Carta Política es un texto viviente, pues su significado se adapta a los cambios sociales, económicos, políticos y culturales (…) En ese sentido, aunque siempre de manera excepcional, el cambio en el significado de la Constitución, bien sea derivado de la interpretación constitucional, bien de la transformación de la sociedad, habilita a la Corte a dictar un nuevo pronunciamiento acerca de un problema decidido previamente», Sentencia C-233/2021/167 y 168.

[48] En palabras del juez de la Constitución, debe establecerse «si el artículo 106 del Código Penal, que prevé el delito de homicidio por piedad, desconoce la dignidad humana, en sus dimensiones de vivir como se quiera o respeto por la autonomía del ser humano y vivir bien, o garantía a la integridad física y moral del ser humano [vivir sin humillaciones]», *ibid.*, 120; véase también 203.

fondo, y desde este punto de vista, el tribunal cierra parcialmente, es cierto que más de dos décadas después, dos virajes problemáticos de su primera doctrina.

Efectivamente, tal y como se indicó páginas atrás, la tesis de 1997 se construía sobre argumentos de amplio espectro acerca de la autonomía personal, particularmente sobre decisiones especialmente íntimas y existenciales, que, sin embargo, culminaban con el reconocimiento de un derecho cuyos beneficiarios estaban definidos por una circunstancia clínica muy restrictiva: la enfermedad terminal[49]. Una conclusión problemática en el contexto argumentativo de la sentencia y que, además, no solo no encontraba soporte en la redacción del tipo penal cuya constitucionalidad se examinaba, que se refería a quienes padecen una «lesión corporal» o una «enfermedad grave o [actualmente] incurable», sino que ponía seriamente en tela de juicio que el fundamento primero del derecho fundamental a la muerte digna fuera la autodeterminación. Porque, recuérdese, el ejercicio de ese derecho en forma de eutanasia no era expresión de decidir entre «morir y seguir viviendo», sino de cómo y cuándo hacerlo exactamente cuando el óbito ya estaba próximo y era inevitable y, además, la persona experimentaba unas condiciones vitales de sufrimiento contrarias a su identidad personal. En otras palabras, cuando *ya* se estaba muriendo con gran padecimiento.

Quizá por este motivo, el tribunal, en primer lugar, pone especial empeño en afirmar que, pese a lo que pudiera parecer, el núcleo de su doctrina desde 1997 son la autonomía y las convicciones personales, es cierto que en un contexto de enfermedad, y la interpretación del derecho a la vida como condición de posibilidad de un proyecto vital autónomo y pleno de acuerdo a la identidad personal que convertiría el derecho fundamental a la muerte digna en un instrumento al servicio de la autonomía personal[50]. Y, en segundo lugar, recuerda que nada en el tenor literal del tipo penal se ha referido nunca a sufrir una enfermedad terminal[51].

[49] Como reconoce el tribunal en el fundamento 358, parece estandarizado que la enfermedad terminal o el pronóstico de vida limitado es aquel inferior a 6 meses: «(…) la Ley 1733 de 2014 y las resoluciones del Ministerio de Salud y Protección Social establecen diversos lapsos para definirlo, aunque las dos últimas se orientan a establecer un período de 6 meses. En ese sentido, la Resolución 825 de 2018 habla de 'un pronóstico de vida inferior a 6 meses'; en tanto que la Resolución 971 de 2021 se refiere a (…) 'pronóstico de vida es inferior a 6 meses'».

[50] «(…) resultaría equivocado sostener que la decisión adoptada en la Sentencia C-239 de 1997 tiene como soporte esencial esa consideración sobre la atenuación de los deberes de protección a la vida. Por el contrario, lo que opera como pilar de las consideraciones expuestas es el respeto a la persona humana: por la manera en que valora sus condiciones de vida, como dignas o indignas y humillantes, a partir del sufrimiento que padece derivado de una condición de salud de especial gravedad», Sentencia C-233/2021/397. Es más, y como tendrá ocasión de examinarse inmediatamente, en opinión de la Corte la autonomía personal se realizaría con mayor intensidad en el caso del suicidio asistido, frente a la eutanasia, porque en este caso la persona mantendría hasta el último momento el control del proceso que conduce a su muerte, Sentencia C-164/2022/178, 179 y 206.

[51] Sentencia C-233/2021/401.

Así, y en este contexto, la dignidad en su vertiente de autonomía, sobre todo respecto de las decisiones más trascendentales acerca de la propia existencia y que prohíbe imponer seguir viviendo en condiciones que se perciben como indignas, unido a la reiterada imposibilidad en el seno de una constitución pluralista de interpretaciones religiosas o metafísicas acerca de qué significa la vida y a que hay que distinguir entre mera subsistencia y calidad de vida subjetivamente percibida[52], conducirían inevitablemente a ampliar la disponibilidad de la eutanasia también a quienes padecen una enfermedad grave e incurable que es origen de intenso sufrimiento. Lo contrario, seguir circunscribiéndola a los enfermos terminales, sería desproporcionado por reducir la autonomía personal y porque al imponer la subsistencia en condiciones que para la persona son «indignas y humillantes» constituiría, como se afirmó en 1997 respecto de los enfermos terminales, un trato cruel, inhumano y degradante[53]. Argumentos a los que se añaden el desbordamiento del principio de mínima intervención o de última *ratio* del derecho penal y las consecuencias disuasorias que el vigente marco normativo poseería sobre «un ejercicio ético y altruista» de las profesiones sanitarias.

Al desbordar el requisito de la terminalidad, y probablemente también por sentir la necesidad de seguir perfilando los contornos del derecho a la muerte digna ante el silencio legislativo, la sentencia aborda otras dos cuestiones con muy desigual densidad argumentativa[54].

[52] Aunque hay que alertar acerca de que algunas afirmaciones del tribunal en su serie jurisprudencial parecen referirse a condiciones «objetivas» de «indignidad» resultado del padecimiento de ciertas enfermedades; por ejemplo, Sentencia T-970/14, 5.3.

[53] En este punto, la Corte apela también a la (in)consistencia: «Sin embargo, en la medida en que una persona no está obligada a padecer ese sufrimiento, y un trato inhumano que considera degradante y ajeno a su concepto de vida digna cuando ha recibido por parte de su médico tratante un pronóstico de muerte próxima (de manera que ese sufrimiento se extenderá en principio por corto tiempo), no resulta claro por qué una persona que padece una enfermedad grave e incurable, con un pronóstico de vida incierto, sí debería soportar tales condiciones», Sentencia C-233/2021/414.

[54] También regresa a los supuestos de consentimiento por representación (que sigue sin estar previsto en la Resolución 970/2021) y al rol de las voluntades anticipadas y analiza, en la misma línea que otros tribunales constitucionales, incluido el nuestro, la relación entre eutanasia y cuidados paliativos. En este sentido, los cuidados paliativos integrales no son sino una opción más de las que tienen a su alcance algunas personas en función de su situación de enfermedad. Y, por lo tanto, recurrir a ellos para gestionar los momentos finales de la vida es una decisión fruto del ejercicio de su autonomía personal, nunca una obligación, sin que exista «una disyunción excluyente». Esta complementariedad adquiere una especial dimensión en Colombia al estar enfatizada por que los cuidados paliativos son, junto con la adecuación o suspensión del esfuerzo terapéutico y la muerte médicamente asistida, una de las tres dimensiones del derecho a la muerte digna. Tridimensionalidad en la que no existe incompatibilidad, sino contribución «a aumentar la dignidad y la capacidad de auto determinarse de todas las personas en el umbral de la muerte», sin que, por ello, pueda «imponerse a la persona agotar una faceta antes que otra». Pero estas afirmaciones se acompañan, en todo caso, del reconocimiento de que la posibilidad real de acceder a unos cuidados paliativos integrales puede tener una importante incidencia en la decisión acerca de cómo morir

Así, la corte examina con particular profundidad la delimitación del intenso dolor y sufrimiento que, junto a la enfermedad grave e incurable, dan acceso a la eutanasia[55]. El problema, básicamente, es cómo cohonestar la personalísima experiencia que es sufrir con algún elemento objetivo a partir del saber médico que evite que se desborde el supuesto del derecho a la muerte digna. En este sentido, el diagnóstico de padecer una enfermedad grave e incurable operaría como contrapeso objetivo de la primacía de la experiencia subjetiva respecto del dolor y del sufrimiento[56]. Pero, también, el tribunal despacha en apenas unas líneas el delicado asunto del acceso a la eutanasia de aquellos cuya enfermedad de base es psiquiátrica, limitándose a reconocer que su derecho a la muerte digna dependerá de la evaluación de su condición por parte de los profesionales de la sanidad y, eventualmente, de los tribunales[57].

Si, como acaba de describirse, después de 24 años desde la sentencia C-239/97 se produce la primera ampliación de los supuestos de hecho que dan acceso a la prestación de la eutanasia, 25 años después de aquella, y a través de la Sentencia C-164/2022, se pone fin a una inocultable inconsistencia con ocasión del examen de la constitucionalidad de la ayuda al suicidio, digamos, «por piedad». Y es que, no parece que tuviera mucho sentido que en Colombia la eutanasia llevara despenalizada bajo ciertas condiciones un cuarto de siglo y, sin embargo, se mantuviera la tradicional respuesta penal al suicidio médicamente asistido[58]. Así, y como en 2021, en 2022 se produce una nueva ampliación

---

(Sentencia C-233/2021/457, 459 y 460). Aspecto este último que permite recordar al tribunal la obviedad de que legalizar la muerte médicamente asistida no empaña el deber de los poderes públicos de diseñar e implementar políticas activas de prevención del suicidio (Sentencia C-164/2002/194).

[55] Una cuestión a la que también dedica un importante espacio el Tribunal Constitucional portugués en su primera sentencia sobre el primer intento regulador de la muerte asistida en Portugal, *Acórdão* 123/2021.

[56] En palabras del tribunal, con ello se descartaría que pueda acceder a la eutanasia «una persona [que] simplemente argumente sentir dolor sin ningún soporte razonable derivado de la opinión de los profesionales de la salud», Sentencia C-233/2021/434.

[57] «No le corresponde a la Corte Constitucional establecer en qué eventos específicos el sufrimiento derivado de condiciones mentales puede justificar el acceso a un servicio de muerte digna. Esta posibilidad corresponderá a un análisis del caso específico efectuado en principio por el Sistema de Salud y, solo eventualmente, por el juez de tutela», *ibid.*, 433.

[58] Con arreglo al párrafo segundo del artículo 107 del Código penal, «Cuando la inducción o ayuda esté dirigida a poner fin a intensos sufrimientos provenientes de lesión corporal o enfermedad grave e incurable, se incurrirá en prisión de dieciséis (16) a treinta y seis (36) meses». Como alegan los recurrentes, «(…) no es constitucionalmente admisible que mientras el derecho a morir dignamente es reconocido como fundamental y la eutanasia es reconocida como una forma de materializar ese derecho, el SMA sea considerado una conducta delictiva. No obstante, la única diferencia entre ambas figuras es que con la eutanasia es el profesional de la medicina quien causa la muerte, y en la AMS presta una ayuda efectiva para que la propia persona sea quien cause su propia muerte», Sentencia C-164/2022/89.

del derecho a la muerte digna si bien desde un punto de vista diferente: si en aquella ocasión lo fue desde la óptica de los supuestos de hecho que dan acceso a él, ahora lo es desde la perspectiva de las prestaciones que integran su contenido, que ya incluye el suicidio médicamente asistido.

Amén de en el tan poderoso, como evidente, argumento de la consistencia del ordenamiento jurídico (la Corte habla de «proporcionalidad» y «discordancia»)[59], la inconstitucionalidad de la sanción penal del suicidio médicamente asistido cuando concurren las condiciones que dan acceso al derecho fundamental a la muerte digna se sustenta, básicamente, sobre otros dos pilares: la garantía constitucional de la autonomía personal y la consiguiente capacidad para decidir a su amparo sobre un bien, la vida, que es disponible por su titular; y el principio constitucional de solidaridad social, en este caso proyectado sobre los profesionales de la medicina.

Más allá de que con relación a la autonomía personal volvemos a toparnos con la tensión entre afirmaciones de espectro marcadamente general y conclusiones circunscritas a una muy concreta condición clínica («lesión física o enfermedad grave e incurable» origen de «intensos sufrimientos») y a un ámbito muy determinado (médico asistencial), lo cierto es que la sentencia intensifica la proyección de la autodeterminación en el caso del suicidio médicamente asistido. En primer lugar, recordando, en línea con sus pronunciamientos anteriores, que el suicidio médicamente asistido no solo no lesiona el derecho a la vida, sino que, muy al contrario, es un elemento más al servicio de su realización. El motivo es que la vida constitucionalmente protegida no es el mero hecho biológico sino aquella que, por las condiciones en que se desenvuelve, es condición de posibilidad de un proyecto vital autónomo y pleno. Y el suicidio médicamente asistido estaría, precisamente, a su servicio[60]. Es más, y en segundo lugar, para la corte el suicidio médicamente asistido es, en comparación con la eutanasia, una expresión más elevada de autodeterminación personal por el sencillo (y problemático) argumento de que es la persona quien se da muerte de propia mano manteniendo hasta el último momento el control del proceso[61].

[59] Efectivamente, no parece lógico que, a igualdad de condiciones, se mantenga la sanción penal del suicidio médicamente asistido y, sin embargo, no se criminalice la eutanasia. Sobre todo, cuando, desde la óptica de la sentencia, el suicidio médicamente asistido es mayor expresión de autonomía y menos merecedor de reproche («gravedad») en comparación con la eutanasia.

[60] «(…) la vida no se reduce a un mero hecho biológico, sino que se entiende como la condición de posibilidad del desarrollo de un proyecto de vida autónomo y pleno (…) Por el contrario, la ayuda del médico garantiza su vida digna, que incluye la muerte digna (…) En este sentido, a diferencia de lo que ocurre con el verbo rector de la inducción, en el mismo tipo penal, la asistencia al suicidio, en determinadas circunstancias subjetivas (voluntad clara) y objetivas (enfermedad y sufrimiento) protege la autonomía del titular», Sentencia C-164/2022/145.

[61] «(…) en el caso de la AMS la materialización de la autonomía y de la dignidad humana es aún mayor toda vez que es el paciente quien se auto administra el medicamento prescrito para alcanzar

Finalmente, el recurso al principio constitucional de solidaridad social permite, en la arquitectura de la sentencia y en relación con toda la serie jurisprudencial, arrojar más luz acerca de por qué, desde 1997, el derecho fundamental a la muerte digna *solo es* en un contexto medicalizado. En este sentido, ese deber de todos de, en la medida de lo posible, «coadyuvar para hacer efectivos los derechos de los demás», interpelaría directamente a los profesionales médicos en el caso de la ayuda a morir pues, dada su «función social», son quienes estarían «en mejores condiciones para brindar ayuda». En otras palabras, la actuación de esos profesionales de la salud en el suicidio médicamente asistido (y en buena lógica también en la eutanasia) actualizaría aquel deber constitucional al realizar la autodeterminación de quien decide morir y al poner fin a su sufrimiento[62]. Cuestiones que, a su vez, explicarían el porqué de la naturaleza medicalizada del derecho fundamental a la muerte digna. De un lado, y en conexión tanto con la correcta realización de la autodeterminación personal como con la oportuna verificación de la concurrencia de las condiciones que dan acceso a la prestación, solo los profesionales de la medicina poseen los conocimientos para identificar la situación en que se encuentra la persona enferma y, a partir de ello, facilitarle toda la información que sea precisa para que decida libre y responsablemente en ejercicio de su autonomía. Pero no solo, pues solo la intervención de esos profesionales garantiza, por utilizar la terminología al uso, una «buena muerte»[63].

---

el resultado, y mantiene el control sobre el proceso causal de su propia muerte que no se predica de la eutanasia en el mismo grado. Quien opta por la AMS en lugar de la eutanasia, está ni más ni menos que reclamando agencia para dar fin a su sufrimiento; pues prefiere no delegar tan importante acaecimiento a un tercero», *ibid.*, 178. Véanse, también, 179 y 206. Problematicidad argumentativa que se acrecienta, bien que desde otro punto de vista, cuando pretende apuntalarse comparativamente haciendo mención a las voluntades anticipadas: «De hecho, para el caso de la eutanasia es posible suscribir un Documento de Voluntad Anticipada (DVA). Esto permite conocer la voluntad del paciente en casos en los que éste no se pueda manifestar, sin embargo, dada la naturaleza de la AMS, la voluntad del paciente debe mantenerse incólume hasta el último momento», *ibid.*, 179.

62 *Ibid.*, particularmente 184, 187 y 188. Sin embargo, y en consonancia con lo afirmado en otros pronunciamientos acerca de la necesidad de cohonestar derechos del paciente y derechos del médico (véase Sentencia T-970/14/7.2.11, antecitada), el mandato constitucional de solidaridad no devendría una obligación de actuar contraria a la conciencia, sino que prohibiría impedir, y además recurriendo a la represión penal, que quien «tiene la disposición altruista de socorrer al paciente» pueda efectivamente hacerlo, *ibid*., especialmente 189 y 207.

63 «No basta con que alguien ayude a otro a morir, sino que lo haga en las condiciones más humanas posibles (…) la utilización de los conocimientos técnicos para garantizar que hasta el último momento el paciente mantenga su dignidad. El médico, es quien tiene los conocimientos farmacológicos y fisiopatológicos que permiten brindar el mejor acompañamiento posible (…) el médico es quien está en mejor posición de brindar al paciente toda la información necesaria para que sea éste quien en ejercicio de su autonomía, decida el procedimiento al que se someterá, sin que en ningún caso la voluntad del médico se imponga sobre la del paciente», *ibid.*,152, 153 y 154; cursivas en el original.

V. Consideraciones finales

Los 25 años de periplo jurisprudencial en torno a la muerte médicamente asistida protagonizados por la Corte Constitucional de Colombia son muy ilustrativos de los principales dilemas que afronta tanto su regulación, particularmente cuando es exigida como resultado de un proceso constitucional, como la interpretación de los fundamentos constitucionales sobre los que necesariamente debe asentarse.

Sin duda, Colombia es un caso paradigmático desde el punto de vista de los problemas, y límites, que suscita que la regulación de la muerte médicamente asistida sea consecuencia de una demanda de la jurisdicción constitucional. Sobre todo cuando, como es el caso, reiteradamente no encuentra respuesta, ni siquiera un cuarto de siglo después, en quien debe proporcionarla: el poder legislativo. Una situación que tensiona hasta el extremo, cuando no desborda manifiestamente, la posición y el rol que corresponde al juez de garantías constitucionales. No puede ocultarse, en este sentido, que los propios órganos jurisdiccionales han recordado en más de una ocasión que el Parlamento democrático es el lugar idóneo para responder a los interrogantes que suscita regular la muerte (médicamente) asistida[64].

Todo ello ha colocado a la Corte Constitucional de Colombia en una incómoda, por no decir antinatural, posición. Con el agravante, además, de que con el transcurso del tiempo ha asumido la toma de decisiones regulativas respecto de la muerte médicamente asistida que, en condiciones normales, habrían sido en su caso fruto de los procesos democrático representativos característicos de toda democracia constitucional. Es cierto, sin embargo, que la inacción legislativa ha sido parcialmente paliada por el Ejecutivo, concretamente por el Ministerio de Salud y Protección Social a través diferentes Resoluciones, a quien la Corte ha interpelado en varias ocasiones desde la Sentencia T-970/2014[65].

[64] En los últimos años ello se ha manifestado, por ejemplo, en sentencias cuya eficacia se suspendió durante un periodo de tiempo para permitir al poder legislativo abordar el problema legal que generaría la inmediata declaración de inconstitucionalidad de la *blanket prohibition* de la muerte asistida [*Carter c. Canadá (Fiscal General)* (2015) SCC 4]; en decisiones que ante esa coyuntura aplazaron «la sentencia en curso» y fijaron una nueva fecha para discutir los problemas constitucionales planteados en ejercicio de una «colaboración institucional leal y dialogante» con el Parlamento, al tiempo que entretanto suspendieron el proceso penal del que traía causa su pronunciamiento [*Ordinanza* 207/2018 (*Capato*)]; o en resoluciones que abiertamente rehusaron decidir sobre esta delicada materia en favor de un Parlamento que, como órgano representativo, está mejor preparado para abordarla [Tribunal Supremo de Reino Unido *R (Nicklinson y otro) c. Ministro de Justicia*; *R (AM) c. Fiscal General* UKSC 38 (2014) y *R (Conway) c. Ministro de Justicia* (27 de noviembre de 2018)]. Incluso no han faltado quienes, a pesar de concluir que la prohibición absoluta de la muerte asistida era constitucional, dirigieron al legislador el mensaje de que, quizá, podría reconsiderar el marco penal a la luz de estrictas circunstancias dentro de la Constitución [Tribunal Supremo de Irlanda *Fleming c. Irlanda y otros* [2013] IESC 19 (2013)].

[65] Efectivamente, como la propia Corte se ha encargado de recordar, la omisión del legislador ha sido sucesivamente paliada, siempre tras la oportuna sentencia, por el poder ejecutivo; véanse las distintas resoluciones del Ministerio de Salud y Protección Social citadas a lo largo de este texto. El juez de

En este sentido, y ya desde otro punto de vista, la serie jurisprudencial examinada es también demostrativa de cómo, una vez un ordenamiento se abre a regular la muerte (médicamente) asistida, y sobre todo si inicialmente lo hace con criterios particularmente restrictivos, el paso del tiempo le sitúa paulatinamente ante escenarios que, no necesariamente por desconocidos, ponen progresivamente a prueba sus costuras. Una realidad que no es trasunto del manido argumento «de la pendiente resbaladiza», sino resultado de la tan inevitable, como lógica, combinación de consistencia y cambios socio-culturales. Así, por ejemplo, y más allá del difícilmente justificable distinto trato dispensado durante 25 años a eutanasia y suicidio médicamente asistido, no limitar la muerte médicamente asistida a quienes padecen una enfermedad terminal, el interrogante de hacerla accesible también a los menores de edad o la problemática de que puedan solicitarla quienes sufren a causa de la enfermedad psiquiátrica de base que padecen.

Finalmente, y al igual que sucede en otras jurisdicciones constitucionales, la serie jurisprudencial no escapa a algunas incertidumbres argumentativas, sobre todo palpables con relación a la interpretación y rol que en esta materia se atribuye al derecho fundamental a la vida y que, probablemente, tengan bastante que ver con la posición que suele atribuírsele y los excesos interpretativos asociados[66]. No se trata tanto del eventual desbordamiento de sus contornos a raíz de su lectura enriquecida desde la noción de dignidad y las condiciones de desenvolvimiento vital que impondría, cuanto de no superar su interpretación como uno de los dos polos que pretendidamente estarían en conflicto en la muerte (médicamente) asistida: vida y autonomía. Si en general este hecho es llamativo, aún lo es más en una serie jurisprudencial que destaca, como se ha visto, por las constantes llamadas a la autonomía e identidad personales o por la caracterización de la vida como un bien disponible por su titular.

Que no se ha superado la concepción tradicional del derecho a la vida y la consiguiente aproximación conflictual al problema de la muerte asistida es evidente, creo, cuando reparamos en que, en el fondo, no estamos tanto ante un problema de autodeterminación, y ni siquiera de delimitación del deber público de proteger la vida a partir de ella, sino de modular una obligación estatal de preservar la inviolabilidad de la vida

---

la Constitución habría encontrado, así, un remedio parcial a la omisión legislativa, particularmente en el caso de «aquellos derechos cuyo ejercicio requeriría una extensa regulación técnica, como la interrupción voluntaria de la gestación y la eutanasia (…). Sin duda, los casos de la eutanasia y la interrupción voluntaria del embarazo indican que la regulación administrativa podría ser el camino más eficaz para dar garantía a estos derechos constitucionales», Sarmiento, J. P., «Control constitucional y oportunidad política, entre las sentencias exhortativas y omisiones legislativas desde la experiencia colombiana», *Estudios Constitucionales*, 1, 2023, p. 136.

66 Ha sido habitual, en este sentido, extraer de la constatación puramente fáctica de que la vida es la condición biológica de posibilidad de la titularidad del resto de derechos, consecuencias que se plasman en su interpretación otorgándole una posición preeminente.

humana cuya imposición al titular del derecho sería desproporcionada a la luz de las circunstancias en que se encuentra.

En este sentido, recuérdese que el derecho fundamental a la muerte digna nació para atribuir a la persona la capacidad de gestionar su proceso de morir de la manera más acorde a su identidad personal. Y aunque podría parecer que ya no exigir que quien puede ejercer el derecho padezca una enfermedad terminal es un cambio de paradigma, aunque sea pequeño, desde el punto de vista del alcance de la capacidad de autodeterminación sobre la propia existencia (ya no se trata *solo* de decidir cómo morir cuando ya se está muriendo), lo cierto es que, en el fondo, lo que sigue resonando es aquel argumento de la desproporcionalidad. De ahí que, inevitablemente, el razonamiento termine girando siempre en torno a las circunstancias que padece quien solicita acceder a la muerte médicamente asistida: su terminalidad, la gravedad e incurabilidad de su condición y, sobre todo, su sufrimiento.

No parece casual, en este sentido, que la sentencia que erradica la necesidad de padecer una enfermedad terminal sea la que con mayor minuciosidad examine la noción de sufrimiento o la que recuerde que en esas condiciones exigir seguir viviendo equivaldría a un trato cruel, inhumano o degradante. Tampoco que el principio de solidaridad social apele directamente al personal médico porque es quien posee la capacidad para poner fin al sufrimiento. En estas circunstancias, ¿de verdad estamos ante un problema de autonomía o ante un problema de sufrimiento? Y, sin negar el rol de la autonomía e identidad personales, ¿no será el sufrimiento el verdadero motor de esta doctrina?[67]

VI. Referencias

Coca, I., «El derecho a un suicidio asistido frente a la prohibición de su fomento como actividad recurrente (§ 217 StGB). Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 26 de febrero de 2020», *InDret*, 4, 2020.

Díaz Amado, E.: «La despenalización de la eutanasia en Colombia: contexto, bases y críticas», *Revista de Bioética y Derecho*, n. 40, 2017.

— «El morir dignamente y la eutanasia en Colombia», Marcos del Cano, A. M.ª y De la Torre, J. (eds.), *Y de nuevo la eutanasia. Una mirada nacional e internacional*, Dykinson, Madrid, 2019.

Khakzadeh, L., «Assisted Suicide in Austria – the new legal framework», *BioLaw Journal*, 1, 2022.

Lozano Villegas, G., «La eutanasia activa en Colombia. Algunas reflexiones sobre la jurisprudencia constitucional», *Revista Derecho del Estado*, n. 11, 2001.

Michalowski, S., «Legalising active voluntary euthanasia through the courts: some lessons from Colombia», *Medical Law Review*, vol. 17, n. 3, 2009, DOI: https://doi.org/10.1093/medlaw/fwp012.

[67] La última vez que tuve el placer de disfrutar de la compañía de Carlos (por favor, permítaseme que me refiera a él como lo he hecho siempre) fue en Bilbao con ocasión de mi intervención en el *XXX Congreso Internacional sobre Derecho y Genoma Humano*. Espero que el lector me perdone la licencia de recordar el último momento que compartí con el amigo y, por supuesto, maestro, alguien que siempre me hizo sentir que aquella era también mi casa.

Riquelme, P., «Suicidio asistido y libre desarrollo de la personalidad en la República Federal de Alemania», *Revista de Derecho Político*, 109, 2020.

Sarmiento, J. P., «Control constitucional y oportunidad política, entre las sentencias exhortativas y omisiones legislativas desde la experiencia colombiana», *Estudios Constitucionales*, 1, 2023.

Tomás-Valiente, C., «La evolución del derecho al suicidio asistido y la eutanasia en la jurisprudencia constitucional colombiana: otra muestra de una discutible utilización de la dignidad», *REDC*, 116, 2019. DOI: https://doi.org/10.18042/cepc/redc.116.10.

5

CARLOS M.ª ROMEO CASABONA: PRECURSOR DEL BIODERECHO EN ESPAÑA

VICENTE BELLVER CAPELLA
Universitat de València

SUMARIO: I. La «fiebre» del genoma humano. II. Encuentros en la cátedra de derecho y genoma humano. III. Encuentros en Valencia. IV. Encuentros por el mundo: Madrid, Bogotá, Estrasburgo. V. Despedida.

Inicié estas líneas el día en que Rafa Nadal, el mejor deportista español de todos los tiempos, dijo definitivamente adiós al tenis profesional. De la rueda de prensa —no la vi, solo tuve noticia por los medios de comunicación— me impresionaron unas palabras que leí al día siguiente en la prensa y que cito textualmente: «Soy un superafortunado, he hecho mi trabajo de mi hobby y he tenido una carrera mucho más larga de lo que pensaba. Desde el respeto, la humildad, valorando las cosas buenas, he intentado lo que para mí es más importante: ser buena persona. Espero que así lo hayáis percibido. Me gustaría que se me recordara así, como una buena persona de un pueblo pequeñito de Mallorca». Al leerlas me vinieron a la cabeza otras que el tenista de Manacor ha repetido varias veces a lo largo de su carrera: que no recordaba haber jugado un partido de tenis sin dolor.

Carlos María Romeo Casabona dejó esta vida en agosto de 2024, cuando apenas había estrenado su condición de profesor emérito de la Universidad del País Vasco. Trabajó intensamente hasta el final de su vida y la prueba más palmaria fue su tercera tesis doctoral, esta vez en Historia, defendida dos meses antes de su fallecimiento.

¿Por qué comienzo este capítulo, en recuerdo del profesor Romeo Casabona, con una referencia a Rafa Nadal? Uno era un intelectual y el otro es un deportista; uno ya no está con nosotros y el otro ha dejado de competir, pero tiene una larga vida por delante. Sin embargo, encuentro algunas semejanzas entre ambos, concretamente cuatro, que me llevan a ponerlos en relación. Rafa Nadal es un deportista fuera de lo común y Carlos fue un intelectual también extraordinario. Rafa dice que no se recuerda jugando a tenis sin dolor y Carlos hizo toda su carrera académica con una salud muy precaria. No era difícil verle trabajar en condiciones en las que muchos habríamos sido del todo incapaces de hacerlo. Rafa dice que consiguió hacer de su hobby su trabajo y a Carlos

le sucedió lo mismo. El estudio y el encuentro intelectual eran tanto su trabajo como su gran afición. Por último, Rafa dijo en su última rueda de prensa como tenista profesional que le gustaría que le recordáramos, antes que como un gran tenista, como una buena persona. Estoy convencido de que también Carlos preferiría ser recordado antes como una buena persona que como un universitario excepcional.

Si el lector ha tenido la paciencia de llegar hasta aquí, habrá intuido que este capítulo no tiene como propósito centrarme en alguna de las materias que cultivó el prof. Romeo Casabona a lo largo de su vida académica sino en evocar a una gran persona con una trayectoria universitaria fuera de los parámetros ordinarios. Para ello, me serviré de los recuerdos que fui acumulando desde que lo conocí hace más de 25 años. Como todo lo que contaré he querido basarlo únicamente en recuerdos personales quiero dejar claro que esto no es una semblanza completa del prof. Romeo. Me voy a dejar muchas cosas de su vida y su trayectoria porque sencillamente no estuve ahí cuando sucedieron. Ahora bien, solo las que contaré son más que suficientes para evidenciar su altura humana e intelectual. Si bien el título del capítulo hace referencia a uno de sus muchos méritos —haber sido el principal precursor del Bioderecho en España— y hablaré bastante sobre ello, no me voy a quedar solo en eso. Siendo algo muy importante, él fue mucho más que eso: fue un universitario en el sentido más amplio del término. Al dejar constancia de la excepcional trayectoria universitaria del prof. Romeo, creo que no solo hago algo debido, sino que presento un modelo de vida para todos los que nos dedicamos al oficio universitario.

Mi propósito con estas páginas es homenajear a Carlos como al amigo que fue, abriendo el corazón y dando testimonio de mi admiración y gratitud hacia él. Admiración porque, como se verá enseguida, uno no puede dejar de maravillarse al contemplar todo lo que hizo y aportó. Y gratitud por haberme brindado su amistad a lo largo de todos estos años. Los clásicos (desde Aristóteles a Montaigne) han alabado esa forma de relación humana que es la amistad. Sin embargo, casi nunca han incidido suficientemente en dos aspectos que, al menos en los tiempos actuales, tan emocionalmente inestables, es importante subrayar. Primero, que la amistad es fruto de la acción esforzada de los amigos. Claro que se inicia y sostiene en el tiempo por el afecto recíproco. Pero ese afecto no es una emoción que se mantiene sin más a lo largo del tiempo; es también el resultado de un empeño que logra salvar las dificultades que inevitablemente surgen en toda relación humana. Y, segundo, que la reciprocidad en la amistad no quiere decir que sea simétrica ni simultánea en todo momento. Como muestro a continuación, a veces uno de los amigos va por delante y otras por detrás.

La inesperada partida de Carlos de este mundo me dolió especialmente porque, en ese momento, yo iba claramente por detrás: me sentía en deuda con él por varios motivos. Primero, un año antes de morir me había regalado su primera novela. Cuando me la entregó, aunque no me lo dijo, se notaba que lo hacía con ganas de saber pronto mi opinión. Yo fui retrasando la lectura de la novela, llevado por los absurdos agobios del día a día, y ahora me encuentro con que ya no se la puedo enviar. Segundo, unos

meses antes de que falleciera, publiqué un libro sobre los derechos de las personas mayores y altamente dependientes, y no llegué a enviárselo. La última vez que le invité a Valencia fue para que hablara precisamente de los derechos de las personas mayores, tema al que venía prestando una gran atención en los últimos años. Estaba seguro de que le iba interesar el libro, pero ahora ya no se lo podré enviar. Y tercero, como he dicho, en junio de 2024 se doctoró por tercera vez. Me consta que estaba muy contento con esa meta tanto tiempo ambicionada. Muchas de las veces que le invité a Valencia prolongó su estancia algún día más para escudriñar legajos en el Archivo de la Corona del Reino de Aragón sobre el objeto de su investigación: su antepasado Clemente VIII. Cuando estaba en Valencia, él siempre hablaba con el profesor Jaime Vidal, catedrático de Derecho civil y también buen amigo suyo, y conmigo de la investigación que estaba llevando a cabo. Quién me iba a decir que ese trabajo acabaría siendo una tesis doctoral. Pues bien, también aquí me demoré y ahora no le podré felicitar personalmente. Por último, hace unos tres años organicé un congreso sobre edición genética heredable en humanos. Eran los tiempos de la pandemia por Covid y el congreso se celebró online. Uno de los ponentes fue Carlos. El congreso tuvo un gran nivel por la calidad de los intervinientes, quienes además aceptaron participar en la elaboración de un libro colectivo sobre este tema. Carlos se demoró en entregar su contribución. Pero la entregó y, cuando murió, yo todavía no había cumplido con mi parte de publicar el libro. Me queda el consuelo de pensar que ese capítulo sea su aportación póstuma al campo del Derecho y el Genoma Humano, al que tantas energías dedicó a lo largo de más de tres décadas.

Como decía, la reciprocidad en la amistad no siempre es simultánea. La muerte de Carlos me ha pillado en falta grave por todo lo que acabo de contar. Espero que no me lo tengas en cuenta, Carlos, y que esta confesión pública sirva para provocarte esa sonrisa entre tímida y socarrona que tanto te caracterizaba.

En lo que sigue, voy a ir hilvanando recuerdos de mi relación con Carlos para tratar de ofrecer un retrato de su persona y de su trayectoria universitaria. Como se verá, su condición de precursor del Bioderecho en España estará especialmente presente porque es la pude conocer en primera persona.

I. La «fiebre» del genoma humano

Las personas menores de cincuenta años no llegaron a vivir lo que supuso la eclosión del Proyecto del Genoma Humano en la década de los ochenta del siglo pasado. Tras el descubrimiento de la estructura del ADN en los años cincuenta, el entusiasmo ante las posibilidades de conocer e intervenir sobre las claves biológicas de la vida humana se apoderó de los laboratorios y las consultas médicas. Parecía que íbamos a ser capaces de conocer los secretos de la vida y a conseguir, en consecuencia, un dominio sobre nosotros mismos como especie que nos iba permitir llegar hasta donde quisiéramos. Las inquietudes ante este eventual poder surgieron de inmediato, por los riesgos más que

probables de que se pudiera hacer un mal uso de ese conocimiento y de las tecnologías genéticas que se estaban desarrollando.

Por lo dicho, al tiempo que se diseñaba el Proyecto del Genoma Humano se vio la necesidad de prestar atención a los aspectos, éticos, legales y sociales implicados en su desarrollo. UNESCO, durante los años en los que Federico Mayor Zaragoza fue su secretario general, se convirtió en la agencia de Naciones Unidas que lideró las iniciativas dirigidas a conseguir que este proyecto científico-tecnológico se desarrollara conforme a la dignidad de la persona. De ese interés surgieron las dos importantes declaraciones universales aprobadas hasta el momento con el objetivo de preservar los derechos humanos frente al conocimiento y la tecnología relacionados con el Genoma Humano: la Declaración Universal sobre Derechos Humanos y Genoma Humano (1998) y la Declaración sobre Datos Genéticos (2003).

En ese contexto, una figura importante fue Santiago Grisolía, discípulo del Premio Nobel Severo Ochoa. Desde Valencia impulsó importantes iniciativas nacionales e internacionales dirigidas a promover la investigación en este campo, así como la reflexión sobre el correcto uso de los desarrollos tecnológicos que se iban a generar. Carlos Romeo subió a este tren en la primera parada. En 1993 consiguió concitar el respaldo de la Fundación BBV, la Diputación de Bizkaia y las universidades de Deusto y del País Vasco para poner en marcha la Cátedra de Derecho y Genoma Humano. Fue una iniciativa absolutamente pionera en España y en el mundo que, gracias al impulso de su creador y director, se convirtió en un referente internacional en este campo. Es de justicia recordar en este momento a José Ángel Sánchez Asiaín, presidente de la Fundación BBV en el momento en el que decidió impulsar la creación de la Cátedra. Romeo y Sánchez Asiaín sintonizaron desde el primer momento. Intelectuales los dos sumamente interesados por comprender el momento en que vivían y afrontar con iniciativa y sensatez los desafíos que planteaba el futuro, coincidieron en la importancia de crear un centro de investigación con proyección internacional centrado en los aspectos éticos, legales y sociales que debían orientar la investigación genómica.

No puedo dejar de mencionar en este contexto al profesor José Sanmartín, otro de mis grandes maestros y amigos. Aunque apenas tuvieron trato personal, Carlos y él conocían sus respectivos trabajos y se apreciaban recíprocamente porque tenían muchos puntos en común. Catedrático de Filosofía de la Ciencia, Sanmartín se formó en Alemania, al igual que Carlos. Ambos destacaron en sus respectivas disciplinas, pero pronto descubrieron la necesidad de prestar atención, con nuevos instrumentos metodológicos, a un fenómeno que estaba transformando aceleradamente y de forma imprevisible el mundo: los desarrollos tecnológicos sustentados en el conocimiento científico y directamente orientados al mercado, es decir, lo que a finales del pasado siglo empezó a denominarse tecnociencia. Pepe se centró en la perspectiva filosófica y social, Carlos en la jurídica, y ambos en la ética. Como los dos tenían una enorme capacidad para trabajar e impulsar iniciativas académicas novedosas, de alto nivel científico y comprometidas con la sociedad en la que vivían, Pepe puso en marcha el

Instituto de Investigaciones en Ciencia y Tecnología (INVESCYT) y Carlos la Cátedra de Derecho y Genoma Humano. Eran plenamente conscientes del poder de la tecnociencia y del imperativo de lograr que sus desarrollos estuvieran orientados a satisfacer las necesidades de la humanidad y no las demandas del mercado, cosas que tienden a confundirse pero que son bien distintas. Aunque inicialmente ambos se centraron en las biotecnologías, la irrupción de la tecnología digital en los años noventa (con su radical impacto antropológico y social) les llevó a ampliar su foco de atención.

Tanto a uno como a otro les conocí en los años noventa, esos años en los que la historia se había acabado (según aventuraba Fukuyama y muchos otros asentían) y parecía que solo quedara asistir complacidos a la universalización de la democracia representativa en el ámbito de la política y del libre mercado en el ámbito económico. Ese progreso inexorable se sostenía sobre la roca firme de un desarrollo tecnocientífico que no parecía tener límites a la hora de procurar bienestar a las gentes. Pronto atisbaron ambos que este relato tenía truco, que era ilusorio y que urgía hacer una interpretación más profunda y atinada del tiempo que estábamos viviendo. A ello dedicaron sus mejores esfuerzos intelectuales durante más de treinta años. Es obvio que no fueron los únicos que lo hicieron en España en esos años. Pero sin duda estuvieron entre los que mejor lo hicieron.

Centrándome de nuevo en la figura de Carlos, recuerdo que mi primer encuentro con él fue en Valencia a finales de los años noventa. Carlos había venido para participar en uno de los congresos internacionales sobre genoma humano que organizaba Santiago Grisolía y en el que participaban las figuras científicas más relevantes del mundo en la materia. Para entonces Carlos ya era un referente internacional como estudioso de los aspectos legales del Genoma Humano. En ese momento yo estaba trabajando sobre los problemas éticos y jurídicos de las investigaciones con células madre embrionarias humanas. Durante los finales de los años noventa del pasado siglo, ese fue sin duda el objeto de la mayor controversia bioética a nivel mundial. Como no podía ser de otro modo, Carlos ya había escrito sobre el tema y sostenía una posición que, si bien yo no compartía en lo esencial, reconozco que era de las más afinadas y consistentes que se habían puesto en circulación. Y es que Carlos siempre construía su argumento a partir del análisis riguroso de todas las aristas que presentaba el asunto objeto de estudio. Eso no era, ni es frecuente porque fácilmente uno se deja llevar por simplificaciones, prejuicios, sesgos o intereses. En lugar de afrontar una realidad que nunca se acaba de abarcar en plenitud y que se revela llena de problemas de difícil resolución, la tendencia más común es la de imponer la propia razón, aunque sea a martillazos. Carlos era lo más opuesto a ese modo de proceder. Y, por eso, rara vez estaba con los «unos» o los «otros». Eso le suponía no verse adscrito a ningún grupo, a ninguna «escuela». Pero, a cambio, todos le reconocíamos por igual tanto el rigor y la calidad de su trabajo, como la independencia de su criterio.

No recuerdo cómo conseguí conectar con él al enterarme de su próxima venida a Valencia. El caso es que, cuando le dije que tenía mucho interés en conocerle, me animó

a que acudiera uno de los días del congreso, al final de las sesiones de la tarde, al Palau de la Música de Valencia, donde se estaba celebrando. Fui con Ylenia, entonces mi novia. Ella estaba opositando a secretaria de ayuntamiento y yo tenía a la vista la oposición a profesor titular. No teníamos más trayectoria que nos avalara que nuestra juventud y el entusiasmo por aprender. Lógicamente acudimos con nervios: él no era mayor, pero ya hacía tiempo que era una persona de gran prestigio. Ahora eso cuesta más de entender porque se ha perdido mucho del temor reverencial que en aquellos tiempos nos producía el contacto con las grandes personalidades. El encuentro fue magnífico. Nos sorprendió la naturalidad y sencillez de su trato. Nos sentamos a tomar algo en la cafetería del hall del Palau, entre el bullicio creado por los asistentes que acababan de salir del congreso y rodeados de las luces de la ciudad que llegaban a través de la enorme cúpula de cristal que cubre el vestíbulo. Desde entonces, nuestra relación ya no se interrumpió.

Yo le conté que iba a centrar mi segundo ejercicio de la oposición en los aspectos éticos y jurídicos de la clonación humana. En 1996 había nacido la oveja Dolly, el primer mamífero obtenido mediante clonación. Y en 1998 se consiguió multiplicar en el laboratorio células troncales embrionarias humanas sin que se diferenciasen, es decir, manteniéndose en un estadio de pluripotencia. Todo apuntaba a que la técnica de clonación podría servir para crear embriones humanos y obtener de ellos células troncales con las que, en el futuro, se podrían hacer trasplantes de tejidos y reparación de órganos. Se atisbaba la posibilidad de una medicina regenerativa sumamente prometedora, pero al alto precio de producir y eliminar embriones humanos. Carlos, como he dicho, no solo estaba al corriente de todos estos anuncios y de los enconados debates bioéticos que tenían lugar no solo en los ambientes universitarios sino hasta en los medios de comunicación de todo el mundo sino que, como he dicho, ya había escrito sobre estas controvertidas cuestiones. A pesar de lo poco que le podía aportar en esta materia, escuchó con interés lo que le conté. Y no solo eso: me animó a colaborar en la Revista de Derecho y Genoma Humano, que había creado y dirigía, y a que le enviara el ejercicio de la oposición cuando la acabara porque quizá podría publicarlo en la colección Derecho y Ciencias Biomédicas, que él dirigía en la editorial Comares.

Este primer encuentro nos dejó a Ylenia y a mí descolocados. Una figura de nivel mundial nos había tratado como si fuéramos sus colegas, nos había dedicado tiempo sin impacientarse, se había interesado por mis proyectos de investigación, me había abierto las puertas a publicar e incluso quiso saber sobre la oposición que preparaba Ylenia y cómo la llevaba. Si no recuerdo mal, en aquella primera ocasión ya atisbé uno de sus rasgos intelectuales que más me llamaron la atención: su fino sentido del humor.

II. Encuentros en la cátedra de derecho y genoma humano

Como decía, desde aquel feliz encuentro no dejé de colaborar con él. No desaproveché las oportunidades que me había brindado. Publiqué mi libro sobre clonación en la prestigiosa colección que dirigía. Por cierto, no puedo dejar de recordar en este

contexto a dos personas a las que estoy también sumamente agradecido: Miguel Ángel del Arco y José Luis Serrano. José Luis estuvo en el tribunal de mi tesis doctoral en 1993. Al acabar el acto de defensa me ofreció la posibilidad de publicar una monografía que fuera resultado de la tesis en la colección Ecorama que dirigía en la ya mencionada editorial Comares. «Ecología: de las razones a los derechos» fue el título de mi primer libro y lo publiqué gracias a la gentileza de José Luis, quien falleció ya hace unos años, cuando estaba en su plenitud académica.

Con ocasión de esa publicación tuve el privilegio de conocer personalmente al creador y primer director de Comares, el magistrado Miguel Ángel del Arco. A quien no le conozca, le animo a que lea la trilogía que recoge sus reflexiones sobre la justicia al hilo de su actividad judicial durante más de cuatro décadas. Descubrirá de inmediato a una persona extraordinaria tanto por su labor como juez, como por su visión acerca de la justicia y su pasión por los libros. Es fácil suponer que dos personalidades como Carlos y Miguel Ángel conectaran desde el momento en que se conocieron y que llevaran a cabo proyectos fabulosos en el campo de la edición académica. Carlos dirigía tres colecciones en Comares: la mencionada sobre Derecho y Ciencias Biomédicas, una específica sobre Derecho y Genoma Humano, y otra más sobre Derecho penal. Las tres son referentes en sus respectivas especialidades. Por cierto, uno de los proyectos más ambiciosos que Carlos llevó a cabo con Comares fue la publicación en dos volúmenes exquisitamente editados de la Enciclopedia de Bioderecho y Bioética. Sin duda es una obra ya canónica en el mundo de la bioética y de referencia para todos los países de habla hispana, por la calidad de los autores y la pluralidad de perspectivas. En este empeño, junto a Carlos y a Miguel Ángel, estuvo Jaime del Barrio, entonces director del Instituto Roche. No es fácil encontrar personas que vengan del mundo de la empresa, aunque sea del sector biotecnológico, que tenga la sensibilidad ética y social de Jaime. Por supuesto, un papel fundamental en la impecable ejecución del proyecto correspondió a los integrantes de la Cátedra de Derecho y Genoma Humano, a los que me referiré más adelante.

Fue en los primeros años de este siglo cuando Carlos me invitó por primera vez a Bilbao y tuve el primer contacto con la Cátedra de Derecho y Genoma Humano. Lo que me encontré me dejó impresionado y todavía hoy me sigue produciendo admiración. Entonces la cátedra tenía programadas dos actividades anuales: la jornada (que después ha recibido el nombre de congreso internacional) y el seminario. Yo las conocía porque eran una referencia obligada para cualquiera que se dedicara al Bioderecho. Cada año se centraban en un tema de la máxima actualidad e interés y, para ello, contaban con la participación de reputados expertos internacionales. Por si fuera poco, esos encuentros se acababan convirtiendo en libros, que no eran una simple recopilación de ponencias sino un conjunto coherente de contribuciones que abarcaban las principales cuestiones relacionadas con el tema correspondiente. Me sorprendía que Carlos se tomara la molestia de coordinar cada uno de esos libros, hacer una introducción en la que presentaba el tema con claridad y rigor, y la mayor parte de las veces contribuir él mismo con un trabajo.

Si no recuerdo mal, mi primera participación fue en un seminario sobre los aspectos éticos y legales de la farmagenómica. No sé por qué me invitó Carlos; hasta entonces, no me había ocupado de este asunto. Como se puede imaginar, me sentí obligado a hacer un curso intensivo sobre los aspectos éticos y legales de la farmacogenómica porque no podía desaprovechar la oportunidad que me brindaba de participar en un foro tan prestigioso y porque no quería hacer el ridículo entre tantos verdaderos expertos.

Carlos era un excelente anfitrión y lo era no solo porque cuidaba todos los detalles y estaba pendiente de sus invitados durante toda su estancia, sino también porque contaba con el equipo de la Cátedra, que unía a su competencia científica una exquisita amabilidad y gran eficiencia. Estoy convencido de que ese «estilo» propio de la Cátedra reproducía las cualidades de su director. Casi todas las veces que me invitó me alojé en el hotel Ercilla, maravillosamente situado cerca del museo de Bellas Artes, la ría y el museo Guggenheim. La noche anterior al inicio de la actividad siempre organizaba una cena de bienvenida, a la que acudían muchos de los miembros de la Cátedra y los ponentes ya llegados a Bilbao. Siempre me llamaba la atención el buen ambiente que se respiraba entre los discípulos de Carlos y, al mismo tiempo, el respeto y confianza con que le trataban. Notabas que sabía crear equipos y sacar lo mejor de cada uno de ellos.

Las primeras personas de la Cátedra que conocí fueron Pilar Nicolás y Aitziber Emaldi, entonces jóvenes doctoranda y doctora. Aitziber acababa de defender su tesis doctoral (1999) sobre los aspectos legales del consejo genético. En esas fechas una tesis sobre este asunto era sumamente novedosa en el ámbito de la investigación jurídica en España. Pilar, por su parte, estaba a punto de terminar su tesis sobre la protección jurídica de los datos genéticos de carácter personal. ¿No da idea del carácter visionario del profesor Romeo que propusiera hacer en esa época una tesis sobre datos personales? Entonces pocas personas en el mundo del Derecho eran capaces de imaginar la inmensa influencia que iban a tener los datos personales en el desarrollo de las tecnologías y de tantos modelos de negocio, y la correspondiente necesidad que surgía de proteger eficazmente a las personas frente al uso indebido de sus datos.

Quiero hacer mención de cuatro de las visitas que hice a la Cátedra después aquella primera de principios del siglo porque cada una tiene una especial significación para mí y, sobre todo, porque revela algo importante sobre la figura de Carlos. La primera fue en 2013, para participar en las jornadas de Derecho y Genoma Humano en las que se conmemoró el vigésimo aniversario de la Cátedra. Se podría decir que, en ese momento, la Cátedra se había consolidado como el primer centro de investigación sobre los aspectos éticos, legales y sociales del genoma humano de España y probablemente de toda Europa. Tenía una gran capacidad para atraer jóvenes investigadores con altas cualificaciones y gran inquietud por aproximarse a los desafíos que planteaban las nuevas biotecnologías desde una perspectiva multidisciplinar. En ese momento la Fundación BBV, que había brindado un importante apoyo a la Cátedra desde su nacimiento, se había apartado del proyecto. Probablemente esa decisión no contó con la aprobación del entonces presidente de honor de la Fundación, José Ángel Sánchez Asiaín, quien era ple-

namente consciente de la trascendencia de investigar sobre el impacto de las tecnologías genéticas en la vida de las personas y, por tanto, del trabajo que realizaba la Cátedra. En los años siguientes, también la Diputación Foral de Bizkaia y la Universidad de Deusto le retiraron su apoyo. Es una pena que esta iniciativa, con una trayectoria jalonada de éxitos, una proyección que no dejaba de crecer y que puso a España en la vanguardia de la investigación sobre un campo tan crucial para el futuro de la humanidad, perdiera el apoyo de las instituciones que las promovieron. Afortunadamente, el tesón de Carlos logró mantener adelante el proyecto, ahora como grupo de investigación permanente de la Universidad del País Vasco, bajo el nombre de Red Cátedra de Derecho y Genoma Humano. Sus actuales coordinadores, Pilar Nicolás e Íñigo de Miguel ejercen ahora el liderazgo de la Cátedra con el mismo empuje y proyección internacional que el prof. Romeo Casabona, su común maestro.

Las jornadas de aquel año ilustraron de manera insuperable la identidad de la Cátedra. Participaron magistrados del Tribunal Supremo y catedráticos de las más diversas disciplinas jurídicas (Derecho civil, Derecho procesal, Derecho penal) y médicas (Neurofisiología, Medicina legal), y también ponentes internacionales reconocidos a nivel mundial, como John Harris, Albin Eser o Herman Nys. Solo una persona del prestigio de Carlos, y con la capacidad de crear foros de encuentro y debate sumamente atractivos sobre las cuestiones más rompedoras en el campo de la biomedicina abordadas desde una perspectiva multidisciplinar, lograba reunir gentes tan reconocidas de las más diversas disciplinas. Yo compartí mesa con John Harris para hablar de medicina regenerativa y reconozco que sufrí porque no compartíamos posiciones en asuntos importantes y no se puede negar que Harris tiene una fuerza retórica y dialéctica difícil de abatir.

Moderaba la mesa Íñigo de Miguel, que se había incorporado unos años antes a la Cátedra. Aunque ya le conocía de los tiempos en los que hacía la tesis en la UNED, nuestra relación fue estrechándose en esos años hasta poder considerarla de verdadera amistad. Durante años hemos debatido de palabra y por escrito sobre muchas cuestiones biojurídicas en las que estábamos en desacuerdo. Pero eso no ha hecho más que reforzar nuestra amistad. Y, además, y para colmo, en estos últimos años hemos empezado a encontrar puntos de convergencia que a los dos nos llaman la atención. Estoy convencido de que esta amistad intelectual tiene mucho que ver con Carlos. Él ha sido siempre para mí un modelo de persona abierta a perspectivas distintas de la suya, y a posiciones contrarias a las suyas. Su interés insaciable por aproximarse a un conocimiento integral, y por llegar a la decisión justa frente a cada uno de los retos de la biomedicina era, y sigue siendo, un ejemplo para todos los que nos considerábamos sus discípulos. Y que conste que Carlos no era precisamente una persona que cambiara con facilidad de opinión, mucho menos que fuera un «blandito» a la hora de discutir sobre cualquier cuestión controvertida. Aunque era de esos maños que confirman el tópico acerca de su tozudez, siempre se sintió más amigo de la verdad por descubrir que de sus prejuicios personales.

Otra visita que recuerdo con especial afecto fue con ocasión de la oposición en la que Pilar Nicolás, consiguió la plaza de Investigadora Doctora Permanente de la Universidad del País Vasco. La oposición resultó especialmente grata no solo porque había una única candidata (lo que casi siempre evita el riesgo de que una oposición se convierta en una lucha sin cuartel) sino, sobre todo, porque se presentaba con una trayectoria investigadora impresionante. Se notaba el magisterio de Carlos en su formación y ella era consciente de esa deuda. Siempre me ha llamado la atención en Pilar la lealtad hacia su maestro y la capacidad para aprender de sus cualidades científicas. Aunque esto debería ser lo más común (que el discípulo aprenda del maestro y le reconozca un tributo de gratitud) sabemos que no lo es. Tienden a ser difíciles las relaciones entre maestros y discípulos: bien porque el maestro no deja crecer al discípulo o bien porque el discípulo se empeña en ignorar cualquier influencia del maestro que exija gratitud. El caso de Pilar es un ejemplo de cómo deberían ser esas relaciones. Ella viene desarrollando una brillante carrera tanto en la investigación como en la transferencia de los resultados de esas investigaciones al tejido social. Llama la atención, en particular, la colaboración que ha desarrollado, de forma destacada sobre el tratamiento legal de los datos genéticos, con entidades del máximo prestigio dedicadas a la biomedicina, como la Fundación Instituto Roche. Esa brillante trayectoria personal no ha supuesto un obstáculo, sino al contrario, para ser en todo momento una de las colaboradoras más estrechas de Carlos y, consecuentemente, uno de los baluartes de la Cátedra en la actualidad.

La tercera visita que no puedo dejar de mencionar fue para participar en el XXIV Congreso Internacional de Derecho y Genoma Humano de 2017. Para entonces la Cátedra ya había perdido los apoyos institucionales de la Diputación Foral de Bizkaia y la Universidad de Deusto. Ya no era una entidad autónoma sino un grupo de investigación de la Universidad del País Vasco. Aunque esta pérdida de patrocinios y de estatus jurídico había contrariado a Carlos, ya he comentado que no repercutió en absoluto en su empeño por seguir impulsando el proyecto. Y así logró mantener todas las actividades habituales de la Cátedra, siguió atrayendo a jóvenes altamente cualificados para formarse en Bioderecho, e incrementó los proyectos de investigación nacionales e internacionales en los que estaba implicada la Cátedra, bien como partner o bien como líder del proyecto.

En aquella ocasión Carlos me invitó a hablar sobre maternidad subrogada. Poco antes el Comité de Bioética de España (CBE) había publicado un extenso informe sobre el tema, del que yo había sido ponente principal. Carlos formaba parte de ese comité desde su creación y yo fui nombrado tras la primera renovación. Nos conocíamos desde hace años y nos alegró encontrarnos en ese órgano. Coincidimos durante cerca de cinco años, cuando Carlos dejó el comité al concluir su segundo mandato.

Quienes hayan conocido a Carlos saben que su amabilidad era compatible con un carácter fuerte, que se manifestaba sobre todo cuando advertía un modo de proceder incorrecto. Con ocasión de la redacción del borrador de informe sobre maternidad subrogada Carlos se enfadó conmigo y con la entonces presidenta, Teresa López, porque entendió que yo había trabajado el documento por mi cuenta sin haber integrado los pun-

tos de vista de otros vocales del comité, entre ellos el suyo. Esa situación me entristeció mucho porque tenía un gran aprecio por Carlos y lamentaba que nuestra amistad pudiera resentirse. Le propuse que, antes de uno de los plenos del comité, comiéramos juntos. Fue en la *Tagliatella* situada en el bajo de una de los cuatro rascacielos que rematan el paseo de la Castellana y que se ubican casi enfrente del Instituto Carlos III, donde teníamos las reuniones. Él me detalló el motivo de su enfado, yo le reconocí mi error y le pedí disculpas. Sin atisbo de rencor por su parte, nuestra relación quedó enteramente restablecida. Prueba de ello fue el que me invitara a presentar el informe del CBE sobre maternidad subrogada en el congreso. Por cierto, allí conocí a María José Cabezudo, catedrática de Derecho procesal de la UNED, quien tenía una posición frontalmente contraria a la que yo expuse. Sin embargo, las discrepancias que mantuvimos durante la sesión dieron pie a una futura y enriquecedora colaboración. Ella solicitó un proyecto de investigación sobre gestación por sustitución, me invitó a participar y a que invitara a otros colegas que estuvieran trabajando en ello, con independencia de su posición sobre el tema. Creó un grupo muy plural y cualificado, y organizó un congreso en el que participamos todos y cuyas ponencias quedaron publicadas en un libro.

La última visita a la Cátedra a la que quiero hacer referencia fue con ocasión de la defensa de la tesis doctoral de Ángela Bernardo, que había dirigido Carlos. Fue la penúltima que dirigió y trató sobre «Edición genética y libertad de investigación. Análisis desde el Bioderecho y la Bioética». Como siempre, Carlos nos recibió con la hospitalidad de siempre y derrochó buen humor, cualidades ambas que ya tenía comprobado eran connaturales a su forma de ser. La tesis obtuvo la máxima calificación y recibió el premio extraordinario de doctorado de la UPV. Además, fue reconocida con el premio a la mejor tesis doctoral de Ciencia Jurídica de la Real Academia de Doctores de España. Su autora es licenciada en Biotecnología por la Universidad de León, máster en Industria farmacéutica y biotecnológica por la Universitat Pompeu Fabra y experta en Gabinetes de Comunicación por la Universidad Complutense de Madrid. Este es el tipo de perfiles formativos con los que le gustaba trabajar a Carlos: personas con una trayectoria académica brillante y con capacidad para aproximarse a los retos de las biotecnologías desde perspectivas distintas y novedosas. Y con estas personas, venidas a Bilbao desde los más diversos lugares de España y Latinoamérica, hacía una labor dirección que daba unos frutos fuera de lo ordinario. Una tesis dirigida por Carlos era garantía de excelencia. Evidentemente, las personas que seleccionaba, como fue el caso de Ángela, tenían unas cualidades sobresalientes para la investigación y el trabajo en equipo.

III. Encuentros en Valencia

No he mencionado todas las veces que estuve en Bilbao invitado por Carlos sino solo aquellas que me han permitido destacar algunas de sus cualidades personales e intelectuales. Haré lo mismo ahora, seleccionando cuatro de las visitas que hizo el profesor a Valencia para participar en actividades a las que le invité.

La primera fue con ocasión de las Jornadas Nacionales de Comités de Ética Asistencial que organicé en la sede valenciana de la Universidad Internacional Menéndez Pelayo (UIMP) en los primeros años del siglo. Él ya había venido a participar en un Máster en Bioética que yo dirigía y que organizaba la Escuela Valenciana de Estudios en Salud (EVES). Siempre me llamó la atención que Carlos hiciera lo posible, y a veces hasta lo imposible, por atender todas las invitaciones que le hacía y, en realidad, prácticamente todas las que recibía. Que una persona tan prestigiosa y atareada como Carlos estuviera dispuesta a venir de Bilbao a Valencia a impartir cuatro horas seguidas de máster a cambio de unos honorarios casi simbólicos, me parecía inconcebible. Y por más vueltas que le he dado desde que le conocí, la única explicación que he encontrado es que le apasionaba su trabajo: avanzar en el conocimiento, darlo a conocer, y tener contacto con colegas, profesionales y estudiantes.

Pero volvamos a la visita que hizo con ocasión de las mencionadas jornadas. Se celebraron en marzo, unos días antes de San José. Se me ocurrió proponerle que fuéramos un día a ver la mascletá desde el balcón del ayuntamiento. Aunque para entonces ya le conocía un poco y sabía que vivir nuevas experiencias le apasionaba, me llamó la atención la ilusión con la que aceptó el plan. Fuimos con mi mujer y mi suegra, y además de escuchar la mascletá, pudimos saludar a la fallera mayor de Valencia y ver los salones nobles de la casa consistorial. Él lo pasó en grande. Constaté que, bajo la seria apariencia del profesor, se escondía una persona con una enorme capacidad para disfrutar de la vida.

Por esas fechas yo había publicado otro libro en la colección Derecho y Ciencias de la Vida que él dirigía en la editorial Comares. Le propuse que, aprovechando su estancia en Valencia, participara en su presentación. Aceptó gustoso. El acto tuvo lugar en la UIMP. Me llamó la atención su intervención. En estos actos los presentadores suelen deshacerse en elogios de la obra, rozando muchas veces la exageración. La intervención de Carlos me pareció mucho más comedida: habló favorablemente del libro, pero sin incurrir en excesos y haciendo puntualizaciones que no buscaban la confrontación sino poner de manifiesto el interés que su lectura le había suscitado.

Un segundo viaje del profesor a Valencia que quiero recordar fue con ocasión de la defensa de la tesis doctoral de Julio García Guerrero. Durante muchos años Julio fue el jefe de los servicios médicos de la cárcel de Castellón. Le conocí porque hizo el máster en bioética antes mencionado. Desde el principio destacó por sus frecuentes intervenciones, sus puntos de vista bien argumentados, y sus opiniones casi siempre discrepantes de las mías. Al acabar el curso me propuso hacer la tesis doctoral y la hizo ajustándose en tiempo y forma. El tema le era muy próximo: el consentimiento informado de las personas privadas de libertad. Aunque no había estudiado Derecho sino Medicina, la tesis tenía consistencia jurídica y rezumaba, además, compromiso profesional. Se notaba que estaba escrita desde una dilatada experiencia de asistencia sanitaria en el entorno carcelario, en el que las dificultades que siempre existen para conseguir un genuino consentimiento informado de los pacientes se multiplican exponencialmente.

Carlos fue el presidente de esa tesis. Como siempre, estuvo exquisito tanto en el plano académico como en el personal. Había leído la tesis con atención y en su intervención tuvo tiempo para destacar la calidad del trabajo y hacer sugerencias que acabaron siendo muy útiles para las sucesivas publicaciones que hizo Julio derivadas de la tesis. El profesor se mostró como era siempre: próximo y cordial en el trato, y muy interesado por el contenido de la tesis y por el trabajo de su autor. Julio, quien había conocido a Carlos en una clase del máster y, sobre todo, a través de sus publicaciones, quedó impresionado de su trato sencillo y de su genuino interés por el objeto de la tesis. Durante la comida, Carlos aprovechó para contarnos que todo lo que él había teorizado sobre el consentimiento informado a lo largo de los años solía ser justo lo contrario de lo que vivía en la asistencia sanitaria a la que con tanta frecuencia tenía que recurrir. Reconocía que el nivel asistencial en España era magnífico pero que todavía estábamos lejos de consolidar una relación entre sanitarios y pacientes que estuviera basada en la confianza y el mutuo reconocimiento, huyendo por igual de un paternalismo rancio como de una frío y aparente respeto por la autonomía, que es más bien expresión de un ejercicio defensivo de la medicina.

En tercer lugar, quiero recordar la participación de Carlos en uno de los seminarios internacionales de derechos humanos que cada año organiza el Máster en Derechos Humanos del Departamento de Filosofía del Derecho y Política de la Universitat de València. En aquel año me tocó dirigirlo a mí porque lo dedicamos al Convenio Europeo de Derechos Humanos y Biomedicina. Vinieron personas muy relevantes en el mundo del Bioderecho y la bioética; entre otros, Stefano Semplici, Dafna Feinholz, José Antonio Seoane, Federico de Montalvo, Maria Patrao Neves, Volnei Garrafa y, por supuesto, Carlos Romeo Casabona. Él los conocía desde hacía muchos años porque habían coincidido en los más diversos foros internacionales y todos le tenían como una de las grandes figuras del Bioderecho a nivel mundial.

En ese encuentro me conmovió constatar la fragilidad física de Carlos y al mismo tiempo, su capacidad para sobreponerse a ella. Como es bien sabido, su salud era precaria. Llevaba muchos años trasplantado y si bien no cometía excesos, tampoco se obsesionaba con el cuidado de su salud. Sus mejores energías siempre se orientaban al trabajo y, de manera singular, al intelectual. Pues bien, llegó a Valencia claramente enfermo. Me dijo que no me preocupara por su salud y que daría su ponencia con normalidad, pero me pidió que le dispensara de acudir a la paella que íbamos a comer en mi apartamento en la dehesa de El Saler. Todo lo hizo con discreción y sin darse la más mínima importancia. Todavía hoy me llama la atención su voluntad para cumplir con sus compromisos con independencia de su estado físico, y su deseo de que los problemas de salud pasaran desapercibidos para el resto. Por cierto, la comida en el apartamento a la que no pudo acudir la pudimos «recuperar» tiempo después, esta vez solos mi mujer, él y yo. Y recuerdo lo que disfrutó: del sol que inundaba la terraza (le encantaba tomar el sol), de la paella que degustamos, y de la animada conversación en la que llevó la voz cantante. Los que le han conocido, saben que en ambientes de confianza se relajaba y

contaba infinidad de anécdotas de sus viajes, las oposiciones en las que había participado, la situación política, la investigación histórica en la que estaba incurso, y tantos asuntos más. Conseguía entretener con su conversación, salpicada tanto de notas de humor como de apostillas al margen, que incorporaba como si vinieran de un tercero atento a lo que él mismo venía contando.

La última visita a Valencia fue en 2023, también con ocasión de uno de los congresos internacionales de derechos humanos del Máster en Derechos Humanos. En esta ocasión, el congreso giró en torno a los derechos de las personas mayores, y los directores fuimos la profesora Emilia Bea y yo. Como no podía ser de otra manera, Carlos llevaba tiempo ocupándose de las cuestiones relacionadas con el envejecimiento y el Derecho. Ya he dicho que él siempre iba un paso por delante a la hora de identificar y ocuparse de temas de especial interés. De hecho, acababa de coordinar una obra monumental de más de mil páginas sobre el tema: «Tratado de Derecho y Envejecimiento. La adaptación del Derecho a la nueva longevidad». El libro había sido fruto de su colaboración con la Fundación Mutualidad Abogacía y contó con el respaldo del ministerio de Justicia. Él siempre estaba presto a colaborar con las instituciones públicas en iniciativas legislativas, de formación, y de representación de España ante organismos internacionales relacionados con el mundo del Bioderecho. Pero esa colaboración también se extendía a la sociedad civil, como había sucedido en este caso.

De esta última visita guardo tres recuerdos especiales. En primer lugar, Emilia Bea, quien conocía a Carlos solo de su obra y del prestigio que le acompañaba, se quedó impresionada de su sencillez y amabilidad. Le llamaba la atención, como me la llamó a mí cuando lo conocí, que una persona tan relevante en el mundo universitario fuera tan accesible y natural de trato. Esta debería ser la norma, bien lo sabemos, pero desgraciadamente no lo es. En segundo lugar, recuerdo que se quedó a todas las sesiones del seminario, como si fuera un estudiante más. Y no solo eso, sino que participó con preguntas. Tampoco esto es común y da idea del interés que tenía por aprender de todo el mundo y de participar en generar conocimiento (si queremos decirlo al estilo cursi actual) o en la búsqueda de la verdad (si queremos decirlo con más precisión, aunque suene algo grandilocuente). Por último, planteó su ponencia en unos términos muy abiertos, mostrando las dudas que le suscitaban determinadas cuestiones. En concreto, se manifestó muy crítico con la ley de la eutanasia que se acababa de aprobar en España pero, al mismo tiempo, expuso unas cuantas dudas que le suscitaba tan espinoso asunto. Cada vez se revelaba más socrático: un mayor conocimiento de las cosas le llevaba a sentirse más ignorante y menos seguro de sus opiniones.

IV. Encuentros por el mundo: Madrid, Bogotá, Estrasburgo

Desde mi primer encuentro con Carlos, la relación se fue acrecentando a lo largo de los años. Al tiempo que se consolidaba una colaboración en el plano académico, se iba forjando una amistad por la que me sentía profundamente afortunado. Los encuen-

tros científicos no solo tuvieron como marco nuestras respectivas ciudades, Bilbao y Valencia, sino distintos lugares del mundo. Y es que, como saben los que le conocían mínimamente, Carlos era una persona a la que le apasionaba viajar tanto como estudiar, escribir y hablar. Como por razón del trabajo le llamaban de tantos lugares del mundo realmente pudo viajar mucho. A continuación, me referiré a tres de esos encuentros que tuvimos fuera de nuestras ciudades y que sirven para descubrir nuevos aspectos de su personalidad.

A principios de los 2000 la Fundación Ciencias de la Salud, que entonces dirigía Diego Gracia, creó un grupo de trabajo multidisciplinar sobre el estatuto del embrión humano. En él estaban los que más sabían del tema en España y el grupo era sumamente plural. Como no podía ser de otro modo, Carlos formaba parte del subgrupo sobre el estatuto jurídico del embrión. En él también estaban Andrés Ollero y Javier Sánchez Caro, que yo recuerde. Por circunstancias que no conozco bien, en un momento dado, Andrés dejó el grupo y me propusieron que yo le sustituyera. La propuesta me pareció muy atractiva y acepté con gusto, aunque sintiéndome muy inferior a los que lo integraban, pues eran aquellos de los que había aprendido lo principal que sabía de Bioderecho hasta el momento. A Carlos ya lo conocía, aunque no mucho. Fue a lo largo de los encuentros en la sede de la fundación en Madrid cuando descubrí a una persona que tenía un modo de trabajar que me pareció ejemplar: estudiaba a fondo los borradores y hacía muchas aportaciones; defendía sus posiciones con fuerza y, al mismo tiempo, se mantenía abierto a las de los demás; compaginaba el apasionamiento en las reuniones con un magnífico buen humor con todos, independientemente de que lo que pensaran. Es una pena que ese trabajo, en el que se implicaron tantos estudiosos sobre el estatuto del embrión humano, y al que Diego Gracia dedicó tantas energías, no viera la luz.

Años más tarde, como ya he señalado, Carlos y yo nos encontramos en el Comité de Bioética de España. Él estuvo desde su constitución, y había coincidido con Victoria Camps como presidenta. Tras la primera renovación, Teresa López fue nombrada presidenta, y Federico de Montalvo, asumió la vicepresidencia. Yo me incorporé entonces al comité. El comité recién renovado comenzó su trabajo con un informe sobre la propuesta de reforma de la ley del aborto de Zapatero que el ministro de Justicia, Alberto Ruiz Gallardón, había llevado al Consejo de ministros. No parecía para un comité recién renovado, la mejor manera de iniciar su andadura con un tema tan polémico como el del aborto. Carlos se manifestó con su habitual estilo: ofreciendo argumentos para defender sus posiciones, escuchando las de los demás para acogerlas o refutarlas, y prestando mucha atención al modo en que la presidencia moderaba las reuniones y organizaba el trabajo de elaboración de los borradores. No le pareció bien cómo lo hizo y así lo puso de manifiesto, de forma respetuosa pero contundente en distintas ocasiones. El informe se aprobó por una mayoría ajustada de 7 votos a favor, y 5 en contra. Cuatro de ellos, entre los que estuvo Carlos, hicieron un voto particular.

Durante cerca de seis años trabajamos juntos en el CBE. Como he comentado antes, las cosas no siempre fueron fáciles. Carlos pensaba lo que decía y decía lo

que pensaba, y no tenía problema en manifestar abiertamente una discrepancia o una crítica. Confirmé, sin embargo, su humildad intelectual, que le llevaba a no cerrarse a ningún argumento y estar siempre presto a hacer suyos los que le parecían valiosos. Disfrutaba tanto escuchando a científicos como Natalia López Moratalla, Nicolás Jouvé de la Barreda o Carlos Alonso Bedate, como al fiscal Fidel Cadena, al catedrático de Filosofía del Derecho José Miguel Serrano, al internista Manuel Aragón o al cirujano Pablo Fernández Muñiz. Con Federico de Montalvo la relación fue tensa en muchas ocasiones. Sin embargo, acabó de la mejor manera, como prueba el hecho de que, en la conmemoración del 25 aniversario de la Cátedra de Derecho y Genoma Humano, Carlos invitara a Federico entre los ponentes.

Carlos y yo también coincidimos durante unos años en el Comité Director de Bioética (CDBI) del Consejo de Europa. Él ya formaba parte del grupo de expertos que representaba a España cuando yo me incorporé integrando la comisión de la Santa Sede, de la que venía formando parte el sacerdote irlandés Maurice Dooley desde hacía muchos años. Carlos y Maurice tenían muy buena relación, entre otras cosas porque ambos participaban un fino sentido del humor y una encomiable capacidad para escuchar al otro sin prejuicios. A padre Dooley le sustituyó Jacques Suaudeau, sacerdote francés que antes de ordenarse había ejercido como cirujano e investigador. En aquellos momentos trabajaba como oficial en la Pontificia Academia per la Vita. Era una persona con una formación científica y teológica fuera de lo común y, como no podía ser de otra manera, esa erudición atrajo de inmediato a Carlos, que apreciaba especialmente los perfiles multidisciplinares. Durante los años en los que acudí a las reuniones del CDBI recuerdo que la comisión española estuvo integrada por personas tan distintas como interesantes por su experiencia profesional: el bioquímico jesuita, Carlos Alonso Bedate; el catedrático de Cirugía, Javier Arias; la presidenta de la Asociación Nacional de Comités de Ética de Investigación, María Concepción Martín Arribas; o el director de la Cátedra UNESCO de Bioética, Alberto García. Con todo ellos mantuvo una relación muy cordial, pero manteniendo intacta su independencia de criterio.

Para acabar este apartado recordaré un congreso organizado por la Universidad Javeriana de Bogotá en el que tuve la fortuna de coincidir una vez más con Carlos. Él era reconocido desde hacía tiempo como una autoridad mundial en el Bioderecho. Sin embargo, durante el congreso se mostró con una sencillez que, no por resultarme ya conocida, dejaba de sorprenderme. Pero no es en esto en lo que quiero fijarme ahora sino en otro detalle que pone de manifiesto su forma de ser. Carlos se puso bastante enfermo al poco de iniciarse el congreso. Como ya he recodado, su estado de salud era muy lábil. Pues bien, a pesar de lo mal que se encontraba, no renunció a una excursión organizada para visitar la catedral de Sal de Zipaquirá, esculpida en el interior de unas minas de sal en el departamento de Cundinamarca. Su interés por las cosas tiraba de él por muy cansado o enfermo que pudiera estar. Y no solo eso. Durante los días en que se encontró peor no hizo nada por recabar una mayor atención. La forma de afrontar

sus problemas de salud fue la misma en Bogotá que había tenido en Valencia. Nunca le gustó ser centro de la atención, ni siquiera cuando pudiera estar más que justificado.

V. **Despedida**

No puedo cerrar estas líneas sin evocar el acto que tuvo lugar en el Congreso de los Diputados en 2022 para conmemorar los 25 años de bioderecho en España. Se trataba de celebrar el vigésimo quinto aniversario del Convenio de Derechos Humanos y Biomedicina, el vigésimo de la ley 41/2002 de autonomía del paciente, y el decimoquinto de la ley 14/2007 de investigación biomédica. Desde que en 1979 tuvo un protagonismo decisivo en la elaboración de la ley 30/1979 de trasplantes de órganos, Carlos participó en mayor o menor medida en casi todas las iniciativas legislativas relacionadas con la biomedicina que se llevaron a cabo en España. Por supuesto, en las tres mencionadas. De ahí, que este acto se convirtiera, en cierta medida, una muestra de gratitud a su intensa y fecunda dedicación en este campo. En el acto participaron algunos de los principales artífices del bioderecho en España hasta el momento: Marcelo Palacios, Javier Sánchez-Caro, Francisco Gracia, Victoria Camps, Antonio Alarcó, Ana Pastor, y Federico de Montalvo, que presidía en aquel momento el Comité de Bioética de España. También tuvimos la fortuna de participar Pilar Nicolás, Íñigo de Miguel y yo. Fue una tarde entrañable en el marco incomparable de la sede de la soberanía nacional. Por cierto, no me resisto a señalar que el presupuesto que dispusimos para organizar el acto era tan exiguo que tuvimos en alojarnos en un modesto hostal junto a la plaza del Carmen de Madrid. Lo señalo porque a Carlos no le importó en absoluto dormir en un lugar que no era, ni de lejos, lo que correspondía a una persona de su edad y condición. ¿Y por qué no le preocupaba? Porque, como vengo diciendo a lo largo de todo lo que he contado, a él solo le interesaba el disfrute intelectual y estético, y lo demás le resultaba accesorio.

En estos tiempos en los que la atención apenas es capaz de posarse unos segundos sobre un mismo objeto, probablemente muy pocos leerán las páginas anteriores que, además, reconozco que quizá no sean de interés general, por más que hayan sido escritas desde el mayor afecto y admiración. Por eso, me permito acabar sintetizando los principales rasgos que definen el perfil académico y personal del profesor Romeo Casabona. Carlos fue una persona con una capacidad de trabajo y sacrificio personal fuera de lo común. Tuvo una curiosidad intelectual insaciable y una singular capacidad para anticiparse e identificar los asuntos que iban a suscitar mayor preocupación ética y jurídica en el campo de la biomedicina, y por ser pionero en ocuparse de ellos. Manifestó una genuina pasión por la docencia y también por (lo que de forma algo pomposa llamamos) la transferencia del conocimiento. Mantuvo un compromiso permanente con la mejora la sociedad. Fue capaz de crear una escuela de formación y un centro de investigación que se han consolidado como referentes a nivel internacional. Destacó por su fino sentido del humor, sencillez de trato, hospitalidad, desprendimiento de la propia salud y aprecio por la amistad.

Carlos fue, sin duda, el pionero del Bioderecho en España y su investigación en este campo influyó en el extranjero, especialmente en los países latinoamericanos. Pero esta condición es inseparable de todas las anteriores e hicieron de él un universitario ejemplar, alguien que dejó huella en quienes le tratamos y, por ello, nos resulta imposible olvidarle. En el prólogo que Pedro Laín Entralgo hizo a uno de los libros más importantes de Carlos, «El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana», sintetizaba con sabias palabras por qué la vida y la obra de su autor resultaban trascendentales. Acabo con ellas: «Desde hace muchos años vengo afirmando que uno de los más apremiantes deberes del intelectual español consiste en ser más europeo que los que así mismos se tienen por más europeos… Pues bien, más europeo que cualquier otro europeo muestra ser el penalista que aquí estudia las dimensiones médicas y jurídicas del derecho a la vida» (p. XIX).

6

CUARENTA AÑOS DE EDICIÓN GENÉTICA: CONSIDERACIONES JURÍDICAS ACTUALES EN TORNO A LA MODIFICACIÓN DEL GENOMA HUMANO

María Ángela Bernardo-Álvarez[*, **]
Profesora Ayudante Doctora en el Departamento de Salud Pública y Materno-Infantil de la Facultad de Medicina de la Universidad Complutense de Madrid
Doctora en Derecho por la Universidad del País Vasco (UPV-EHU)
Licenciada en Biotecnología por la Universidad de León

SUMARIO: I. Introducción. II. Una perspectiva jurídica sobre la edición genética en seres humanos. II.1. La consideración del genoma humano como bien jurídico protegido. II.2. Análisis jurídico de la edición del genoma humano en función de la finalidad perseguida. II.2.1. *Consideraciones previas.* II.2.2. *Marco jurídico aplicable a la edición genética en función de su propósito.* II.3. Una aproximación jurídica a las intervenciones genéticas en función del tipo celular que se busque editar. II.3.1. *Consideraciones previas.* II.3.2. *Las limitaciones legales a la edición genética respecto a la línea celular.* III. Conclusiones. IV. Bibliografía.

I. Introducción

En 1985, el grupo de Olivier Smithies consiguió modificar el gen que codifica la beta-globina humana[1]. Gracias a este experimento, se demostró que era posible insertar a voluntad fragmentos de ADN en una determinada localización sin alterar otras partes del genoma. La investigación, premiada en 2007 con el Nobel de Medicina, sentó las bases de lo que hoy conocemos como edición genética.

[*] Con agradecimiento y afecto dedico estas páginas a la memoria del Prof. Dr. Carlos María Romeo Casabona, quien no solo fue mi director de tesis, sino también una auténtica inspiración por su trabajo pionero en el ámbito del Bioderecho y de la Bioética, su dedicación y tesón y su visión innovadora e interdisciplinar. El legado humano y científico que nos deja seguirá siendo un estímulo personal y profesional.

[**] El presente trabajo se ha elaborado en el marco del Proyecto de Investigación «El Derecho Penal ante los retos actuales de la Biomedicina (DERPEBIO)». Referencia: PID2022-136743OB-I00. Proyectos de Generación de Conocimiento 2022. Entidades financiadoras: MCIN / AEI / y FEDER Una manera de hacer Europa.

[1] Esta proteína es un componente esencial de la hemoglobina, que se encuentra en el interior de los glóbulos rojos y que se encarga del transporte de oxígeno en el torrente sanguíneo.

El concepto de edición genética engloba toda intervención para identificar y modificar secuencias del genoma de forma precisa y dirigida con el objetivo de lograr la disrupción o la alteración de genes, la corrección o eliminación de fragmentos específicos del ADN, la inserción de nuevas secuencias o el cambio de la regulación de la expresión génica, entre otros fines[2].

Desde aquel primer experimento de 1985, la edición genética ha experimentado una gran transformación, impulsada por el desarrollo de herramientas que han propiciado una mejora de su precisión y eficacia[3]. La tecnología más destacada ha sido CRISPR[4], que ha democratizado la modificación dirigida del genoma al posibilitar que resulte sencilla, rápida, eficaz, versátil y barata.

El acrónimo en inglés CRISPR hace referencia a «repeticiones palindrómicas cortas agrupadas y regularmente espaciadas» que se encuentran en el genoma de algunas bacterias y arqueas. En la naturaleza, estas secuencias de ADN funcionan como un mecanismo heredable de inmunidad adaptativa ya que permiten a estos microorganismos y a sus descendientes defenderse de posibles infecciones virales.

Las secuencias CRISPR fueron descubiertas inicialmente en 1987, pero su potencial revolucionario llegó en 2012[5], cuando se demostró que podían utilizarse como una suerte de bisturí molecular, posibilitando experimentos antaño inimaginables[6]. No obstante, la aparición de mosaicismos y mutaciones fuera de la diana objetivo constituyen obstáculos significativos para su aplicación práctica.

Hoy en día, CRISPR se considera una tecnología de doble uso pues puede generar importantes beneficios y, al mismo tiempo, entrañar notables riesgos y perjuicios. Por un lado, las autoridades sanitarias de Reino Unido, Estados Unidos y la Unión Europea han aprobado recientemente Casgevy, la primera terapia basada en CRISPR. Tal y como

[2] *Vid.* MARFANY, Gema, «Interrogantes y retos actuales de la edición genética», *Revista Bioética y Derecho*, Núm. 47, 2019, p. 20.

[3] La aproximación inicial del equipo de OLIVER SMITHIES se basó en el uso de un proceso natural que ocurre en las células denominado recombinación homóloga, aunque su eficiencia era limitada y dependía a menudo de la secuencia genética y de la línea celular a editar. La aplicación de herramientas como las meganucleasas, las nucleasas de dedos de zinc (ZFN, por sus siglas en inglés), las nucleasas efectoras de tipo activador de transcripción (TALEN) y, muy especialmente, la tecnología CRISPR ha contribuido a mejorar el éxito de la modificación dirigida del genoma.

[4] Una revisión para conocer el impacto de esta tecnología puede leerse en: WANG, Joy Y. / DOUDNA, Jennifer, «CRISPR technology: A decade of genome editing is only the beginning», *Science*, Núm. 6629, Vol. 379, 2023, pp. eadd8643 – eadd8643.

[5] Sobre los orígenes históricos de la tecnología CRISPR, véase: MOJICA, Francisco J.M. / MONTOLIU, Lluis, «On the Origin of CRISPR-Cas Technology: From Prokaryotes to Mammals», *Trends in Microbiology,* Núm. 24, Vol. 10, 2016, pp. 811-820.

[6] Una revisión sobre las posibilidades, las limitaciones y las implicaciones ético-jurídicas de CRISPR puede leerse en: BERNARDO-ÁLVAREZ, María Ángela, *Edición genética en seres humanos y libertad de investigación*, Editorial Comares, Granada, 2025.

se vaticinó en 1985[7], consiste en la edición del gen de la beta-globina en pacientes con anemia de células falciformes y beta-talasemia.

Por otro lado, CRISPR también se ha usado de forma prematura e irresponsable. En 2018, el científico He Jiankui anunció que había modificado 31 embriones humanos, 13 de los cuales fueron implantados en el útero de cinco mujeres. Su objetivo era alterar el gen CCR5, que se relaciona con la infección por VIH[8]. El experimento, que se llevó a cabo sin suficientes garantías de seguridad y eficacia, dio lugar al nacimiento de los primeros bebés modificados genéticamente de forma intencional de la historia.

La naturaleza dual de los sistemas CRISPR y la reflexión en torno a sus implicaciones legales no son completamente novedosas, habida cuenta de que otras tecnologías previas de modificación genética ya comportaban notables desafíos. Sin embargo, la accesibilidad inédita que ofrece CRISPR para editar el genoma humano y la necesidad de revisar aquellos aspectos más confusos y desactualizados del ordenamiento jurídico exigen una respuesta por parte del Bioderecho, como se analiza en el presente capítulo.

II. UNA PERSPECTIVA JURÍDICA SOBRE LA EDICIÓN GENÉTICA EN SERES HUMANOS

II.1. La consideración del genoma humano como bien jurídico protegido

La edición con CRISPR busca modificar el genoma, es decir, el conjunto de información genética del que dispone una célula o un organismo en su ADN[9]. Como es sabido, el ordenamiento jurídico ha situado al genoma humano en una posición preferente pues supone la materialización de una de las dimensiones del derecho a la integridad que consagra el artículo 15 de la Constitución Española.

Su reconocimiento como objeto de tutela jurídica, siguiendo a Romeo Casabona[10], se justifica por los tres rasgos que caracterizan al genoma humano, esto es: la singularidad (cada persona cuenta con una información genética única e irrepetible, con la excepción de los gemelos monocigóticos); la capacidad predictiva (en relación con el riesgo de padecer enfermedades) y la vinculación biológica con otros individuos (esen-

[7] Como puede comprobarse en: SMITHIES, Olivier *et al.,* «Insertion of DNA sequences into the human chromosomal β-globin locus by homologous recombination», *Nature*, Núm. 317, 1985, p. 234.

[8] De acuerdo con los datos presentados por el propio He Jiankui acerca de dos de los bebés modificados, la edición genética realizada no logró su objetivo. Aunque el grupo buscaba conseguir una deleción en el gen *CCR5*, una de las niñas era heterocigota para ese gen – CRISPR modificó solo un cromosoma-, mientras que la otra niña, pese a ser homocigota, presentaba cambios no deseados en la secuencia genética editada. Sobre estas cuestiones, *Vid.* GREELY, Henry T., «CRISPR'd babies: human germline genome editing in the 'He Jiankui affair'», *Journal of Law and the Biosciences*, Núm. 6, Vol. 1, 2019, pp. 116-120.

[9] ALBERTS, Bruce, *Biología molecular de la célula, 5.ª edición*, Ediciones Omega, Barcelona, 2010, G:17.

[10] ROMEO CASABONA, Carlos María, «*Los genes y sus leyes. El derecho ante el genoma humano*», Cátedra de Derecho y Genoma Humano-Editorial Comares, Bilbao-Granada, 2002, p. 63.

cialmente con la familia, en sentido vertical y horizontal, pero también con el conjunto de la especie humana).

La protección jurídica del genoma humano se produce a través de un entramado normativo complejo y multinivel. En el ámbito del Consejo de Europa, el Convenio relativo a los Derechos Humanos y Biomedicina (CDHB) establece a través de su Capítulo IV una serie de obligaciones relacionadas con el genoma humano, como la prohibición de la discriminación de cualquier persona a causa de su ADN o las restricciones respecto a determinadas intervenciones genéticas.

Asimismo, a nivel internacional, la Declaración Universal sobre el genoma humano y los derechos humanos (DUGHDH) reconoce al genoma humano «en sentido simbólico» como «patrimonio de la humanidad». La consideración de que el ADN representa a la especie humana, si bien admitiendo a la vez su naturaleza mutable y evolutiva, impone una obligación moral de responsabilidad hacia el conjunto de la humanidad en las investigaciones y aplicaciones sobre el genoma.

Sin embargo, la falta de una definición unívoca de «genoma humano» en instrumentos como el CDHB y la DUGHDH genera una notable indeterminación jurídica[11]. Así, el marco legal vigente no ofrece una delimitación clara sobre este concepto y tampoco existe un consenso unánime acerca de su significado. Ello impide interpretar de forma nítida la regulación y asegurar su aplicación eficaz.

El genoma humano debe entenderse desde dos perspectivas diferentes, aunque íntimamente relacionadas. Por un lado, a nivel individual, los rasgos observables de cada persona (fenotipo) son fruto de la compleja interacción entre su genoma y el ambiente en el que vive. No obstante, la información genética que porta un individuo está sometida a cambios en cada una de sus células, por lo que ni siquiera en una misma persona existe un único genoma uniforme e inmutable.

Por otro lado, a nivel colectivo, el genoma humano engloba el conjunto de variantes genéticas de los individuos que forman, han formado o formarán parte de nuestra especie. De este modo, el concepto se asocia también con la diversidad genética inherente a la especie humana, cuya protección resulta especialmente valiosa para asegurar nuestra supervivencia al incluir el conjunto de cambios genéticos que han ocurrido a lo largo de la historia.

La configuración del genoma humano como bien jurídico protegido oscila entre dos posiciones diametralmente opuestas y poco recomendables, el determinismo biológico y la protección maximalista de la integridad genética. A este respecto, el ordenamiento vigente reconoce que la información genética constituye una parte esencial de cada persona, aunque la identidad individual no se limite solo al ADN. Al mismo tiempo, a fin

[11] En el mismo sentido, véase: De Miguel Beriain, Íñigo / Romeo Casabona, Carlos María, «The Regulation of Human Germline Genome Modification in Spain», en Andrea Boggio / Cesare P.R. Romano / Jessica Almqvist (eds.), *Human Germline Genome Modification and the Right to Science*, Cambridge University Press, Cambridge, 2020, pp. 373-375.

de evitar el riesgo de sacralización, conviene recordar que no existe un único genoma humano, sino miles de millones de ellos.

En consecuencia, la protección del genoma humano debe atender a una dimensión individual, de forma que su reconocimiento como bien jurídico sirva como medio para asegurar en todo caso la primacía y bienestar del ser humano. Esta consideración a su vez debe entenderse desde un enfoque supraindividual, garantizando la variabilidad y diversidad genética de nuestra especie, fijando además un mandato de responsabilidad global y universal en torno al ADN.

II.2. **Análisis jurídico de la edición del genoma humano en función de la finalidad perseguida**

II.2.1. ***Consideraciones previas***

Las intervenciones sobre el genoma humano ofrecen un abanico de posibilidades, desde la prevención y el tratamiento de enfermedades hasta la mejora o el perfeccionamiento de ciertas características humanas (*enhancement*). Esta diversidad de objetivos condiciona su aceptabilidad, de modo que la edición del genoma humano relacionada con la salud, como la modificación genética que persigue fines de prevención y terapia, suele generar un gran respaldo[12].

En este sentido, la terapia génica busca tratar o curar una enfermedad para así alcanzar, restaurar o mantener la salud[13], mientras que la prevención pretende modificar el genoma humano antes de que puedan aparecer los síntomas de la dolencia, evitando complicaciones relacionadas con la salud. Por el contrario, la mejora (*enhancement*) persigue la potenciación de características específicas de la persona por encima de lo que se considera normal o necesario para la salud.

Si bien la medicina permite mejorar algunos atributos con fármacos u operaciones quirúrgicas, la modificación genética para potenciar rasgos físicos, cognitivos o intelectuales resulta compleja y controvertida. Por una parte, las consecuencias de editar el genoma con este fin son irreversibles y difíciles de predecir. Por otra, capacidades como la inteligencia o la memoria son fruto de la interacción entre múltiples genes y factores ambientales no completamente conocidos ni controlables, lo que por ahora convierte a la mejora en una opción incierta[14].

[12] De acuerdo con la evidencia científica disponible, el propósito y el lugar donde se llevase a cabo la modificación del genoma influyen en la aceptación de la edición genética en seres humanos. *Cfr.* DELHOVE, Juliette / OSENK, Ivana / PRICHARD, Ivanka / DONNELLEY, Martin, «Public Acceptability of Gene Therapy and Gene Editing for Human Use: A Systematic Review», *Human Gene Therapy*, Núm. 31, Vol. 1-2, 2020, pp. 20-46.

[13] ERLER, Alexandre, «The limits of the treatment-enhancement distinction as a guide to public policy», *Bioethics*, Núm. 31, Vol. 8, 2017, pp. 608-615.

[14] Sobre estas cuestiones, véase: EUROPEAN COMMISSION: DIRECTORATE-GENERAL FOR RESEARCH AND INNOVATION, *European Group on Ethics in Science and New Technologies opinion on the Ethics*

II.2.2. *Marco jurídico aplicable a la edición genética en función de su propósito*

Hechas estas primeras apreciaciones, cabe destacar que el ordenamiento jurídico vigente establece una serie de límites relacionados con la edición del genoma humano en función de los objetivos que trate de alcanzar. En el ámbito del Consejo de Europa, por ejemplo, el artículo 13 del CDHB solo permite las intervenciones genéticas «por razones preventivas, diagnósticas o terapéuticas»[15].

Dicho precepto supone la proscripción de las modificaciones de secuencias genéticas que «no están asociadas a una enfermedad», a tenor de lo dispuesto en el Informe Explicativo del CDHB. En la práctica, el artículo 13 del Convenio implica la prohibición de aquellas intervenciones sobre el genoma humano que tengan como objetivo la mejora o el perfeccionamiento (*enhancement*).

A nivel internacional, la DUGHDH exhorta de forma no vinculante a que las aplicaciones relacionadas con el genoma humano se orienten «a aliviar el sufrimiento y mejorar la salud del individuo y de toda la humanidad». Este precepto parece limitar de nuevo las intervenciones genéticas con fines de mejora (*enhancement*), si bien es cierto que una parte de la doctrina, aunque minoritaria, entiende que toda modificación genética supone una mejora, esté o no vinculada con algún problema de salud[16], opinión que no compartimos.

Por su parte, el Derecho Comunitario acepta las modificaciones diagnósticas, preventivas o terapéuticas, si bien con algunas limitaciones en función de dónde se apliquen, como se analiza más adelante. En cambio, prohíbe la eugenesia en el marco de la biología y de la medicina[17], de acuerdo con el artículo 3.2 de la Carta de los Derechos

---

of Genome Editing, Publications Office, 2021. Disponible en: https://data.europa.eu/doi/10.2777/659034 [Última consulta: 13 de noviembre de 2024]; Schaefer, G. Owen, «Toward Realism About Genetic Enhancement», *American Journal of Bioethics*, Núm. 19, Vol. 7, 2019, pp. 28-30.

[15] A este respecto, según la clarificación del CDBIO del Consejo de Europa, la edición del genoma humano con fines preventivos debe «evitar la aparición de una enfermedad o trastorno», mientras que las intervenciones diagnósticas han de buscar la identificación de «una enfermedad o trastorno, o una variante o un factor genético asociado al desarrollo de una enfermedad o trastorno». *Cfr.* Steering Committee for Human Rights in the Fields of Biomedicine and Health, *Intervention on the Human Genome. Re-examination Process of Article 13 of the Oviedo Convention. Conclusions and Clarifications*, 2022. Disponible en: https://rm.coe.int/cdbio-2022-7-final-clarifications-er-art-13-e-2777-5174-4006-1/1680a87953 [Última consulta: 27 de noviembre de 2024].

[16] Baylis, Françoise, *Altered inheritance. CRISPR and the ethics of human genome editing*, Harvard University Press, Cambridge, 2019, p. 62.

[17] La mejora (*enhancement*), como es sabido, también puede relacionarse con la eugenesia, entendiendo este concepto como toda práctica dirigida a mejorar la composición genética, ya sea de personas o de grupos, con el objetivo de reducir la diseminación de genes perjudiciales (eugenesia negativa) o de fomentar la transmisión de características beneficiosas (eugenesia positiva). *Vid.* Soutullo, Daniel, «Eugenesia», en Carlos María Romeo Casabona (dir.), *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética,* Cátedra de Derecho y Genoma Humano, 2011. Disponible en: https://enciclopedia-bioderecho.com/voces/150 [Última consulta: 10 de noviembre de 2024].

Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), a fin de evitar la selección de individuos y proteger el derecho a la integridad de las personas.

A nivel nacional, la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (LTRHA) considera que «la manipulación genética con fines no terapéuticos o terapéuticos no autorizados» es una infracción muy grave. En consecuencia, en el ámbito al que hace referencia la ley, toda posible intervención con objetivos de terapia no aprobados con anterioridad o con propósitos de mejora (*enhancement*) resulta sancionable por vía administrativa.

Además, el Código Penal tipifica como delito la manipulación genética «con finalidad distinta a la eliminación o disminución de taras o enfermedades graves», aunque la norma no especifique qué dolencias son ni qué umbral de gravedad han de alcanzar. Ante la ausencia de una mayor concreción, siguiendo a Romeo Malanda, es el juez quien debe resolver, apoyándose en los informes y dictámenes periciales que fuesen necesarios, si la modificación genética que se hubiera practicado encaja dentro de la conducta típica[18].

Esta situación produce una notable inseguridad jurídica, que debería solventarse a fin de concretar cuáles son las «enfermedades y taras graves» a las que hace referencia el Código Penal. Una opción sería modificar la LTRHA con el fin de delegar la competencia en el Ministerio de Sanidad para que, oído el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, pudiera llevar a cabo el catálogo que, en todo caso, debería ser revisado periódicamente para ajustarse a la evidencia científica disponible y a las posibilidades terapéuticas que fueran apareciendo[19].

En suma, el marco jurídico en vigor considera aceptable la edición del genoma humano para prevenir y tratar enfermedades, aunque, como veremos más adelante, el ordenamiento también contemple notables limitaciones en función del tipo celular donde se quieran llevar a cabo dichas intervenciones. No obstante, un problema de gran calado con respecto a la interpretación de la legislación vigente reside en la definición sobre las aplicaciones de la edición del genoma humano.

Aunque a nivel teórico la demarcación conceptual entre terapia, prevención y mejora genética parecen claras, su delimitación práctica presenta grandes desafíos. El motivo es que la edición de una determinada secuencia genética, utilizando la misma tecnología, como puede ser CRISPR, puede tener objetivos diametralmente opuestos. Ese es el caso de la modificación del gen de la miostatina, una proteína que se sitúa en el músculo esquelético y cuya función biológica consiste en limitar el crecimiento muscular, por lo que se describe como un regulador negativo.

[18] Romeo Malanda, Sergio, *Intervenciones genéticas sobre el ser humano y Derecho penal. Consideraciones político-criminales y consecuencias dogmáticas*, Cátedra de Derecho y Genoma Humano-Editorial Comares, Bilbao-Granada, 2006, p. 361.

[19] Bernardo-Álvarez, María Ángela, *Edición genética en seres humanos y libertad de investigación*, *ob. cit*., pp. 127-128.

A este respecto, se ha planteado que la edición del gen de la miostatina podría servir como posible terapia en pacientes con distrofia muscular, aunque hasta la fecha no se hayan logrado resultados positivos sobre su seguridad y eficacia en los ensayos clínicos que se han llevado a cabo[20]. La modificación de esta misma secuencia a su vez podría producir una hipertrofia muscular significativa, lo que ha generado cierta preocupación por su potencial uso como mejora (*enhancement*) con el propósito de potenciar las capacidades físicas y deportivas[21].

Como mencionábamos con anterioridad, la diferenciación entre terapia, prevención y mejora genética se ha basado tradicionalmente en el concepto de salud, cuya propia definición ha evolucionado en función de diversos factores políticos, sociales y culturales. Por tanto, es imprescindible distinguir con mayor precisión entre las distintas intervenciones genéticas[22], yendo más allá del propio concepto de salud, con vistas a ofrecer una mayor seguridad jurídica en la interpretación y aplicación eficaz de la normativa vigente.

II.3. **Una aproximación jurídica a las intervenciones genéticas en función del tipo celular que se busque editar**

II.3.1. ***Consideraciones previas***

La edición del genoma humano, como venimos apuntando, cuenta con un potencial transformador en el ámbito de la biomedicina. Sin embargo, al igual que sucede con los propósitos que persiga, su aceptabilidad también viene en parte condicionada por el tipo de células sobre las que se desee intervenir. De este modo, la línea celular seleccionada resulta de crucial importancia pues ello determina si los cambios introducidos se transmitirán o no a las futuras generaciones.

Por un lado, las intervenciones genéticas en la línea germinal pueden ser heredadas por la descendencia ya que este tipo de células contribuyen a la formación de un nuevo ser humano. Es decir, la edición del genoma de los gametos (óvulos y espermatozoides) y de sus células precursoras, así como de los embriones en fases tempranas del desarro-

[20] Mariot, Virginie *et al.,* «Downregulation of myostatin pathway in neuromuscular diseases may explain challenges of anti-myostatin therapeutic approaches», *Nature Communications*, Núm. 8, 2017, p. 1859; Abati, Elena / Manini, Arianna / Comi, Giacomo Pietro / Corti, Stefania, «Inhibition of myostatin and related signaling pathways for the treatment of muscle atrophy in motor neuron diseases», *Cellular and Molecular Life Sciences*, Núm. 79, Vol. 7, 2022, p. 374.

[21] Fedoruk, Matthew N. / Rupert, Jim L., «Myostatin inhibition: a potential performance enhancement strategy?», *Scandinavian Journal of Medicine and Science in Sports*, Núm. 18, Vol. 2, 2008, pp. 123-131.

[22] Desarrollo con mayor profundidad esta cuestión y planteo algunas propuestas para su clarificación conceptual en: Bernardo-Álvarez, María Ángela, *Edición genética en seres humanos y libertad de investigación*, *ob. cit*., pp. 56-62.

llo (en concreto, hasta la séptima semana de gestación[23]) comportaría una afectación potencialmente heredable.

Por otro lado, las modificaciones genéticas también pueden llevarse a cabo en las células somáticas, esto es, en cualquier célula del organismo salvo las que integran la línea germinal. Aquí, a diferencia de lo que sucede en el primer caso, la edición del genoma de la línea somática no pasaría a las siguientes generaciones puesto que las células no se ven afectadas por los mecanismos de la herencia biológica.

La distinción entre estos dos tipos celulares resulta, por tanto, de gran importancia. Como venimos apuntando, la edición somática solo implica cambios en el individuo en el que se lleve a cabo, sin consecuencias hereditarias. En cambio, cualquier modificación genética que se realice en la línea germinal, al resultar potencialmente heredable, plantea otros dilemas, como la integridad del genoma desde un enfoque colectivo o la posibilidad de diseñar y seleccionar de forma intencional rasgos genéticos de las próximas generaciones (eugenesia).

II.3.2. *Las limitaciones legales a la edición genética respecto a la línea celular*

El ordenamiento jurídico autoriza las intervenciones genéticas en la línea somática destinadas a la prevención, el diagnóstico y el tratamiento, siempre que cumplan con los requisitos de seguridad y eficacia y que cuenten con el libre consentimiento informado del paciente. Es decir, *a priori* no merecen reproche jurídico alguno mientras se cumplan los requisitos de la legislación en vigor, posición que se mantiene tanto a nivel internacional y supranacional como en el Derecho interno.

Sin embargo, la situación es distinta en relación con la edición del genoma de la línea germinal. A nivel internacional, la DUGHDH indica de forma no vinculante en su artículo 24 que las modificaciones en la línea germinal son «prácticas que pueden ir en contra de la dignidad humana». En los casos donde se produjera dicha vulneración, según el artículo 11 de la DUGHDH, estas intervenciones no deberían estar permitidas. No obstante, este instrumento cita estas intervenciones como ejemplo de una posible vulneración de la dignidad[24], sin aclarar qué supuestos serían contrarios a este valor fundamental, lo que debilita la seguridad jurídica.

[23] La introducción de modificaciones genéticas no afectaría a la línea germinal a partir de la séptima semana de gestación ya que, en la especie humana, es cuando se produce la compartimentalización de las células germinales primordiales en las gónadas. *Cfr.* Coutelle, Charles / Rodeck, Charles H., «On the scientific and ethical issues of fetal somatic gene therapy», *Gene Therapy*, Núm. 9, Vol. 11, 2002, p. 672.

[24] Romano, Cesare P.R. / Boggio, Andrea / Almqvist, Jessica, «The Governance of Human (Germline) Genome Modification at the International and Transnational Level», en Andrea Boggio / Cesare P.R. Romano / Jessica Almqvist (eds.), *Human Germline Genome Modification and the Right to Science*, Cambridge University Press, Cambridge, 2020, p. 65.

En consecuencia, la salvaguarda del genoma a partir de la dignidad humana resulta problemática[25]. Aunque la doctrina no es pacífica, algunos autores defienden que toda alteración genética en la línea germinal representa un ataque contra la dignidad y, por ello, su prohibición absoluta está justificada con base en el artículo 24 de la DUGHDH[26]. Sin embargo, esta interpretación maximalista debe ser rechazada atendiendo al tenor literal del precepto[27], cuya redacción abre la posibilidad de que determinadas intervenciones no sean contrarias a la dignidad.

La cuestión clave a la hora de analizar el artículo 24 de la DUGHDH consiste en determinar qué impacto pueden tener las intervenciones sobre el genoma humano en la línea germinal y de qué manera pueden llegar a afectar a la dignidad humana. No obstante, puesto que este valor jurídico fundamental se caracteriza por una gran indeterminación jurídica, con vistas a identificar aquellas prácticas de modificación genética que pueden violar la dignidad humana, resulta esencial delimitar la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional a este respecto.

En primer lugar, la dignidad humana significa que todo ser humano debe disfrutar de la capacidad de autodeterminación consciente y responsable sobre su propia vida (FJ8 de la STC 53/1985, de 11 de abril), lo que implica una exigencia de respeto por parte de terceros, esto es, un mandato de no injerencia ilegítima en los aspectos esenciales de la experiencia vital.

En segundo lugar, la dignidad también encarna el derecho a recibir «un trato que no contradiga su condición de ser racional, igual y libre, capaz de determinar su conducta en relación consigo mismo y con su entorno» (FJ7 de la STC 192/2003, de 27 de octubre). En esta sentencia, el Tribunal Constitucional se refiere a la dignidad para rechazar todo lo que pueda reducir a una persona «a un mero factor de producción» y que niegue su derecho a que durante su tiempo libre o vacaciones pueda «desplegar la propia personalidad del modo que estime más conveniente».

En tercer lugar, el Tribunal Constitucional también ha recordado que el artículo 10.1 CE no implica «ni que todo derecho le sea inherente —y por ello inviolable— ni que los que se califican de fundamentales sean *in toto* condiciones imprescindibles para

[25] En nuestra opinión, el artículo 6 de la Declaración sobre las Responsabilidades de las Generaciones Actuales para con las Generaciones Futuras resulta mucho más claro al establecer que «ha de protegerse el genoma humano, respetándose plenamente la dignidad de la persona humana y los derechos humanos, y preservarse la diversidad biológica. El progreso científico y tecnológico no debe perjudicar ni comprometer de ningún modo la preservación de la especie humana ni de otras especies».

[26] Melillo, Tara R., «Gene Editing and the Rise of Designer Babies», *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Núm. 50, 2017, pp. 757-790.

[27] En sentido idéntico: Raposo, Vera Lúcia, «Gene Editing, the Mystic Threat to Human Dignity», *Journal of Bioethical Inquiry*, Núm. 16, Vol. 2, 2019, pp. 249-257; De Miguel Beriain, Íñigo / Sanz, Begoña, «Human Dignity and Gene Editing: Additional Support for Raposo's Arguments», *Journal of Bioethical Inquiry*, Núm. 17, Vol. 2, 2020, pp. 165-168.

su efectiva incolumidad, de modo que de cualquier restricción que a su ejercicio se imponga devenga un estado de indignidad» (FJ4 de la STC 120/1990, de 27 de junio). Dado que la dignidad no puede ser vulnerada, el Tribunal Constitucional argumenta la obligatoriedad de que las limitaciones que se establezcan respecto al ejercicio de los derechos individuales «no conlleven menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona».

En el ámbito que nos ocupa, la dignidad humana se materializa en dos dimensiones diferentes. Por un lado, desde una concepción negativa, este valor jurídico exige una obligación de respeto hacia la vida y la integridad física y moral de la persona, con base en el artículo 15 CE. Por otro lado, la formulación positiva de la dignidad humana implica a su vez un mandato a los poderes públicos de protección de la salud, de acuerdo con el artículo 43 CE, desplegando los recursos y los medios adecuados para preservar a la persona de la enfermedad.

Una de las manifestaciones de la dignidad, de acuerdo con Romeo Casabona[28], se materializa a través de la prohibición absoluta del sometimiento a la tortura, penas y tratos inhumanos o degradantes, entendiendo estas acciones como aquellas que supongan «padecimientos físicos o psíquicos ilícitos e infligidos de modo vejatorio para quien los sufre y con esa propia intención de vejar y doblegar la voluntad del sujeto paciente» (FJ9 de la STC 120/1990, de 27 de junio).

Considerando lo anterior, conviene preguntarse entonces de qué modo las intervenciones genéticas sobre la línea germinal pueden afectar a la dignidad humana[29]. Si concebimos este valor jurídico solo como la capacidad de autodeterminación, toda edición genética germinal representaría una injerencia en el desarrollo vital de una persona, pudiendo así categorizarse como una intervención contraria a la dignidad humana. No obstante, esta concepción se apoya en un fuerte determinismo biológico, por lo que debe ser rechazada. Y es que existen otras intervenciones médicas dirigidas a promover el bienestar y la salud, que afectan al desarrollo vital y que no pueden entenderse como indignas[30].

En cambio, atendiendo a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, aquellas intervenciones genéticas que representen un menosprecio para la estima que merece una persona por el mero hecho de serlo resultan contrarias a la dignidad. Este puede

[28] Romeo Casabona, Carlos María, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994, p. 67.

[29] Abordo esta problemática con mayor detalle en: Bernardo-Álvarez, María Ángela, *Edición genética en seres humanos y libertad de investigación*, *ob. cit*., pp. 149-156.

[30] Piénsese, por ejemplo, en los tratamientos hormonales que pueden recibir menores de edad afectados por una pubertad precoz. En estos casos se prescriben dichas terapias a fin de que alcancen su estatura máxima potencial, de que no padezcan alteraciones psicológicas potencialmente evitables y, por ello, que se frene la aparición temprana de sus signos puberales.

ser el hipotético caso de modificaciones genéticas que se planteasen, por ejemplo, para exterminar a determinadas etnias o grupos de la población pues implicarían una vulneración de su dignidad inherente en su dimensión negativa.

Por otra parte, existen prácticas que, al menos en apariencia, podrían contar con fines terapéuticos y preventivos, como la edición de la línea germinal contra enfermedades genéticas asociadas a algunas zonas geográficas. Estas acciones podrían encajar dentro de la dimensión positiva de la dignidad, de acuerdo con el artículo 43 CE. En cambio, si fueran planteadas de manera coactiva y obligatoria, confinando a quienes no quisieran recibir la modificación genética, dichas acciones implicarían un menoscabo de su dignidad.

Asimismo, siguiendo lo dispuesto por el Tribunal Constitucional, existen otras actuaciones que podrían resultar indignas si implicasen la consideración de la persona como un mero factor de producción. Un caso hipotético podría ser cualquier intervención genética dirigida a reducir las necesidades de descanso de los individuos con vistas a aumentar su capacidad ininterrumpida de trabajo. Este escenario ficticio también podría encajar en el delito tipificado en el artículo 160.3 del Código Penal que castiga los procedimientos dirigidos a la selección de la raza.

Por tanto, el art. 24 de la DUGHDH resulta en su actual redacción problemático por su vaguedad. Esto es, una interpretación maximalista podría llegar a frenar en un futuro aquellas intervenciones genéticas que sí fueran beneficiosas para la persona y para el conjunto de la humanidad, lo que no resultaría deseable. Así pues, la identificación de un catálogo de modificaciones del genoma germinal que podrían resultar contrarias a la dignidad humana y que, por ello, deberían estar prohibidas, puede ayudar a reforzar la seguridad jurídica.

En la misma línea, el Derecho Comunitario también adopta una postura restrictiva hacia la edición del genoma de la línea germinal. En concreto, el Considerando 40 de la Directiva 98/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de julio de 1998 relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas establece que la intervención génica germinal es contraria al orden público y la moralidad. En vista de lo anterior, el artículo 6.2b) de la Directiva prohíbe la patentabilidad de los procedimientos de modificación de la identidad genética germinal del ser humano, precepto que también se incorpora en el Derecho interno.

Por otra parte, en el ámbito del Consejo de Europa, el artículo 13 del CDHB prohíbe la introducción de modificaciones en el genoma de la descendencia. Del tenor literal puede entenderse que solo se permite la edición genética que no afecte a la descendencia pues dichos cambios genéticos serían potencialmente heredables y podrían transmitirse de generación en generación[31]. Esta interpretación también se apoya tanto en el contexto

[31] Sobre este tema: WHO EXPERT ADVISORY COMMITTEE ON DEVELOPING GLOBAL STANDARDS FOR GOVERNANCE AND OVERSIGHT OF HUMAN GENOME EDITING, *Human Genome Editing: A Framework*

como en el sentido en el que dicho precepto fue redactado, es decir, en un escenario de incertidumbre que todavía hoy persiste.

La opinión doctrinal mayoritaria coincide en que el artículo 13 del CDHB significa también la proscripción de realizar cambios en el genoma de la línea germinal[32],[33], ya sea por evitar cualquier discriminación fundada en razones genéticas (artículo 11) o de prevenir que el genoma se convierta en objeto de lucro (artículo 21), entre otros objetivos. Este enfoque restrictivo también se apoya en el párrafo 89 del Informe Explicativo del CDHB, que cita tanto las «perspectivas muy positivas» de las aplicaciones sobre el genoma como el temor a su «empleo abusivo».

No obstante, ambas fórmulas, la relativa al «genoma de la descendencia» y la que atañe al «genoma de la línea germinal», no tienen por qué resultar equivalentes. Por un lado, como planteamos con anterioridad, el término «genoma» es un concepto jurídicamente indeterminado, sujeto a múltiples interpretaciones, de forma que no es posible especificar si el CDHB hace referencia a la información genética que porta un individuo o al acervo genético de la especie humana.

A este respecto, como señalan de forma acertada diversos autores, pueden darse supuestos donde se modifique el genoma de la línea germinal sin que ello implique *per se* que se altere el genoma de la descendencia. Por ejemplo, este sería el caso de una persona con esterilidad o de un individuo que decide no tener descendencia, donde la edición de su línea germinal no implicaría cambios en el genoma de su linaje ya que este, simplemente, no existiría. En consecuencia, la intervención sobre el genoma de la línea germinal no causa siempre una modificación genética en la descendencia, aunque en la mayoría de los casos sí se pudiera dar ese efecto.

Por otro lado, la falta de claridad conceptual en torno al «genoma de la descendencia» plantea asimismo otra dificultad[34]. En condiciones normales, sin la interferencia intencional que se produciría con la edición genética, aunque se conozca el genoma de

---

for Governance, World Health Organization, 2021. Disponible en: https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/342484/9789240030060-eng.pdf [Última consulta: 25 de noviembre de 2024].

[32] Esa también parece ser la interpretación planteada recientemente por el CDBIO: Steering Committee for Human Rights in the Fields of Biomedicine and Health, *Intervention on the Human Genome. Re-examination Process of Article 13 of the Oviedo Convention. Conclusions and Clarifications, ob. cit.*

[33] *Cfr.* Andorno, Roberto, «The Oviedo Convention: a European legal framework at the intersection of human rights and health law», *Journal of International Biotechnology Law*, Núm. 2, Vol. 4, 2005, p. 140; Feito Grande, Lydia, *El sueño de lo posible. Bioética y terapia génica*, Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 1999, p. 175.

[34] Analizo con mayor detenimiento esta problemática en: Bernardo-Álvarez, María Ángela, *Edición genética en seres humanos y libertad de investigación, ob cit*., pp. 116-124. Bernardo Álvarez, María Ángela, «Human germline genome editing: Is there room for reinterpreting Article 13 of the Oviedo Convention?», *Revista de Bioética y Derecho,* Núm. 66, 2026, pp. 77-88. https://doi.org/10.1344/rbd2026.66.51509

los individuos, no se puede anticipar con seguridad cuál será el genoma de la descendencia de forma previa a la formación del cigoto. Esto es, siempre nos encontraremos ante un genoma potencial debido a que la constitución genética de la descendencia no solo depende en gran parte del genoma de los ascendientes, sino que el azar también juega un papel clave.

Pongamos el caso de la fibrosis quística, una enfermedad cuya aparición depende de un solo gen que presenta un patrón de herencia autosómica recesiva. Es decir, para que una persona manifieste la dolencia tiene que haber heredado de cada uno de sus progenitores una copia defectuosa del gen *CFTR*. Por ello, si una pareja de portadores de fibrosis quística (es decir, cada uno cuenta en su ADN con una copia sana y otra defectuosa del gen) deciden tener descendencia, su hijo o hija manifestará la enfermedad solo en el caso de que herede el alelo defectuoso de ambos padres, algo que sucederá con un 25 % de probabilidad.

Imaginemos que en un futuro la edición genética demostrase las garantías necesarias de seguridad y eficacia para ser aplicada sobre la línea germinal. Pues bien, si se rechazara el uso del diagnóstico preimplantacional y se optase por la tecnología CRISPR, en el ejemplo citado (los dos padres son portadores), la modificación genética nos permitiría promover que la descendencia heredase los dos alelos sanos, lo que ocurre de forma natural con un 25 % de probabilidad.

Es decir, la edición genética tendría como fin la manipulación del azar, pero no se alteraría *per se* el genoma de la descendencia que se podría observar en condiciones naturales, con un porcentaje específico de probabilidad. En otras palabras, este supuesto supondría la alteración del azar, modificando el medio de obtener el patrimonio genético resultante, pero dicha intervención intencional nos permitiría en principio obtener un genoma idéntico al que se podría generar en estado natural, sin la aplicación de la edición genética con CRISPR.

Este ejemplo muestra que la fórmula adoptada por el artículo 13 del CDHB, que también se usa en el artículo 74 de la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica (LIB) para sancionar como infracción administrativa muy grave «la realización de cualquier intervención dirigida a la introducción de una modificación en el genoma de la descendencia», no es la más adecuada. Teniendo en cuenta el estado prematuro de la técnica, sería deseable actualizar el Informe Explicativo del CDHB[35] o aprobar un Protocolo Adicional al Convenio para plantear que «descendencia» y «línea germinal» fuesen equivalentes en relación con la aplicación de la edición genética con fines reproductivos.

[35] El CDBIO también parece defender una actualización del Informe Explicativo, pero no sobre el asunto que planteamos, sino para realizar una clarificación conceptural de las «razones preventivas, diagnósticas o terapéuticas» a las que alude el artículo 13 del CDHB. *Vid.* STEERING COMMITTEE FOR HUMAN RIGHTS IN THE FIELDS OF BIOMEDICINE AND HEALTH, *Intervention on the Human Genome. Re-examination Process of Article 13 of the Oviedo Convention. Conclusions and Clarifications*, *ob. cit*.

Esta actualización del marco normativo no debería implicar una restricción del ejercicio de la libre investigación, pues la actividad científica en este ámbito puede producir notables beneficios. En realidad, la fijación de límites ha de responder a la adopción de barreras sustantivas cuyo levantamiento se apoye en todo caso en la generación de nueva evidencia científica favorable y en la consecución de un consenso social amplio sobre esta temática[36].

En este sentido, una importante restricción al ejercicio de la libertad científica en relación con la edición genética en la línea germinal consiste en prohibir la investigación *in vitro* con embriones supernumerarios más allá de los 14 días, descontando el periodo de tiempo en el que pudiesen haber estado congelados. Esta limitación, con base en el artículo 15 de la LTRHA, se asocia con la formación de la línea primitiva del embrión y con el origen de su individualidad[37], habiendo sido establecida en un momento en el que solo se podía técnicamente cultivar embriones durante unos pocos días en el laboratorio[38].

No obstante, una parte de la doctrina defiende la extensión de esta regla temporal hasta los 28 días[39] con el propósito de entender mejor el desarrollo embrionario y, en particular, la fase conocida como gastrulación. Dicha posibilidad podría servir también para comprender el efecto de la edición genética en línea germinal durante estas primeras fases en aras de saber si la modificación temprana del ADN podría conllevar un efecto perjudicial inesperado sobre el desarrollo y la viabilidad del embrión y sobre el estado de salud del futuro individuo.

Más allá de este debate, la edición del genoma en la línea germinal con propósitos de investigación está permitida en España, con la limitación de que los gametos modificados genéticamente no pueden luego utilizarse con fines reproductivos y con la prohibición de crear embriones con objetivos científicos, según prevé la normativa vigente. Prueba

[36] Las implicaciones sobre los avances de la biología y la medicina, como ocurre con la edición genética en seres humanos, deben discutirse a través de un debate público apropiado, en los términos que plantea el artículo 28 del CDHB, que tenga un carácter global, inclusivo, informado y transparente, a fin de alcanzar una gobernanza democrática y pluralista. *Cfr.* Romeo Casabona, Carlos María, «Gene editing: Do we need a universal approach?», *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, Special Issue 1, 2021, pp. 29-32; Bernardo-Álvarez, María Ángela, *Edición genética en seres humanos y libertad de investigación, ob cit*., pp. 171-205.

[37] Lacadena, Juan Ramón, «Manipulación genética», en Javier Gafo (ed.), *Fundamentación de la Bioética y manipulación genética*, Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas, Madrid, p. 160.

[38] Para un análisis sobre la evidencia científica en torno a esta cuestión, véase: Williams, Kate / Johnson, Martin H., «Adapting the 14-day rule for embryo research to encompass evolving technologies», *Reproductive Biomedicine & Society Online*, Núm. 10, 2020, pp. 5-6.

[39] International Society for Stem Cell Research, *Guidelines for the Field of Stem Cell Research and Regenerative Medicine*, 2021. Disponible en: https://www.isscr.org/docs/default-source/all-isscr-guidelines/2021-guidelines/isscr-guidelinesfor-stem-cell-research-and-clinical-translation-2021.pdf [Última consulta: 10 de enero de 2023]; Lovell-Badge, Robin, «Stem-cell guidelines: why it was time for an update», *Nature*, Núm. 593, Vol. 7860, 2021, p. 479.

de esta posición aperturista es la puesta en marcha del proyecto EMBRYOCRISPR, autorizado por la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida en 2019, con la finalidad de editar el genoma de embriones humanos para conocer mejor los factores genéticos que juegan un rol clave durante el desarrollo embrionario.

III. Conclusiones

La edición genética en seres humanos ofrece nuevas esperanzas en la prevención y el tratamiento de enfermedades, aunque también genera grandes temores por los riesgos y perjuicios que puede suponer. Con la llegada de la tecnología CRISPR, la posibilidad de modificar la identidad e integridad genética del ser humano en sus dimensiones individual y colectiva ya no es un ejercicio meramente teórico, sino que constituye una opción real, más aún si tenemos en cuenta su accesibilidad.

Las implicaciones jurídicas que suscita la edición del genoma humano exigen, por tanto, un examen en profundidad del ordenamiento vigente con el propósito de identificar aquellas cuestiones más dudosas o desactualizadas respecto a los desafíos que entraña CRISPR. Un primer tema de interés es la consideración del genoma humano como bien jurídico protegido y la necesidad de realizar una clarificación conceptual sobre este término.

Además, la distinción en torno a la edición genética en función de su finalidad obliga también a abordar otros problemas relevantes. A nivel nacional, por ejemplo, resulta necesario especificar con mayor detalle «las enfermedades o taras graves» a las que hace referencia el artículo 159 del Código Penal. En este sentido proponemos la modificación de la LTRHA para determinar cómo se podría elaborar dicho listado.

Por otra parte, sería deseable una mayor concreción terminológica en relación con las aplicaciones que pueden tener las intervenciones sobre el genoma humano. Como hemos argumentado con anterioridad, aunque tradicionalmente la terapia, la prevención y la mejora genética se han distinguido apoyándose en el propio concepto de «salud», existen algunas dificultades prácticas que obstaculizan una demarcación más precisa de cara a la interpretación de la normativa en vigor.

Del análisis del régimen jurídico aplicable se deduce también la necesidad de adecuar la formulación del artículo 13 del CDHB para fortalecer la seguridad jurídica. Particularmente problemática es la cláusula del «genoma de la descendencia», que también se emplea en el artículo 74 de la LIB, por su falta de equivalencia con el «genoma de la línea germinal». Ante las dificultades interpretativas actuales, esbozamos una propuesta de *lege ferenda* que puede resultar de utilidad.

En el ámbito que nos ocupa, otra cuestión relevante es la salvaguarda del genoma a partir de la dignidad humana, como dispone el artículo 24 de la DUGHDH. Puesto que la interpretación jurídica de este precepto no es pacífica, hemos considerado conveniente aclarar en qué supuestos las intervenciones genéticas en la línea germinal podrían llegar a afectar a este valor jurídico fundamental, teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

La actualización del marco jurídico aplicable, sobre todo en lo que respecta a las cuestiones analizadas en el presente capítulo, no debe hacernos olvidar la necesidad de establecer un debate público apropiado, inclusivo, pluralista, transparente e informado. Dicha medida servirá para promover una discusión global y participativa acerca de la edición genética en seres humanos, impulsando así un modelo de gobernanza democrática que debe garantizar en todo caso el respeto a la dignidad y los derechos humanos.

IV. Bibliografía

Abati, Elena / Manini, Arianna / Comi, Giacomo Pietro / Corti, Stefania, «Inhibition of myostatin and related signaling pathways for the treatment of muscle atrophy in motor neuron diseases», Cellular and Molecular Life Sciences, Núm. 79, Vol. 7, 2022, p. 374.

Alberts, Bruce, *Biología molecular de la célula,* 5.ª edición, Ediciones Omega, Barcelona, 2010.

Andorno, Roberto, «The Oviedo Convention: a European legal framework at the intersection of human rights and health law», *Journal of International Biotechnology Law*, Núm. 2, Vol. 4, 2005, pp. 133-143.

Baylis, Françoise, *Altered inheritance. CRISPR and the ethics of human genome editing*, Harvard University Press, Cambridge, 2019.

Bernardo Álvarez, María Ángela, «Human germline genome editing: Is there room for reinterpreting Article 13 of the Oviedo Convention?», *Revista de Bioética y Derecho,* Núm. 66, 2026, pp. 77-88. https://doi.org/10.1344/rbd2026.66.51509

— *Edición genética en seres humanos y libertad de investigación*, Editorial Comares, Granada, 2025.

Coutelle, Charles / Rodeck, Charles H., «On the scientific and ethical issues of fetal somatic gene therapy», *Gene Therapy*, Núm. 9, Vol. 11, 2002, pp. 670-673.

De Miguel Beriain, Íñigo / Romeo Casabona, Carlos María, «The Regulation of Human Germline Genome Modification in Spain», en Andrea Boggio / Cesare P.R. Romano / Jessica Almqvist (eds.), *Human Germline Genome Modification and the Right to Science*, Cambridge University Press, Cambridge, 2020, pp. 358-379.

De Miguel Beriain, Íñigo / Sanz, Begoña, «Human Dignity and Gene Editing: Additional Support for Raposo's Arguments», *Journal of Bioethical Inquiry*, Núm. 17, Vol. 2, 2020, pp. 165-168.

Delhove, Juliette / Osenk, Ivana / Prichard, Ivanka / Donnelley, Martin, «Public Acceptability of Gene Therapy and Gene Editing for Human Use: A Systematic Review», *Human Gene Therapy*, Núm. 31, Vol. 1-2, 2020, pp. 20-46.

Erler, Alexandre, «The limits of the treatment-enhancement distinction as a guide to public policy», *Bioethics*, Núm. 31, Vol. 8, 2017, pp. 608-615.

European Commission: Directorate-General for Research and Innovation, *European Group on Ethics in Science and New Technologies opinion on the Ethics of Genome Editing*, Publications Office, 2021. Disponible en: https://data.europa.eu/doi/10.2777/659034 [Última consulta: 13 de noviembre de 2024].

Fedoruk, Matthew N. / Rupert, Jim L., «Myostatin inhibition: a potential performance enhancement strategy?», *Scandinavian Journal of Medicine and Science in Sports*, Núm. 18, Vol. 2, 2008, pp. 123-131.

Feito Grande, Lydia, *El sueño de lo posible. Bioética y terapia génica*, Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 1999.

Greely, Henry T., «CRISPR'd babies: human germline genome editing in the 'He Jiankui affair'», *Journal of Law and the Biosciences*, Núm. 6, Vol. 1, 2019, pp. 111-183.

International Society for Stem Cell Research, *Guidelines for the Field of Stem Cell Research and Regenerative Medicine*, 2021. Disponible en: https://www.isscr.org/docs/default-source/all-isscr-guidelines/2021-guidelines/isscr-guidelinesfor-stem-cell-research-and-clinical-translation-2021.pdf [Última consulta: 10 de enero de 2023].

Lacadena, Juan Ramón, «Manipulación genética», en Javier Gafo (ed.), *Fundamentación de la Bioética y manipulación genética*, Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 1988, pp. 133-176.

Lovell-Badge, Robin, «Stem-cell guidelines: why it was time for an update», *Nature,* Núm. 593, Vol. 7860, 2021, p. 479.

Marfany, Gema, «Interrogantes y retos actuales de la edición genética», *Revista Bioética y Derecho*, Núm. 47, 2019, pp. 17-31.

Mariot, Virginie *et al.,* «Downregulation of myostatin pathway in neuromuscular diseases may explain challenges of anti-myostatin therapeutic approaches», *Nature Communications*, Núm. 8, 2017, p. 1859.

Melillo, Tara R., «Gene Editing and the Rise of Designer Babies», *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Núm. 50, 2017, pp. 757-790.

Mojica, Francisco J.M. / Montoliu, Lluis, «On the Origin of CRISPR-Cas Technology: From Prokaryotes to Mammals», *Trends in Microbiology*, Núm. 24, Vol. 10, 2016, pp. 811-820.

Parums, Dinah V., «Editorial: First Regulatory Approvals for CRISPR-Cas9 Therapeutic Gene Editing for Sickle Cell Disease and Transfusion-Dependent β-Thalassemia», *Medical Science Monitor*, Núm. 30, 2024, pp. e944204-1–e944204-4.

Raposo, Vera Lúcia, «Gene Editing, the Mystic Threat to Human Dignity», *Journal of Bioethical Inquiry*, Núm. 16, Vol. 2, 2019, pp. 249-257.

Romano, Cesare P.R. / Boggio, Andrea / Almqvist, Jessica, «The Governance of Human (Germline) Genome Modification at the International and Transnational Level», en Andrea Boggio / Cesare P.r. Romano / Jessica Almqvist (eds.), *Human Germline Genome Modification and the Right to Science*, Cambridge University Press, Cambridge, 2020, pp. 22-80.

Romeo Casabona, Carlos María, «Gene editing: Do we need a universal approach?», *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, Special Issue 1, 2021, pp. 29-32.

— *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994.

— *Los genes y sus leyes. El derecho ante el genoma humano*, Cátedra de Derecho y Genoma Humano-Editorial Comares, Bilbao-Granada, 2002.

Romeo Malanda, Sergio, *Intervenciones genéticas sobre el ser humano y Derecho penal. Consideraciones político-criminales y consecuencias dogmáticas*, Cátedra de Derecho y Genoma Humano-Editorial Comares, Bilbao-Granada, 2006.

Schaefer, G. Owen, «Toward Realism About Genetic Enhancement», *American Journal of Bioethics*, Núm. 19, Vol. 7, 2019, pp. 28-30.

Smithies, Olivier *et al.,* «Insertion of dna sequences into the human chromosomal β-globin locus by homologous recombination», *Nature*, Núm. 317, 1985, pp. 230-234.

Soutullo, Daniel, «Eugenesia», en Carlos María Romeo Casabona (dir.), *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, Cátedra de Derecho y Genoma Humano, 2011. Disponible en: https://enciclopedia-bioderecho.com/voces/150 [Última consulta: 10 de noviembre de 2024].

Steering Committee for Human Rights in the Fields of Biomedicine and Health, *Intervention on the Human Genome. Re-examination Process of Article 13 of the Oviedo Convention. Conclusions and Clarifications*, 2022. Disponible en: https://rm.coe.int/cdbio-2022-7-final-clarifications-er-art-13-e-2777-5174-4006-1/1680a87953 [Última consulta: 27 de noviembre de 2024].

Wang, Joy Y. / Doudna, Jennifer, «CRISPR technology: A decade of genome editing is only the beginning», *Science,* Núm. 6629, Vol. 379, 2023, pp. eadd8643 – eadd8643.

Who Expert Advisory Committee on Developing Global Standards for Governance and Oversight of Human Genome Editing, *Human Genome Editing: A Framework for Governance*, World Health Organization, 2021. Disponible en: https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/342484/9789240030060-eng.pdf [Última consulta: 25 de noviembre de 2024].

Williams, Kate / Johnson, Martin H., «Adapting the 14-day rule for embryo research to encompass evolving technologies», *Reproductive Biomedicine & Society Online*, Núm. 10, 2020, pp. 1-9.

7

LA BIOÉTICA EN LAS ESCUELAS DE MEDICINA Y CENTROS DE INVESTIGACIÓN. TRATO A LOS CADÁVERES

Al profesor Carlos María Romeo Casabona
Ingrid Brena Sesma

SUMARIO: I. Introducción. II. La muerte y el cadáver. III. Dignidad del cadáver. IV. El cadáver, un bien digno de protección jurídica. V. Posibles destinos legítimos de los cadáveres. V.1. Trasplantes. V.2. Docencia. V.3. Investigación con cadáveres. VI. Propuestas. VI.1. Buscar alternativas. VI.2. Utilizar únicamente cuerpos que hayan sido recibidos por donación. VI.3. Evitar la búsqueda ilegal de cadáveres, órganos o tejidos. VI.4. Intervención de los comités de ética en la investigación o de comités de ética en las universidades. VI.5. Protocolos para el manejo de cadáveres en centros de investigación y universidades. VI.6. Protección de datos personales. VI.7. Evitar procedimientos bruscos, groseros o descuidados. VI.8. Cadáveres para la investigación. VI.9. Destino final del cadáver. VI.10. Sensibilización social. VII. A modo de conclusiones. VIII. Bibliografía.

I. Introducción

En mayo de 2014, el diario español *El Mundo* publicó un artículo titulado «El sótano de los horrores», un trabajo de investigación que revelaba las atroces condiciones en las que se apilaban lo que parecían ser más de 250 cadáveres —un primer número aproximado, que terminó ascendiendo a 534— en distintos estados de descomposición, hacinados en el anfiteatro de la Facultad de Medicina de la Universidad Complutense de Madrid. Más allá de la nota amarillista, la investigación reveló un vacío en la normativa referente al manejo de los cuerpos donados a la ciencia, tanto en el ámbito regional como nacional, que impera no sólo en España, sino en muchas otras partes del mundo.

La situación que denunció *El Mundo* no es un caso aislado. Ese mismo año, al otro lado del océano, un estudiante de radiología de la Universidad Veracruzana en México en 2014 compartía en redes una fotografía junto a un cadáver con el título *«Con mi Vale el muerto». #AnatomyClass #Veogentemuerta #TecRadiólogo #Uv.* La polémica que desató la nota hizo recordar el caso de seis estudiantes del laboratorio de anatomía de la Universidad Federal de Juiz de Fora, (UFJF) Brasil, quienes en 2009 publicaron una serie de fotografías en las que aparecían jugando «espaditas» con los huesos de un cadáver.

Estos son ejemplos de los muchos actos que suceden cotidianamente en las salas de disección y que ponen en evidencia el trato vejatorio que en repetidas ocasiones se proporciona a los restos humanos en el ámbito académico. La visión del cadáver como objeto utilitario en estos contextos puede derivar en prácticas éticamente cuestionables que van desde autopsias mal ejecutadas y manipulaciones inadecuadas del cadáver, fallos en su disposición final o burlas, hasta la captación ilícita de partes y tejidos cadavéricos para su estudio o su comercialización.

Si bien, los catedráticos aseguran que la práctica en cadáveres sigue siendo fundamental para la formación de profesionales y la exploración de nuevas técnicas quirúrgicas o la investigación de nuevas vías de abordaje terapéutico resultan esenciales para la docencia, el trato con cadáveres se realiza, en muchos casos, alejado de una reflexión ética. Y, si se vislumbra algún tipo de normatividad ésta cae en zonas grises que delegan a los institutos universitarios, a los comités de ética o, incluso, a la voluntad de los investigadores, la aplicación de protocolos y normas de conducta.

Así como sucede en el ámbito académico, en el campo de la experimentación biomédica también han surgido conflictos éticos. La extracción de órganos y tejidos para ser utilizados en aplicaciones biotecnológicas; su uso en la ingeniería genética, la reproducción asistida *post-mortem* o en el desarrollo de productos derivados de tejido humano, han levantado dudas debido a las controversias que implica su práctica.

Frente a este escenario surge una pregunta necesaria: desde un aspecto bioético y jurídico ¿cómo se determina la línea exacta que divide a un acto ético de uno que no lo es en lo que se refiere al trato de restos humanos?

II. La muerte y el cadáver

Quizás la reflexión debería comenzar recordando el papel que ha jugado el cadáver en la sociedad humana a lo largo de la historia. Muerte y cadáver son nociones cargadas de creencias encontradas entre aquellos que entienden el cuerpo muerto como un objeto y los que siguen viendo en él la representación de la persona que fue. ¿Es un mero despojo? ¿Debe ser protegido por su espiritualidad? ¿Se trata de un bien jurídico digno de protección?

Las referencias históricas ponen de manifiesto una tradición, más que de respeto, de veneración hacia los cadáveres. Cada época, cada cultura ha expresado esta devoción de maneras diferentes. Desde los primeros vestigios del *homo sapiens* —y, según algunas investigaciones, también del Neanderthal— se ha rendido culto a la muerte y al cadáver a través de ritos funerarios.

Los habitantes del antiguo Egipto utilizaban sofisticadas técnicas de embalsamiento y momificación para tratar los cuerpos y si el difunto pertenencia a las altas jerarquías sus cuerpos, ya momificados, eran depositados en colosales mausoleos. En las Grecia y Roma clásicas se otorgaba al cuerpo de los fallecidos un trato reverencial, partiendo de la idea de que sus almas continuaban habitando en el mismo lugar de la sepultura

protegiendo desde ahí a la familia, a cambio, ésta debería iluminar la tumba día y noche con un fuego encendido, el hogar.

El cadáver fue también reverenciado en el mundo precolombino; en él, los restos cadavéricos eran tratados con el mismo respeto que merecía la persona antes de morir y sus tumbas eren veneradas. En no pocas culturas era costumbre depositar ofrendas y enterrar al difunto en compañía de sus familiares o cónyuges o incluso sus mascotas aunque para ellos significara la muerte. El difunto requería de compañía durante el tránsito hacia el otro mundo.

Durante varias etapas históricas en el mundo occidental ha sido práctica común el entierro de los cadáveres en fosas y actualmente se considera práctico la reducción de los restos humanos a cenizas para ser depositadas en criptas, lanzarlas al viento, al mar o por qué no, convertirlas en diamantes, claro, si se cuenta con los recursos para sufragar tal tecnología.

El trato al cadáver ha estado íntimamente ligado a las prácticas y creencias religiosas sobre la vida después de la muerte de cada persona o de su comunidad. Sin embargo, la paulatina laicización de la sociedad, junto a los avances médicos, han producido un alejamiento progresivo de los ritos funerarios para dar pie a un concepto más utilitario a los restos humanos. En la actualidad el cadáver puede ser el medio para obtener información sobre determinadas enfermedades, utilizarse en la docencia o, con una más noble finalidad, servir para la donación de órganos y tejidos.

No pocos problemas han surgido en torno al uso de restos cadavéricos en aplicaciones biotecnológicas, en particular los que se relacionan con su comercialización y, en específico, con el tráfico internacional de partes cadavéricas para su uso en válvulas, prótesis o productos derivados de tejidos humanos.

La bioética se ha ocupado prolíficamente de reflexionar en torno al inicio y el final de la vida, pero apenas se ha detenido a pensar en el cuerpo humano después de su muerte y ha dejado que el campo siga siendo monopolizado por las religiones. Sin embargo, las preguntas éticas están ahí: ¿se puede referir el principio de dignidad al cadáver? ¿Se trata de un simple objeto o es algo más? ¿Existen protocolos que aseguren un trato digno y de consideración al cuerpo inerte, objeto de estudio tanto en las facultades de medicina como en los centros de investigación? ¿Cómo se procesan partes del cuerpo para su uso biomédico? ¿Cómo se comercializan? La falta de control sobre estas actividades permite prácticas reprobables y faltas de ética.

III. Dignidad del cadáver

Si pretendemos formular una propuesta sobre el debido trato a los cadáveres con base en la reflexión bioética, es necesario referirnos al principio de «dignidad». Comenzaremos por preguntarnos ¿Este principio, reconocido a todos los seres humanos por el simple hecho de serlo, trasciende el momento de la muerte? ¿Qué significado tiene el

cuerpo del difunto para la familia, la sociedad y la comunidad humana? ¿Tiene alguna relevancia reconocerlo? ¿Qué elementos integran la dignidad de un cadáver?

La dignidad es inherente al ser humano, señalan distintas convenciones internacionales sobre derechos humanos y bioética, pero ¿será que con la muerte esta dignidad llega a su fin o, más bien, adquiere otras dimensiones? ¿Sería factible pensar que ésta finaliza con la muerte, pero, a partir de ese momento, surge otro tipo de dignidad atribuible a los restos de la persona que fue?

Numerosos autores opinan que «la muerte no acaba con las formas de expresión de la dignidad que contiene la vida de una persona»[1]. Jennifer Hincapié ha expresado: «El trato digno al cadáver es mostrar respeto por el ser humano como sujeto de estudio, comprender que sigue siendo ser humano y jamás llegará a ser objeto»[2] [3].

Otros autores, a quienes me adhiero, sitúan la dignidad del fallecido en el consenso social, en ese sentido, reconocemos como Steven Pinker que el concepto de dignidad es una construcción de la sociedad[4], y esta sociedad ha sido la que ha dado muestra a lo largo de la historia y en diferentes culturas de respeto y veneración a los restos de los difuntos. Si aceptamos a la dignidad de los cadáveres como una construcción de la sociedad, será ella misma la que deba establecer los elementos necesarios para conformarla.

La siguiente pregunta es: ¿qué pasa con las partes o fragmentos de cadáver? ¿éstos también participan de la dignidad? En tono afirmativo, Jorge Armando Guzmán considera que, al ser parte del todo inicial, participan de ella. Así, «la consideración ética del resto cadavérico —dígase segmento, órganos o tejidos— no podrían alejarse *desproporcionadamente* de la consideración ética del cadáver *in totum*»[5].

Pero ya sea que se considere a la dignidad del cadáver como una extensión de la persona que fue, o que sea vista como una construcción social, y tomando en cuenta los

[1] Melo Bezerra, Patricia, *et al.,* «Análisis ético y legal de la investigación científica con cadáveres en Brasil» *Revista Bioética V* 28, núm. 3, Brasilia, septiembre 2020, p. 553.

[2] Hincapié, Jennifer, «Manejo Ético del cadáver», Comunidad de la Facultad de Medicina. Publicado por la Gaceta de la Facultad de Medicina, UNAM, México, julio 25 de 2019.

[3] Encarna Trías expresa que: «desde el punto de vista histórico, el cadáver continúa siendo la manifestación de la persona que fue. Ha existido la concepción de que más allá de la muerte deben protegerse los restos de los que fueron personas vivas». Voz. «Cadáver» *en Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, tomo I, a-h, Catedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano, Universidad de Deusto y Universidad del País Vasco, Carlos María Romeo Casabona (dir), Granada, 2011.

[4] Steven Pinker ha expresado: «sobre nuestra consideración moral. La dignidad es un fenómeno de la percepción humana. En esta medida, serán los humanos quienes la determinen». Pinker, Steven, «La estupidez de la dignidad. La más reciente y más peligrosa estratagema de la bioética conservadora», *The New Republic*, 28 de mayo, 2008.

[5] Guzmán Lozano, Jorge Armando, *Aspectos bioéticos y jurídicos del manejo del cadáver. Un análisis del estatus mortem y su consonancia ética en la praxis*, Pontificia Universidad Católica Argentina, «Santa María de los Buenos Aires», Facultad de Ciencias Médicas, Instituto de Bioética, Buenos Aires, 2018. p.87.

argumentos esgrimidos, debemos concluir que la dignidad se extiende tanto al cuerpo fallecido como a sus partes y ese común acuerdo impulsa la creación de mecanismos represores capaces de evitar agresiones a la dignidad, tanto del cadáver como de sus partes.

IV. El cadáver, un bien digno de protección jurídica

Después de la muerte, la persona dejará de ser considerada como tal —la personalidad jurídica se extingue con la muerte—, pero la dignidad que la sociedad ha decidido reconoce cadáver continúa. El bien jurídico que el derecho protege no son los restos humanos sino la dignidad reconocida al cadáver. Se tutela la salvaguarda de creencias, ideas, conceptos y prácticas relacionadas con los restos cadavéricos.

Roberto Andorno ha expresado que: «La dignidad no es una palabra mágica que baste para invocar una respuesta definitiva y unívoca para tales interrogantes (en referencia a las soluciones concretas a complejos dilemas planteados por las actividades médicas y de investigación). Esto explica porque la idea de dignidad necesita habitualmente recurrir a instrumentos jurídicos»[6].

Bien jurídico es todo aquello que el Derecho valora positivamente por constituir un elemento valioso para las personas y si ha sido la sociedad la que ha asignado un valor a la dignidad del cadáver, al Derecho le corresponde reconocerla como un bien digno de protección y esa protección se brinda a través de la creación de normas jurídicas encaminadas a garantizar el respeto a los restos de cuerpos humanos.

Los códigos penales en México sanciona como delitos ciertas conductas relacionada con el trato a los restos humanos; por ejemplo, el ocultamiento, la destrucción y la sepultura de cuerpos sin una orden de la autoridad competente y sin los requisitos legales cumplidos; también aquellas que impliquen la violación a un túmulo, sepulcro sepultura o féretro o profane un cadáver o restos humanos con actos de vilipendio, mutilación, brutalidad o necrofilia, exhumación o manipulación de restos humanos[7] [8].

Algunas de las sanciones previstas tienen como fin preservar la salud general y, por lo tanto, prohíben acciones que pongan en riesgo sanitario a la población; otras, están encaminadas a evitar el ocultamiento de una muerte violenta, mientras otras más atienden a la importancia de proteger la dignidad del cadáver, el cual merece una tutela penal. Así pues, el sentir general de respeto hacia los muertos ha impulsado la constitución de un bien jurídico colectivo ha expresado el penalista Álvaro Bunster[9].

[6] Andorno, Roberto, voz «dignidad humana» (jurídico), *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, Óp. cit. p 658 y sig.

[7] Código Penal Federal de México art. 280.

[8] El Código Penal para la CDMX contiene en sus artículos 207 y 208 disposiciones semejantes.

[9] Voz «Delitos en materia de inhumaciones y exhumaciones», Álvaro Bunster, *Diccionario Jurídico Mexicano*, Tomo II. Óp. cit.

Además de los códigos penales, en México, diversas normas sanitarias hacen referencia al debido respeto que merece el cuerpo humano después de la muerte, y la necesidad de acatar la voluntad expresada por el difunto respecto a la disposición de sus órganos, tejidos o cuerpo en su totalidad. Numerosas disposiciones administrativas también hacen referencia a derechos que se extienden después de la muerte, como es el caso de la protección de los datos personales o el respeto a la imagen o fama pública. Relativo a este último punto, el concepto de *memoria defuncti* se refiere a una prolongación de la personalidad que debe ser respetada y protegida jurídicamente ya que vive en la memoria de familiares, amigos o, en el caso de figuras públicas, del imaginario colectivo. A esas personas o grupos importa esa memoria, y seguramente la defenderán si consideran que está siendo afectada[10], ha comentado Bernardo García Camino.

V. Posibles destinos legítimos de los cadáveres

Admitir la dignidad del cadáver no significa que éste no pueda ser destinado a ciertos fines, siempre y cuando estos sean conciliables con esa dignidad. El culto a nuestros difuntos no deber ser contrario a la posible contribución del cadáver a mejorar la vida de una o varias personas —en el caso de trasplantes de órganos, células y tejidos—; para ayudar a un conjunto de personas —como el alumnado de las facultades de medicina—, o para contribuir a la sociedad en general, cuando se logren avances científicos a través de la investigación.

V.1. **Trasplantes**

El fin más noble al que se pueden destinar partes del cuerpo fallecido es para ayudar a la recuperación de una persona con problemas de salud y, tal vez, salvar su vida. Los trasplantes gozan de una gran aceptación social derivada del beneficio que aporta a los receptores. A través de este acto, dignidad de ese cuerpo yacente, lejos de ser disminuida, se ve acrecentada.

V.2. **Docencia**

El uso de cadáveres para el estudio de la anatomía ha sido una constante desde la época hipocrática. Durante el Renacimiento los estudios sobre el cuerpo humano impulsaron la ciencia médica, sin embargo, la visión religiosa que permeo todos los ámbitos del conocimiento durante los siglos que siguieron, provocó que dejara de verse

[10] García Camino, Bernardo, Mureddu Gónzalez, Manuel Antonio, «El cadáver, regulaciones legales y discusión bioética, aproximaciones a derechos fundamentales «en *Perspectivas y Problemas Contemporáneos de la Ética y la Bioética*, José Salvador Arellano Rodríguez (coord.), Universidad Autónoma de Querétaro, Ed Universitaria, Colección Academia, Serie Nodos, Querétaro, México, oct. 2015, p. 245-263. p 257

con buenos ojos esta práctica y los estudios anatómicos se sumergieron nuevamente en una época de oscurantismo. El advenimiento de universidades europeas significó volver al estudio de los cuerpos de personas fallecidas, aunque éstos no siempre fueron obtenidos de una manera ética y muchos cuerpos no reclamados acabaron en la mesa de disección. En su mayoría se trató de cuerpos de presos o gente perteneciente a las capas menos privilegiadas de la sociedad.

Actualmente, es práctica común en universidades y centros de estudio el aprendizaje, el estudio directo con cadáveres humanos. Sin embargo, modernas tecnologías de simulación médica abren nuevas alternativas. Las innovaciones permiten crear representaciones de las funciones básicas del cuerpo y generar modelos útiles para alcanzar conocimientos. Los simuladores médicos, maniquís, órganos de materiales duros, muñecos o softwares de realidad virtual representan un ambiente controlado y realista del cuerpo humano, y se han convertido en una opción viable para el estudio de procedimientos médicos. A través de estas herramientas, el estudiante logra adquirir las habilidades y destrezas necesarias.

No obstante, estas posibilidades tecnológicas, son numerosos los profesores de facultades de medicina que se muestran contrarios a la sustitución del cuerpo humano por simuladores, y consideran que el contacto con el cadáver resulta imprescindible para los alumnos. El Dr. Luis Alfonso Arráez Aybar, profesor de la Universidad Complutense de Madrid, afirma que: «la disección del cadáver es una estrategia educativa que ha sido, es y creo que será una parte integral de la educación médica»[11]. A la opinión del Dr. Arráez se suman otros profesores que objetan la utilización de simuladores al considerar que durante el desarrollo de la profesión médica se examinan pacientes, no computadoras ni hologramas; sólo un cuerpo y no el simulador ofrece las variaciones posibles propias del ser humano.

El dilema está presente: por un lado, la necesidad de adquirir conocimientos directos que solo proporciona el cuerpo y, por el otro, la necesidad de procurar el respeto a los restos humanos, ¿cómo conciliar? La solución la podremos encontrar, primero, en garantizar una vía ética de obtención de cuerpos; después, en procurar un manejo respetuoso de los restos humanos; y, por último, en asegurarles un destino final decoroso.

Una vez aceptada la conveniencia del manejo de cadáveres en la enseñanza, la forma en que se obtienen es un asunto de gran importancia ética que guarda relación con la conceptualización del cuerpo muerto ¿Debemos observarlo desde su utilidad o conviene tomar en cuenta tanto sus características inherentes como la consideración social? ¿Se deben recibir solo cuerpos que han sido donados, o es ético utilizar cadáveres de personas desconocidas? Las respuestas a estas preguntas varían.

[11] En Tabakman, Roxana, «Disección cadavérica en Latinoamérica: historia y presente desafiantes Historia de la medicina», *Medscape*, 8 de diciembre de 2023.

Las personas pueden dejar por escrito, ya sea por medio de directrices avanzadas o de documentos especiales, el deseo de donar sus restos para trasplantes, la ciencia, o la docencia. Desafortunadamente, en la actualidad los casos de disposiciones directas son los menos; la mayoría de las personas no toman decisiones sobre su cuerpo para después de su muerte. A esta falta de disposición expresa, es factible que «disponentes» —considerados como tales los parientes y consortes de acuerdo a la legislación sanitaria— destinen los restos a un fin legítimo. Ambas situaciones tienen en común la presencia de una voluntad legalmente expresada y, por tanto, no existe cuestionamiento legal o ético, pero ¿qué ocurre cuando no existe declaración de voluntad alguna? O peor aún, cuando se trata de cadáveres de personas no identificadas. ¿Puede el Estado, a través de sus instituciones, disponer de cuerpos de personas consideradas legalmente *desconocidas* y destinarlos a la docencia o la investigación? ¿Es legítimo suponer un consentimiento tácito a falta de uno expreso?

Una tendencia de opinión opta por considerar que el fin —los trasplantes, la docencia o la investigación— justifican cualquier medio. Si no existe una manifestación contraria a la donación, considera que debe sobrentenderse un consentimiento tácito y, si el cuerpo muerto no es identificado ni reclamado, puede ser utilizado para el beneficio de la sociedad. Sin embargo, otra corriente considera que la utilización de esos cadáveres en las facultades de medicina sin considerar la voluntad previa del fallecido, sin realizar una exhaustiva búsqueda de familiares o, incluso, sin agotar todos los recursos disponibles para su correcta identificación, termina incidiendo en los sectores más vulnerables de la sociedad, conducta que parece reforzar la idea de que «los tratados desigualmente en la vida fueron tratados desigualmente en la muerte»[12].

En nuestra opinión, apropiarse de restos cadavéricos —aun cuando los fines sean legítimos— de quien no los ha ofrecido libremente, ya sea el ahora difunto o sus disponentes, es un acto con una falla bioética: el respeto a la autonomía de aquel o aquellos a quien corresponde la toma de decisión.

En medio de las tendencias, en 2015, después del polémico artículo sobre el manejo de cadáveres en la Facultad de Medicina de la Universidad Complutense, comentado al inicio de esta investigación, la Sociedad Anatómica Española convocó a un simposio para revisar el contenido de la *Acta Barcelona,* un documento redactado en 1996 que establecía las características «suficientes y necesarias para la preservación del decoro de los cadáveres utilizados»[13] en las salas de disección moderna. El resultado fue un

[12] Ver Guzmán Lozano, Jorge Armando, «El cadáver humano y la problemática bioética», *Centro de Bioética, Persona y Familia,* 21 septiembre 2020.

[13] Tanto el Acta Barcelona como el Acta Madrid se pueden consultar en el sitio de la Sociedad Anatómica Española en las ligas https://www.sociedadanatomica.es/materiales/ACTA-BARCELONA.pdf y https://www.sociedadanatomica.es/materiales/ACTA-MADRID.pdf

nuevo documento —*Acta Madrid*— el cual actualiza los protocolos y guías sobre temas sanitarios, éticos y legales que competen a una sala de disección. Tal documento, aunque recoge la normativa española que regula el origen de los cuerpos cuyo fin sea la docencia, goza de un reconocimiento internacional. Si bien, el Acta contempla la posibilidad extraordinaria de obtener algún cadáver fallecido en un centro sanitario público y no reclamado subraya a la donación como fuente fundamental de obtención de cuerpos.

Si existieran dudas sobre la cuestionable apropiación de cuerpos de personas desconocidas, menos aún debemos admitir la adquisición ilícita de cuerpos o sus partes, obtenidos a través de la profanación de sepulcros y cuyo destino es el mercado negro. Estas prácticas sigilosas ilegales pero socialmente aceptadas permiten el intercambio y compra-venta de huesos entre estudiantes. El origen oscuro de estas adquisiciones es motivo suficiente para provocar un «olvido» de las dimensiones éticas de los restos humanos, pues propician la objetivación del cadáver y conducen irremediablemente a la banalización de las piezas cadavéricas.

Aunque estas adquisiciones constituyan actos ilícitos y sancionados penalmente, raramente son detectados y usualmente quedan impunes. El tránsito internacional de partes cadavéricas —válvulas, prótesis, mallas de tejido— resulta ya práctica común. Por ello, es recomendable recordar a los estudiantes o a quienes las compran que esas partes participan de la dignidad de un cuerpo muerto.

También se requiere una estricta regulación que exija un trato cuidadoso y respetuoso tanto al cadáver como a sus partes, cuando éstos sean separados. Por último, una vez que han cumplido con la finalidad deseada, el destino del cuerpo deberá concordar con la dignidad que les hemos reconocido, las opciones pueden ser la incineración y entrega de las cenizas a sus deudos o el depósito en un lugar decoroso.

V.3. **Investigación con cadáveres**

Además del uso de cadáveres en las aulas, también el cuerpo muerto puede ser utilizado como modelo para la experimentación o como material para el desarrollo de nuevas tecnologías, entre ellas, novedosas técnicas quirúrgicas o la comprobación de la utilidad de instrumentos o procedimientos. De igual manera, muestras cadavéricas resultan indispensables para la creación de las líneas celulares necesarias para la experimentación biomédica, la aplicación de ingeniería genética o la terapia génica. En cualquiera de los casos, el mismo respeto debido a los restos cadavéricos utilizados para la docencia debe ser aplicado a aquellos destinados a la investigación.

VI. **Propuestas**

Resulta común encontrar disposiciones relativas a la manipulación de cadáveres, sin embargo, en las regulaciones existentes resulta amplia la descripción de trámites administrativos, pero son notoriamente insuficientes en cuanto a descripciones rela-

cionadas al manejo ético. La falta de normativa ha propiciado que sean los institutos universitarios, los comités de ética en investigación o la voluntad de los investigadores, quienes elaboren protocolos que, por una parte, regulen las prácticas y, por la otra, les proporcionen un contenido ético.

¿Qué es y qué no es 'adecuado' éticamente hablando en la obtención y manejo de cadáveres? Para responder a esta pregunta consideramos que un faro orientador podría ser el principio de dignidad reconocido a los cuerpos de los fallecidos. Cuando una conducta implique irrespeto hacia la dignidad especial del cadáver y/o desatienda las técnicas científicamente sustentadas para su manipulación podríamos calificar ese manejo de inadecuado.

A partir del reconocimiento de la dignidad de los restos mortuorios me permito proponer algunas pautas de comportamiento respetuoso y manejo ético del cadáver. Estas pautas no tienen la intención de abarcar toda intervención sobre los cadáveres, y las presentamos solamente en calidad de orientadoras de conductas en universidades y centros de investigación.

VI.1. **Buscar alternativas**

Antes de decidir sobre la adquisición de cadáveres para docencia o investigación conviene evaluar la posibilidad y la conveniencia de utilizar simuladores, ya sean maniquís, softwares o cualquier otra posibilidad. Abrir esta alternativa puede representar una buena opción para lograr los fines buscados e incluso podría representar ventajas. Además, su utilización evita la posible vulneración de la dignidad del cadáver. Sólo cuando el uso de esos simuladores no resulte idóneo para obtener la finalidad que se pretende, y la decisión ha sido plenamente razonada, se justifica el manejo de cuerpos de personas fallecidas.

VI.2. **Utilizar únicamente cuerpos que hayan sido recibidos por donación**

Una vez tomada la decisión justificada de utilizar cuerpos, la adquisición de éstos no debe partir del comercio sino de actos de donación consentida por el titular en vida y/o por sus legítimos disponentes. Parece existir un consenso que considera este proceso como la mejor opción para la obtención de cadáveres, al tratarse de una manera lícita y respetuosa de reconocer la voluntad del fallecido.

Este consentimiento debe cumplir con todos los requisitos y formalidades para dar total información sobre el trato que se proporcionará al cadáver, el propósito del estudio —en el caso de la investigación— y el destino final de los restos una vez que se ha obtenido de ellos el provecho que se esperaba.

Se sugiere a las instituciones de investigación y docencia promover la donación. Esta opción, que parece ser la tendencia, ha sido adoptada por varias universidades en el mundo, las cuales cuenta ya con programas de donación cadavérica.

VI.3. **Evitar la búsqueda ilegal de cadáveres, órganos o tejidos**

A pesar de que las conductas vinculadas con la adquisición, tráfico o comercialización de cuerpos o partes de cuerpos son sancionadas penalmente por las disposiciones sanitarias y los códigos penales, éstas ocurren. Habrá de evitarse la manipulación de cuerpos o de sus partes cuando el origen de la adquisición sea, por decir lo menos, incierta. Además, cuando tales conductas violen las normas establecidas, deberán ser denunciadas para que las sanciones correspondientes sean aplicadas.

VI.4. **Intervención de los comités de ética en la investigación o de comités de ética en las universidades**

Se recomienda la intervención de comités de ética en universidades o centros de investigación, según sea el caso, para valorar la pertinencia del uso de cuerpos cadavéricos tanto en la enseñanza como en la investigación. Tales comités son los órganos que cuentan con los recursos humanos necesarios para realizar evaluaciones, emitir dictámenes y finalmente, autorizar el uso de dichos cuerpos. No obstante, será recomendable que esta autorización sea evaluada periódicamente durante el tiempo que dure la investigación o el periodo de docencia para comprobar la necesidad de continuar utilizando los restos humanos.

VI.5. **Protocolos para el manejo de cadáveres en centros de investigación y universidades**

Generalmente, en los centros de estudio o investigación existen protocolos que describen los procedimientos a seguir para el manejo adecuado de los restos humanos. Sin embrago, el contenido de tales documentos se realiza desde un desde el punto de vista sanitario, y olvida, en la mayoría de los casos, los aspectos bioéticos. Será conveniente añadir a tales documentos, lineamientos que pongan énfasis en el reconocimiento de la dignidad del cadáver.

VI.6. **Protección de datos personales**

Una visión bioética en el manejo de restos cadavéricos comprende la protección de los datos personales de quien tuvo una vida. Por tanto, se debe evitar la identificación del cadáver: ni el nombre de la persona que fue, ni a qué familia perteneció o a qué se dedicó, entre otros datos específicos, deben ser conocidos por los alumnos o investigadores, a menos que su conocimiento corresponda a una motivación científica. Tal sería el caso de estudio sobre enfermedades genéticas o padecimientos derivados de una cierta actividad profesional o modos de vida. Contar con una adecuada protección de datos evitará una posible lesión a la memoria del fallecido en su honor e intimidad y que afecta a sus allegados y la sociedad misma.

VI.7. **Evitar procedimientos bruscos, groseros o descuidados**

El trato irrespetuoso a los restos cadavéricos tanto en salas de disección como en el ámbito hospitalario, que pueden ir desde comentarios irreverentes hasta actos vejatorios, debe evitarse. Es conveniente que las autoridades académicas controlen el uso en las aulas o centros de investigación de un lenguaje respetuoso al momento de referirse al cadáver. Una sugerencia útil sería la adopción de la iniciativa de referirse al cadáver con el término: «cuerpo donado» que recuerda el origen altruista de la obtención de los restos.

Así mismo, conviene impedir la toma de fotografías o videos a los cuerpos donados con la finalidad de divulgarlos en redes sociales —o en cualquier medio que no esté relacionado con el estudio en cuestión— debe ser entendida como una pauta esencial durante la manipulación con restos cadavéricos. Casos como aquellos comentados al inicio de este artículo, en donde estudiantes divulgaron fotografías de cadáveres para transmitirlas en redes sociales con comentarios irrespetuosos, sueles ser comunes, y es fundamental que se prohíban o sancionen cuando ocurran.

VI.8. **Cadáveres para la investigación**

La autorización de prácticas experimentales con cadáveres que otorguen los comités de ética en investigación debe cumplir con el manejo que la bioética ha marcado para la investigación: contar con un consentimiento informado y legítimo; demostrar la imposibilidad del uso de modelos alternativos o, en su defecto, demostrar su ventaja sobre ellos; plantear los resultados que se pretendan obtener con la investigación; y, de ser posible, señalar los beneficios que dicha investigación aporte al conocimiento científico. Además, se recomienda revisiones periódicas para dar un seguimiento a la investigación y comprobar que se continúen aplicando criterios bioéticos.

VI.9. **Destino final del cadáver**

Una vez concluido el periodo de utilización debe disponerse para el cuerpo fallecido un destino acorde a su dignidad y, si es posible, resaltar de alguna manera, su aporte a la ciencia o a la docencia.

VI.10. **Sensibilización social**

La enseñanza de la ciencia médica debe necesariamente inculcar a los estudiantes el respeto a la dignidad de los cadáveres. La disección cadavérica debe ser vista como una herramienta de aprendizaje y como un medio para la adquisición habilidades, pero, al mismo tiempo, como un acto que cultive los valores éticos que acompañarán al estudiante durante su vida profesional.

La propuesta para sustituir el término «cadáver» —que permite visualizar al cuerpo como un objeto— por la de «donador» o «cuerpo donado» es recomendable. Esta terminología hacer referencia al acto altruista por el cual el cuerpo se haya en posibilidad de

ser estudiado. El Dr. Lafalla, profesor de anatomía, reconoce que: «El cadáver humano disecado es el profesor de profesores y de libros y, sobre todo, la verdad absoluta inmutable e indiscutible de la anatomía humana»; por ello, debe enseñarse a los alumnos a respetar a esta gran fuente de conocimiento. «Diría que en la cátedra de anatomía la 'persona' que más se respeta es el cadáver»[14]. Estos comentarios resaltan la importancia de sensibilizar a los alumnos frente a un cuerpo humano ya fallecido que les brindará conocimiento y experiencia.

VII. A MODO DE CONCLUSIONES

El manejo de restos humanos para fines docentes o de investigación en sí, no ofrece cuestionamiento alguno, es su uso inadecuado o la manipulación grosera y sin respeto lo que origina cuestionamientos. Las pautas de comportamiento sugeridas en la última parte de la investigación, deben ser vistas no como la solución total a la problemática sino como una base de la cual puedan despegar recomendaciones sugerida por aquellos que manejan de manera habitual los restos mortuorios.

Me permito hacer énfasis en la última de las pautas sugeridas, por considerarla de la máxima importancia: la sensibilización de los alumnos, maestros e investigadores, así como de todos aquellos que tengan contacto directo con los restos humanos. Resulta trascendental despertar en todos ellos la consciencia de la gran responsabilidad de tratar con respeto aquellos cuerpos que fueron donados en forma altruista.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

Enciclopedia de Bioderecho y Bioética, tomo I, a-h, Catedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano, Universidad de Deusto y Universidad del País Vasco, Carlos María Romeo Casabona (dir), Granada, 2011.

García Camino, Bernardo, Mureddu Gónzalez, Manuel Antonio, «El cadáver, regulaciones legales y discusión bioética, aproximaciones a derechos fundamentales», *Perspectivas y Problemas Contemporáneos de la Ética y la Bioética*, José Salvador Arellano Rodríguez (coord), Universidad Autónoma de Querétaro, Ed Universitaria, Colección Academia, Serie Nodos, Querétaro, México, oct. 2015, p. 245-263.

Guzmán Lozano, Jorge Armando, «El cadáver humano y la problemática bioética», *Centro de Bioética, Persona y Familia,* Buenos Aires, 21 septiembre2020. https://centrodebioetica.org/el-cadaver-humano-y-la-problematica-bioetica/

— *Aspectos bioéticos y jurídicos del manejo del cadáver. Un análisis del estatus mortem y su consonancia ética en la praxis*, Pontificia Universidad Católica Argentina, «Santa María de los Buenos Aires», Facultad de Ciencias Médicas, Instituto de Bioética, Buenos Aires, 2018.

[14] Tabakman, Roxana, *op. cit.*

Hincapié, Jennifer, «Manejo Ético del cadáver», nota en *Gaceta de la Facultad de Medicina*, UNAM, México, julio 25 de 2019. https://gaceta.facmed.unam.mx/index.php/2019/07/25/manejo-etico-del-cadaver/

Melo Bezerra, Patricia, *et al.,* «Análisis ético y legal de la investigación científica con cadáveres en Brasil», *Revista Bioética* vol. 28, núm. 3, Brasilia, septiembre 2020, p. 554-564.

Pinker, Steven, Vicente Carbona (trad.) «La estupidez de la dignidad. La más reciente y más peligrosa estratagema de la bioética conservadora», *The New Republic*, 28 de mayo, 2008.chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://denixusta.files.wordpress.com/2013/02/la-estupidez-de-la-dignidad.pdf

Pinto MD, B. J., Gómez MD, A. I., Marulanda, J., y León, A. H. (2018). «Necroética: el cuerpo muerto y su dignidad póstuma», Revista Repertorio de Medicina y Cirugía, 27(1), 55-64. https://doi.org/10.31260/RepertMedCir.v27.n1.2018.136

Tabakman, Roxana, «Disección cadavérica en Latinoamérica: historia y presente desafiantes Historia de la medicina», *Medscape*, 8 de diciembre de 2023. https://espanol.medscape.com/verarticulo/5911780

8

TRAS TRES AÑOS DE APLICACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA DE REGULACIÓN DE LA EUTANASIA

RICARDO CHUECA RODRÍGUEZ
Catedrático Emérito de Derecho Constitucional
Universidad de La Rioja

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL ASUNTO DE FONDO. II.1. La disposición sobre la vida propia. II.2. Los supuestos eutanásicos. III. LA ARTICULACIÓN JURÍDICO-NORMATIVA. III.1. La doctrina del Tribunal Constitucional. IV. LA COMISIÓN DE GARANTÍA Y EVALUACIÓN. V. EL PROCEDIMIENTO DE PRESTACIÓN DE AYUDA A MORIR. V.1. Otras funciones. VI. LA IMPLANTACIÓN DEL SISTEMA LORE. VII. EL RENDIMIENTO DEL SISTEMA. VIII. ALGUNOS PROBLEMAS Y DIFICULTADES. VIII.1. Un problema de base dogmática. VIII.2. Lo que está yendo bien. VIII.3. Lo que podría ir mejor.

I. INTRODUCCIÓN

Los grandes cambios de política legislativa, al menos en ordenamientos jurídicos como el nuestro, traen razón de la valoración que la opinión pública va construyendo en forma de condiciones de decisión sobre asuntos considerados de especial relevancia o transcendencia. En un sistema democrático, sujeto a procesos electorales regulares, aquellos cambios suelen iniciarse mediante su articulación en programas electorales, luego de gobierno y, finalmente, en modo de programación de la actividad legislativa. Obviamente este patrón de evolución es *ideal* por lo que las circunstancias de todo tipo pueden alterarlo, subvertirlo o ignorarlo. Pero es indudable que la suerte final de cualquier iniciativa juega siempre su suerte en el modo de expresión, la gestión institucional y, desde luego y con mucho, la naturaleza misma del asunto. Este aspecto es clave para lo que aquí vamos a tratar: la regulación jurídica del final vital propio.

Partimos, siguiendo en el terreno de lo obvio, del marco de libertad propio de los estados democráticos de derecho y por tanto de un axioma evidente: cada uno posee un inderogable derecho a concebir su final vital de acuerdo a su propia visión del mundo, de tenerla o, en fin, al modo que le pete. Cosa distinta es que cada individual decida o no hacer uso de tan ilimitada facultad, u opte por compartirla en modo de decisión familiar, comunitaria o de cualquier otro modo. Incluso, como por otra parte reconocen

—normalmente por omisión— los ordenamientos jurídicos, en el expeditivo modo del suicidio concebido como acto personal definitivo.

Como ha quedado probado por la literatura científica, Arruego entre nosotros, los modelos actuales de intervención jurídica están asociados a cambios de fondo en nuestras sociedades[1]. Siguiendo al autor citado, se trata de transformaciones inducidas por los ciudadanos a partir de las transformaciones en las sociedades como resultado, señaladamente y junto a otros, del efecto de dos catalizadores. De un lado, la generalización del nuevo sistema de responsabilidad en las relaciones médico-paciente, que ha desplazado el modelo paternalista sustituido, ahora ya universalmente, por un modelo terapéutico o de tratamiento en el que los papeles están perfectamente delimitados según patrones basados en el principio de autodeterminación. Dicho en breve, el paciente se considera señor de sus decisiones al quedar configuradas como opciones que el profesional sanitario le plantea y de entre las que debe escoger, eventualmente de modo documentado y siempre con aseguramiento de un modo correcto de adopción de la decisión. De otro, la percepción del ciudadano, por sí y a través de los canales públicos que soportan estos procesos deliberativos, se orienta a percibir el sistema sanitario como un nodo científico-tecnológico capaz de asegurar —en un número creciente de situaciones clínicas— un escenario *cierto*. Y un escenario cierto supone una ampliación del ámbito y calidad del escenario de decisión. También, como es obvio, ese escenario cierto se obtiene de la certeza del final próximo asegurada por criterios científico-médicos indubitados.

Más allá de en qué grado sea o no científicamente cierto, el ciudadano hoy se siente en estos aspectos más *dueño de sí* en su dominio vital. Y también, por tanto, en los eventuales escenarios de decisión de su final[2].

La réplica jurídico-política de los diversos ordenamientos frente a la evolución de las percepciones sociales ha sido y está siendo, como se sabe, variada. Pero todas ellas permiten apreciar que las instituciones, estatales o supraestatales, pretenden mantener

[1] Arruego, G., «Las coordenadas de la Ley Orgánica de regulación de la eutanasia», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 122, 2021, pp. 85-118. doi: https://doi.org/10.18042/cepc/redc.122.03.

[2] Las últimas cifras disponibles de calidad sociométrica contrastada se refieren al Reino Unido, al hilo del proceso parlamentario de *The Terminally Ill Adults (End of Life) Bill 2024-25*, actualmente en su segunda lectura y por tanto en debate pormenorizado para su elaboración y aprobación en el momento de redactar estas páginas. Así las principales encuestadoras obtienen cifras de conformidad por encima del 60 % de opiniones favorables a la ayuda a morir en casos de enfermos terminales.

Para no terminales la cifra de aceptación varía entre 45 % y 57 % según la formulación de la pregunta.

IPSOS, Two thirds of UK public continue to think assisted dying should be legal, provided certain conditions are met | Ipsos, 14 October 2024; Policy Institute and the Complex Life and Death Decisions Group at King's College London, Assisted dying. Principles, practice and politics, October 2024, p5; Nuffield Council on Bioethics, Exploring public views on assisted dying: Survey 2 – September 2024, pub. November 2024. YouGov, Should the law be changed to allow someone to assist in the suicide of someone suffering from an incurable but NOT terminal illness?, 7 October 2024, a. 13 November 2024. En Commons Library Research Briefing.

en lo posible a un tiempo las regulaciones tradicionales, es decir represivas, y hacerlas compatibles con la expresión jurídica de aquella transformación, es decir, con el emergente *iceberg* de la autodeterminación individual. Todo ello ha terminado en desembocar en un escenario, país a país y tribunal a tribunal, fluido, provisional, precario y de variada consistencia en donde, por emular al TEDH, el derecho a la vida privada debe hacerse compatible con lo que, también en jerga del mismo origen, se denomina *sanctity of life:* toda una palabreja.

Nótese que en realidad el Tribunal de referencia para las cortes nacionales de los estados sometidos a su jurisdicción, no posee en su arsenal argumental un derecho, o grupo de derechos, capaz de dar consistencia a lo que nunca podrá tenerla. Podría decirse que el TEDH tan sólo está acompañando un proceso de transformación de todos los ordenamientos que en el fondo, aunque a distinto ritmo, acuden a la búsqueda de un nuevo *corpus* jurídico capaz de subvenir a una situación que está ocupando centralidad a una velocidad sorprendente[3]. Parece estar adivinándose en la mayoría de los estados europeos una suerte de germen compartido desde las distintas formas de entender el *margen de apreciación,* esta fórmula huera que delata el anquilosamiento de algunos aspectos del Convenio de Roma y que obliga al Tribunal a construcciones hermenéuticas cada vez más sofisticadas no sólo en este tema[4].

II. El asunto de fondo

La especulación filosófica, ética, moral, religiosa o de cualquier clase sobre el modo de afrontar el final de la vida en forma de mera opción individual o bajo veste de criterio social o valorativo, es una constante en la especie humana y en las culturas conocidas. El dilema es, por tanto, eterno. Lo que ha cambiado, y seguirá haciéndolo, es el modo en cómo se afronta en cada contexto, situación y época. De nuevo, en una parte, según los sistemas de valores sociales que se suceden en pugna no menos eterna por postularse como socialmente dominantes.

[3] En la última década, junto a la enorme bibliografía sobre el final de la vida, ha ido emergiendo una nueva literatura que plantea el problema en sociedades que hasta ahora se mantenían al margen de este debate cuya publicidad sólo ha sido hasta ahora propio de sociedades muy avanzadas. Digamos que el problema del final de la vida y su tratamiento jurídico es ya un problema universal, como atestigua la literatura científica reciente.

[4] Sobre la jurisprudencia del TEDH en esta materia hay mucha bibliografía reciente. Arruego, G., entre otras, «Los confines del derecho fundamental a la vida», *Revista Española de Derecho Constitucional,* 115, 2019, pp. 111-137, esp. 126 ss. Rey MartíneZ, F., «El derecho de recibir ayuda para morir en contexto eutanásico: ¿nuevo derecho fundamental? Comentario crítico de las SSTC 19/2023 y 94/2023», *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 27(2), 2023, pp. 297-336. Presno Linera, M.A., «El derecho a la eutanasia a través de diversos pronunciamientos jurisprudenciales», *Estudios sobre el estado social y democrático de derecho. Liber amicorum Gregorio Cámara Villar,* CEPC: Madrid, V. II, pp. 599-622.

Pero junto a esta apreciación de naturaleza valorativa o especulativa, hay otro componente del contexto en que se construye el sistema de toma de decisión que posee naturaleza meramente fáctica: las condiciones materiales del proceso clínico de la muerte.

¿Qué cambios son los que explican la tendencia actual de los estados, incluso emergentes o fallidos, a acometer en el sentido que fuere, estos aspectos del final de la vida de sus ciudadanos? Son, desde luego varios, pero casi todos poseen una *base tecnológica* o resultan de los efectos provocados por ella[5].

Suele situarse fundadamente el origen de los problemas *técnicos* en relación con el final de la vida en los años sesenta del siglo pasado, con la fijación de los denominados *criterios de Harvard*[6 y 7]. Se inició así una línea de investigación, todavía abierta, orientada al estudio de la definición del momento de la muerte humana. Dejaremos aquí el asunto, no sin recordar que, en el momento actual, solo resulta claro el enunciado de que el complejo de órganos del cuerpo humano no mueren al unísono y que unos son más *resucitables* que otros al cifrarse la muerte del ser humano en la *muerte encefálica*. Todo esto no es, desde luego, un asunto que contribuya al logro de la certeza jurídica del ordenamiento[8].

En todo caso, la evidencia de que la muerte es un proceso, y por tal un proceso clínico, *abre* un potencial espacio de decisión cuyo conocimiento de base científica centra ya el problema. En un entorno clínico suficientemente dotado de recursos biomédicos *nace* un escenario de opciones. Unas son en principio de base clínica; otras son estrictamente disponibles por el sujeto en los términos en que el actual principio de autodeterminación opera en los estados de derecho. Se fuerza así a los ordenamientos a

[5] Así claramente ya en la *dissenting opinion* del juez Brennan, que también suscribieron los jueces Marshall y Blackmun en 1990. «Medical technology has effectively created a twilight zone of suspended animation where death commences while life, in some form, continues. Some patients, however, want no part of a life sustained only by medical technology. Instead, they prefer a plan of medical treatment that allows nature to take its course and permits them to die with dignity». U.S. Supreme Court, Cruzan vs. Director, Missouri Dept. of Health, 497 U.S. 261 (1990).

[6] Nacerá así la determinación clínica de muerte encefálica. «A Definition of Irreversible Coma», Report of the Ad Hoc Committee of the Harvard Medical School to Examine the Definition of Brain Death, The Journal of the American Medical Association, núm. 205, 6, 1968, pp. 337-340.

[7] El problema, de indudable base técnica, que pretendían resolver condicionaba la obtención de órganos para la realización de trasplantes. Recuérdese que poco después se realizó el primer transplante de un órgano cardíaco. Si la obtención de un órgano requería su extirpación de un cuerpo era preciso cerciorarse del momento a partir del cual tal intervención no era una amputación o un acto causante de la muerte del sujeto. Era por tanto crucial determinar a ciencia cierta cuándo un cuerpo humano ya no era un ser humano; y debía hacerse mediante una respuesta científicamente plausible.

[8] Entre nosotros, *Cfr.* Arruego Rodríguez, G., «La confluencia de ciencia, tecnología y derecho en el caso de la definición legal de la muerte, *La evidencia científica y tecnológica como recurso jurídico*, Arruego Rodríguez, G. (dir.), Pascual Medrano, A. (dir.), 2022, pp. 253-279.

afrontar la necesidad ineludible de activar regulaciones; en el sentido que fuere. Pero en todo caso una intervención resulta perentoria: aquélla dirigida a establecer la máxima seguridad jurídica en ese espacio emergente de decisión. Y ello porque se hace necesario asegurar que adoptar o no una decisión en ese contexto constituye un título jurídico, un o unos derechos, cuyo dominio corresponde al sujeto. Y a nadie más. Desde un enfoque de estricta autodeterminación individual, la regulación del final de la vida que estamos tratando aquí puede verse como una suerte de *iter* que arranca del Convenio de Oviedo con la formalización del rechazo al tratamiento, ahora devenido en estándar de toda actuación médica y de la relación médico-paciente. Pero el principio de autodeterminación posee una naturaleza, por así decir, exorbitante, *ultravires.* Porque a diferencia de otros principios jurídicos este es, por construcción, un principio *metajurídico* al que los ordenamientos de los estados de derecho vinculan su legitimidad originaria.

II.1. **La disposición sobre la vida propia**

La disposición sobre la vida propia no es un derecho, sino un supuesto fáctico como lo prueba la práctica del suicidio por miembros de nuestra especie[9]. En el extremo, el Estado no está dotado de la legitimidad que requeriría la prohibición del suicidio, al menos los estados democráticos de derecho, pero la historia y los ordenamientos muestran variados, y frecuentemente exóticos esfuerzos, por, si no impedir, sí dejar por escrita la repugnancia por dicha práctica. Aunque también la historia de muchas culturas recoge su apología.

Por tanto, ahora y entre nosotros, al estado sólo le cabe intentar que toda persona que desee vivir encuentre apoyo para ello en los poderes públicos. Pero esto no incluye, obviamente, a quien no desea seguir viviendo pues ello, al igual que vivir, pertenece al amplio campo del *agere licere*, un terreno ayuno de frontera distinta a la propia voluntad individual.

Lo nuevo, si nos centramos en los supuestos eutanásicos, consiste en que el Estado español se ha comprometido a colaborar con aquellos ciudadanos que, dentro de su espacio personalísimo de autodeterminación individual y dadas determinadas circunstancias, desean terminar con su existencia.

Se trata por tanto de una decisión individual ya adoptada cuya realización no resulta posible al sujeto o, más simplemente, carece de medios, capacidad o ánimo para hacerlo por sí. En ciertos casos pues, los poderes públicos contribuyen a la puesta en práctica del designio personalísimo del sujeto.

[9] Pero también prácticas de autodestrucción asociadas a valores colectivos, como entregar la propia vida en la defensa o apología de determinados fines o creencias…

II.2. **Los supuestos eutanásicos**

Desde un punto de vista estrictamente jurídico los supuestos eutanásicos operan como descriptores del espacio de decisión *compartido*, es decir, del conjunto de actos en que sujeto individual y sistema público confluyen para actuar con una determinación formalizada en norma: la finalización de la vida del habilitado legalmente para ello.

Se trata de supuestos claramente definidos *jurídicamente* porque más allá de los dos escenarios descritos rigen las leyes penales. Lo que nos lleva a la función técnico jurídica del supuesto en técnica normativa.

La técnica del supuesto es, como se sabe, consustancial a todo ordenamiento en la medida en que las normas jurídicas incluyen una descripción abstracta, un constructo en definitiva ficticio e inexistente pues no pertenece al mundo real. Sin embargo, tiene como misión esencial permitir la identificación de acciones humanas en las que estén presentes los datos prescritos, y descritos, en la norma que contiene el supuesto. Mediante esta técnica es posible institucionalizar un sistema de identificación de fragmentos de la realidad social que, a su través, se *tipifican*. De modo que la realidad social así objetivada permite, mediante el instrumento del supuesto, identificar un conjunto de hechos que sin embargo son ontológicamente subjetivos[10]. Ello indica por tanto que, especialmente si el supuesto incluye elementos objetivos y subjetivos como es el caso, esta técnica presenta limitaciones que se unen a las propias de los indicadores subjetivos. Así será siempre y en todo caso, aunque en grado variable, cuando recurramos a este tipo de técnicas.

En todo caso los descriptores de los dos supuestos eutanásicos incluidos en la LORE, arts. 3.b) y 3.c) satisfacen razonablemente los requisitos exigibles en una norma de esta naturaleza.

1. ***Padecimiento grave, crónico e imposibilitante Art. 3.b) LORE***

«Padecimiento grave, crónico e imposibilitante»: situación que hace referencia a limitaciones que inciden directamente sobre la autonomía física y actividades de la vida diaria, de manera que no permite valerse por sí mismo, así como sobre la capacidad de expresión y relación, y que llevan asociado un sufrimiento físico o psíquico constante e intolerable para quien lo padece, existiendo seguridad o gran probabilidad de que tales limitaciones vayan a persistir en el tiempo sin posibilidad de curación o mejoría apreciable. En ocasiones puede suponer la dependencia absoluta de apoyo tecnológico».[11]

[10] El asunto es sutil y complejo. Más detalladamente en John R. Searle, *Mente, linguaggio, societá. Li filosofía nel mondo reale,* Raffaello Cortina Ed., Milán, 2000. Esp. Cap. V.

[11] Art. 3. Al respecto es especialmente relevante la interpretación constitucionalmente conforme realizada por el Tribunal Constitucional de la exclusión en este supuesto de las solicitudes de base siquiátrica, aunque no de aquéllas en que el daño síquico resulte inducido por el padecimiento físico o las limitaciones. «El "padecimiento" definido en el artículo 3 b) *ha de presentarse siempre como una dolencia o*

2. *Enfermedad grave e incurable Art. 3. c)*

«[…] la que por su naturaleza origina sufrimientos físicos o psíquicos constantes e insoportables sin posibilidad de alivio que la persona considere tolerable, con un pronóstico de vida limitado, en un contexto de fragilidad progresiva».

Los descriptores de ambos supuestos eutanásicos definen una decisión de política activa consistente en determinar un compromiso en concreto del poder estatal en relación a dichos supuestos, que son así habilitantes. Ello explica su estricta delimitación, precisa para una de las grandes novedades frente a las regulaciones comparadas: su configuración como «prestación» de los poderes públicos. Caso muy distinto al de otros países en donde el poder estatal da cobertura a actores ajenos a través de regulaciones que *posibiliten* acciones eutanásicas. (Suiza o Inglaterra y Gales como modelos claramente omisivos de la intervención de los poderes públicos).

III. La articulación jurídico-normativa

La regulación de los procesos de ayuda a morir (PAM) es inevitablemente compleja, requiriendo un amplio abanico de reglas jurídicas ordenadas según criterios de jerarquía y competencia.

La LORE adoptó el rango de Ley Orgánica, pero no en su totalidad. Se trata de una ley parcialmente orgánica, según su Disposición Final Tercera, que declara expresamente qué disposiciones no lo son, asignando así carácter orgánico al resto —a la mayor parte por tanto— de las normas de dicha Ley[12]. De acuerdo a lo dispuesto en el art. 81.1 CE y la doctrina constitucional consolidada, y en ausencia de invocación habilitante específica en la propia LORE, cabe pensar que el legislador orgánico estimó que en la inmensa mayoría de los preceptos se producía una actividad de «desarrollo de un derecho fundamental». Pero nada en la Ley indica qué, o qué derechos fundamentales se desarrollan, es decir, complementan o precisan la categoría iusfundamental constitucionalmente reconocida.

---

enfermedad somática en su origen, aunque los sufrimientos constantes e intolerables que la Ley Orgánica en este punto requiere puedan ser de orden psíquico. En este extremo es concluyente su preámbulo que, al referirse al "contexto eutanásico", comienza por aclarar que "debe delimitarse con arreglo a determinadas condiciones que afectan a la situación física de la persona con el consiguiente sufrimiento físico o mental". *Esta distinción entre la patología o dolencia física* ["sin posibilidad de curación o mejoría apreciable" o "incurable", apartados b) y c), respectivamente, del art. 3], *de un lado, y los sufrimientos físicos o psíquicos asociados a ella, del otro, excluye de raíz que la LORE, frente a lo que los recurrentes dicen, pretenda o permita incluir entre tales "padecimientos" la "enfermedad psicológica" o, incluso, la "depresión"*». STC 19/2023/6 D. c) ii. Énfasis añadido.

[12] «Disposición final tercera. Carácter ordinario de determinadas disposiciones. La presente Ley tiene carácter de ley orgánica a excepción de los artículos 12, 16.1, 17 y 18, de las disposiciones adicionales primera, segunda, tercera, cuarta, quinta, sexta y séptima, y de la disposición transitoria única, que revisten el carácter de ley ordinaria».

En la práctica eso significa que, aunque por razón de la materia no posean naturaleza orgánica, tenemos un gran número de preceptos sujetos a congelación de rango, lo que determina que, mientras no se produzca una actuación del legislador modificando dicha DF o, en su caso, pronunciamiento del TC al respecto, la mayor parte de las disposiciones de la LORE poseen naturaleza orgánica en los términos dichos. Una determinación tan generosa del legislador orgánico seguramente guarda relación con las condiciones del objeto regulado y con la compartición de la materia en clave autonómica *protegiendo* así esta regulación frente al ejercicio de competencias legislativas por parte de las CCAA o de leyes estatales ordinarias que pudieren intentar modificarlas.

Es precisamente el régimen de distribución de competencias el que hace a la LORE especialmente comedida, frente a la generosidad próxima al dispendio con que le atribuyó rango orgánico, al dedicar una Disposición Final Segunda a los títulos competenciales habilitantes, que son tres. Junto a la cláusula del artículo 149.1.1.ª CE, cuya transversalidad es suficientemente conocida, se invoca la del artículo 149.1. 16.ª CE, bases y coordinación general de la sanidad, y la del artículo 149.1.6.ª CE que atribuye al Estado la legislación penal.

Dejaremos a un lado la dificultad que siempre plantea el 149.1.1.ª al relacionarse con normas reguladoras en materia de derecho fundamental en cuanto a la concurrencia de títulos habilitantes, así como la obviedad de la del artículo 149.1.6.ª Pero, como sabemos, el despliegue de la contenida en el 149.1.16.ª ha terminado por configurar un sistema nacional de salud altamente descentralizado sin el que resulta inimaginable el despliegue de los procesos de ayuda a morir (PAM) contemplados en la LORE. Las CCAA son, sin duda, las destinadas a gestionar el sistema de ayuda a morir establecido por la LORE, quedando la administración central reducida a una serie de funciones y soporte técnico que sin embargo se ha revelado enseguida como una pieza clave de un sistema complejo requerido de un soporte de coordinación constante y permanente y que, sin duda, se irá institucionalizando al modo como ha ocurrido en otros aspectos de la gestión sanitaria.

Se hace necesario así un segundo nivel normativo cuyo rango jerárquico queda a disposición de las CCAA, todas las cuales han optado por el momento por utilizar la forma de Decreto autonómico de desarrollo de sus competencias, como medio para desplegar el sistema de gestión institucional de los PAM y «determinar su régimen jurídico». Se trata, al menos por ahora, de un nivel reglamentario de cuyas disposiciones se irán haciendo eco los ordenamientos autonómicos en otras normas de rango diverso que se verán requeridas de adaptación casi con total seguridad[13].

[13] Tal ocurre con «temas conexos» como el sistema de protección de datos asociado a los PAM, art. 15 LORE, o la regulación de los procedimientos para tramitar el reconocimiento de la objeción de conciencia, Art. 16 LORE.

Un tercer nivel, la regulación reglamentaria del órgano administrativo establecido en el Título V LORE —Comisión de Garantía y Evaluación—, viene exigido también por dicha norma. Aunque se establecen dos regímenes sucesivos de funcionamiento de dicho órgano. Uno inicial, de carácter provisional y supletorio, recogido en una Disposición Transitoria Única, *Régimen jurídico de las Comisiones de Garantía y Evaluación,* que indica que su funcionamiento se ajustará a las reglas establecidas en la sección 3.ª del capítulo II del Título Preliminar de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. Y uno posterior y definitivo de propia elaboración por la CGE, que deberá *«ser autorizado»* por el órgano autonómico competente, art. 17.4 LORE.

Un cuarto nivel viene determinado por lo que podríamos denominar genéricamente, el *soft law.* Los procedimientos sanitarios, y cada vez más los administrativos, se rigen por normas de diversas denominaciones que agruparemos bajo el término genérico de *protocolos.* Una ojeada a los procedimientos de PAM descritos en la LORE anuncia ya la necesidad de acompañarlos con un conjunto de reglas técnicas de actuación. Tal sería el caso de los protocolos internos elaborados por las CCGE cuya variedad ha quedado rápidamente patente atendidas las diferencias de sistemas de gestión de los servicios sanitarios, la extensión territorial y el volumen de ciudadanos atendidos, etc.

Pero sin duda el sistema de protocolos más complejos reside en lo que la LORE denomina «manual de buenas prácticas» en su Disposición Adicional Sexta. *Medidas para garantizar la prestación de ayuda para morir por los servicios de salud* encargado de orientar la puesta en marcha de la LORE y asegurar la igualdad y calidad asistencial y cuya elaboración corrió a cargo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud[14].

III.1. **La doctrina del Tribunal Constitucional**

En determinados aspectos podría decirse que el TC ha reconstruido algunos aspectos de la LORE, de lo que tan necesitada estaba. Ello se ha producido mediante dos Sentencias, en respuesta a sendos recursos de inconstitucionalidad interpuestos por 50 diputados del GP Vox (RI 4057-2021, 16-6-2021) y 88 diputados del GP Popular (RI 4313-2021, 24-6-2021) que impugnaban, total y parcialmente, la LORE. Dejaremos a un lado los «silencios» del TC, es decir, aquellos aspectos de la LORE no enjuiciados expresamente al no haberse presentado motivos de impugnación específicos. Son asuntos que quedan, sin embargo, a merced de pronunciamientos futuros y respecto de los que, en ocasiones, el Tribunal parece indicar que *no se pronuncia*, es decir, que su silencio

[14] Donde se incluían además los protocolos de evaluación de la situación de hecho del paciente en cuanto a su capacidad de adopción de decisiones del art. 5.2 LORE. Este Manual está en la práctica en continua revisión y sujeto a interpretaciones y adendas que anticipan claramente una nueva versión como resultado de la experiencia acumulada por las diversas Comisiones y el propio Ministerio como órgano coordinador.

frente a algunas aseveraciones de los recurrentes se debe únicamente a que no han sido objeto de impugnación expresa. Todo ello de acuerdo al principio de intervención mínima implícito en la función constitucional de juez de la ley como el propio Tribunal se encarga de recordar. [STC 19/2023/2. a)].

Tal sería en este punto la evidente distancia del juez constitucional respecto de la terminología adoptada por la LORE y su imprecisión, lo que ciertamente introduce en la norma cierto aire de inseguridad jurídica[15].

En la misma línea debe situarse la advertencia del Tribunal de que la necesaria pormenorización de todo el sistema de garantías en favor del solicitante de PAM, junto al silencio de la Ley sobre las garantías frente al resto de valores y bienes involucrados, nada dice en relación con su subsistencia en los términos propios de un estado de derecho. Así, claramente, en relación con el papel de la Fiscalía y el resto de los sistemas de garantía jurisdiccional, STC 19/2023/6 C) b).

Especialmente meritoria es la doctrina reconstructora del artículo 18 a), p. 4.º LORE, en que un desliz en la técnica legislativa parecía inducir la existencia de un procedimiento «exprés» de aprobación de procesos eutanásicos y sobre cuyo origen en un descuido durante el procedimiento legislativo se dan las correspondientes pistas por el TC. STC 19/2023/6 C) c).

Sin embargo, la meritoria labor del Tribunal, en este y otros aspectos, quedó confinada en la penumbra de los Fundamentos Jurídicos de ambos pronunciamientos sin llegar a alcanzar el debido lugar en el contenido de los Fallos: un comportamiento poco frecuente cuando, como es el caso, se trata de una declaración de interpretación de un precepto que no se compadece con una interpretación lingüística literal de la disposición enjuiciada.

IV. **La Comisión de Garantía y Evaluación**

La CGE es un órgano de naturaleza administrativa, colegiado, deliberativo y de composición multidisciplinar. Carece de personalidad jurídica propia y posee autonomía funcional en el ejercicio de sus competencias. Ha quedado adscrito a la Consejería competente en materia de salud sin formar parte lógicamente de su estructura jerárquica.

Los criterios de composición recogidos en la LORE son de mínimos en número, siete, y ajustados igualmente en cuanto a los conocimientos específicos requeridos: personal médico, de enfermería y juristas.

La competencia central de la CGE consiste en *resolver* la solicitud de PAM a partir de la presentación ante ella, por parte del Médico responsable, de toda la documentación que se ha ido cumplimentando mediante su gestión. De modo que, hasta ese momento,

[15] Chueca Rodríguez, R., «Sobre el lenguaje de la Ley Orgánica de regulación de la eutanasia», *Estudios sobre el estado social y democrático de derecho. Liber amicorum Gregorio Cámara Villar,* CEPC: Madrid, V. I, pp. 445-464.

que se produce mediante una *Comunicación médica,* los actos previos son de carácter preparatorio y no poseen naturaleza administrativa sino de ciencia experta[16].

V. El procedimiento de prestación de ayuda a morir

Como quedó dicho el sentido de la existencia de la CGE, más allá de otras funciones adventicias, es el de declarar el derecho del solicitante a recibir la prestación en su caso. Una función que sin embargo no se incluye en el por tantas cosas mejorable art. 18 LORE. *Funciones* (en puridad debiera decir *Otras funciones* al excluir la esencial) en donde sólo se regula *el proceso de posverificación* al que enseguida aludiremos.

Los preceptos que regulan la función esencial de la CGE son los arts. 10 y 18. b).

Alude el primero de ellos a la verificación previa. Se inicia con una comprobación liminar por el Presidente de la *Comunicación médica* remitida por el MR, tras la cual designa dos miembros de la CGE, médico y jurista, que comprueban que se satisfacen los requisitos y condiciones[17].

[16] Este aspecto es especialmente importante porque la LORE no es precisa en su terminología, como advirtió firmemente el TC.

«[…] el legislador ha diseñado un procedimiento administrativo complejo, articulado en dos fases. Una primera, a cargo de profesionales médicos que acompañan y asesoran al paciente y dictaminan sobre su estado (el «médico responsable» y el «médico consultor»), y otra, ya decisoria, para la que se ha configurado un tipo de órgano sin superior jerárquico, que bien puede identificarse como administración funcionalmente independiente, órgano a estos efectos de «garantía y evaluación» (capítulo v) o, en otras palabras, de «control» (art. 8.5) o «verificación previa» (rúbrica del art. 10) y al que corresponde —siempre previo parecer favorable de tales facultativos— reconocer o no el derecho a la prestación de ayuda para morir. Ni la puesta «en conocimiento» (art. 8.5) de la Comisión de Garantía y Evaluación por el facultativo responsable —«comunicación médica», en palabras del art. 10.1— ni el «informe» u «opinión» del consultor [arts. 8.3 y 12.a)] constituyen actos de administración alguna (art. 34 de la Ley 39/2015) que se pronuncien, ni siquiera a título de propuesta sobre la solicitud de la prestación de ayuda para morir, sino informes o dictámenes previos de estos facultativos (cualquiera sea la condición jurídica de su estatus profesional: arts. 2 y 14, inciso primero) que han de valorar positivamente, según su ciencia propia, la concurrencia de las condiciones legales para dar curso a aquella solicitud a fin de que sobre la misma pueda pronunciarse la comisión correspondiente. […].

Es la Comisión de Garantía y Evaluación, y no el médico responsable ni el médico consultor, quien reconoce o deniega el derecho a la prestación. Esta resolución, que solo puede dictarse previo parecer favorable de los dos facultativos citados, pone fin a la vía administrativa (art. 114 de la Ley 39/2015) y se deberá trasladar «al médico responsable […] para proceder, en su caso, a realizar la ayuda para morir […]» (art. 10.4). Todo ello con independencia del lenguaje algo errático del que se sirve la LORE al aludir a esta resolución («informe», que «servirá de resolución», de aquellos comisionados, «resolución definitiva» de los mismos o del propio pleno y, de nuevo, «resoluciones de la Comisión que informen desfavorablemente la solicitud»: apartados 3, 4 y 5, respectivamente, del artículo 10). Anfibologías no insuperables y que en nada afectan, conforme a lo que el Tribunal tiene declarado de antiguo, a la validez de estas previsiones legales (por todas, STC 37/1981, de 16 de noviembre, FJ 2: no es competencia de la jurisdicción constitucional «velar por la perfección técnica de las leyes»)». Énfasis añadido.

[17] La LORE remite a los requisitos de la posverificación pero de modo muy mejorable pues al menos los datos indicados en los apartados 3.º y 8.º del artículo 12 b) son de imposible cumplimiento en esta fase.

Una reconstrucción razonable de este artículo 10 LORE requiere de algunas consideraciones. *Verificar* es palabra fuerte si hablamos de un procedimiento. Quizá *constatar* o *confirmar* sean términos más conformes con la actuación asignada a los dos miembros de la CGE, pues tales son las acciones que la Ley les encomienda por relación a hechos, documentos y apreciaciones técnicas. La alusión sistemática que la Ley realiza al art. 12 b) es por tanto reducida y parcial, pues con esos solos datos difícilmente puede emitirse un pronunciamiento que asegure la certeza y satisfacción del conjunto de exigencias que la LORE desparrama a lo largo de su articulado. Incluyendo, como es obvio, los contenidos técnicos de los informes clínicos emitidos, como mínimo los del MR y el Médico Consultor (MC), que son condición de decisión por parte de la CGE.

De muy distinta naturaleza es la actuación de la CGE tras la aplicación de la prestación. En este caso la función es de control de la PAM realizada, de carácter únicamente documental *prima facie,* pues tiene como objeto la comprobación de la corrección del acto de aplicación en todos sus extremos de acuerdo a lo legalmente establecido y a los protocolos de aplicación de la prestación establecidos en el Manual de Buenas Prácticas. La documentación remitida por el MR, recogida en el art. 12, acompañará a la comunicación de la aplicación de la prestación y, de estimarse conforme, concluirá el expediente administrativo.

V.1. **Otras funciones**

La CGE posee funciones *asociadas* al procedimiento de ayuda a morir. Nos referimos ahora a aquéllas que resultan de su competencia para la *resolución de conflictos* surgidos con ocasión de un procedimiento de ayuda a morir. En este sentido pueden llegar a poseer gran relevancia en la medida en que reconducen o resuelven incidentes que interrumpen el normal desarrollo del procedimiento.

Tal sucede cuando atiende reclamaciones en los casos en que «el médico responsable haya denegado su solicitud de prestación de ayuda para morir», art. 18 a). En realidad la Ley alude aquí a la existencia de un Informe del MR que declara que el solicitante no satisface los requisitos del art. 5.1 LORE, entre otros, aunque la LORE usa el término *denegación* de modo impropio en un contexto jurídico normativo (por todos, véase art. 7. Denegación *de la prestación de ayuda para morir).* Sin embargo sólo la CGE deniega, como único órgano administrativo resolutorio. Similar competencia en favor de la CGE se recoge en el art. 8.4 LORE cuando es el MC quien informa desfavorablemente la solicitud remitiendo a igual procedimiento que el establecido para el supuesto de reclamación frente al MR, recogido en el art. 7.2 LORE.

Distinta naturaleza posee el conflicto surgido a causa de la diferencia de criterios entre los dos miembros *verificadores*, art. 10.3 LORE, que posee un carácter interno a la Comisión en la medida en que ésta deberá tomar para sí la resolución de las diferencias entre ambos adoptando un acuerdo en el órgano colegiado en pleno.

La Ley asigna además a la CGE una serie de funciones en el art. 18 c), d), e) incluyendo una cláusula residual o de cierre del apartado f).

VI. La implantación del sistema LORE

La LORE estableció lógicamente una entrada en vigor gradual, lo que era imprescindible si atendemos a que la articulación del sistema gestor de la prestación correspondía a las CCAA tratándose además de una materia absolutamente novedosa. De ahí la Disposición Final Cuarta que fijó una *vacatio legis* de tres meses, salvo para el art. 17 que estableció una CGE en cada CA así como en las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla a cargo del INGESA, cuya entrada en vigor se produjo al día siguiente de la publicación de la Ley, es decir, el día 26 de marzo de 2021.

Sin duda que esos tres meses abrieron un espacio de planificación cuyo uso, en el plazo fijado, fue desigualmente utilizado. No obstante, la organización inicial del sistema, en lo referido a la creación de los órganos autonómicos y su regulación básica, se cumplió en el mismo año 2021 aunque muy próximo a su final para alguna Comunidad Autónoma y con el plazo límite de junio ampliamente rebasado en algunos casos. De ello es fiel indicador el diferente rendimiento inicial del sistema de algunas CCAA que acusaron, y en algún caso han seguido acusando, un retraso en su funcionamiento regular. Deberá tenerse en cuenta que la publicación del Decreto de creación de la CGE no hizo sino poner en marcha, como decimos, un exigente proceso de implantación de un sistema novedoso en su integridad. Ello incluía una selección y formación específica de un grupo de profesionales expertos previamente inexistentes, pero también la preparación de los respectivos servicios sanitarios para ofrecer sistemas y procesos de gestión de los actos procedimentales correspondientes, así como de profesionales formados y dispuestos, junto a un soporte asistencial específico cuya exigencia quedó inmediatamente puesta de manifiesto.

Fieles a un margen de apreciación acogido en la LORE en atención a la amplitud de las competencias reconocidas, las CCAA han adaptado la composición de la CGE en su normativa reguladora y en algunos otros aspectos, en especial su composición. Tal y como establece la LORE la CGE deberá «[…] contar con un número mínimo de siete miembros entre los que se incluirán personal médico, de enfermería y juristas». El margen, parece deducirse de la LORE, se refiere al número mínimo pero sin límite para el máximo, lo que posee todo su sentido si se atiende al muy desigual volumen de trabajo esperable según la población correspondiente. Sin embargo, varias CCAA han optado por abrir la gama de expertos a incluir, lo que ha planteado —y planteará— el problema de disponer de miembros de la Comisión que no poseen la condición de médicos ni de juristas para determinadas funciones[18]. Dado que la LORE es estricta en

[18] Así en algunas Comisiones se integran especialistas en Psicología o Trabajo social. E igualmente el número de miembros supera el de siete en muchas de ellas.

la asignación del *proceso de verificación* a un médico y un jurista, nos encontraremos con Comisiones en las que habrá miembros cuya posición deliberativa y de formación de la voluntad del órgano será pareja, pero que no deberán desempeñar funciones de verificación que la LORE asigna, en atención a los conocimientos exigibles, a médicos y juristas. Algunas CCAA han entendido que la mera inclusión de otros profesionales en el Decreto de creación habilitaba su desempeño como redactores de los informes de verificación, aun no reuniendo los conocimientos expertos de médico o jurista: un asunto jurídicamente delicado.

A la vista de todo lo anterior es evidente que, más que de implantación, cabría hablar de implantaciones. De un lado porque la CGE, por su configuración jurídica y la naturaleza de sus funciones, no forma parte del servicio autonómico de salud, aunque sus funciones se proyecten sobre un conjunto de actos médicos desempeñados por profesionales de dicho sistema. La CGE, recuérdese, es un órgano administrativo que no posee dependencia orgánica ni funcional; tan sólo se adscribe a la Consejería competente en materia de salud. De otro porque la implantación que resulta determinante para el funcionamiento del sistema de la PAM es, cabalmente, la requerida como adecuada al sistema mismo de salud concreto. A ello debe añadirse que, al menos una parte de los miembros de la CGE, pertenecerán previsiblemente a aquél sistema sanitario y en él prestarán sus servicios probablemente. Todo ello no debe de introducir ninguna duda: la CGE no pertenece al servicio autonómico de salud sino que tan sólo *verifica* su actuación de cara a dictar la correspondiente resolución.

La «implantación interna» en los sistemas autonómicos de salud ha sido, y lo seguirá siendo, muy lenta por razones muy diversas pero todas ellas comprensibles. No, claro, justificables como es evidente a la vista de los muy desiguales grados de calidad de la gestión perceptibles entre CCAA y entre diversas zonas incluso dentro de ellas, pero el sistema LORE requiere de un conjunto de recursos y procesos que son propios y específicos de cada sistema de salud.

Por ello podría decirse que, si bien el subsistema Comisión está ya implantado y funcionando, el subsistema servicio de salud avanza más lentamente y de modo muy diverso según lugares. Resulta especialmente llamativo que sistemas que cubren grandes poblaciones y territorios no son necesariamente los que están evidenciando más lentitud o dificultades en el despliegue de las estructuras prestacionales correspondientes. Y las diferencias entre CCAA, siempre en proporción a su población, son, a primera vista, debidas a diversos factores y variables. Pueden mencionarse entre ellos la disposición o diligencia en la implantación, que en algunos casos lastró el rendimiento inicial. Pero, superado el esfuerzo de implantación y despliegue que en ciertos casos se ha prolongado hasta quizá inicios de 2023 en algún aspecto, el factor más relevante lo ha sido sin duda el del despliegue del sistema de apoyo y acompañamiento por parte de los respectivos sistemas de salud. Muy especialmente el recurso a la técnica del *referente* que se ha revelado como especialmente acertado para resolver los *cuellos de botella* que

sin embargo han quedado muy puestos de manifiesto allá donde no se ha implantado esta técnica de gestión[19].

VII. El rendimiento del sistema

Toda consideración realizada a partir de las cifras estadísticas consolidadas de que disponemos debe partir de la evidencia de la brevedad del período analizado, poco más de dos años, y de que los datos primarios sólo han sido consolidados con cierta homogeneidad a partir de las cifras de 2023. Ello es debido a que la toma de datos en origen no se ajustaron exactamente al mismo patrón estadístico. Esto no afecta desde luego a las cifras absolutas fundamentales pero dificultan comparaciones homogéneas fiables en relación con algunos ítems[20].

No obstante lo anterior, a partir de 2023 disfrutamos ya de unas referencias estadísticamente fiables que permiten aventurar algunas conclusiones provisionales. La principal, desde luego, es que el sistema está funcionando a ritmo regular dentro de una fase de consolidación e integración de los procesos de ayuda a morir en los sistemas sanitarios autonómicos, y que estos procesos presentan ritmos muy diversos en su despliegue.

Cuadro 1. Evolución PAM. 2021-2023.

	2021*	**2022**	**2023**	**TOTAL**
Solicitudes recibidas	173	576	766	**1515**
Iniciadas con la primera solicitud	72	347	459	**878**
Iniciadas mediante un documento de instrucciones previas	3	14	22	**39**
Prestaciones realizadas	75	288	334	**697**
Modalidad 1 (administración por profesional sanitario)	nd	236	316	**552**
Modalidad 2 (autoadministración)	nd	11	18	**29**
Fallece solicitante durante la tramitación del procedimiento	32	152	190	**374**

Fuente: Ministerio de Sanidad. Informes anuales 2021, 2022 y 2023

Del Cuadro 1 son deducibles algunas consideraciones. Pero antes debemos adelantar que no disponemos de una secuencia suficientemente consistente para inferir tendencias. Si

[19] La técnica del referente no alude tanto a un sistema formal sino a la existencia del dispositivo mediante el cual cualquier profesional sanitario involucrado en un proceso eutanásico dispone del apoyo suficiente en recursos, formación e información para desempeñar su función. Lógicamente el despliegue de estos apoyos poseen desigual naturaleza y dimensión en función del tamaño de la CA y el volumen de demanda. Pero también del grado de compromiso real del correspondiente ente autonómico en el cumplimiento de la LORE.

[20] Al cierre de estas páginas, hoy 12 de diciembre de 2024, se acaba de producir la publicación del Informe de evaluación anual 2023 sobre la prestación de ayuda para morir, en https://www.sanidad.gob.es/eutanasia/docs/InformeAnualEutanasia_2023.pdf (a. 12/12/2024).

excluimos los datos de 2021 debido a su escasa significación (apenas tres o cuatro meses de procesos de PAM y sólo para unas pocas CCAA y con desigual consistencia y homogeneidad en los datos fuente suministrados), todo indica que se está desplegando el sistema y, como consecuencia, también el número de personas que hacen uso de su derecho. Pero sólo una secuencia de al menos cinco años, 2022-2026, nos permitirá formular hipótesis o previsiones sobre el nivel de demanda de la prestación entre el universo potencial que será, siempre y en todo caso, relativamente reducido en relación con el total de personas que afrontan su último tramo vital a causa de patologías asociadas al final de la vida. En este aspecto la LORE no hace sino desvelar su verdadero alcance: subvenir a situaciones de supuestos terminales vitales muy específicos que era desde luego necesario afrontar. Será preciso pues esperar para poder disponer de cifras que permitan conclusiones sólidas.

No menos sometidos a sospecha estadística en cuanto a su fiabilidad, a la vista de la estrechez de la muestra, son otras cifras que, sin embargo, permiten formular hipótesis provisionales. Así, todo indica que, dejando a un lado 2021 por lo antedicho, los dos años siguientes indican que 4 de cada 10 *gestos* indicadores del deseo de solicitar la ayuda a morir no alcanzan a formalizar un primer documento dirigido a un Médico responsable, genuino inicio del procedimiento. Ello advierte de un conjunto de factores que lo impiden. Algunos pueden tener que ver simplemente con que el solicitante se ve advertido de que no satisface las condiciones para iniciarlo, condiciones que en alguno de los casos son formales pero importantes. En otros casos pueden estar relacionadas con la evidencia de no satisfacer de modo evidente y palmario los requisitos de inclusión en uno de los dos supuestos eutanásicos descritos en la LORE. Pero no son excluibles otros factores, tales como la obstaculización por personas próximas contrarias a ello, las dificultades para sustituir al Médico objetor o el mero desánimo ante lo que puede ser percibido como un muro insuperable por parte del solicitante ante una combinación de estos u otros tipos de obstáculos. Hay aquí con seguridad una *cifra oscura* que deberá ser estudiada ampliando la potencia estadística de la actual Base de Datos estatal con la colaboración en ello de las CCAA. Estas consideraciones y la necesidad de realizar microestudios por CCAA se ven reforzadas por el dato de que la *ratio* entre solicitudes (finalmente iniciadas o no) y realizadas presenta unos resultados constantes de en torno al 50 %. (43,35 % para 2021, 50,00 % para 2022 y 43,60 % para 2023).

Sin embargo, si dejamos a un lado 2021, en donde se refleja una inconsistencia estadística tanto por el tamaño de la muestra como por su variabilidad, todo indica que el sistema, una vez iniciado el procedimiento, resulta muy eficiente, ya incluso en estos años inaugurales. Efectivamente, en 2022 un 83 % y en 2023 un 72 % de solicitudes formalmente iniciadas, lograron alcanzar la realización de la prestación[21].

[21] Una cifra que debe ser tomada con reservas porque no es consistente estadísticamente. Debe tenerse en cuenta que la aplicación de la prestación se produce a veces en año distinto al de inicio de la

Debe destacarse igualmente la cifra de solicitudes amparadas en documentos de voluntades previas o anticipadas. Es una cifra humilde en términos absolutos pero que todo indica crecerá exponencialmente en los próximos años. Dos datos lo indican. En primer lugar, el efecto catalizador que ha tenido la entrada en vigor de la LORE sobre quienes desean anticipar un deseo determinado y concreto de su final si sus condiciones le impidieran manifestarlo en su momento; incluida por tanto la demanda de eutanasia de acuerdo a la LORE. En efecto, los servicios sanitarios, así como otras vías establecidas en la legislación autonómica respectiva, están detectando un incremento exponencial de la demanda de registros de dichas voluntades. E igual sucede con el crecimiento del volumen de inscripciones reflejado en el Registro Nacional de Instrucciones Previas que recoge las inscritas en los servicios de todas las CCAA[22].

La eficiencia del sistema puede también ser evaluada a través del número de solicitantes que fallecen con anterioridad a la realización de la prestación. Aquí de nuevo los factores que están en la base de estas magnitudes son varios. Debe desde luego mencionarse la evidencia de que en bastantes casos se trata de pacientes terminales en los que la muerte se anticipa a su voluntad precipitada a la vista de sus condiciones clínicas. Pero es evidente que a veces la muerte puede llegar antes porque el procedimiento se ralentiza o dificulta. Claro que caben también otras posibilidades que, aunque quizá menos frecuentes, también pueden concurrir[23]. Los datos de que disponemos, sujetos a alguna reserva menor, darían que uno de cada cuatro solicitantes fallecen durante el procedimiento[24].

---

solicitud. Eso impide también correlacionar estos datos con los solicitantes fallecidos durante el procedimiento de nuevo afectados por la periodificación anual y el modo de cómputo según CCAA.

[22] En el último año del que tenemos datos, 2023, el incremento de inscripciones ha sido del 13 % respecto de 2022, acelerando un crecimiento incremental muy significativo en los últimos años. Fuente: Ministerio de Sanidad – Áreas – Registro Nacional de Instrucciones Previas (a. 25/11/2024).

[23] Cada vez con mayor frecuencia los solicitantes con la prestación ya autorizada solicitan aplazamientos frecuentemente relacionados con circunstancias muy personales, de proximidad de familiares lejanos, de fechas determinadas, etc. Lo que ha puesto de manifiesto la necesidad de implementar unos criterios comunes en relación con la solicitud, concesión y duración de los aplazamientos que se solicitan por causas variadísimas.

[24] De nuevo aquí no es seguro que los datos fuente computen de igual modo *solicitud* e *inicio del procedimiento.* Los casos de fallecidos durante el procedimiento en los Informes anuales son, para 2021, 2022 y 2023, 18,50 %, 26,39 % y 24,80 % respectivamente.

Cuadro 2. Solicitudes presentadas y aplicadas. Totales y por ccaa. 2023.

	Solicitadas	**Aplicadas**			% aplicadas solicitadas
		Total	Art. 5.1	Art. 5.2	
TOTAL	**766**	**334**	**319**	**15**	**44 %**
Andalucía	**43**	**24**	24	0	56 %
Aragón	**22**	**5**	5	0	12 %
Asturias	**33**	**9**	9	0	27 %
C. Valenciana	**56**	**26**	24	2	46 %
Canarias	**62**	**25**	24	1	40 %
Cantabria	**19**	**3**	3	0	16 %
Castilla y León	**27**	**12**	10	2	44 %
Castilla-La Mancha	**28**	**9**	9	0	32 %
Cataluña	**219**	**94**	91	3	43 %
Ceuta	**0**	**0**	0	0	-
Extremadura	**2**	**2**	2	0	100 %
Galicia	**41**	**17**	17	0	42 %
Illes Balears	**37**	**12**	12	0	32 %
La Rioja	**4**	**2**	2	0	50 %
Madrid	**89**	**35**	34	1	39 %
Melilla	**0**	**0**	0	0	-
Murcia	**2**	**2**	2	0	100 %
Navarra	**24**	**10**	10	0	42 %
País Vasco	**58**	**47**	41	6	81 %

El Cuadro 2 es una muestra palmaria del desigual despliegue del sistema LORE según CCAA. Debe hacerse en todo caso una reserva inicial de importancia: los datos porcentuales en CCAA que han gestionado 5 o menos procesos finalizados deben someterse a seria reserva estadística, tanto en sí mismos como en su función para promediar el conjunto del sistema. La media nacional debe ser utilizada con prudencia porque no es descartable que incluya procesos finalizados en 2023 pero iniciados en 2022 en menor medida que los iniciados en 2023 y que habrán finalizado en 2024 atendido el desigual número de casos entre 2022 y 2023.

En cualquier caso este Cuadro 2 indica desequilibrios que, más allá de toda depuración y salvedad estadística, ponen de manifiesto una muy desigual gestión según territorios. Y quizá incluso según provincias en CCAA extensas. E igualmente destacan las diferencias en número de solicitudes entre CCAA con cifras de población similar o próxima que no pueden encontrar explicación satisfactoria sino en factores asociados a la gestión del sistema.

Cuadro 3. Reclamaciones ante CGE. 2021-2023.

	2021		2022		2023	
	abs	%	Abs.	%	Abs-	
Presentadas	15		61		78	
Resolución favorable	3	20	23	38	32	45
Resolución desfavorable	12	80	38	62	46	59

Las reclamaciones ante la CGE, de naturaleza por tanto administrativa, se deben a disconformidad del solicitante con los Informes emitidos por los Médicos Responsable o Consultor frente a las Resoluciones de la propia Comisión. Los datos del Cuadro 3 indican un progresivo uso del sistema de tratamiento de los conflictos suscitados y un incremento de las Resoluciones favorables emitidas por las Comisiones según se advierte en el Cuadro 3. Este es sin duda un buen dato al reflejar el correcto funcionamiento del sistema de garantías administrativo.

Cuadro 4. Patologías base del solicitante. 2021-2023.

	2021		2022		2023		TOTAL
	abs	%	abs	%	abs	%	
Neurológica	40	53 %	205	36 %	266	35 %	**511**
Oncológica	22	29 %	192	33 %	271	35 %	**485**
Pluripatología	4	5 %	40	7 %	49	6 %	**93**
Respiratoria	3	4 %	16	3 %	24	3 %	**43**
Cardiovascular	0	0 %	7	1 %	13	2 %	**20**
Otras	3	4 %	68	12 %	105	14 %	**176**
No consta	3	4 %	48	8 %	38	5 %	**89**
TOTAL	**75**	**100**	**576**	**100**	**766**	**100**	

La configuración de los supuestos eutanásicos en la LORE confiere un sesgo evidente a las patologías base de los solicitantes. Oncología y neurología agrupan patologías que en gran parte poseen dos notas comunes: alta probabilidad de empeoramiento de la calidad de vida y riesgo de un final letal acompañado de elevado nivel de sufrimiento físico y síquico. Ello explica por sí que 2 de cada 3 solicitantes padezcan patologías iniciales asociadas a ambas ramas clínicas (Cuadro 4). Probablemente la cifra podría alcanzar a 3 de cada 4 casos si se analizaran cohortes como las agrupadas en Pluripatologías u otras.

Cuadro 5. Plazos legales de pam/plazo de realización. 2021-2023.

		2021	2022		2023	
	PLAZO LEGAL	Media	Media	Mediana	Media	Mediana
1.ª solicitud a prestación*	ND	60	75	55,5	67	54,2
1.ª a 2.ª solicitud	>15 días	21	26	16,5	22	17,35
2.ª solic. a informe MC	<14 dias	13	12	11	14,7	11,64
CM a Resolución CGE	<14 días	25	23	13	20,26	12,82
Resolución a prestación	Acuerdo MR-paciente	25	23	13	20,26	12,82
Reclamación a resolución CGyE	20 días naturales	16	23	16,5	24,25	20,88

El **Cuadro 5** nos enfrenta a los momentos del proceso en que se producen desviaciones entre los plazos legales establecidos y los días transcurridos. La primera conclusión debe destacar que la correlación media/mediana delata que los *casos difíciles* o *problemáticos*, o *afectados por dilaciones* no necesariamente justificadas, son escasos pero fuertemente incidentes sobre las medias de los procesos. Las causas pueden ser variadas pero algunas son de carácter estructural. Señaladamente debe destacarse el tracto que trascurre entre la Comunicación Médica a la Comisión y la Resolución de ésta. La dificultad que está en el origen con más seguridad y frecuencia es la condición de ejercicio de los miembros de la Comisión que, en su integridad, desempeñan las labores en ella como *segunda dedicación* que deben añadir a sus compromisos asistenciales o de dedicación a su puesto de trabajo ordinario. Ello es especialmente complicado cuando se trata de celebrar reuniones de la Comisión en pleno, cuya convocatoria es toda una aventura si se precisa garantizar la asistencia de un número bastante de miembros[25]. Igual sucede para el período entre reclamación y Resolución.

Explicación que puede extenderse al tracto de primera a segunda solicitud en donde un Médico responsable que no esté siendo asistido por un sistema de referentes que le guíe en las dificultades de gestión, que en todo caso debe añadir a su función asistencial, difícilmente podrá acompañar debidamente el proceso en plazo.

VIII. Algunos problemas y dificultades

Nunca se insistirá bastante en el mérito fundamental de la LORE, consistente en afrontar una situación crecientemente existente en las sociedades avanzadas en los términos descritos. Y toda insistencia será poca en reclamar para sí el mérito de afrontarlo desde un enfoque de política activa, que va más allá de la tendencia dominante a regular normas o admitir prácticas meramente permisivas de acciones de colaboración a la

[25] Quizá en algunos sistemas sea posible mejorar la eficiencia de los sistemas de comunicación y remisión de documentos.

muerte de otro, al modo como sucede en varias de las regulaciones existentes en otros países. La gran novedad de esta Ley respecto de las regulaciones comparadas reside en que las dos modalidades de ayuda a morir consisten en procesos concebidos como «prestación» del sistema sanitario, o sea, de los poderes públicos. El Estado español asume así la cooperación en actos dirigidos a ayudar a privarse de la vida a personas dadas determinadas condiciones legales.

Pero esta norma legal tiene defectos de diseño, de planta si se quiere. La Ley muestra una notoria inconsistencia en lo que se refiere a la mejorable técnica legislativa. En esta línea debe señalarse la escisión o quiebra entre una Exposición de Motivos de desigual acierto y una parte dispositiva con aspectos acertados que conviven con algún desatino técnico jurídico. De todo ello cabe advertir sutiles indicaciones señaladas con deferencia por el Tribunal Constitucional en las SSTC 19 y 94/2023.

Unos son en cierto modo comprensibles, pero ello no les exime de ser advertidas ni de pensar en ponerles solución cuanto antes y en lo posible. Pero aun así no alcanzan ni con mucho a oscurecer una iniciativa política y legislativa que posee un elevado valor simbólico desde el punto de vista de la idea de libertad y del principio de autodeterminación individual acogidos en la Constitución. Ello nos lleva a sugerir la conveniencia de ir anotando aquellas carencias, defectos e insuficiencias que, junto a las que su puesta en práctica nos está dictando, permitan a medio plazo una revisión de algunos de sus aspectos en sede legislativa. Desde este punto de vista no deberían caer en saco roto las indicaciones expresas o tácitas contenidas en las SSTC 19 y 94/2023 así como las conclusiones que las Comisiones de Garantía y Evaluación van deduciendo de la experiencia práctica y que suelen contenerse en los Informes anuales de cada Comunidad Autónoma y en el Informe Anual elaborado por el Ministerio de Sanidad[26].

VIII.1. **Un problema de base dogmática**

La LORE sólo *despenaliza* aquéllos actos realizados por profesionales autorizados a colaborar en el acto de poner fin a su vida. Evidentemente el acto determinante resulta de, y es imputable a, la voluntad indubitada de quien lo solicita al amparo de la norma. Ahora bien, el acto así realizado no deja de componer un elenco de actuaciones tipificado y perseguido en el Código Penal[27]. La LORE únicamente *exime* de la punibilidad

[26] https://www.sanidad.gob.es/eutanasia/profesionales/home.htm.

[27] LIBRO II Delitos y sus penas. TÍTULO I. Del homicidio y sus formas

Artículo 143.

El que induzca al suicidio de otro será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años.

Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años al que coopere con actos necesarios al suicidio de una persona.

Será castigado con la pena de prisión de seis a diez años si la cooperación llegara hasta el punto de ejecutar la muerte.

a quien lo realiza, pero la dogmática penal pone de manifiesto un problema de fondo. Si no hay disvalor de la acción, como la LORE establece, entonces estaremos ante una acción que no es antijurídica, y por tanto ni culpable ni punible. Y por lo mismo difícilmente cabrá eximir al profesional que colabora de responsabilidad penal pues tampoco se cumplen los elementos del delito. Aquí la Ley no opta por una afirmación ajustada al principio de autodeterminación individual cuyo ejercicio requiere de la colaboración del poder público a lo que la ley se compromete palmariamente. La acción que realiza el profesional sanitario, al no satisfacer desde lo establecido en la LORE el requisito de la antijuridicidad no puede en ningún caso *eximir* de una responsabilidad penal imaginaria.

La LORE es así, y a un tiempo, arriesgada y temerosa al optar por un planteamiento de vanguardia en algunos aspectos relacionados con la idea de autodeterminación individual, pero también temerosa al no prescindir del enfoque represivo propio del ordenamiento jurídico-penal y la dogmática que le es propia.

Es una ley que tiene por objeto de regulación dos procesos, uno de los cuales no es *eutanásico* —no hay acción causante de la muerte por otro— y otro que admite dudas. En realidad regula la ayuda a morir en dos supuestos en los que la LORE expresamente lo configura como un derecho personalísimo, lo que no es lo mismo. La discusión sobre el término y el concepto de eutanasia es tan instructiva como inútil. Sobre su variabilidad terminológica y conceptual la bibliografía científica es cuantiosa[28] Y esto no se tuvo debidamente en cuenta.

VIII.2. **Lo que está yendo bien**

Está yendo bien la puesta en marcha, lenta desde luego, pero el tema y las circunstancias lo hacen inevitable. Sobre todo si se tiene en cuenta la ausencia de experiencia

---

El que causare o cooperare activamente con actos necesarios y directos a la muerte de una persona que sufriera un padecimiento grave, crónico e imposibilitante o una enfermedad grave e incurable, con sufrimientos físicos o psíquicos constantes e insoportables, por la petición expresa, seria e inequívoca de esta, será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a las señaladas en los apartados 2 y 3.

No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, no incurrirá en responsabilidad penal quien causare o cooperare activamente a la muerte de otra persona cumpliendo lo establecido en la ley orgánica reguladora de la eutanasia.

[28] Recientemente Riisfeldt, Thomas D., «Overcoming Conflicting Definitions of 'Euthanasia,' and of 'Assisted Suicide,' Through a Value-Neutral. Taxonomy of 'End-Of-Life Practices', *Journal of Bioethical Inquiry,* 20 (10) https://doi.org/10.1007/s11673-023-10230-1. Feb. 2023. Respecto del uso de la terminología en la LORE, entre otros, Chueca Rodríguez, R., «Sobre el lenguaje de la Ley Orgánica de regulación de la eutanasia», cit. Arruego, G. (2021). Las coordenadas de la Ley Orgánica de regulación de la eutanasia. Revista Española de Derecho Constitucional, 122, 85-118. https://doi.org/10.18042/cepc/redc.122.03. Recientemente, Andreu Martínez, M.ª B., «Autonomía en relación con la propia muerte. Las sentencias del TC 19/2023 y 94/2023». *Derecho Privado y Constitución,* 45, 2024, pp. 13-67. doi: https://doi.org/10.18042/cepc/dpc.45.01, esp. 20 ss.

previa sobre asuntos de esta naturaleza, muy en especial por los profesionales sanitarios y los sistemas de salud.

Nótese que, dejando a un lada problemas de ética individual, un profesional de la medicina está formado para curar; salvar vidas en el extremo. Ciertamente los profesionales sanitarios siempre se han encontrado en dificultades con «los finales de la vida» y todas las sociedades han aceptado de diversas formas, siempre discretas, las técnicas más o menos ortodoxas de ayudar al final de una persona en situación de máxima dificultad vital para sobrevivir.

Ello está creando problemas que se van resolviendo pero advirtiéndose en todo caso desigualdades muy importantes entre Comunidades autónomas en función del esfuerzo y compromiso de aplicación de la LORE. Hay desde luego otros factores como los ya indicados, pero el del interés de la propia Comunidad en el despliegue del sistema de apoyo para la correcta y diligente realización de los procesos eutanásicos es una variable obvia. A veces pareciera que muy obvia.

Como sucede en otros supuestos de gestión de servicios o prestaciones en el entorno médico es determinante la preparación del personal, máxime si como es el caso se trata de un asunto extremadamente delicado y novedoso. Lo primero ha sido, y en esto en general se ha actuado con mucha diligencia, facilitar la autoexclusión de los profesionales sanitarios que, de acuerdo a la LORE, están habilitados para ejercer su derecho a rechazar su participación en la aplicación de la prestación[29]. Un sistema de objeción que en la concepción de la LORE posee la finalidad de no dilatar el procedimiento mediante el bloqueo objetivo que pudiere producirse en supuestos de sanitarios que legítimamente ejerzan el derecho de rango legal acogido.

En el establecimiento del sistema jugó un importante papel inicial un esfuerzo en el ámbito de la formación, no tanto genérica cuando específica para aquéllos servicios sanitarios más expuestos a situaciones eutanásicas o involucrados más directamente en procesos concretos. Es precisamente en este punto donde se aprecian desigualdades llamativas entre CCAA al articular sistemas complejos de referentes.

Dada la naturaleza y excepcionalidad, incluso estadística, de estos procesos eutanásicos enseguida se apreció la importancia de que se establecieran sistemas de referentes que permitieran a cualquier sanitario afrontar sin dificultades una solicitud de eutanasia de un paciente. En este sentido se han desplegado, con la intensidad y extensión adecuada a cada CA, sistemas complejos de referentes que permiten en todo momento a los pro-

[29] Diversas CCAA han optado en la práctica por extender el ejercicio de la objeción recogida en el art. 16 LORE a los actos preparatorios previos, no obstante la precisión realizada por el TC en el sentido de que la objeción sólo cabe frente al acto de aplicación de la prestación, SSTC 19/23/10 C) y 94/23/4.B) b) i). Esta extensión del ámbito de la objeción está íntimamente unida al hecho de que ello no puede en ningún caso producir dilación añadida al proceso. En otro caso estaríamos ante un caso de incumplimiento de la LORE que podría dar lugar a exigencia de responsabilidad ante la administración autonómica correspondiente.

fesionales sanitarios disponer de apoyo en la gestión documental del procedimiento, así como de asesoramiento, que deberá en todo caso ser externo y ajeno a la Comisión de Garantía y Evaluación. A ello debe añadirse la disposición de un equipo asistencial disponible para la aplicación de la prestación que auxilie al Médico Responsable, así como, en su caso, el apoyo sicológico preciso si cualquier profesional sanitario lo requiriera.

Se suma a ello el sistema de referencia que conecta al solicitante eutanásico, para el caso que lo desee, con el referente correspondiente del sistema de donación de órganos existente[30].

Cuadro n.º 6. Donantes eutanásicos. 2021-2023

	2021	**2022**	**2023**	**Total**
N.º donantes	7	42	42	91
N.º órganos extraídos	28	164	172	364
N.º órganos trasplantados	27	137	141	305
N.º de pacientes trasplantados	22	113	115	250

VIII.3. **Lo que podría ir mejor**

Como se ha indicado la implantación del sistema LORE supone un conjunto de dificultades que en cierta medida está, y estará, asociado a la singularidad de que una persona haya decidido poner fin a su vida y requiera para ello de la colaboración de los poderes públicos. Como hemos visto, en el nivel sanitario las cosas se han ido afrontando con alguna dificultad, pero sin daño esencial para el designio contenido en la LORE. Hay, o sigue habiendo, dificultades cuya intensidad a veces correlaciona con determinadas CCAA, pero esto también era esperable, aunque no justificable.

Como es natural, y tratándose de un procedimiento administrativo, la solicitud de ayuda a morir de acuerdo a la LORE, está sujeta a todos y cada uno de los sistemas de control propios de un estado de derecho y a las garantías que la propia LORE establece[31].

Cuadro n.º 7. Reclamaciones ante las CCGE. 2021-2023

	2021		**2022**		**2023**	
	abs	%	Abs.	%	Abs-	%
Presentadas	15	100	61	100	78	100
Resolución favorable	3	20	23	38	32	45
Resolución desfavorable	12	80	38	62	46	56

[30] Existe a tal fin un Protocolo específico adoptado por la ONT en junio de 2022, que ha sido actualizado en marzo de 2024. Documentos de referencia 4.4 – Organización Nacional de Trasplantes (a. 20-11-2023).

[31] Y así lo recordó el TC en STC 19/23/7. C) b).

Debe comenzarse por declarar que los incidentes surgidos durante la tramitación de los procesos eutanásicos han sido reducidos, Cuadro 6, y desde luego estadísticamente despreciables en proporción al número de solicitudes, si atendemos a los casos sometidos a enjuiciamiento por los Juzgados y Tribunales. No obstante, del escaso número de procesos cabe extraer algunas conclusiones. Desconocemos el número exacto que no consta que hayan superado una decena de procedimientos ante la justicia ordinaria en el momento de redactar estas páginas. Varios de ellos podríamos agruparlos como casos *iniciales* en donde los propios órganos judiciales ponen de manifiesto una comprensión liviana de la norma, lo que en algunos casos lleva a las partes, e incluso al propio órgano, a consideraciones extemporáneas. Este tipo de procesos han parecido dejar de producirse tras la aparición de las SSTC 19 y 94/2023 que aclaró varios aspectos.

Sin embargo, hay un asunto en el que algunos órganos judiciales no acaban de asumir el carácter personalísimo del derecho que se ejerce y, por consiguiente, el ajuste de los legitimados para instar la apertura de un procedimiento jurisdiccional frente a procedimientos en marcha o resoluciones favorables a la aplicación dictadas por la Comisión. Este es un asunto que tiene su público entre algunos actores procesales. Tal sería el caso sobre el que se pronunció finalmente de modo ajustado a derecho, aunque tras un calvario procesal insólito, el Juzgado n.º 5 del orden contencioso administrativo de Barcelona el pasado día 5 de noviembre[32].

[32] El asunto objeto del proceso consistía en dirimir si el padre del solicitante de la ayuda a morir, autorizada de modo firme por la Comisión de Garantía y Evaluación de Cataluña, poseía legitimación para impugnar dicho acuerdo. La titular del Juzgado resuelve, de modo simple pues hay poco lugar a duda en este aspecto, en apenas cinco páginas. Pero antes dedica otra veintena a consideraciones diversas sobre aspectos absolutamente impertinentes. Este tipo de pronunciamientos no ayuda al justiciable. Este asunto de la legitimación procesal es sin duda controvertido y plantea un problema como han puesto de manifiesto posteriores resoluciones. Ello previsiblemente requerirá de doctrina jurisdiccional del máximo nivel y, en su caso, de una leve reparación técnica en la propia LORE.

9

A TOOLKIT FOR THE LEGAL GOVERNANCE OF TRANSFORMATIVE TECHNOLOGIES*

Carlo Casonato
Full Professor of Comparative Public Law, University of Trento

Lucia Busatta
Associate Professor of Constitutional and Public Law, University of Trento

Simone Penasa
Associate Professor of Comparative Public Law, University of Trento

Marta Tomasi
Associate Professor of Comparative Public Law, University of Trento

SUMMARY: I. Shaping the rules for complex and transformative technologies: a toolbox from prof. Romeo Casabona's work. II. Regulatory models: the case of genome editing in human embryos. II.1. Genome editing of human embryos for reproduction. II.2. Genome editing of human embryos for research. III. The method of decision-making process facing genome editing technologies: openness to science and society. IV. The globalisation of scientific research and the need for a shared regulatory framework. IV.1. Global research and the scientific community: the case of genome editing. IV.2. How can scientific innovations be regulated at a global level, then? V. A renewed law, yet still the rule of law. VI. Conclusions. Possible integrations to the toolkit for the legal governance of transformative technologies. VII. Bibliography.

I. Shaping the rules for complex and transformative technologies: a toolbox from prof. Romeo Casabona's work

In 2021, with the clear, insightful, and rigorous style that characterizes his scientific work, Prof. Carlos María Romeo Casabona outlined in the pages of BioLaw Journal –

* This chapter is the result of joint reflections by all authors. However, Section II can be attributed to Prof. Casonato, Section III to Prof. Penasa, Section IV to Prof. Busatta, and Section V to Prof. Tomasi. The Introduction and Conclusions were written collaboratively by all authors.

Rivista di BioDiritto[1] some of the key lessons derived from 20 years of bioethics and biolaw reflections. In particular, he identified four guidelines to be followed by regulators when confronting revolutionary moments in scientific and technological evolution:

1. «extreme positions should be avoided, as they lead to closing the doors to further reflection and social dialogue»;
2. when dealing with techniques that do not address a vital or urgent matter for specific individuals, but nonetheless have the ability to impact future generations, we should «conduct ourselves with caution, reflection and in a measured manner»
3. the globalisation of scientific research, implying «high-level scientific projects often being carried out with the concurrence of a plurality of research groups located in centres of excellence throughout the world», creates the need to «find generally and universally accepted and shared» regulatory frameworks, able to monitor and control these activities, challenging the national dimension of legal systems;
4. due to their «radical impact on the essence of the human being as a moral entity and as holder of fundamental rights» the discussion around these technologies «cannot remain confined to the circle of reflections and decisions of researchers, health professionals or their respective scientific societies».

Each of these points can be encapsulated by a corresponding keyword, reflecting their core message: balanced compromise, caution, global governance, and societal engagement.

These lessons, applicable to a wide range of fields, also serve as a valuable guide for navigating the complex task of understanding how genome editing technologies can and should be regulated[2].

Technological innovations like CRISPR-Cas9 represent one of the most revolutionary advancements in contemporary science, enabling precise modifications to the DNA of living organisms. In medicine, genome editing has paved the way for personalized treatments for previously incurable genetic diseases and holds promise for innovative cancer therapies. In agriculture, it can help create crops that are more resilient to climate change, diseases, and pests, contributing to global food security.

However, alongside these extraordinary prospects, genome editing raises complex ethical and legal challenges. Key concerns include informed consent and transparency: who decides when and how to alter the human genome? Social justice is another critical

[1] ROMEO CASABONA, C. M., «Gene Editing: Do We Need a Universal Approach?», *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, No. 1S/2021, 29 f.

[2] With a broader perspective on genetics, see also ROMEO CASABONA, C. M., «Gene Editing: Do We Need a Universal Approach?», *op. cit.,* and AMPOLLINI, I., «A Brief History of Genetics: Chronology, Concepts, and Themes», both appeared in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1S/2021, (29-32 and 49-60 respectively).

issue, as access to such technologies could deepen inequalities, benefiting only those who can afford costly treatments. Finally, there is the risk of misuse: while genome editing is intended for therapeutic purposes, it could be applied to alter non-pathological traits like physical appearance or intelligence, potentially leading to modern-day eugenics.

In particular, somatic genome editing has already found practical applications, with several therapies approved by the FDA in the United States. These include treatments for genetic disorders such as sickle cell anemia and beta-thalassemia, showcasing its potential to address severe medical conditions in living individuals. In contrast, germline genome editing raises more significant concerns, as it involves altering the genetic material of embryos, eggs, or sperm, with changes that are heritable. This creates complex dilemmas, which go beyond the safety ones related to unintended genetic consequences, including the potential for eugenic applications, and profound societal implications regarding consent and equity, given that future generations would be affected without having a say in the matter.

In the face of these challenges, how should the law respond? While some substantial issues have already been discussed[3], the aim of this contribution is to build upon the tools offered by Prof. Romeo Casabona, first to understand the current state of regulation on the issue, and then to examine, both methodologically and substantively, the new directions the law should take.

To begin with, the sensitivity of the topic, along with the complex reflections on human nature it entails[4], has led to diverse regulatory approaches across the comparative landscape.

II. Regulatory models: the case of genome editing in human embryos

Most legal systems that have introduced regulations on genome editing in human embryos make a distinction based on the intended purpose of the technique, whether reproductive or research-related. A few rare exceptions to this classificatory criterion

[3] For an overview of beyond-safety issues, see Almeida, M., and Ranisch, R., «Beyond safety: Mapping the ethical debate on heritable genome editing interventions», *Nature. Humanities and Social Science Communications*, Vol. 9, No. 139, 2022. See also De Miguel Beriain, I., and Mastrangelo, L., «Cosa c'è di sbagliato nel modificare la linea germinale?», *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, No. 1, 2020, pp. 231-249 and Deuring, S., and Taupitz, J., «Germline Interventions in Humans – Challenges for Law and Ethics», *Revista de Derecho y Genoma Humano. Genética, Biotecnología y Medicina Avanzada*, No. 49, 2018, pp. 61-73.

[4] See the special issue edited by Tomasi, M., Penasa, S., Cozzi, A-O., and Mascalzoni, D. (eds.), «Law, Genetics and Genomics: An Unfolding Relationship», *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, No. 1S/2021; Tomasi, M., *Genetica e Costituzione. Esercizi di eguaglianza, solidarietà e responsabilità*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019, 344; Slokenberga, S., Minssen, T., Nordberg, A. (eds), *Governing, Protecting, and Regulating the Future of Genome Editing: The Significance of ELSPI Perspectives*, Brill-Nijhoff, Leiden, 2023.

include Switzerland, where the Constitution categorically prohibits «all interventions in the genetic material of germ cells and human embryos» (Art. 119), and Italy, where Law No. 40 of 2004 bans any intervention aimed at altering the genetic material of embryos or gametes, except for diagnostic or therapeutic purposes «aimed at safeguarding the health and development of the embryo itself, and only when no alternative methods are available» (Art. 13, para. 3(b) and para. 2)[5].

The unification of techniques with such distinct purposes (reproductive or research) appears unconvincing, given the significant differences between them[6]. For research purposes, for example, it is worth noting that there is a widespread prohibition against the specific creation of embryos, whereas this is encouraged in the context of reproductive objectives. Moreover, in research scenarios, embryos are typically destroyed after 14 days, whereas in reproductive contexts, their survival is the primary goal. Failing to distinguish between the regulatory frameworks for genome editing in human embryos based on their respective purposes runs counter to the need for adopting measured and proportionate legal approaches. It also disregards the principle that biolaw should be carefully tailored to the specific characteristics of the technology in question[7].

For these reasons, most legal systems differentiate between the two scenarios based on their purposes (reproductive versus research) assigning distinct regulatory frameworks characterized by restrictive or permissive, and rigid or flexible approaches. In comparative legal perspectives, most models enforce a generalized prohibition for reproductive purposes while adopting a more open and permissive approach when the objective is research[8].

[5] Accordingly, the mentioned Article 119 of the Swiss Constitution permits assisted procreation «only when there are no other ways to treat infertility or to prevent the risk of transmitting serious diseases, but not to preselect specific traits in the unborn child or for research purposes…».

[6] See Poli, L., «Human Germline Genome Editing and Human Rights Law: A "Brave New World" Is Not Here to Come», *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, No. 1S/2021, pp. 359-368.

[7] Among others, Matsuda, T., Wolff, J., Yanagawa, T. (eds), *Risks and Regulation of New Technologies*, Springer, Cham, 2021; Casonato, C., *Science, Technology, and Law: how law can face today (and tomorrow) challenges*, in Bertolini, Elisa *et al.* (eds.), *Itinerari della comparazione. Scritti in onore di Giuseppe Franco Ferrari*, II, EGA, Torino, 2023, pp. 569-579.

[8] See, among others, Boggio, A., Romano, C.P.R., Almqvist, J. (eds), *Human Germline Genome Modification and the Right to Science: A Comparative Study of National Laws and Policies*, Cambridge University Press, Cambridge, 2020. A first survey in Romeo Casabona, C.M., *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*, Editorial Centro de Estudios Raimon Areces, Madrid, 1994, 386-400. As is often the case, the models here presented are indicative and do not rule out partial overlaps or the coexistence, within the same national regulatory framework, of elements belonging to different models.

II.1. **Genome editing of human embryos for reproduction**

A recent survey across 96 countries revealed that the vast majority prohibit human genome editing for reproductive purposes[9]. Specifically, out of the total countries analysed, 78 have legal documents explicitly regulating heritable human genome editing. Of these, 75 (96 %) ban genome editing for reproductive purposes — 70 impose an absolute prohibition, while 5 allow it under specific exceptions[10]. Among the latter, Colombia permits the technique provided it aims to «relieve suffering or improve the health of the person and humanity». In contrast, Italy, Belgium, Panama, and the United Arab Emirates allow genome editing solely if it provides diagnostic or therapeutic benefits to the embryos undergoing treatment.

At the international level, it is worth noting the Oviedo Convention, which categorically prohibits interventions that may result in «any modification in the genome of any descendants» (Art. 13)[11].

Adopting a different and more flexible approach, the three International Summits on Human Genome Editing, which gathered experts from the U.S. National Academies of Science and Medicine, the British Royal Society, and the Chinese Academy of Sciences, repeatedly agreed (in 2015, 2018, and 2023) that «Heritable human genome editing should not be used unless, at a minimum, it meets reasonable standards for safety and efficacy, is legally sanctioned, and has been developed and tested under a system of rigorous oversight that is subject to responsible governance»[12]. Of particular interest, in relation to the appropriately flexible nature of regulations in this field, is the conclusion of the most recent summit (2023), which states: «*At this time*, these conditions have not

[9] Baylis, F., Darnovsky, M., Hasson, K., and Krahn, T.M., «Human Germ Line and Heritable Genome Editing: The Global Policy Landscape», *CRISPR Journal*, Vol. 3, No. 5, 2020, pp. 365-377. For a more specific perspective, Thaldar, D., Shozi, B., and Kamwendo, T., «Culture and Context: Why the Global Discourse on Heritable Genome Editing Should Be Broadened from the South African Perspective», *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, No. 4/2021, pp. 409-416.

[10] China also belongs to the restrictive model, prohibiting reproductive genome editing through a combination of legislative measures. This framework led to the three-year imprisonment of researcher He Jiankui for illegal medical practices. For further details, see Normile, D., «China sets new ethics rules for human studies», Science, Vol. 379, No. 6636, 2023, p. 970. Notably, none of the 96 surveyed countries explicitly permits genome editing for reproductive purposes.

[11] The article provides for the following: «An intervention seeking to modify the human genome may only be undertaken for preventive, diagnostic or therapeutic purposes and only if its aim is not to introduce any modification in the genome of any descendants».

[12] See: https://royalsociety.org/science-events-and-lectures/2023/03/2023-human-genome-editing-summit/. The statement of the latest summit specifies that: «Heritable human genome editing refers to the editing of human embryos or gametes to be used for human reproduction».

been met» (emphasis added)[13]. This consideration highlights how the balance between safety and the potential benefits of a therapy that carries risks leads to a prohibition that may be lifted once the relevant variables change. In this context, a regulatory model that is flexible and open to adjustments and updates over time appears more appropriate than rigid, absolute bans, particularly when setting norms for areas whose characteristics are inevitably subject to change in response to scientific and technological advances[14].

II.2. **Genome editing of human embryos for research**

The comparative legal landscape of genome editing in human embryos reveals a more divided framework when it comes to research purposes. The mentioned study reports that 19 countries impose an absolute ban on the practice, 4 apply the ban with certain exceptions, and 11 allow it. In the majority of jurisdictions, however, no specific regulatory provisions are noted.

In this context, particularly interesting are the regulations that allow a degree of flexibility in governance. In this scenario, the flexibility is not linked to the evolving degree of safety and efficacy of the technique itself (as seen above with reference to genome editing for reproductive purposes) but pertains to the possibility that the entire regulatory framework may extend beyond a fixed statutory instrument, incorporating more actors and a more pluralistic and inclusive decision-making process. In this model, the statute establishes the main rules and principles, authorizing an independent agency or authority to evaluate and approve specific research protocols, provided they meet certain criteria.

A case in point is the *French Code de la santé publique* which mandates that the *Agence de la biomédecine* authorizes studies with scientific relevance aimed at improving knowledge of human biology, where the use of human embryos is deemed necessary[15]. These embryos must have been conceived in vitro as part of an artificial reproductive technique intervention and no longer be part of a parental project (L 2151-5). In line with

[13] Also, the International Bioethics Committee of UNESCO, at the conclusion of a meeting held in Paris in 2015, called for a moratorium on genetic editing interventions on the human germline: TOMASI, M., *Genetica e Costituzione*, cit., 348.

[14] See the three different features of a flexible, balanced, and resilient law on biomedicine – a Tuned, Timely, and Tailored biolaw: CASONATO, C., *Biodiritto. Oggetto, fonti, modelli, metodo*, Giappichelli, Torino, 2023, 329 ff. In more general terms, ROMEO CASABONA, C.M., ROMEO MALANDA, S., «Approach to Biolaw as an Autonomous Juridical Discipline», in Valdés, Erik, Lecaros, Juan Alberto (eds), *Biolaw and Policy in the Twenty-First Century: building answers for new questions*, Springer, Cham 2019, pp. 59-76.

[15] See PENASA, S., *La legge della Scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico-scientifica*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015, 49, 197, 259, 271. In general terms, LAFFAILLE, F., «Conseil Constitutionnel (2021-821 DC, 29 July 2021). Recherches sur l'embryon, droit, éthique», *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, No. 1, 2022, pp. 119-134.

the general rule adopted by research centers conducting studies with human embryos, it is specified that «their development in vitro must terminate within fourteen days following their creation».

A similar regulatory approach can be found in the United Kingdom under the *Human Fertilization and Embryology Act* of 1990 (subsequently amended)[16]. Here, studies are authorized if the relevant authority deems them «necessary and desirable». It is also noteworthy that, in some cases, these agencies, composed of field experts, have the authority to further define the regulatory framework. For instance, they may issue guidelines that provide concrete direction for professionals involved in these procedures.

In contrast to this open and flexible model, some legal systems exhibit greater rigidity and closed approaches. In Italy, as previously mentioned, Article 13 of Law No. 40 of 2004 on Artificial Reproductive Technique generally prohibits interventions aimed at altering the genetic material of embryos, while allowing clinical and experimental research «only if it pursues therapeutic and diagnostic purposes directly related to safeguarding the health and development of the embryo, and when no alternative methods are available». This provision, however, appears to exclude the legitimacy of any study, as the existence of «exclusively therapeutic and diagnostic purposes» for the embryo necessitates upstream foundational research purposes, which stay prohibited. In this sense, a fundamental contradiction (or hypocrisy) emerges within the legislation. Basic research, which involves the destruction of the embryo, remains prohibited in Italy. However, once encouraging results are obtained from experiments conducted abroad, the use of the technique for correcting the genetic material of embryos would become legitimate. In other words, once a sufficient level of safety and efficacy is achieved, the results of studies considered illegitimate in themselves could be applied.

This «circuitous» legal situation, which bans embryo experimentation but permits the clinical application of potentially positive results, raises a non-trivial question about the inherent inconsistency of the position. In this regard, for example, «How should we behave in the face of great scientific success, obtained through means that we consider to be ethically improper?»[17].

As far as international law is concerned, reference can be made to the above-mentioned Oviedo Convention. This important treaty, which has not been ratified by all the member states of the Council of Europe (Austria, Belgium, Germany and the United Kingdom are among the states that have not signed the Convention, while Italy has not completed the ratification process because it has not deposited its instrument of

[16] Penasa, S., *La legge della Scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico-scientifica*, cit., 46, 244, 268.

[17] See the personal remarks (*postilla*) written by Carlo Flamigni to the Italian National Bioethics Committee on «Ethical Issues in Genome Editing Using CRISPR/Cas9», 23 February 2017 (https://bioetica.governo.it/media/3197/p126_2017_ethical-issues-in-genome-editing-using-crispr-cas9_en.pdf).

ratification)[18], permits interventions aimed at modifying the human genome only «for preventive, diagnostic, or therapeutic purposes and only if its aim is not to introduce any modification in the genome of any descendants».

From this perspective, an interpretive approach may allow for the possibility of permitting research on human embryos subjected to genome editing. First, it can be argued that an embryo (which, according to the aforementioned rule, will not develop beyond two weeks) cannot be considered a «descendant». Second, preventive, diagnostic, or therapeutic purposes can be attributed not to the embryos being researched, but to those destined to form future generations – an interest for intergenerational effects that is increasingly gaining prominence within contemporary constitutionalism[19]. Based on these considerations, the provision in the Oviedo Convention could be interpreted in a way that leaves open the legitimacy of research involving human embryo genome editing for research purposes.

The rules established by the most authoritative associations of researchers and professionals in the field leave less room for interpretation. In addition to encouraging further research on somatic human genome editing, the Organizing Committee of the mentioned 2023 Summit on Human Genome Editing concluded as follows: «Basic research using genome editing in human embryos has continued, with the aim of either understanding aspects of early human development or exploring how the methods might be used to correct gene variants leading to genetic disorders… Basic research in this field *should continue*» (emphasis added).

In clear connection with the third and fourth principles expressed by Professor Casabona, the statement further emphasizes: «The Organizing Committee calls for ongoing dialogue and continued international collaboration on innovative approaches to governance and regulation of human genome editing technologies, the state of the science, and innovation in the treatment of genetic diseases»[20].

Keeping in mind the considerations raised by Professor Casabona's guidelines, it can be said that while a general consent of future generations may be assumed in the context of genome editing aimed at preventing the development of diseases univer-

[18] The paradoxical situation is unravelled by Penasa, S., «Alla ricerca dell'anello mancante: il deposito dello strumento di ratifica della Convenzione di Oviedo», *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2007, available at https://www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti_forum/paper/0007_penasa.pdf

[19] For example, see the Italian Constitution as amended in 2022, whose Article 9, paragraph 3 states that the Republic «shall safeguard the environment, biodiversity and ecosystems, also in the interest of future generations».

[20] For example, Ragone, G., «Gene Editing Decisions and Democratic Participation: A Privileged Area for the Application of the Principles of Deliberative Democracy?», *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, Special Issue 1, 2021, pp. 383-395.

sally recognized as severe (negative eugenics)[21], the issue of social justice remains unresolved. As a matter of fact, such advanced and expensive techniques (with gene therapies currently under study costing up to one million euros per patient) will not be applied to benefit the large portion of the global population that suffers from the lack of basic necessities, such as access to clean water and sufficient food. If the real risk is that the most advanced biomedicine developments may exclusively benefit the wealthier segment of the global population, it is imperative for the academic world to actively engage, through teaching, research, and outreach, in efforts to highlight the existence and growing severity of inequalities and work toward their incremental reduction. In this regard, the teachings of Carlos María Romeo Casabona have also been exemplary.

III. The method of decision-making process facing genome editing technologies: openness to science and society

One of the most challenging issues related to the regulation of the genome editing technique on the human embryos is the definition of the essential characteristics that regulatory tools must have in order to be socially acceptable, scientifically sound and constitutionally legitimate. From this perspective the nature of the decision-making process becomes crucial, especially when it is conceived not only as a procedure through which democratically elected bodies take political decisions, but also as a context of mutual and open deliberation in which also both the social and scientific dimensions should be involved.

A first critical issue concerns the level at which to work on the regulation of these innovative and complex technologies. On the one side, as the previous Paragraph has shown, national legal orders may take different regulatory approaches to the issue at stake, while a common and shared global understanding is currently lacking. This seems coherent with a view that considers national Parliaments as the best positioned and legitimised bodies to take decisions in scientifically complex and uncertain, socially plural and ethically sensitive contexts, such as the use of genome editing techniques on the human embryos.

From that perspective, it is worth mentioning that the Italian Constitutional Court, in a judgment related to the constitutionality of the ban of the scientific research and experimentation with human embryos set forth by the Italian Law n. 40/2004 on Human Assisted Reproductive Technology, stated that the conflict between the right to science (and the benefits of research linked to it) and the right of the embryo does not find a common solution among legal scholars, scientists and civil society itself, and that a general consensus among different national legislations is not detectable. Accordingly,

[21] See for example Boggio, A.; Yotova, R., «Gene editing of human embryos is not contrary to human rights law: A reply to Drabiak», *Bioethics*, Vol. 35, No. 9, 2021, pp. 956-963.

the Italian Constitutional Court assumed that, before a «tragic choice», that is so widely divisive on an ethical and scientific level, and which does not find significantly uniform solutions even in European legislation, it belongs to the Parliament, as interpreter of the will of the community, to translate, on a regulatory level, the balancing of conflicting fundamental values, taking into account the attitudes and instances that it appreciates as most deeply rooted, at the given moment, in the social conscience (judgment n. 84/2016).

On the other hand, as Prof. Romeo Casabona highlighted in the article which inspires these brief remarks, «the application of gene editing in humans (and other living beings) is now regarded as a global issue, which requires global governance, although achieving this goal seems still far from being achievable»[22]. He also stressed that «A worldwide pluralistic and democratic governance calls for a new process of active and sustained dialogue among stakeholders as well as public authorities and society as a whole»[23]. He went on recalling that at the European regional level it is possible to detect a general principle, the acceptance of which by States is obviously conditioned by their ratification of the already mentioned international treaty, where the Council of Europe Convention on Human Rights and Biomedicine (Oviedo Convention) states that «an intervention seeking to modify the human genome may only be undertaken for preventive, diagnostic or therapeutic purposes and only if its aim is not to introduce any modification in the genome of any descendants» (art. 13). According to the Explanatory Report to the Convention, «medical research aiming to introduce genetic modifications in spermatozoa or ova which are not for procreation is only permissible if carried out in vitro with the approval of the appropriate ethical or regulatory body», thus apparently leaving the door «open» to a specific type of genetic modification: exclusively for research purposes, which is carried out in vitro and subject to the approval of an ad hoc ethical or regulatory body, with the absolute exclusion of any possible procreative use of the embryos produced [24].

This may be one of the potential – neither compulsory nor automatic – regulatory framework which aims to balancing competing interests and rights at stake, by selecting different purposes, methods and procedures which may characterise the concrete implementation of the technique at stake. One concrete legal order which, without being a Party of the Oviedo Convention, introduced a similar regulatory model is the United Kingdom, as it is shown in the previous Paragraph.

[22] Romeo Casabona, C. M., «Gene Editing: Do We Need a Universal Approach?», cit., 32.

[23] *Ibidem*.

[24] See Steering Committee for Human Rights in the fields of Biomedicine and Health, *Conclusions of the re-examination process of Article 13 of the Convention on Human Rights and Biomedicine*, September 2022. See Vidalis, T., *Genome Editing in Human Gametes and Embryos: The Legal Dimension in Europe*, BioTech, 12(1), 2022, pp. 1-9.

Within the pronounced tension between the need to achieve global regulation and respect for the specificities of the national level, the question of the method of decision-making assumes primary importance. Does the concrete exercise of a broad discretionary power entail also specific procedural requirements, in order to open the decision-making process also to society and science?

If we look to the international dimension, in general terms the General Comment No. 25 (2020) on science and economic, social and cultural rights (article 15 (1) (b), (2), (3) and (4) of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights) (Committee on Economic, Social and Cultural Rights) associates the openness of the decision-making process with the fundamental right to science[25]. More concretely, it is stated that «A clear benefit of scientific progress is that scientific knowledge is used in decision-making and policies, which should, as far as possible, be based on the best available scientific evidence»; thus, «States should endeavour to align their policies with the best scientific evidence available»[26]. Another key dimension is represented by the promotion of public trust and support for science, which may benefit also from a vigorous and informed democratic debate on the production and use of scientific knowledge, and a dialogue between scientific community and society[27].

Accordingly, and this is a principle which perfectly fits in the regulation of genome editing on the human embryo, «With due respect to scientific freedom, some decisions concerning the orientation of scientific research or the adoption of certain technical advancements should be subjected to public scrutiny and citizen participation»[28]. This approach should reflect itself also within the regulatory decision-making process, which may express also a participatory and transparent nature and mechanisms.

Such an approach seems to be in line with what is highlighted by Prof. Romeo Casabona, when he expresses the need to avoid «extreme positions (…), as they lead to closing the doors to further reflection and social dialogue»[29], taking into account also the ongoing and constantly evolving scientific knowledge which may change also the ethical, societal, and political understanding and assessment of such technique. He eloquently shows the inner and necessary relationship between regulation, science,

[25] Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *General Comment No. 25 on science and economic, social and cultural rights (article 15 (1) (b), (2), (3) and (4) of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, 2020. In general, see Boggio, A., Romano, C.P.R., Almqvist, J. (eds), *Human Germline Genome Modification and the Right to Science*, cit.

[26] Ivi, 11.

[27] *Ibidem.* See Poli, L., «Human Germline Genome Editing and Human Rights Law: A "Brave New World" Is Not Here to Come», cit., especially 364 ff.

[28] *Ibidem*.

[29] Romeo Casabona, C. M., «Gene Editing: Do We Need a Universal Approach?», cit., 29.

and society, when he reminds that «Law must follow Science, there is no need to rush, notwithstanding to maintain an open dialogue on this issue»[30].

The already recalled Oviedo Convention seems to run through a similar methodological and conceptual path, when it dedicates a provision to «Public debate» (art. 28). It states that «the fundamental questions raised by the developments of biology and medicine» must be subject of «appropriate public discussion in the light, in particular, of relevant medical, social, economic, ethical and legal implications, and that their possible application is made the subject of appropriate consultation». Appropriate public discussion and consultation are thus recommended, and may be intended in a two-fold way: on the one hand, by providing tools to make available and understandable by the society as a whole also the most challenging (and promising) scientific advancements[31]; on the other hand, by providing mechanisms of public and scientific consultation and advice within the political decision-making processes.

In the context of the scientific, social and regulatory debate on the use of genome editing technique in the human embryo, it is worth mentioning some international and global initiatives, which raise directly from the academic and scientific context, aiming at promoting and strengthening an interdisciplinary, open to society and plural dialogue and debate.

One of the most interesting initiatives is the Global Observatory for the Human Genome, which – according to its own statement – aims to «fosters international, interdisciplinary, and cross-sectoral dialogue among communities that have not been in a position to reflect upon each others' perspectives on issues that concern all humanity», by bringing together participants and perspectives from around the world to reflect on the uses of technologies that are poised to alter the meaning of being human and to imagine better futures[32].

Prof. Romeo Casabona highlighted the fact that «A worldwide pluralistic and democratic governance calls for a new process of active and sustained dialogue among stakeholders as well as public authorities and society as a whole», while acknowledging difficulties that may arise from such an approach. One of the most challenging criticalities is, according to Prof. Romeo Casabona, the non-binding nature of such

[30] Ivi, 31.

[31] Ivi, 30 («the moral assessment of these matters and the establishment of regulatory frameworks, since they can have a radical impact on the essence of the human being as a moral entity and as holder of fundamental rights, cannot remain confined to the circle of reflections and decisions of researchers, health professionals or their respective scientific societies. The whole of society is concerned, both individuals and the political (states), cultural and other collectivities in which human beings are integrated»).

[32] See the official website: https://global-observatory.org/about. See also JASANOFF, S. and HURLBUT, J.B., «A global observatory for gene editing», *Nature*, Vol. 555, 2018, pp. 435-437.

instruments, which may in any case strengthen the social and scientific «acceptability» of the regulatory decisions made at the international and national levels.

The openness of the decision making process to the societal and scientific dimensions does not necessarily entail a concrete and automatic impact on the contents of the regulatory choices specifically made by each Parliament or governance body. At the same time, the latter – the discretionary political choices – may be empowered and strengthened by the formers – social and scientific participation and consultation – in terms of both the social acceptance and scientific reliability of the regulatory scheme. The focus, again, is on the method – instead of and prior to – the concrete contents of the regulatory approach.

The legal comparative landscape provides useful example of regulatory approaches which recognise the opportunity to – borrowing a Romeo's image – leave the door of the political debate open also to the capacity to detect and assess the possible transformation within the social and ethical attitude towards groundbreaking, complex and highly sensitive issues, such as the use of genome editing on human embryos, on the one hand[33]; and it is able to stay connected – from a regulatory point of view – with the scientific evolution of the concrete use of such technique, in terms for instance of safety, reliability and potential use, on the other hand[34]. This approach, which has been defined as open-to-science (and society) or even evidence- or science-based[35], may be also functional to a more moderate and balanced legislative approach, which conceives an absolute and unavoidable ban as a legitimate but also as a «last resource» regulatory tool, while it provides procedural and substantive mechanisms that allow the regulatory model to adapt over time to changing social, scientific and political conditions.

The French legislative approach to biomedicine paradigmatically expresses this approach, as the *Loi de Bioéthique* since its inception (1988) provided for a set of procedural requirements which are functional to characterise the Act in terms of society's involvement and scientific connection. The Act states that any reform project concerning the ethical problems and social issues raised by advances in knowledge in the fields of biology, medicine and health is preceded by a public debate in the form of a general assembly, and that following the public debate, the National Advisory Ethics Committee for Health and Life Sciences publishes a report which is presented to

[33] On the concept of broadness of the social debate around this issue, see MARTANI, A., «Changing the regulation of human germline genome editing: what does a truly broad societal debate entail?», *Law, Innovation and Technology*, Vol. 16, No. 2, 2024, pp. 687-714.

[34] See BROWNSWORD, R., *The Challenge of Regulatory Connection*, *Rights, Regulation, and the Technological Revolution*, Oxford University Press, Oxford, 2008, 160 ff.

[35] See CARROZZA, P., «Tecnica e politica: la necessaria complementarietà», in Grasso, G. (ed.), *Il Governo tra tecnica e politica*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016, 96; CASONATO, C., «Evidence Based Law. Spunti di riflessione sul diritto comparato delle scienze della vita», *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, No. 1, 2014, pp. 179-208.

the Parliamentary Office for the Assessment of Scientific and Technological Choices, which assesses it, highlighting the scientific elements that are essential for a proper understanding of the issues involved in the planned reform. The Law specifies that in any case the Committee is required to organise a general assembly on bioethics at least once every five years and that each year the same Committee leads public debates on one or more of the ethical problems and social issues related to the referred issues. It is worth mentioning that the same Law provides that within such public consultations (*État Généraux de la Bioéthique*) a plural composition of the conferences of citizens must be guaranteed, in order to represent society in all its diversity; at the same time, the experts participating in such events are chosen according to criteria of independence, pluralism and multidisciplinarity[36].

From the perspective of safeguarding the constant readiness of the regulatory tool to cope with and adapt to the possible evolution of the scientific and technological landscape, the French Law states that «This law shall be re-examined by Parliament within a maximum period of seven years from its promulgation. Within four years, its application will be evaluated by the Parliamentary Office for the Evaluation of Scientific and Technological Choices» (art. 41[37]).

Recently, also Spain experienced the institutionalisation of tools of scientific advising and societal engagement and consultation, when the Spanish Parliament established the Office of Science and technology (Oficina C).

As early as 2022, in his book *Los genes y sus leyes. El derecho ante el genoma humano*, Prof. Romeo Casabona claimed that «*el debate, la discusión, atañe a la sociedad entera, a sus miembros (…) ha de ser plural, buscando vías de integración de las diferentes perspectivas ideológicas y culturales; y, por último, ha de ser transnacional*»[38]. Referring specifically to the role of the law in the context of the human genome, he went forward by stating that the law («*el Derecho*»[39]) is not the only possible mechanism available to guarantee social coexistence and the values that emerge from it. He also identifies three necessary («*insoslayables*») prerequisites when legislative intervention is necessary to regulate matters related to life sciences and human genetics: consensus, gradualness and temporariness[40]. The Law, «*el Derecho*», cannot aspire to give definitive or permanent answers, nor always satisfactory ones[41]. To remind these basic essentials

[36] For a general overview of the French approach to social and scientific participation to the legislative decision-making process, see Penasa, S., *La legge della Scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico-scientifica*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015, 152 ff.

[37] All previous references refer to the Loi n.º 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique.

[38] Romeo Casabona, C.M., *Los genes y sus leyes. El derecho ante el genoma humano*, Comares, Granada, 2002, 30.

[39] Ivi, 31.

[40] *Ibidem*.

[41] Ivi, 32.

of the relationship between the law and science is probably one of the methodological and conceptual legacy of Prof. Romeo Casabona.

IV. The globalisation of scientific research and the need for a shared regulatory framework

IV.1. Global research and the scientific community: the case of genome editing

A third element of Prof. Casabona's toolbox refers to the globalisation of scientific research and the consequent need to work on shared regulatory frameworks for a fair, trustworthy and responsible conduction of research activities. This phenomenon affects scientific research in general. In particular, in the field of biotechnological innovations, it is a key feature of contemporary research and offers opportunities that, just a few years ago, were basically unreachable. The possibility to share core facilities, instruments and research data with teams located in different parts of the world, as well as the chance to collaborate with colleagues located in various Universities and laboratories and access a broader range of data, are all elements that describe essential achievements in the scientific community.

As often happens, however, nothing comes for free, and nothing can be taken for granted.

Firstly, the possibility to collaborate on a worldwide scenario is a product of contemporary scientific and technological development that is strongly dependent on the increasingly higher standards of scientific research: for many scientific activities, standards are significantly elevated, and the level of technical specialisation required to perform some sorts of experiments is so distinct and particular to be extremely rare, if not unique.

Consequently, sometimes, performing research in collaboration with colleagues and research teams in other countries is more than just an opportunity or a factor that increases the value of a research project. It could be necessary for the scientific completeness and integrity of the study to be conducted.

To this end, the scientific community needs a set of clear and strict rules to ensure that how research is carried out, as well as the methodologies applied to elaborate data and obtain results, are rigorous, transparent, reliable and accountable. It is firstly in the interest of the research community as a whole that a scientific project respects the highest standards possible to produce trustworthy results and bring an objective added value to scientific knowledge.

Thus, the scientific community itself needs rules to ensure the reliability and integrity of the research activity. The three International Summits on Human Genome Editing, which took place in Washington, DC (2015), Hong Kong (2018), and in London (2023) represent a typical example of the necessity that periodically the scientific community feels to make the point on the advancement of some scientific innovation. This has the

scope to share viewpoints and achievements of scientific research and agree on methodologies, limits and new frontiers of the ongoing projects[42].

In this field, international bodies often provide orientation and support. Given the global dimension of these issues, the role of international bioethics committees, across the years, proved to be fundamental in offering a direction to the scientific community with special regard to bioethical issues at stake. In the specific field of genome editing, for example, the UNESCO International Bioethics Committee has offered guidance criteria to help focus on criticalities and opportunities for scientific research, particularly on the impact of this biotechnological innovation on future generations[43].

As pointed out by Prof. Casabona, the role of these international institutions can be pivotal for the world of scientific research, if adequately promoted. It could help in reasonably resolving ethical and legal issues beyond the limited scope at the state level, as well as governance-related matters[44].

Secondly, the possibility of conducting research worldwide and cooperating with international research teams requires sharing common principles and rules to coordinate better and follow a common framework to avoid methodological misunderstandings. Very often, moreover, it is the funding institution that requires research teams to share common rules to ensure that their activity is performed effectively and avoids – as far as possible – the waste of resources.

Therefore, to answer these needs, the scientific community agrees on a set of common rules to orient the realization of research projects solidly. This framework guides the realisation of the research activity and is supposed to ensure the validity of the methods applied and the results obtained. This is not a new phenomenon, as the scientific community has probably tried to give itself rules since the scientific method's foundation. The change, however, stands in the level of awareness that the scientific community shares on the importance of respecting these rules to ensure trustworthy results, fair use of resources, transparency and accountability of the scientific activities

The depicted scenario demonstrates the need to regulate scientific research with a set of rules that are a mixture of legal, professional, and ethical standards on the one

[42] See, for example, the conclusions of the third mentioned Summit on Human Genome Editing, with regards to the «Ongoing collaboration and discussion». «The Organising Committee calls for ongoing dialogue and continued international collaboration on innovative approaches to governance and regulation of human genome editing technologies, the state of the science, and innovation in the treatment of genetic diseases». https://royalsociety.org/news/2023/03/statement-third-international-summit-human-genome-editing/

[43] UNESCO Bioethics Committee, *Report of the International Bioethics Committee (IBC) on the principle of protecting future generations*, 2021, available at https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000378723

[44] ROMEO CASABONA, C.M., «Consultative Boards at International Level», in Busatta, L., Casonato, C. (eds), *Axiological pluralism: jurisdiction, law-making and pluralisms*, Springer, Cham, 2021, 73.

hand and scientific guidelines and regulations on the other one. Combining these two elements contributes to the definition of the principles of responsible research.

The need to work on generally and universally accepted and shared regulatory frameworks is particularly relevant when dealing with scientific innovations of techniques that unravel great opportunities but also bring essential challenges at ethical and legal levels. As pointed out by Prof. Casabona, in this field, the apport of international and universal documents offers outstanding and significant references that «design an appropriate framework for the current research needs regarding health sciences and the development of related technologies, based on respect for human dignity and other rights that are inherent to it»[45].

This is also the case with genome editing: the possibilities it offers theoretically are immense if we just think about its application in the animal or vegetal field; they could be incommensurable in the field of human health. However, they raise wide and profound bioethical and legal concerns, as pointed out in the preceding paragraphs.

In the animal field, for example, the use of gene editing on mosquitos might help to fight malaria where it is endemic: CRISPR/Cas technology can be justified for the production of transgenic malaria parasites or mutant strains of mosquitos immune to the disease or simply unable to infect[46]. Vegetal applications of genome editing, furthermore, reveal the potential to address emerging and very urgent health, environmental, and food security issues, as well as the problems related to production volumes and supply[47].

As an efficient, cheap and simple technological innovation, CRISPR also has the potential to be more accessible than other means, raising several concerns about its regulation at a scientific, ethical and legal level because it might have an impact not only on humans but also on the environment and on the equilibrium of the ecosystem[48].

IV.2. **How can scientific innovations be regulated at a global level, then?**

On these premises, the question is: How can we regulate the way we achieve scientific innovations? As explained above, this is not just a problem of scientific methodology, but it also involves medical, moral and legal criteria that should be considered for regulating scientific research.

[45] Romeo Casabona, C.M., «Consultative Boards at International Level», cit., 74.

[46] Nourani, L. *et al.,* «CRISPR/Cas advancements for genome editing, diagnosis, therapeutics, and vaccine development for Plasmodium parasites, and genetic engineering of Anopheles mosquito vector», *Infection, Genetics and Evolution*, Vol. 109, 2023, Art. No. 105419.

[47] Munawar, N., Ahsan, K., Ahmad, A., «CRISPR-edited plants' social, ethical, policy, and governance issues», in Abd-Elsalam, K. A., Ahmad, A. (eds), *Global Regulatory Outlook for CRISPRized Plants*, Academic Press, 2023, pp. 367-396.

[48] Caplan, A.L.; Parent, B.; Shen, M.; Plunkett, C., «No time to waste—the ethical challenges created by CRISPR», *EMBO Reports*, Vol. 16, No. 11, 2015, pp. 1421-1426.

The field of gene editing serves as an incisive example of the need to share common methods, values and rules as a precondition for legal intervention. The possibility of modifying a portion of the genetic line clearly shows that «biomedical sciences are constantly raising new and very specific questions, which limit or hinder the application of more general legal instruments on the protection of human rights that have been adopted within the international community»[49]. It follows that, before legal regulation, a general agreement on biomedical and ethical principles is necessary in order to avoid dystopic legal regulation, arbitrary choices and clashes of rules[50].

In 2018, the case of Dr He Jiankui, who admittedly used CRISPR/Cas technologies on two embryos, that were implanted and carried successfully to term, to make the children resistant to possible future HIV infection, opened Pandora's box, both for the scientific community and for the ethical-legal one. On the scientific side, it is worth remembering that the experimentation was carried out regardless of the protection of the health of the babies or their mother, disregarding any rule concerning the scientific methodology: the experiment was not scientifically validated nor approved by an ethical committee and not even peer-reviewed[51]. The universal condemnation of this episode brings together obvious ethical issues (the protection of future generations, informed consent, ethical approval of experimentations with human beings, …) but also scientific problems: there are rules on which the scientific community has agreed. These deals with research conduct must be followed in all the steps of the research path, from the elaboration of the project to the publication of results.

The reason is to guarantee and ensure that the methodology applied in biomedical experiments (as well as in all other fields of scientific research) is fair and transparent. This works not only for the benefit of science itself and for the internal relationships with the scientific community (i.e., within the research team and towards the scientific community) but also projects the value of science outside the laboratories in the perception the society has for science. Indeed, it serves not only to protect persons involved in the experiment (meaning both participants and researchers) but also ensures that the experiments can be repeated, and that data and results are correctly collected and stored to ensure their reproducibility, traceability and accountability[52]. Dr. He Jiankui followed no one of these basic rules: as an obvious consequence, not only did the scientific community raise several doubts about the general integrity of the study, but this episode also

[49] Romeo Casabona, C.M., «Consultative Boards at International Level», cit., 74.

[50] As the example of the Italian regulation of artificial reproduction technologies clearly shows. See supra Par. 2.

[51] Knoppers, B.m.; Kleiderman, E., «"CRISPR babies": What does this mean for science and Canada?», *CMAJ*, Vol. 191, No. 4, 2019, pp. E91-E92.

[52] On this respect, see for example the «Good research practices» in The European Code of Conduct for Research Integrity, Allea, 2023, available at https://allea.org/code-of-conduct/.

put at risk the trust that society in general has towards scientific activities[53]. This is an essential requirement for the public promotion of science, funding, and the possibility of making scientific innovation concretely accessible to all.

Genome editing, therefore, serves as a very efficient example of the general need to clarify which medical, moral and legal criteria should be kept in mind to regulate biotechnological innovations. The cited episode, as well as the general debate on the topic, point out that the first step towards the regulation of genome editing is the distinction and assessment of «the permissibility of the use of gene editing for preventive, therapeutic or enhancement purposes»[54].

To realise this purpose, there is a need to achieve a shared and common position within the scientific community before the ethical and legal debate. In recent years, to this end, the scientific community worldwide started to work on responsible research principles, producing documents and guidelines that serve as reference points for research institutions, researchers, funding institutions and society as a whole.

Well-known examples of these documents include, at a European level, the Allea Code for Research Integrity, revised in 2023, which «serves the European research community as a framework for self-regulation across all scientific and scholarly disciplines and for all research settings»[55]. At a global level, the World Conferences on Research Integrity have the scope to promote research integrity through support for the ongoing organisation and development of the World Conferences and all related activities[56]. Established in 2017, it has been working on promoting good research practices, especially regarding the conduct of researchers, to avoid misconduct and promote public trust in science. The conference produced several documents, including the latest one, the Cape Town Statement (2022), adopted with the scope to «deliver accurate, replicable, and unbiased results reported responsibly, with the appropriate acknowledgement of all stakeholders»[57].

Despite the very general nature of the cited documents, the point that deserves due consideration concerns their applicability to all fields of research, thereby boosting the unity of the research community and giving importance to the social value of scientific research as a means to promote the advancement and well-being of society at all levels

[53] As widely underlined in the scientific debate that was raised in the aftermath of the case. See for example Kleiderman, E.; Ogbogu, U., «Realigning gene editing with clinical research ethics: What the "CRISPR Twins" debacle means for Chinese and international research ethics governance», *Accountability in Research*, Vol. 26, No. 4, 2019, pp. 257-264.

[54] Romeo Casabona, C. M., «Gene Editing: Do We Need a Universal Approach?», cit., 29.

[55] Allea, The European Code of Conduct for Research Integrity, cit.

[56] See the Mission of the World Conferences on Research Integrity, available at https://www.wcrif.org/foundation/mission.

[57] See The Cape Town Statement on Fostering Research Integrity through Fairness and Equity, 2022, available at https://www.wcrif.org/guidance/cape-town-statement.

and in all parts of the world, not only in the sweatiest ones. These general principles provide orientation and offer a governance framework to all scientific fields, specific disciplines, and research domains, and they could find their path by elaborating common rules applicable to their restricted communities.

Coming back to «CRISPR babies» and the consequence of this experiment, as pointed out, the huge scientific debate generated by this episode urged the scientific community to agree on a set of common rules that involve both scientific standards and ethical guidelines. It is not coincidence, thus, that in July 2024, the Chinese Ministry of Science and Technology unveiled a new set of *Ethical Guidelines for Human Genome Editing*, establishing strict ethical standards for genetic research. This document has the scope to provide a framework to ensure responsible research practices in genome editing, safeguarding human dignity and societal values[58]. In sum, from a terrifying episode, which raised broad concerns, the scientific community demonstrated its resilience by bringing the good out of the ashes of a negative experience.

Finally, and coming back to the lessons of Prof. Casabona, we should certainly agree on the global dimension of genome editing, in general, and, in particular, on the opportunity and urgency to find common and global governance of genome editing on the human being. To this end, «A worldwide pluralistic and democratic governance calls for a new process of active and sustained dialogue among stakeholders as well as public authorities and society as a whole»[59]. Yet, the difficulties lie in defining the composition of such a body, its non-binding nature, and deciding whether to associate it with an international body, such as UNESCO or WHO, or keep it fully independent. However, the opportunities of such a scenario are noteworthy in terms of granting equality through broad access to these techniques, realising the universal solidaristic principle, raising public trust in science and promoting participation in scientific regulation; these are all issues on which «agreement is easier to reach in the early stages of the global dialogue»[60].

V. A RENEWED LAW, YET STILL THE RULE OF LAW

The field of human heritable genome editing is both paradigmatic and challenging, highlighting the complexity of attempts to regulate technologies that are not only technically intricate—particularly as they remain unrefined—but also raise profound questions concerning the nature, survival, and meaning of humanity.

[58] See the Chinese Ministry's press release on the topic, 9 July 2024: https://english.www.gov.cn/news/202407/09/content_WS668d34e4c6d0868f4e8e903e.html; for more details ZHANG, J., «China's ethics guidelines – A new era for human genome editing?», *BioNews*, No. 1251, 12 August 2024, available at https://www.progress.org.uk/chinas-ethics-guidelines-a-new-era-for-human-genome-editing/.

[59] ROMEO CASABONA, C. M., «Gene Editing: Do We Need a Universal Approach?», cit., 32.

[60] ROMEO CASABONA, C. M., «Gene Editing: Do We Need a Universal Approach?», cit., 31.

It can be agreed that much of the existing strict regulation towards these new technologies stems from our history and is of a reactive nature, rooted in the abuses of a past that, while distant, has never been definitively overcome. However, the responsible evolution of the most recent technological and scientific processes calls on the law to reconsider past understandings.

Indeed, in the area of human heritable genome editing, it was primarily the international scientific community that prompted the discussion surrounding the challenges associated with these practices and initiated processes aimed at assessing the existence of a consensus at the ethical and scientific levels, in an attempt at self-regulation.

This activism from the scientific community is also linked to the evident difficulties that, in the face of the rapid and transformative evolutions of science and technology, the traditional legal framework—specifically, the regulatory one—encounters. These difficulties range from identifying the most suitable regulatory level to intervene (as discussed earlier, the tension between the need for global regulation and the reluctance shown by national contexts, which are resistant to relinquishing their specific prerogative) to choosing the right time to act (for instance, the earlier mentioned distinction between regulations for techniques aimed at research purposes and those for procreative ones is a boundary that is expected to collapse in a future 'moment 0,' when research will be completed, and decisions will need to be made about transitioning to the procreative phase).

These obstacles have led some Authors to suggest moving away from the formalities of normative law and explore alternatives to the 'blunt and inflexible instrument of the formal law[61]. While recognizing the importance, in recent years, of tools within rapidly developing areas of technology and biomedical research that 'do not rely on harnessing the mechanisms of formal law,' for legal scholars, the real challenge—more than replacing law with other sources—appears to be opening up the legal framework, making it more permeable to the needs of scientifically and technologically driven contexts, rethinking its classical forms.

In such a delicate field, it is indeed unthinkable and unacceptable for the law to abdicate its role of protection and safeguarding, a role that emerges in all its importance, particularly when considering issues related to equality. It is worth remembering that, although distant from the old eugenics—which was a state-driven selection based on erroneous and flawed scientific assumptions (such as the concept of race, which underpinned theories of superiority)—the practices we are discussing, based on solid technical and scientific knowledge, still raise significant questions regarding the respect for the principle of equality.

[61] Kaan, T. *et al.,* «Germline genome editing: Moratorium, hard law, or an informed adaptive consensus?», *PLOS Genetics*, Vol. 17, No. 9, 2021, Art. No. e1009742.

On one hand, when these techniques become safe, the delicate issue of distinguishing between pathological traits and personal traits will arise, as will the question of identifying characteristics that could be considered more desirable, based on a notion of normality that is actually presumed and artificial. These issues will need to be aligned with the past 50 years of disability studies and with the crucial shift from the individual model of disability, which views disability as a deviation from the norm and a medical-health problem to be solved, to the social model, which places the concept of disability within the dynamics of power relations between able-bodied and disabled people. According to this view, it is the unjust social structures that create not forms of disability, but mechanisms of disablement[62].

On the other, another emerging finding from recent research is that current CRISPR guides do not perform equally well across all ancestries, potentially leading to false negative results. Short RNA sequences that direct the CRISPR-Cas9 enzyme to specific locations in the genome to cut DNA and deactivate a targeted gene sometimes fail their target, potentially obscuring a potential role of that gene in cancer growth. What is particularly concerning is that this happens disproportionately in cells from people of African ancestry, «because CRISPR guides were designed using reference genomes from people who are largely of European ancestry and do not fully represent global genetic diversity»[63].

The tools of scientific self-regulation do not appear to have addressed these problematic aspects, focusing instead on the issues previously discussed, which, while significant, are not self-sufficient and relate to the limited access to the techniques, potentially allowing the benefits of their application to remain the privilege of only one segment of the population.

It is therefore crucial to emphasize the role of the law, also in light of the imperative objective of protecting the rights of all, particularly vulnerable individuals and communities, and pursuing goals of social justice. To achieve this goal, as mentioned, it is necessary to take seriously the insights that Professor Casabona has provided in his writings and, as seen, to open the law to interdisciplinary dialogue and align its developments with the creation of an open and inclusive public debate.

[62] The main reference is OLIVER, M., *Politics of Disablement*, Macmillan, London, 1990, but see also, more recently, OLIVER, M., «The social model of disability: thirty years on», *Disability and Society*, Vol. 28, No. 7, 2013, pp. 1024-1026.

[63] S.A. MISEK, S.A. *et al.,* «Germline variation contributes to false negatives in CRISPR-based experiments with varying burden across ancestries», *Nature Communications*, Vol. 15, 2024, Art. No. 4892. More in general, about the importance of more diverse data in genetic studies, see also M.C. RAVEN-ADAMS, M.C. *et al.,* «Defining and pursuing diversity in human genetic studies», *Nature Genetics*, Vol. 56, 2024, pp. 1985-1988.

In this respect, Professor Casabona's call for interdisciplinarity to the wider scientific community is of the utmost urgency, as recent studies have shown. One of them compares the topics typically dealt with in legal journals with those found in the biomedical literature (PubMed)[64]. The results show a marked difference in the topics discussed. Legal articles focus mainly on the precautionary principle and a risk-based approach, while freedom of research appears in only a limited number of publications. In contrast, biomedical databases deal extensively with freedom of research, with the precautionary principle and risk-based approach almost completely absent.

Although further studies are needed to generalise these results, these findings confirm that it is essential to promote a more open exchange between different fields of knowledge in order to overcome the misalignment of interests, sensitivities and concerns between experts from different disciplines.

Regarding the open debate and the need for societal involvement, on the one hand, there is concern about the weakening of references to it in the concluding statements of the three International Summits on Human Genome Editing, where references to a «broad societal consensus» have been replaced by more vague references to the need for public discussion, with an increasing emphasis on the fact that the limits to proceeding in a certain direction are primarily related to technical-scientific deficits. On the other hand, regulatory attempts to anticipate the development of a public consensus have already shown their weaknesses. For example, in South Africa, the guidelines regarding research have very recently been revised, bringing it closer to becoming the first jurisdiction to explicitly allow heritable human genome editing in clinical settings.

The renewed text of the South African Ethics in Health Research Guidelines says that heritable human genome editing must have a «clear and compelling scientific and medical rationale, focusing on the prevention of serious genetic disorders and immunity against serious diseases», be transparent, obtain informed consent from all parties and have stringent ethical oversight. «The potential benefits to individuals and society should outweigh risks and uncertainties,» the guidelines say. Furthermore, researchers must «commit to ongoing monitoring of individuals born as a result of [heritable human genome editing] to assess their health, well-being and potential unforeseen consequences». The main issue at the moment concerns the alignment between the regulatory source (the guidelines) and the higher legal source (the National Health Act), as it is unclear whether the latter legitimizes the use of heritable human genome editing tech-

[64] Santosuosso, A.; Tomasi, M., «Scientific Knowledge and Social Responsibility», in Valdes, E.; Lecaros, J.A. (eds), *Handbook of Bioethical Decisions, II, Scientific Integrity and Institutional Ethics*, Springer, Cham 2023, pp. 387-404.

niques[65]. This uncertainty arises, partly, and perhaps primarily, from the lack of public discussion surrounding such a potentially significant amendment.

Therefore, the need is to work towards new forms and shapes of legal expression that connect the law to the technical-scientific dimension and to the core of society, without, however, sacrificing its protective and safeguarding functions.

VI. Conclusions. Possible integrations to the toolkit for the legal governance of transformative technologies

In conclusion, the discussion on the need to regulate human heritable genome editing techniques allows for the proposal of three broader key points that could further build upon the invaluable insights offered by Prof. Casabona and integrate the principles he identified for addressing revolutionary moments in scientific and technological evolution.

1. Firstly, transformative technologies topics demand the abandonment of any form of fragmented knowledge. To understand how to navigate technological revolutions, it is essential to adopt an inherently interdisciplinary and integrated approach that consistently connects science, ethics, and law, making the topic accessible without denying its complexity.
2. Secondly, managing scientific revolutions to guide their trajectory requires relying on the objectivity and strength of facts to marginalize all forms of rhetoric and hyperbolic narratives that increasingly taint discussions around «divisive» topics. It is thus necessary to replace exceptionalist approaches—which view everything related to the code of life as radically different from other scientific fields—with approaches that focus on the tangible reality of the subject matter, its current practical applications, and its boundaries of use.
3. Thirdly, addressing the most innovative, advanced, and cutting-edge technologies does not mean forgetting that every medical advancement should benefit the entire global population, starting with its most fragile and vulnerable members. A discovery that remains the exclusive privilege of the wealthier part of the world does not fulfill the purpose of the right to science and is not one for which it is worth dedicating a large portion of one's life with passion and enthusiasm.

The toolkit, composed of the four keywords—balanced compromise, caution, global governance, and societal engagement—can therefore be complemented by three additional ones: interdisciplinarity, evidence-based approach, and social justice. Integrating these principles into the regulation of genome editing technologies represents one of

[65] Baylis, F., «South Africa amended its research guidelines to allow for heritable human genome editing», *The Conversation*, 25 October 2024 and Wild, S., «Will South Africa become first country to accept controversial form of human genome editing?», *Nature News*, 7 November 2024, available at: https://www.nature.com/articles/d41586-024-03643-4.

the challenges of our time. And as Professor Casabona puts it: «Bioethics and Law have taught us some lessons; whether we have been able to learn them is another matter».[66]

VII. **Bibliography**

Almeida, Mara, and Ranisch, Robert, «Beyond safety: Mapping the ethical debate on heritable genome editing interventions», *Nature. Humanities and Social Science Communications*, Vol. 9, No. 139, 2022.

Ampollini, Ilaria, «A Brief History of Genetics: Chronology, Concepts, and Themes», *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, No. 1S/2021, pp. 49-60

Baylis, Françoise, «South Africa amended its research guidelines to allow for heritable human genome editing», *The Conversation*, 25 October 2024.

— Darnovsky, Marcy, Hasson, Katie, and Krahn, Timothy M., «Human Germ Line and Heritable Genome Editing: The Global Policy Landscape», *CRISPR Journal*, Vol. 3, No. 5, 2020, pp. 365-377.

Boggio, Andrea, Romano, Cesare P.R., Almqvist, Jessica (eds), *Human Germline Genome Modification and the Right to Science: A Comparative Study of National Laws and Policies*, Cambridge University Press, Cambridge, 2020.

Boggio, Andrea; Yotova, Rumiana, «Gene editing of human embryos is not contrary to human rights law: A reply to Drabiak», *Bioethics*, Vol. 35, No. 9, 2021, pp. 956-963.

Brownsword, Roger, *The Challenge of Regulatory Connection*, *Rights, Regulation, and the Technological Revolution*, Oxford University Press, Oxford, 2008.

Caplan, Arthur L.; Parent, Brendan; Shen, Michael; Plunkett, Carolyn, «No time to waste—the ethical challenges created by CRISPR», *EMBO Reports*, Vol. 16, No. 11, 2015, pp. 1421-1426.

Carrozza, Paolo, «Tecnica e politica: la necessaria complementarietà», in GRASSO, Giorgio (ed.), *Il Governo tra tecnica e politica*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016.

Casonato, Carlo, «Evidence Based Law. Spunti di riflessione sul diritto comparato delle scienze della vita», *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, No. 1, 2014, pp. 179-208.

— *Biodiritto. Oggetto, fonti, modelli, metodo*, Giappichelli, Torino, 2023.

— «Science, Technology, and Law: how law can face today (and tomorrow) challenges», in Bertolini, Elisa *et al.* (eds.), *Itinerari della comparazione. Scritti in onore di Giuseppe Franco Ferrari*, II, EGA, Torino, 2023, pp. 569-579.

De Miguel Beriain, Iñigo, and Mastrangelo, Lara, «Cosa c'è di sbagliato nel modificare la linea germinale?», *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, No. 1, 2020, pp. 231-249.

Deuring, Silvia, and Taupitz, Jochen, «Germline Interventions in Humans – Challenges for Law and Ethics», *Revista de Derecho y Genoma Humano. Genética, Biotecnología y Medicina Avanzada*, No. 49, 2018, pp. 61-73.

Jasanoff, Sheila and Hurlbut, J. Benjamin, «A global observatory for gene editing», *Nature*, Vol. 555, 2018, pp. 435-437.

Kaan, Terry, Xafis, Vicki, Schaefer, G. Owen, Zhu, Yuja, Labude, Markus K., and Chadwick, Ruth, «Germline genome editing: Moratorium, hard law, or an informed adaptive consensus?», *PLOS Genetics*, Vol. 17, No. 9, 2021, Art. No. e1009742.

[66] Romeo Casabona, C.M., «Gene Editing: Do We Need a Universal Approach?», cit., 29.

KLEIDERMAN, Erika; OGBOGU, Ubaka, «Realigning gene editing with clinical research ethics: What the "CRISPR Twins" debacle means for Chinese and international research ethics governance», *Accountability in Research*, Vol. 26, No. 4, 2019, pp. 257-264.

KNOPPERS, Bartha M.; KLEIDERMAN, Erika, «"CRISPR babies": What does this mean for science and Canada?», *CMAJ*, Vol. 191, No. 4, 2019, pp. E91-E92.

LAFFAILLE, Franck, «Conseil Constitutionnel (2021-821 DC, 29 July 2021). Recherches sur l'embryon, droit, éthique», *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, No. 1, 2022, pp. 119-134.

MARTANI, Andrea, «Changing the regulation of human germline genome editing: what does a truly broad societal debate entail?», *Law, Innovation and Technology*, Vol. 16, No. 2, 2024, pp. 687-714.

MATSUDA, Tsuyoshi, WOLFF, Jonathan, YANAGAWA, Takashi (eds), *Risks and Regulation of New Technologies*, Springer, Cham, 2021.

MISEK, Sean A. *et al.,* «Germline variation contributes to false negatives in CRISPR-based experiments with varying burden across ancestries», *Nature Communications*, Vol. 15, 2024, Art. No. 4892.

MUNAWAR, Nayla, AHSAN, Khansa, AHMAD, Aftab, *CRISPR-edited plants' social, ethical, policy, and governance issues*, in Abd-Elsalam, Kamel A., Ahmad, Aftab (eds), *Global Regulatory Outlook for CRISPRized Plants*, Academic Press, 2023, pp. 367-396.

NORMILE, Dennis, «China sets new ethics rules for human studies», *Science*, Vol. 379, No. 6636, 2023, p. 970.

NOURANI, Leila; MEHRIZI, Akram Abouie; PIRAHMADI, Sakineh; POURHASHEM, Zeinab; ASADOLLAHI, Elahe; JAHANGIRI, Babak, «CRISPR/Cas advancements for genome editing, diagnosis, therapeutics, and vaccine development for Plasmodium parasites, and genetic engineering of Anopheles mosquito vector», *Infection, Genetics and Evolution*, Vol. 109, 2023, Art. No. 105419.

OLIVER, Michael, *Politics of Disablement*, Macmillan, London, 1990.

— «The social model of disability: thirty years on», *Disability and Society*, Vol. 28, No. 7, 2013, pp. 1024-1026.

PENASA, Simone, Alla ricerca dell'anello mancante: il deposito dello strumento di ratifica della Convenzione di Oviedo, Forum di Quaderni Costituzionali, 2007.

— *La legge della Scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico-scientifica*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015.

POLI, Ludovica, «Human Germline Genome Editing and Human Rights Law: A "Brave New World" Is Not Here to Come», *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, No. 1S/2021, pp. 359-368.

RAGONE, Giada, «Gene Editing Decisions and Democratic Participation: A Privileged Area for the Application of the Principles of Deliberative Democracy?», *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, Special Issue 1, 2021, pp. 383-395.

RAVEN-ADAMS, Maili C. *et al.,* «Defining and pursuing diversity in human genetic studies», *Nature Genetics*, Vol. 56, 2024, pp. 1985-1988.

ROMEO CASABONA, Carlos María, «Gene Editing: Do We Need a Universal Approach?», *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, No. 1S/2021, pp. 29-32.

— «Consultative Boards at International Level», in BUSATTA, Lucia, CASONATO, Carlo (eds), *Axiological pluralism: jurisdiction, law-making and pluralisms*, Springer, Cham, 2021.

— *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*, Editorial Centro de Estudios Raimon Areces, Madrid, 1994.

— *Los genes y sus leyes. El derecho ante el genoma humano*, Comares, Granada, 2002.

— ROMEO MALANDA, Sergio, «Approach to Biolaw as an Autonomous Juridical Discipline», in Valdés, Erik, Lecaros, Juan Alberto (eds), *Biolaw and Policy in the Twenty-First Century: building answers for new questions*, Springer, Cham 2019, pp. 59-76.

Santosuosso, Amedeo; Tomasi, Marta, «Scientific Knowledge and Social Responsibility», in Valdes, Erik; Lecaros, Juan Alberto (eds), *Handbook of Bioethical Decisions*, II, Scientific Integrity and Institutional Ethics, Springer, Cham 2023, pp. 387-404.

Slokenberga, Santa, Minssen, Timo, Nordberg, Ana (eds), *Governing, Protecting, and Regulating the Future of Genome Editing: The Significance of ELSPI Perspectives*, Brill-Nijhoff, Leiden, 2023.

Thaldar, Donrich, Shozi, Bonginkosi, and Kamwendo, Tafadzwa, «Culture and Context: Why the Global Discourse on Heritable Genome Editing Should Be Broadened from the South African Perspective», *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, No. 4/2021, pp. 409-416.

Tomasi, Marta, *Genetica e Costituzione. Esercizi di eguaglianza, solidarietà e responsabilità*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019.

— Penasa, Simone, Cozzi, Alessia-Ottavia, and Mascalzoni, Deborah (eds.), «Law, Genetics and Genomics: An Unfolding Relationship», *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, No. 1S/2021.

Van Inwagen, Peter, «Genes, Statistics, and Desert», in Wasserman, David and Wachbroit, Robert (eds), *Genetics and Criminal Behaviour*, Cambridge University Press, New York, 2001, p. 234.

Vidalis, Takis, *Genome Editing in Human Gametes and Embryos: The Legal Dimension in Europe*, BioTech, 12(1), 2022, pp. 1-9.

Wild, Sarah, «Will South Africa become first country to accept controversial form of human genome editing?», *Nature News*, 7 November 2024.

Zhang, Joy, «China's ethics guidelines – A new era for human genome editing?», *BioNews*, No. 1251, 12 August 2024.

10

UN ANALISIS CRÍTICO DE TRES ARGUMENTOS EN CONTRA DE LA EDICIÓN GENÉTICA EMBRIONARIA

Iñigo de Miguel Beriain*
Investigador en la UPV/EHU
Ikerbasque Research Professor

SUMARIO: I. Introducción. II. La pendiente resbaladiza hacia la eugenesia. III. La cuestión de la dignidad. III.1. La dignidad como inmutabilidad del genoma humano. III.2. La dignidad como la necesidad de preservar la aleatoriedad en los cambios en el genoma humano. III.3. Dignidad y alteraciones que ya producimos. III.4. Otros argumentos: qué es cambiar el genoma humano. IV. La cuestión de la equidad. V. Edición y sesgo de género. VI. Conclusiones. VII. Bibliografía.

I. Introducción

El debate sobre la edición genética es uno de los que poseen mayor importancia en nuestro tiempo, por más que los recientes desarrollos científicos muestren cómo la implementación de esta tecnología puede ser algo bastante más complejo de lo que se prevería. De ahí que haya sido el objeto de múltiples análisis a lo largo de estos últimos años. En este texto analizaremos críticamente tres de los principales argumentos que se han utilizado para oponerse a la edición genética sobre embriones: el que tiene que ver con la dignidad humana, el que alude a los problemas de equidad y el que recurre a la «pendiente resbaladiza». A nuestro juicio, son estos los que constituyen los principales argumentos contra la edición genética, ya que otros que se han esbozado, como el riesgo implícito, no son en realidad argumentos éticos. Como se verá, concluiremos que ninguno de ellos resulta definitivo a la hora de proscribir esta técnica. A cambio, introduciremos un argumento que puede ser de especial importancia para entender

* Me gustaría dedicar este texto a la memoria del profesor Carlos María Romeo Casabona, con quien trabajé durante veinte años en la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea. Fue un jurista de enorme talla y un visionario en lo que se refería a la participación en proyectos de investigación relacionados con las nuevas tecnologías. Yo aprendí mucho gracias a él y esa deuda quedará siempre presente. Le echaremos mucho de menos.

algunas implicaciones éticas sobre las consecuencias que su puesta en práctica implicaría, un argumento que no suele ser citado: el que alude a consideraciones de género. Con esto, esperamos reforzar el conocimiento de un debate que ha despertado interés también entre juristas tan prestigiosos como Carlos María Romeo Casabona, cuya obra sobre esta materia es ingente[1].

II. La pendiente resbaladiza hacia la eugenesia[2]

En primer lugar, hemos de realizar una valoración sobre una de las reivindicaciones que más controversia han suscitado en relación con la posibilidad de editar el genoma humano: la idea de que esta tecnología podría ser la herramienta utilizada por el nuevo movimiento eugenista para conseguir sus fines, algo que resultaría catastrófico para el ser humano[3]. En principio, no obstante, esta objeción sería fácil de solventar: bastaría con prohibir la edición genética de mejora, permitiendo sólo la que se asocie a la salud humana.

Frente a esta propuesta, no obstante, hay toda una línea de pensamiento que considera que, en la práctica, es imposible distinguir entre las diversas aplicaciones de las modificaciones génicas. Para ellos, incluso aunque en un primer momento estas tecnologías fueran moralmente aceptables, a largo plazo conducirían inevitablemente a situaciones inmorales (como la eugenesia). Este argumento puede encuadrarse dentro del tipo de los de la «pendiente resbaladiza», y podría explicarse de este modo: no habiendo estrictamente hablando incorrección ética alguna en la edición de la línea germinal, lo cierto es que si la permitimos la opinión pública irá evolucionando de manera progresiva hacia una mayor aceptación. Por fin, llegará un momento en que habrá quien quiera utilizarla con fines eugenésicos, y la resistencia social será mucho menor.

¿Es este razonamiento aceptable? A nuestro juicio, no. Y ello por una razón de peso: su forma de pendiente resbaladiza. Enfoquémonos en dos aspectos esenciales de esta clase de argumentos. Primero, si el resultado final (la utilización eugenésica de la edición de genes) puede ser considerada inmoral o no en todo caso. Segundo, si la relación causal tiene tanta fuerza como quienes defienden el argumento afirman o si, al contrario, es posible poner limitaciones con objeto de evitar la utilización carente de ética de la edición genética en la línea germinal. Sólo admitiendo la solidez de las dos premisas, nos veremos en la obligación de aceptar la conclusión del argumento, esto es,

[1] Romeo Casabona, C. M., «Del gen al derecho», Ed. Universidad Externado de Colombia, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1996.

[2] El argumento presentado en esta sección ha sido ya publicado en otro texto: De Miguel Beriain, I., and Armaza Armaza, E. «Un análisis ético de las nuevas tecnologías de edición genética: el CRISPR-Cas9 a debate». In *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, vol. 52, pp. 179-200. 2018.

[3] Romeo Casabona, C. M., «La práctica eugenésica: nuevas perspectivas», en Carlos M. Romeo Casabona (ed.), Hacia una nueva medicina: consejo genético, Granada, Comares, 1999, pp. 6 ss.

la necesidad de una prohibición general de la edición de la línea germinal humana. No obstante, en caso de resultar dudosas cualquiera de ellas, habremos de mostrar nuestro rechazo a la totalidad del argumento. Al haber expuesto ya la viabilidad de la primera de las dos premisas (la que hacía referencia a la inmoralidad del resultado final), y al haber aceptado su validez a priori, situaremos toda nuestra atención en la segunda: la afirmación sobre la causalidad inevitable del resultado catastrófico.

Así, la pregunta a formularnos es: ¿realmente no hay posibilidad de establecer limitaciones entre las distintas modalidades de aplicación de la edición genética? Resolver esto implica remarcar una cuestión previa importante: son aquellos que sostienen el argumento quienes deben demostrar la viabilidad de la afirmación causal, y no al revés[4]. El razonamiento tras esto es muy sencillo: si entendemos la libertad humana como un derecho primario, será quien proponga la imposición de límites a la misma quien deba justificarlos. En nuestro caso, serán quienes se oponen a la edición de genes en seres humanos los encargados de demostrar la imposibilidad de evitar la aparición prácticas eugenésicas mediante el diseño de medidas normativas eficaces al efecto. Nosotros, sin embargo, no encontramos razones de peso para apoyar esta afirmación, e incluso los hechos tienden a apuntar hacia lo contrario, si tomamos como ejemplo el caso de la clonación humana: de hecho, creemos firmemente que afirmar la ineficacia de las leyes para detener ciertas aplicaciones de la biotecnología es no solo temerario, sino incluso falaz. De nuevo, recae sobre quienes afirmen que este caso es distinto la tarea de proporcionar razones de peso para convencernos. Hasta la fecha, esto no ha ocurrido.

A todo esto hay que sumar, en último lugar, que existe cierta contradicción en la clase de afirmaciones catastrofistas que sostienen quienes apelan a los argumentos de pendiente resbaladiza, dado que, si fuesen verdaderas (esto es, si la regulación resultase de veras incapaz de impedir la inmoralidad de estas prácticas) no tendría sentido la aceptación de la propia premisa inicial del argumento: si de verdad fuera imposible frenar el uso irresponsable e inmoral de la técnica ¿tendría ya a estas alturas algún sentido intentar prohibir la edición genética, cuando ya han nacido los primeros seres humanos alterados genéticamente? O, dicho con otras palabras, en un mundo en que la edición de genes es una realidad técnica con plena aplicación, es difícil negar que, de ser correcto el argumento de la «pendiente resbaladiza», una prohibición tendría enormes dificultades para funcionar, de modo que el hipotético apocalipsis anunciado por sus detractores se daría igualmente. En cambio, si aceptamos que una normativa correcta sería capaz de separar los distintos usos de la edición de genes en embriones humanos (introduciendo una prohibición exclusivamente para aquellos considerados inmorales), estaríamos reconociendo que el elemento central del argumento (es decir, lo inevitable del daño futuro) es erróneo. Por tanto, resulta necesario resaltar la paradoja que presenta

[4] Burgess, J. A. (1993). The great slippery-slope argument. «Journal of Medical», 19(3), 169-174.

la apelación a las consecuencias inevitables: si de verdad lo son, prohibir es un brindis al sol, y si no lo son, entonces no tiene sentido apelar a prohibiciones absolutas, sino a normativas razonables y equilibradas.

III. La cuestión de la dignidad[5]

III.1. La dignidad como inmutabilidad del genoma humano

Definir la dignidad humana es una cuestión compleja, como es sobradamente conocido. Sin embargo, es posible sostener que hay al menos tres ideas principales que la sustentan: 1) la dignidad es un valor intrínseco e innegociable que comparten todos los seres humanos por el mero hecho de pertenecer a la especie humana y está vinculada de alguna forma al concepto de autonomía. Esta idea está profundamente arraigada en nuestro imaginario colectivo y figura en los principales instrumentos de reconocimiento de derechos, como la Declaración Universal de Derechos Humanos. 2) La consecuencia inmediata del reconocimiento de la dignidad humana es que toda persona debe ser tratada como si fuera un fin en sí misma y no un mero medio, ya que la obra de Kant se ha incorporado a nuestras creencias colectivas. 3) Existe una amplia tendencia en bioética a considerar que la dignidad humana está directa o indirectamente vinculada al genoma humano. Dado que el genoma determina quién pertenece a la especie humana y que el hecho de formar parte de la especie humana confiere dignidad, parece razonable pensar que el genoma humano y la dignidad humana son conceptos estrechamente vinculados.

A partir de esta tercera creencia es desde donde se intenta deslegitimar la edición genética de la línea germinal. De hecho, una de las principales reivindicaciones de quienes desean prohibir la aplicación de la edición génica germinal en seres humanos es la necesidad de preservar el genoma humano[6]. En realidad, esta es la conclusión inevitable de un razonamiento lógico: si la dignidad está incrustada en nuestro genoma, este no debe alterarse mediante el uso de técnicas de edición genética, salvo que deseemos afectar a esa misma dignidad[7].

Sin embargo, a nuestro juicio este razonamiento es inaceptable porque contradice por completo el axioma en el que se basa. SI de verdad se cree que el genoma humano

[5] Esta sección del presente texto cosntituye un reumen de un artículo pulbicado previamente aquí: De Miguel Beriain, I. «Human dignity and gene editing: Using human dignity as an argument against modifying the human genome and germline is a logical fallacy». *EMBO reports* 19, no. 10 (2018): e46789.

[6] Romeo Casabona, C. M., «La genética y la biotecnología en las fronteras del derecho». Acta bioethica, 8(2), (2002), 283-297.

[7] Nuffield Council on Bioethics, *Genome editing and human reproduction: social and ethical issues*, August 2018, 66 and ff. Available at: http://nuffieldbioethics.org/project/genome-editing-human-reproduction

ha de permanecer inmutable como garantía de nuestra dignidad, su propio carácter cambiante es una desgracia a evitar. O, si se quiere ver de otro modo, si de verdad se cree que nuestra dignidad sólo puede permanecer intacta si el genoma humano no cambia, entonces deberían proponerse los usos de las nuevas tecnologías de edición genética que permiten eliminar cualquier mutación en el genoma humano, independientemente de que sea producida por el ser humano o por la naturaleza. Solo de este modo se lograría el objetivo de garantizar la permanencia del genoma humano en su forma actual sin causar daños significativos a los individuos sobre los que se va a intervenir. Pero eso, curiosamente, no es lo que concluyen quienes sostienen esta objeción.

III.2. **La dignidad como la necesidad de preservar la aleatoriedad en los cambios en el genoma humano**

De hecho, a día de hoy existe un consenso casi unánime a la hora de aceptar que el genoma humano es un material en permanente cambio, y conservarlo en su estado actual no es una obligación moral. Siendo conscientes de esto, quienes se oponen a la edición gética adoptan una postura que, en realidad, difiere sustancialmente del que hemos enunciado previamente. Sostienen que lo que el concepto de dignidad humana exige en realidad es que sea el ser humano quien se abstenga de arrogarse el poder de alterarla, no que esté mal que cambie[8]. No obstante, esta variante encierra un claro sofisma, ya que lo que en realidad sugiere es que la naturaleza o su Creador son entidades más sabias o mejores que los humanos y, por tanto, sólo ellos deberían mantener el dominio sobre el genoma humano. La alternativa no metafísica a esta versión es que los procesos naturales «probados y comprobados» son más fiables que la manipulación humana[9].

Hay, no obstante, tres razones para mostrarse escéptico ante estos argumentos. En primer lugar, no hay nada en absoluto que demuestre una supuesta mayor bondad o inteligencia de lo natural sobre lo humano. En segundo lugar, abstenerse de intervenir cuando la acción es posible ya es una forma de intervención por omisión en el genoma humano. En tercer lugar, la idea de dignidad está vinculada a la de autonomía, que es la capacidad de dictar normas. Intentar renunciar a este poder una vez que está a nuestro alcance es casi imposible e implica negarse a asumir el principio que garantiza la dignidad humana: la capacidad de regular o imponer normas humanas razonables a una naturaleza irracional y aleatoria. En conclusión, no hay razones sólidas por las que aceptar este argumento, sino que, en realidad, debería considerarse casi una cuestión de fe.

[8] Habermas, J., «The future of human nature». Cambridge: Polity, 2003.

[9] Coyle, F.; Fairweather, J., «Space, time and nature: exploring the public reception of biotechnology in New Zealand» *Public Understanding of Science*, Núm.2, vol. 14, 2005 p. 143-161.

III.3. **Dignidad y alteraciones que ya producimos**

Un argumento que vine a reforzar la escasa solvencia de los argumentos contrarios a la edición es el que sugiere que la distinción entre las acciones que producen directamente tales cambios y las que no desean causarlos pero inevitablemente acaban haciéndolo indirectamente no debería ser moralmente relevante, cuando es la dignidad humana la que se halla, presuntamente, en juego. No tiene sentido sostener a un tiempo que la edición atenta contra la dignidad humana y que, no obstante, es posible aceptar técnicas que alteren el genoma, aunque sea indirectamente (esto es, sin que sea la finalidad de la intervención). Dicho de otro modo, si el daño causado por la acción atenta gravemente contra la dignidad humana, es imposible aplicar el principio del doble efecto. Lo contrario sería tanto como, por ejemplo, pensar que debemos evitar acciones que esclavicen a los seres humanos directamente pero podríamos aceptar otras que acaben produciendo ese efecto en esas personas siempre que su esclavización no fuera el fin esperado de la acción.

Dando esto por cierto, lo lógico sería que quienes sostienen la necesidad de evitar la edición para preservar la dignidad humana se opusieran a la quimioterapia, en cuanto que esta técnica sabemos que altera la línea germinal de quienes se someten a ellas, pero esta reclamación no se plantea a menudo. De modo que, en realidad, quienes abogan por la defensa de la dignidad estarían siendo incoherentes, salvo, claro, que no acaben de creerse su propio argumento.

III.4. **Otros argumentos: qué es cambiar el genoma humano**

Por fin, hay un matiz que conviene subrayar: alterar el genoma de un humano no significa necesariamente cambiar el genoma humano. Todo dependerá del tipo de alteración causada. Si el resultado final de una intervención es una expresión genética nueva y sin precedentes en el acervo genético humano, se considerará una alteración del genoma humano. Pero si no es así, ¿por qué habría de serlo? Imaginemos, por ejemplo, un embrión humano que muestra una expresión genética patológica que dará lugar a la enfermedad de Huntington. Si editamos su línea germinal, sustituyendo esta expresión por otra no patológica, modificaremos el genoma del embrión, pero no el genoma humano. El resultado final de la intervención —un ser humano con un genoma que no presenta la variante patológica específica que desencadena la enfermedad de Huntington— no introducirá ninguna novedad en el acervo genético humano[10]. Por tanto, cualquier llamamiento a no llevar a cabo dicha intervención basándose en la defensa del

[10] Morar, N., «An empirically informed critique of Habermas», argument from human nature. Science and Engineering Ethics, vol. 21, 2015, p. 95-113.

genoma humano y, por ende, de la dignidad humana, sería manifiestamente absurdo, ya que no se produce ningún cambio en ese genoma humano.

Debemos, en suma, concluir este apartado diciendo que no hay buenas razones para justificar una prohibición general de la edición genética de la línea germinal humana sobre la base de la defensa de nuestra dignidad. Por el contrario, es necesario intervenir activamente en nuestra propia línea, en aras de la defensa del ser humano. Veamos el siguiente argumento.

IV. La cuestión de la equidad[11]

Por fin, un argumento de gran peso en contra de la edición genética es aquel que alude a consideraciones de equidad. En su virtud, la práctica de la edición genética sería contraria a la equidad, puesto que, dado que solo estaría accesible a aquellos que pudiesen permitírsela (es decir: los más adinerados), contribuiría a aumentar la diferencias entre unos seres humanos y otros. Además, sería inevitable pensar que la implantación de sociedades en las que la edición genética fuera posible, constituirían un desafío a la autonomía individual, ya que las ventajas competitivas que proporcionaría la mejor harían que las personas se viesen finamente obligadas a emplear estas técnicas, so riesgo de hacer que sus descendientes quedasen atrás en un mundo competitivo en el que los mejorados se impondrían sobre los demás. Y es que como señala la teoría del bien comparativo, cualquier variación en un bien cuya intensidad depende de la pura comparación entre distintas personas, acaba causando la discriminación injusta de quienes no introducen la variante mejorada. Así, por ejemplo, si mejoramos la inteligencia (como condición cognitiva) de quienes nos rodean nos acabaremos convirtiendo en cierto modo en discapacitados, puesto que comparativamente pasaríamos a integrar el último lugar en el escalafón del talento.

Por tanto, el argumento de la equidad es ciertamente sólido, cuando pretende explicar por qué no deberíamos introducir en nuestras sociedades la edición genética[12]. No obstante, también hay razones por las que desconfiar de él para llegar a conclusiones taxativas. En primer lugar, porque sólo funciona bien con bienes posicionales, como la belleza, la inteligencia, la fuerza, etc. No así con los absolutos, como la salud. Luego podría aceptarse al menos en estos casos. Luego, en suma, lo que estaría mal no es tanto la edición sino una aplicación concreta de la edición. Y, en segundo lugar, porque este panorama de la exacerbación de las diferencias se debería, en realidad, a un mal uso de

[11] Esta sección del presente texto constituye un resumen de un artículo publicado previamente aquí: De Miguel Beriain, I. «Human dignity and gene editing: Using human dignity as an argument against modifying the human genome and germline is a logical fallacy». *EMBO reports* 19, no. 10 (2018): e46789.

[12] Capella Bellver, V., «Intervenciones genéticas en la línea germinal humana y justicia», en: Jesús Ballesteros / Encarnación Fernandez (eds.), *Biotecnología y posthumanismo*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007: 461-485.

las formas de redistribución de bienes. En un mundo más justo, podríamos permitir el acceso a la edición sólo a los más desfavorecidos. En tales casos, el efecto sería justo el contrario: la edición ayudaría a mejorar la justicia al dotar a su descendencia de ventajas comparativas frente a otros humanos. Nos consta, no obstante, que esto más parece ciencia ficción que otra cosa, pero ello se debe a una actitud consciente del ser humano, no a un problema inherente a la edición.

V. Edición y sesgo de género

Debemos, por fin, ser conscientes de que la introducción de herramientas de edición genética, sobre todo si empieza a extenderse masivamente en nuestras sociedades, también puede implicar una serie de desventajas para las mujeres. A día de hoy, la investigación en edición genética implica el uso de ovocitos y embriones in vitro obtenidos mediante FIV. Esta investigación sólo puede llevarse a cabo mediante el uso de material biológico extraído del cuerpo de las mujeres, a través de las técnicas ya descritas y con los riesgos y daños que ello conlleva. Esto, por sí mismo, ya supone que serán las mujeres y no los hombres las que tendrían que pagar un precio más elevado para seguir adelante con las investigaciones con edición genética sobre embriones.

Pero el mayor problema vendría en un momento posterior. En un mundo en que la edición fuera posible, habría muchos padres que optasen por utiliZarla o, aún más, que pensasen que tendrían la obligación moral de hacer uso de esta opción. A fin de cuentas, ¿quién no se siente obligado a traer a un hijo a este mundo en las mejores condiciones o, al menos, en las mejores condiciones de salud posibles?[13].

Esto, en principio, no debería incluir un sesgo de género: si fuera posible modificar genéticamente a un niño ya nacido, la responsabilidad sería de ambos progenitores. Sin embargo, hoy en día sólo es posible poner en práctica esta tecnología mediante la FIV. Además, aquí es donde el sesgo de género es especialmente fuerte, ya que la FIV no implica los mismos sacrificios para hombres y mujeres. En estas circunstancias, los padres pueden verse considerablemente forzados por su entorno cultural a adoptar la fórmula de la FIV y la edición genética para traer a sus hijos a este mundo. Si la mayoría de ellos adoptara esta vía, voluntariamente o de forma más o menos forzada, esa presión obviamente aumentaría aún más en contraste con la minoría que se resistiera a utilizar los beneficios de la técnica para mejorar la salud de su descendencia, siempre suponiendo que las técnicas estuvieran a su disposición a un precio razonable[14].

[13] Bourne, H.; Douglas, T.; Savulescu, J., «Procreative beneficence and in vitro gametogenesis». *Monash Bioethics Review*, Núm 24, vol.30, 2012, p. 29.

[14] Greely, Henry. T., «Human Germline Gene Editing: An Assessment», *The CRISPR Journal*, Núm. 5, Vol. 2, 2019, p. 260. Available at: https://www.liebertpub.com/doi/pdf/10.1089/crispr. 2019.0038 [Last consulting: November 28th 2019].

Lo que queremos destacar aquí es que esta forma de presión incluiría claramente un sesgo de género[15]. En nuestra opinión, el sacrificio, es decir, la pérdida de libertad que sufre una mujer que se ve obligada a recurrir a la FIV y a la edición genética no es el mismo que el de un hombre que tampoco desea hacerlo, pero acaba cediendo. Para él, la cesión sería más bien ideológica, sin grandes sacrificios físicos. Por el contrario, la mujer también debería someterse a toda la serie de prácticas que hemos descrito anteriormente, afrontando los riesgos explicados, y eso, a veces, en contra de su propia posición ideológica[16]. En nuestra opinión, el grado de sacrificio de la mujer sería, en suma, considerablemente mayor que el de su pareja masculina.

A este sesgo obvio, habría que añadir otro más sutil y es que, en general, tendemos a suponer que son las madres las que más se preocupan por la salud de su prole y, en consecuencia, tienen que estar más predispuestas que sus parejas masculinas a realizar sacrificios por sus hijos[17]. De ser así, parece obvio que las mujeres serían con mucha más frecuencia objeto de fuertes presiones que incluirían, por ejemplo, el uso del estereotipo de mala madre[18].

VI. Conclusiones

La conclusión más evidente de todo lo que hemos reflejado en este texto es que no hay una respuesta definitiva a la cuestión de si la edición genética de embriones puede sr o no moralmente admisible. Lo que sí hemos podido argumentar es que dos de las principales razones por las que oponerse a ella, la defensa de la dignidad humana y la pendiente resbaladiza hacia la eugenesia, no son sólidas. En cambio, el argumento de la equidad tiene una doble vertiente: podría incluso suponer un acicate para implantar la edición genética en un mundo ideal. Y desde luego no sirve para atacar a la que tiene como fin los bienes absolutos, como la salud humana. Por fin, las consideraciones de género deberían advertirnos de que, en una sociedad en la que la edición de embriones fuera posible, las mujeres sufrirían mucha más presión que los hombres para tener hijos editados.

[15] Simonstein, F., «Gene Editing, Enhancing and Women´s Role», *Science and Engineering Ethics*, Núm. 4, Vol. 25, August 2019, pp. 1010-1011. Available at: https://link.springer.com/content/pdf/10.1007%2Fs11948-017-9875-5.pdf [Last consulting: November 28th 2019].

[16] Begović, D., «Prenatal testing: Does reproductive autonomy succeed in dispelling eugenic concerns?», *Bioethics*, Núm. 33, July 2019, p. 963. Available at: https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/bioe.12602 [Last consulting: November 28th 2019].

[17] Simonstein, F., Mashiach-Eizenberg, M., «The Artificial Womb: A Pilot Study Considering People´s View on the Artificial Womb and Ectogenesis in Israel», *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, Núm. 1, Vol. 18, January 2009, pp. 90-93.

[18] Simonstein, F., «Gene Editing, Enhancing and Women´s Role», *Science and Engineering Ethics*, Núm. 4, Vol. 25, August 2019, pp. 1012. Available at: https://link.springer.com/content/pdf/10.1007%2Fs11948-017-9875-5.pdf [Last consulting: November 28th 2019].

Debemos, en suma, tener presente todas estas consideraciones cuando adoptemos una decisión final sobre qué hacer con la edición genética.

VI. Bibliografía

Begović, Dunja, «Prenatal testing: Does reproductive autonomy succeed in dispelling eugenic concerns?», *Bioethics*, Núm. 33, July 2019, p. 963. Available at: https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/bioe.12602 [Last consulting: November 28th 2019].

Bourne, Hannah; Douglas, Thomas; Savulescu, Julian, «Procreative beneficence and in vitro gametogenesis». Monash Bioethics Review, Núm 24, vol.30, 2012, p. 29.

Burgess, J. A. (1993). The great slippery-slope argument. «Journal of Medical», 19(3), 169-174.

Capella Bellver, Vicente, «Intervenciones genéticas en la línea germinal humana y justicia», en: Ballesteros, Jesús; Fernandez, Encarnación, (eds.), *Biotecnología y posthumanismo*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007: 461-485.

Coyle, Fiona; Fairweather, John, «Space, time and nature: exploring the public reception of biotechnology in New Zealand» Public Understanding of Science, Núm.2, vol. 14, 2005 p. 143-161.

Greely, Henry. T., «Human Germline Gene Editing: An Assessment», *The CRISPR Journal*, Núm. 5, Vol. 2, 2019, p. 260. Available at: https://www.liebertpub.com/doi/pdf/10.1089/crispr. 2019.0038 [Last consulting: November 28th 2019].

Habermas, Jürgen, «The future of human nature». Cambridge: Polity, 2003.

Morar, Nicolae, «An empirically informed critique of Habermas», argument from human nature. Science and Engineering Ethics, vol. 21, 2015, p. 95-113.

Romeo Casabona, Carlos María, «La práctica eugenésica: nuevas perspectivas», en Carlos M. Romeo Casabona (ed.), Hacia una nueva medicina: consejo genético, Granada, Comares, 1999, pp. 6 ss.

Romeo Casabona, Carlos María, «Del gen al derecho», Ed. Universidad Externado de Colombia, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1996.

Romeo Casabona, Carlos María, «La genética y la biotecnología en las fronteras del derecho». Acta bioethica, 8(2), (2002), 283-297.

Simonstein, Frida, Mashiach-Eizenberg, Michal, «The Artificial Womb: A Pilot Study Considering People´s View on the Artificial Womb and Ectogenesis in Israel», *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, Núm. 1, Vol. 18, January 2009, pp. 90-93.

Simonstein, Frida, «Gene Editing, Enhancing and Women´s Role», *Science and Engineering Ethics*, Núm. 4, Vol. 25, August 2019, pp. 1010-1011. Available at: https://link.springer.com/content/pdf/10.1007%2Fs11948-017-9875-5.pdf [Last consulting: November 28th 2019].

11

LA LIBERTAD DE MANIFESTACIÓN CIENTÍFICA EN TIEMPOS DE ANTICIENTIFISMO: EL CASO *BIELAU C AUSTRIA* COMO EJEMPLO DE LIMITACIÓN LEGAL EN CONTEXTOS DE NORMALIDAD

Federico de Montalvo Jääskeläinen
Profesor propio ordinario (Catedrático) de Derecho Constitucional
Universidad Pontificia Comillas (ICADE)

La prudencia aconseja considerar los sectores comprometidos y con ambiciones políticas del fenómeno de la anticiencia como un recordatorio de la bestia que dormita en el subsuelo de nuestra civilización. Cuando despierte, como lo ha hecho una y otra vez durante los siglos pasados y como sin duda volverá a hacerlo algún día, nos hará saber cuál es su verdadero poder.

Gerald Holton

SUMARIO: I. Negacionismo como expresión anticientifista. II. Carácter no novedoso y nuevo impulso del anticientifismo. III. Pero ¿qué es ciencia? IV. ¿Cuál es la diferencia entre el escepticismo y la negación? V. Viejas narrativas para nuevas realidades: la crisis de lo tradicional. VI. Las respuestas del derecho: ¿son lo mismo libertad de expresión y libertad de creación científica? VII. La sentencia del TEDH caso Bielau c Austria. VIII. Bibliografía.

I. Negacionismo como expresión anticientifista

En este trabajo se va a abordar el debate acerca de la posibilidad de limitar legalmente el discurso negacionista cuando éste viene referido a la ciencia, es decir, lo que comúnmente se denomina discurso anticientifista, como posición que pone en duda las evidencias que nos proporciona la ciencia, negando el valor y poniendo en entredicho las evidencias científicas que nos aporta el progreso y que no son negadas por la mayoría de la comunidad científica e, incluso, lega. Un rechazo del consenso científico con argumentos ajenos a la propia ciencia o sin argumento alguno, generando la impresión de que hay debate donde no lo hay[1]. La actitud negacionista suele estar clara, con

[1] *Vid.* Diéguez, Antonio, *La ciencia en cuestión*, Herder, Barcelona, 2024, p. 115.

frecuencia no discute sobre matices o sobre la mejor evidencia disponible, sino que se basa en datos muy dudosos o muy seleccionados a su favor y cuestiona a la ciencia en varios temas, simultáneamente[2].

Este aspecto del negacionismo en clave anticientífica ha sido menos tratada por la doctrina que su otra dimensión más estricta vinculada a la negación del genocidio, y ello, pese a que el discurso y los movimientos anticientifistas han tenido especial relevancia e impacto en la opinión pública en estos últimos años con ocasión tanto del debate social sobre el cambio climático como de la pandemia sufrida por la covid-19 y, singularmente, en la puesta en cuestión de las bondades de las vacunas como instrumento esencial de salud pública.

II. Carácter no novedoso y nuevo impulso del anticientifismo

Aunque el anticientifismo haya tenido especial auge estos últimos años, no es algo nuevo, como todos sabemos, sino que va parejo al propio desarrollo de la ciencia. Es la cara B o la otra cara de la moneda de la evolución de la ciencia. La razón del rechazo a la ciencia o, al menos, a alguna de sus conclusiones encuentra su razón de ser en lo que Max Weber llamó «el desencantamiento del mundo»[3], es decir, la desaparición propiciada por el avance de las ciencias del sentido de la reverencia hacia lo existente y de la entrega al misterio; un misterio que, sin embargo, una gran parte de los seres humanos siguen necesitando para dar sentido a sus vidas. Y tal cuestión parte de que hay personas que no soportan tener que aceptar que son una parte más de una naturaleza regida por leyes que no se preocupa de nosotros y en la que no hay magia alguna, ni más misterio que el que implica la limitación de nuestro conocimiento. Es la situación de los que prefieren la calidez vital que les puede proporcionar la creencia en algo trascendente o insondable frente a la sequedad y frialdad de la indagación racional. La modernidad inició la separación entre la imagen popular (manifiesta) del mundo y la imagen científica, y la Ilustración primó la segunda sobre la primera. Son muchos, sin embargo, los que no pueden trasladar esta primacía a sus vidas y deciden que la imagen científica del mundo es algo que no les concierne o incluso que les perjudica. La anticiencia ofrece a estas personas una visión del mundo motivadora, estable y funcional. Al fin y al cabo, si la ciencia no tiene todas las repuestas sobre el mundo, ¿por qué no resistirse entonces a su voluntad de controlarlo todo?[4].

Ya en el siglo v a. C. el creciente racionalismo de los intelectuales vino acompañado de síntomas regresivos en la creencia popular. Se trataba, en definitiva, de dar la

[2] *Ibidem*, p. 116.

[3] *Vid.* Weber, Max, *La ciencia como profesión*, Espasa Calpe, Madrid, 1992.

[4] Palabras del historiador de la ciencia Gerald Holton y recordadas por Diéguez. *Vid.* https://blogs.elconfidencial.com/cultura/tribuna/2021-01-09/vacunas-ciencia-antivacunas_2898836/

espalda y huir de la horrible perspectiva de una libertad que no era capaz de generar certeza y seguridad[5].

Sin embargo, quizás el problema radica en que, pese a que algunas creencias han sabido asumir la compatibilidad entre religión y ciencia, algunos científicos pretenden afirmar, con insólita rotundidad, el carácter puramente ficticio de la trascendencia. Y fue ya un jurista más que científico, Francis Bacon, quien hace siglos afirmó, en clave de metáfora, que la Biblia y la naturaleza son dos libros que hay que leer y, si bien el primero nos permite entender la voluntad de Dios, el segundo nos permite obedecerla a través de la comprensión del mundo natural que nos envuelve. Ahí se inicia, quizás, el nacimiento de la separación entre humanidades y ciencias. Pero el propio Bacon redujo al mínimo tal separación al considerar que ambos libros eran complementarios, debiendo interrelacionarse siempre el deber moral de las personas y el cultivo de la ciencia[6].

Cuando los descubrimientos científicos contradicen o, al menos, ponen en duda determinadas creencias, los individuos y los grupos en los que se integran tratan de defenderse y promueven una posición que pretende contradecir aquéllos. El arduo y jurisprudencial debate entre evolucionismo y creacionismo en los Estados Unidos de América es un ejemplo paradigmático. La pugna entre evolucionismo y creacionismo fue un debate clásico del Derecho constitucional norteamericano durante el siglo XX. Así, puede recordarse, por ejemplo, la promulgación por el Estado de Tennesse, en marzo de 1925, de una ley que prohibía expresamente impartir la teoría evolutiva de Darwin en el sistema público de enseñanza primaria, superior y universitaria, e igualmente toda teoría que contradijera el relato del Génesis sobre la creación divina del hombre. El profesor de Biología John Scopes tuvo el dudoso honor de ser uno de los primeros ciudadanos en merecer la aplicación punitiva de esta norma cuando, durante el verano de 1925, un jurado de la villa de Dayton decidió sobre si lo hallaba culpable o inocente de enseñar ilegalmente teoría evolutiva, sustanciándose así el caso Scopes, celebérrimamente conocido en la jurisprudencia estadounidense como *monkey trial* o «juicio del mono». Entre los años veinte y los primeros años sesenta, el sentimiento antievolucionista desatado por este movimiento social y religioso culminó en la promulgación de diversos tipos de sanciones jurídicas, destinadas a retirar el evolucionismo de las aulas[7].

Y si bien el Tribunal Supremo norteamericano, en *Epperson v. Arkansas*, 1968, declaró inconstitucional una ley del Estado de Arkansas que prohibía impartir la teoría evolutiva darwinista en el sistema público de enseñanza, por considerarla contraria a la cláusula de aconfesionalidad derivada de la primera enmienda a la Constitución

[5] Dodds, E.R., *Los griegos y lo irracional*, Alianza, Madrid, 2019.

[6] Crease, Robert P., *Los científicos y el mundo*, Crítica, Barcelona, 2020, p. 33.

[7] Sobre este debate en Estados Unidos de América, *Vid.*, en especial, Claramonte Sanz, Vicente, «El debate entre evolucionismo y creacionismo. la claúsula de aconfesionalidad en la sentencia sobre «diseño inteligente», *Teorder*, 2007, núm. 2, pp. 102 a 124.

de Estados Unidos, el activismo fundamentalista modificó su estrategia, y comenzó a promocionar las denominadas leyes de «tratamiento equilibrado», es decir, normas imperativas que obligaran a los profesores de Biología de las escuelas públicas a dedicar la misma carga lectiva a la concepción creacionista que la dedicada a la teoría evolutiva.

Posteriormente, el creacionismo insistió elaborando textos que trataban de aportar una presunta evidencia científica favorable a la concepción creacionista dimanante del Génesis, elaborando así la denominada «ciencia de la creación» o «creacionismo científico», para introducirlo en las clases de Biología impartidas en las escuelas públicas como una alternativa científicamente admisible al evolucionismo. Sin embargo, en 1982, el Tribunal del caso *McLean v. Arkansas Board of Education* concluyó que dicha «ciencia de la creación» descansaba en un falso dilema, pues sólo reconocía dos posibles explicaciones sobre la vida —teoría evolutiva y creacionismo bíblico—, considerándolas a ambas recíprocamente excluyentes, y consiguientemente, contemplaba toda crítica a la evolución como una prueba del creacionismo bíblico. Para dicho Tribunal la «ciencia de la creación» sencillamente no es ciencia, pues depende de una intervención sobrenatural que resulta imposible explicar por causas naturales o probar mediante investigación empírica, y por tanto no es demostrable ni falsable[8]. Vemos que aquí el Tribunal introduce los dos criterios que vendrá a asumir la Jurisprudencia para distinguir entre lo que es ciencia y lo que no lo es, aunque, aparentemente, se revista de ella: ser falsable y reproducible[9].

También, en *Kitzmiller v. Dover Area Sch. Dist.,* resuelto por el Tribunal de Distrito del Middle District de Pennsylvania en 2005, se manifiesta que la teoría del diseño inteligente no es ciencia por tres razones independientes: 1) dicha teoría viola las reglas básicas de la ciencia que tienen siglos de antigüedad al invocar y permitir la causalidad sobrenatural; 2) el argumento de la complejidad irreductible, fundamental para dicha teoría, emplea el mismo dualismo falso e ilógico que condenó a la ciencia de la creación en la década de los ochenta; y 3) los ataques negativos del diseño inteligente a la teoría de la evolución han sido refutados por la comunidad científica[10].

La seudociencia no es, pues, algo de este siglo o del pasado[11], pero la aparición en estos tiempos de una nueva suerte de anticientifismo tiene mucho que ver con la prolife-

[8] *Vid. McLean v. Arkansas Board of Education,* 529 F. Supp. en 1266.

[9] El testimonio ofrecido por Michael Ruse, filósofo de la ciencia, se fundamentó, esencialmente, en la teoría de la falsabilidad de Popper. *Vid.* Mcintyre, Lewis, *La actitud científica. Una defensa de la ciencia frente a la negación, el fraude y la seudociencia*, Cátedra, Madrid, 2020, p. 47.

[10] Wexler, Jay D., «Kitzmiller and the "Is it Science?" Question», *First Amendment Law Review*, vol. 5, núm. 90, año 2006, p. 94.

[11] La palabra latina «pseudoscientia» ya se empleaba en la primera mitad del siglo xvii en discusiones sobre la relación entre religión e investigaciones empíricas. *Vid.* Guldentops, Guy, «Nicolaus Ellenbog's 'Apologia for the Astrologers': A Benedictine's View on Astral Determinism», *Bulletin de Philosophie Médiévale*, 62, año 2020, p. 288. El uso más antiguo conocido de la palabra inglesa «pseu-

ración democratizadora de la información a través de internet, con el empoderamiento de ciudadanos sin mayor cualificación formativa e intelectual que la que ellos se conceden a sí mismos, y con el desdén acomplejado —cuando no agresivo— hacia la competencia de quienes dedican su vida a la adquisición rigurosa del saber para comprender cabalmente la complejidad de nuestras realidades. Y vincula esta rebelión con el primer acceso de Trump a la presidencia de Estados Unidos y la extensión de los populismos. La bandera de esta rebelión llevaba inscrito un lema rotundo: *I´m as good as you*[12].

Nos encontramos, pues, por obra de la expansión de la Red, en una aldea hipercomunicada, una sociedad con comunicación pero sin comunidad[13], en la que aparece una suerte de forma posmoderna de censura que emerge de la fuerza líquida de la propia sociedad. Una sociedad en la que ha quedado erosionado el principio de legitimidad del saber en favor de las metanarrativas y cuanto más insólitas sean éstas más calan en la sociedad líquida o ligera.

La relación, ahora, entre populismo y anticientifismo es preocupante. Y si miramos hacia atrás en la historia y consideramos casos semejantes del pasado, podemos extraer dos lecciones importantes. La primera es que las ciencias alternativas o paraciencias, aunque por sí solas, tal vez resultan suficientemente inocuas, cuando son asimiladas por movimientos políticos pueden convertirse en una bomba de relojería lista para estallar. La segunda es que, si bien los primeros luditas, los enemigos de las máquinas del siglo XIX, enseguida fueron derrotados, los luditas culturales han sido con frecuencia los vencedores, al menos de manera provisional, y ello ha ocasionado graves daños a su civilización. Los intelectuales alzaron habitualmente su voz demasiado tarde, apenas recibieron apoyo de sus colegas y tenían menor grado de compromiso y menos resistencia que sus oponentes[14].

Nos hayamos, pues, en un momento histórico de grandes cambios que, además, coincide con cierto apogeo tardío del deconstructivismo de Derrida y otros maestros posmodernos de la sospecha. Y es bueno recordar que el deconstructivismo tuvo también su reflejo en la propia ciencia a través de la obra de Bruno Latour, especialmente, *La vida en el laboratorio*. *La construcción de los hechos científicos* de 1979, y escrita con Steve Woolgar. Para la teoría constructivista, opuesta al realismo científico, las negociaciones de los científicos son las que constituyen el objeto de la ciencia y hacen que

---

dociencia» data de 1796, cuando el historiador James Pettit Andrew se refirió a la alquimia como una «pseudociencia fantástica» (Oxford English Dictionary). La palabra ha sido de uso frecuente desde finales del siglo XIX. *Vid.* THURS, Daniel P. y NUMBER, Ronald L., «Science, pseudoscience and science falsely so-called», in Pigliucci, Massimo y Boudry, Maarten (eds.), *Philosophy of pseudoscience*, The University of Chicago Press, Chicago, 2013, pp. 121 a 144.

[12] VILLANUEVA, Dario, *Morderse la lengua. Corrección política y posverdad*, Espasa, Barcelona, 2021, p. 41.

[13] HAN, Byung-Chul, *La desaparición de los rituales*, Herder, Barcelona, 2019, p. 25.

[14] HOLTON, Gerald, *Ciencia y anticiencia*, Nivola, Tres Cantos, 2002, pp. 203 a 205.

algo sea considerado un hecho. Hay que invertir, por tanto, el modo en que explicamos cómo procede la ciencia. No es la realidad ni la evidencia basada en los hechos lo que cierra las controversias científicas y lleva al consenso. Lo que se considera realidad es la consecuencia y no la causa del cierre de las controversias**.** La realidad es lo que terminamos aceptando tras ese cierre porque sería demasiado costoso modificarlo.

Debemos recordar también a Thomas Kuhn y Paul Feyerabend cuando lanzaron su consigna *¡Todo vale!,* al tiempo que Michel Foucault y Latour, propagaron la suya: *La ciencia es política por otros medios*. Ambos grupos oscurantistas evitaron las palabras 'conocimiento' y 'verdad', y negaron que la investigación científica fuese primordialmente la búsqueda de la verdad, no de la riqueza ni del poder. También negaron que las controversias científicas, aunque a veces sean tergiversadas por la autoridad política, nunca son terminadas por ésta: a la larga se impone la verdad. Cuando esto no ocurre, la ciencia se detiene[15].

El posmodernismo se define, precisamente, por su desconfianza extrema hacia la posibilidad de acceder a la verdad objetiva. En lugar de considerar la verdad objetiva como algo que existe y que podemos conocer provisionalmente a través de procesos como la experimentación, la falsación y el descarte, afirman que todas las aserciones de verdad, incluida la ciencia, son constructos cargados de valores culturales. El método científico no sería una manera de producir y legitimar conocimientos mejor que cualquier otra, sino un mero enfoque cultural. Los humanos estaríamos tan atados a sus marcos de referencia culturales que cualquier afirmación de verdad o conocimiento no es más que una representación de esos modelos. Y no es que el enfoque posmoderno niegue realmente que existe una verdad, sino que considera que no somos capaces de alcanzarla, por nuestros sesgos y presuposiciones[16]. El poder sociopolítico sería el determinante último de lo que es verdad, no la correspondencia con la realidad, por lo que no habría verdades, sino regímenes de verdad, en palabras de Foucault[17].

Otro de los cambios que tiene una especial incidencia en el discurso anticientifismo es el ingente desarrollo de la tecnológica, la Red y unos usos y relaciones sociales asentadas en el hecho digital. Y en relación con los cambios sociales que produce la Red, en la Sentencia 27/2020, de 24 de febrero, el Tribunal Constitucional sostuvo que «los usuarios han pasado de una etapa en la que eran considerados meros consumidores de contenidos creados por terceros, a otra —la actual— en la que los contenidos son producidos por ellos mismos. Con plataformas como Facebook, Twitter, Instagram o Tuenti, por citar solo algunas, los usuarios (porque jurídicamente ostentan tal condición) se han

[15] *Vid.* https://divcsh.izt.uam.mx/cefilibe/wp-content/uploads/2013/11/El_Buho_de_Minerva_5.pdf. *Vid.*, también, Chalmers, Alan F., *¿Qué es esa cosa llamada ciencia?,* 4.ª ed., Siglo XXI, Tres Cantos, 2015, pp. 141 y 142.

[16] Pluckrose, Helen y Lindsay, James, *Teorías cínicas*, Alianza Editorial, Madrid, 2023, pp. 38 y 39.

[17] *Ibidem*, p. 40.

convertido en sujetos colaborativos, ciudadanos que interactúan y que ponen en común en redes de confianza lo que tienen, lo que saben o lo que hacen, y que comparten con un grupo más o menos numeroso de destinatarios —usuarios igualmente de la redes sociales en Internet — todo tipo de imágenes, información, datos y opiniones, ya sean propios o ajenos. La amplitud de actividades que pueden desplegarse a través de unas redes sociales en Internet gracias a las prestaciones de la Web 2.0, facilitan la actividad colaborativa del usuario en la gestión, elaboración y publicación de contenidos, de modo que en pocas décadas ha pasado de ser un sujeto pasivo receptor de información a un sujeto activo que elabora, modifica, almacena y comparte información».

Y añade el mismo Tribunal en la Sentencia 83/2023 que «la comunicación e interacción digital se caracteriza por venir apoyada, entre otras características, sobre la inmediatez y rapidez en la difusión de contenidos, la mayor dificultad de establecer controles previos a esa difusión, y la potencialmente amplia —y difícilmente controlable— multiplicación, reiteración y transmisión entre terceros de los contenidos alojados en la red».

Por ello, en palabras del Tribunal Constitucional «Tales características favorecen una capacidad para influir en la opinión pública exponencialmente superior a la de los medios de comunicación tradicionales que, por lo demás, también se sirven de las redes sociales para difundir sus contenidos, e incluso para manejar los tiempos y la capacidad de impacto de una determinada información». Se trata de mensajes sin el escrutinio de un consejo de redacción que son bien recibidos por sus receptores, más aún, cuanto más insólitos son.

III. Pero ¿qué es ciencia?

Para la Academia Nacional de la Ciencia de Estados Unidos, «*La ciencia constituye un tipo de conocimiento particular sobre el mundo. En ciencia, las explicaciones quedan restringidas a aquello que puede inferirse a partir de datos comprobables —resultados obtenidos mediante observaciones y experimentos que pueden ser reproducidos por otros científicos. Cualquier cosa que pueda ser observada o medida, es susceptible de investigación científica. Las explicaciones que no pueden basarse en evidencia empírica, no forman parte de la ciencia*»[18].

Aunque el término tampoco es unívoco. En lengua inglesa el término *Science* hace referencia, fundamentalmente, a las ciencias naturales. Por el contrario, en lengua alemana el término *Wissenschaft* tiene un significado mucho más amplio e incluye todas las especialidades académicas, incluidas las humanidades. El término alemán tiene la ventaja de delimitar más adecuadamente el tipo de conocimiento sistemático que está

[18] *Vid.* Kitzmiller v. Dover Area Sch. Dist., resuelto por la U.S. District Court for the Middle District of Pennsylvania en 2005, p. 66.

en juego en el conflicto entre ciencia y pseudociencia. Las tergiversaciones de la historia presentadas por los negadores del Holocausto y otros pseudohistoriadores son de naturaleza muy similar a las tergiversaciones de las ciencias naturales promovidas por creacionistas y homeópatas en la interpretación germana.

Para hablar de ciencia en sentido más estricto debemos destacar sus dos principales características: ser falsable y reproducible, como ya avanzamos antes a través de la mención a la doctrina jurisprudencial norteamericana.

Lo importante en ciencia, siguiendo a Popper, no es que la concreta teoría sea absolutamente verdadera, sino, a lo sumo, no refutada. La ciencia no es capaz de verificar si una hipótesis es cierta, pero sí demostrar si esta es falsa. La ciencia propone hipótesis que luego somete al filtro experimental para detectar los errores. La falsabilidad no supone, obviamente, que todas las afirmaciones científicas sean falsas, sino que éstas han de reunir las condiciones necesarias para que, en el caso de que fueran falsas, esto pudiera demostrarse en algún momento.

Una hipótesis es falsable si existe un enunciado observacional o un conjunto de enunciados observacionales lógicamente posibles que sean incompatibles con ella, esto es, que en caso de ser establecidos como verdaderos, falsarían la hipótesis[19]. Y así, nunca se puede decir de una teoría que es verdadera, por muy bien que haya superado pruebas rigurosas, pero, afortunadamente, se puede decir que una teoría actual es superior a sus predecesoras en el sentido de que es capaz de superar pruebas que falsaron éstas[20].

El término falsar es un neologismo que debe entenderse como sinónimo de refutación empírica y así un sistema solo debe ser considerado científico si hace afirmaciones que pueden entrar en conflicto con observaciones. La contrastabilidad es, pues, lo mismo que la refutabilidad[21]. Hemos de aceptar que, si bien la verdad es un valor epistémico fundamental para la ciencia, no es el único valor epistémico que busca realizar. La idea de que el único valor epistémico que busca la ciencia es la verdad se conoce como veritismo, y no todo realista es un veritista. En la ciencia pueden aceptarse (y aceptar no es creer) modelos que, a pesar de su reconocida falsedad, o a pesar de no poder establecerse su verdad aproximada, son útiles para hacer predicciones, para facilitar los cálculos o para comprender ciertos fenómenos (y en esto tiene razón el instrumentalista). Y no debe confundirse tampoco la verdad con la certeza. En la ciencia pueden lograrse muchas verdades aproximadas, pero no tantas certezas como se cree. En ella es frecuente tener que bregar con la incertidumbre, cosa que no sucede en las pseudociencias ni en la charlatanería[22].

Es importante tener en cuenta que lo que el realista pretende, al defender la centralidad de la verdad, es dar una buena explicación del éxito predictivo y práctico de la

[19] Chalmers, Alan F., *¿Qué es esa cosa llamada ciencia?, op. cit.,* p. 59.
[20] *Ibidem*, p. 66.
[21] Diéguez, Antonio, *La ciencia en cuestión*, *op. cit.,* p. 147.
[22] *Vid.* https://www.elconfidencial.com/cultura/2022-09-13/verdad-ciencia-filosofia_3489218/

ciencia. No es una tesis sobre la psicología o las motivaciones de los científicos particulares. A la gran mayoría de los científicos podría traerles sin cuidado en su trabajo cotidiano eso de «buscar la verdad», podrían estar interesados únicamente en «hacer que las cosas funcionen lo mejor posible por el momento», y aun así la tesis realista podría seguir siendo correcta. Además, no debe confundirse tampoco la verdad con la certeza. En la ciencia pueden lograrse muchas verdades aproximadas, pero no tantas certezas como se cree. En ella es frecuente tener que bregar con la incertidumbre, cosa que no sucede en las pseudociencias ni en la charlatanería, según parece[23].

La falsabilidad, además, tiene una relevancia que va más allá del propio campo científico y se extiende como ya hemos a campos como el jurídico porque fue precisamente el criterio de la falsabilidad el utilizado por los Tribunales norteamericanos para determinar que el creacionismo no era científico y no pasaba el correspondiente test de no confesionalidad de la escuela o *test Lemon*[24].

Y fueron también los Tribunales de Estados Unidos de América los que han desarrollado una doctrina para distinguir qué es ciencia y qué son creencias, sino, igualmente, qué es verdadera ciencia de *junk science* o seudociencia. El Tribunal de Daubert[25], consolidó la importancia de los testigos expertos en un juicio y además estableció un estándar para la admisibilidad del testimonio de tales peritos. Los jueces tendrían, así, la función de control sobre los testimonios científicos a partir de cuatro factores:

1. La teoría debe ser reproducible
2. La teoría ha quedado sujeta a revisión por pares y publicada
3. El porcentaje de error
4. El grado de aceptación dentro de la comunidad científica.

Pero que la ciencia sea falsable es lo que da cierto pábulo, paradójicamente, al anticientifismo, ya que la falsabilidad es fácilmente mal interpretada por el anticientifismo como expresión de una falta de intangibilidad. El anticientifismo se expresa siempre en clave dilemática, mientras que la ciencia parte de la humildad de que todo puede ser falsable, que lo que hoy son evidencias mañana pueden ser puestas en clara evidencia, pero, al menos, la ciencia es reproducible.

[23] Sequeiros, Leandro, «Posverdad y Ciencia, Tecnología y Religión (I)», *Fronteras CTR, Revista de Ciencia, Tecnología y Religión*, 5 de diciembre de 2020, en https://blogs.comillas.edu/FronterasCTR/?p=7144. *Vid.*, también, Kampourakis, Kostas y McCain, Kevin, *Uncertainty. What makes science avance*, Oxford University Press, Oxford, 2019.

[24] Este test desarrollado por el Tribunal Supremo de Estados Unidos en *Lemon v. Kurtzman*, 1971, establece que el gobierno puede ayudar a la religión solo si (1) el propósito principal de la ayuda es secular, (2) la ayuda no debe promover ni inhibir la religión, y (3) no hay una interferencia excesiva entre la Iglesia y el Estado. *Vid.* https://www.uscourts.gov/educational-resources/educational-activities/first-amendment-and-religion

[25] *Vid. Daubert v. Merrell Dow Pharms*., Inc., 509 U.S. 579, 589 (1993).

La actitud científica implica la disposición comunitaria (institucionalizada), basada en la competición y en la crítica, pero también en la colaboración, para cambiar de ideas en función de la evidencia empírica, con independencia de cuáles sean las convicciones y orientaciones que se mantengan los individuos[26]. Lo importante no es el método científico porque no existe, sino un método que permita diferenciar ciencia de lo que no lo es[27]. Y ahí la actitud científica es la que permite establecer tal diferencia. Lo que distingue a la ciencia no es la verdad, sino que se preocupa por la evidencia y que está dispuesta a modificar sus teorías en función de la evidencia[28].

La actitud científica que permite distinguir la ciencia de la no ciencia supone el compromiso con dos principios: la preocupación por la evidencia científica y la disposición a cambiar la teoría a la luz de las nuevas evidencias[29]. Preocuparse por la evidencia supone estar dispuesto a poner a prueba la teoría en contraste con una realidad que pueda refutarla, es aceptar que la evidencia puede obligarnos a cambiar nuestra manera de pensar. El compromiso con la teoría no es porque le haga al científico sentirse bien, parezca correcta o pueda ser coherente con otras cosas en las que se cree, sino porque se ajusta a los datos de nuestra experiencia[30].

Esa actitud no se aprecia de ninguna manera en el anticientifismo porque éste, en modo o manera alguna, se preocupa por la evidencia, sino que meramente selecciona aquélla que pueda interesar a su discurso y tampoco está dispuesto a cambiar de idea. Su idea permanece inmutable y es independiente de la evidencia y sus cambios. No es que el anticientifismo no sea lo suficientemente escéptico, sino que no está lo bastante abierto a nuevas ideas. Y cuando se está cerrado a nuevas ideas no se está siendo científico. Para los negacionistas no hay evidencia alguna que parezca suficiente para cambiar de opinión[31].

También, resulta de interés para nuestro debate mencionar el pluralismo científico, el cual se caracteriza principalmente por sustentar que la variedad de enfoques, metodologías, representaciones y modelos en las distintas disciplinas científicas son parte inherente de la ciencia y de la obtención de conocimiento. En este sentido, la variedad en los acercamientos epistemológicos y metodológicos es consecuencia no del error o de una práctica científica deficiente, como se ha considerado en numerosas ocasiones, sino de la propia naturaleza de la ciencia y de sus objetos de estudio[32].

[26] *Vid.* https://www.elconfidencial.com/cultura/2022-10-14/bruno-latour-obituario_3505689/.

[27] McIntyre, Lewis, *La actitud científica …*, *op. cit.,* p. 18.

[28] *Ibidem*, p. 24.

[29] *Ibidem*, p. 82.

[30] *Ibidem*, p. 83.

[31] *Ibidem*, pp. 230 y 231.

[32] Molina Gómez, B. E., «Ciencias naturales y ciencias culturales: una mirada desde el pluralismo», *Protrepsis*, año 11, núm. 21, noviembre 2021-abril 2022, pp. 230 y 231.

IV. ¿Cuál es la diferencia entre el escepticismo y la negación?

Es harto habitual que el escepticismo sea confundido por personas legas con la negación en lo que se refiere al hecho científico. El escepticismo permite a los científicos llegar a conclusiones lógicas respaldadas por evidencia que ha sido examinada y confirmada por otros en el mismo campo, incluso cuando esa evidencia no confirma la certeza absoluta. Por el contrario, la negación es el acto de aferrarse a una idea o creencia a pesar de la presencia de evidencia abrumadora de lo contrario. Los negacionistas no son precisamente escépticos, como habitualmente se les tilda, sino, todo lo contrario, muy crédulos[33], porque, en momento alguno, están dispuestos a cambiar de idea.

Para seguir siendo objetivos, los científicos deben permanecer escépticos. Para que el conocimiento científico avance, ese conocimiento debe estar abierto a revisión. La ciencia trabaja para determinar la probabilidad estadística (verosimilitud matemática) de la exactitud de una afirmación, no su certeza. De manera similar, en un tribunal de justicia, se les pide a los jurados que acepten un nivel de prueba que esté más allá de una duda razonable, no de una certeza absoluta, cuando deciden condenar a un acusado.

Se ha dicho que el escepticismo o disenso razonado es saludable tanto en la ciencia como en la sociedad; la negación no lo es[34]. El disenso es tan importante para la ciencia como el consenso[35]. Sin el pluralismo de ideas y la confrontación de perspectivas contrarias no existiría el avance rápido en los conocimientos científicos y ello debe producirse, especialmente, en las zonas de vanguardia de la investigación, allí donde los problemas acaban de aparecer[36]. El denominado disenso normativamente inapropiado no proporciona ningún beneficio relevante, sino que, por el contrario, resulta perjudicial e, incluso, puede y ha tenido consecuencias terribles[37]. Las posiciones críticas solo son valiosas si admiten unos estándares metodológicos de rigor, conocimiento y fundamentación[38].

¿Por qué es tan importante para la ciencia mantener una perspectiva escéptica? El escepticismo ayuda a los científicos a permanecer objetivos cuando realizan indagaciones e investigaciones científicas. Los obliga a examinar las afirmaciones (propias y de otros) para estar seguros de que existe evidencia suficiente para respaldarlas. Los escépticos no dudan de todas las afirmaciones, solo aquellas respaldadas por pruebas insuficientes o por datos que se han recopilado incorrectamente, no son relevantes o no pueden respaldar la justificación que se hace.

[33] Mcintyre, L., *La actitud científica …*, *op. cit.,* p. 237.

[34] Washington, H. y Cook, J., *Climate Change Denial. Heads in the Sand*, Earthscan, Londres, 2011, p. 2.

[35] *Vid.* Diéguez, A., *La ciencia en cuestión*, *op. cit.,* p. 60.

[36] *Ibidem*, p. 53.

[37] *Ibidem*, p. 64.

[38] *Ibidem*, p. 53.

El negacionismo no debe confundirse con el escepticismo organizado que, como señaló hace décadas el sociólogo Robert K. Merton, constituye un atributo característico de la ciencia. A diferencia de éste, el anticientifismo no pretende poner en cuestión hipótesis científicas que no han sido suficientemente contrastadas, sino que promueve más bien un rechazo dogmático y poco razonando, frecuentemente por motivaciones emocionales e ideológicas, de tesis científicas bien establecidas acerca de determinados fenómenos.

En todo caso, la puesta en cuestión de la ciencia también puede tener un efecto beneficioso: la búsqueda de nuevas y mejores evidencias para sustentar la tesis que lleva al consenso, pueden forzar a prestar más atención a planteamientos que no se habían considerado suficientemente y pueden ayudar a ofrecer una imagen más saludable de dicho consenso a un público externo a la ciencia que la que daría el rechazo de toda discusión[39].

V. VIEJAS NARRATIVAS PARA NUEVAS REALIDADES: LA CRISIS DE LO TRADICIONAL

Uno de los problemas a los que se enfrenta actualmente la ciencia es un problema de retórica y narrativa[40]. La comunidad científica ha tardado en ajustar sus modelos de comunicación con nuestra nueva realidad y cultura de las noticias falsas y desconfianza en la experiencia. El discurso científico suena demasiado tradicional, antiguo, en una sociedad en la que gusta demasiado la novedad, lo insólito, lo experiencial, aunque sea líquido o ligero.

Aristóteles desarrolló, como todos sabemos, el concepto del argumento retórico e identificó tres métodos principales de persuasión: (1) logos, centrándose en la lógica del argumento; (2) pathos, centrándose en invocar la pasión de la audiencia; y (3) ethos, que se enfoca en la credibilidad o la ética del mensajero. Cuando se usan, constituyen una forma efectiva de persuadir a la audiencia. La investigación científica se basa en la racionalidad y la objetividad y los científicos a menudo se oponen a recurrir al pathos. Así, el negacionismo científico se aprovecha de este hecho y utiliza logos, pathos y ethos de una manera que ataca la investigación al cuestionar la lógica de los métodos y conclusiones de los investigadores, usando información y hechos erróneos. Los negacionistas de la ciencia también apelan a las pasiones de la audiencia a través del miedo y usan teorías de conspiración e incluso atacan la credibilidad o el espíritu de los científicos, a menudo cuestionando sus motivaciones y prejuicios.

En esto parece que ciencia y democracia van de la mano. Y no solo porque la ciencia se ha visto en las últimas décadas inevitablemente inmersa en la polarización del

[39] *Vid.* DIÉGUEZ, A., *La ciencia en cuestión*, *op. cit.,* p. 59.

[40] SHERWIN, B., «Anatomy of a Conspiracy Theory: Law, Politics, and Science Denialism in the Era of COVID-19», *Texas A&M Law Review*, vol. 8, núm. 3, año 2021, pp. 537 a 581.

debate político al enfrentarse a cuestiones que tienen una enorme repercusión pública, como el cambio climático, las energías alternativas, el desarrollo de las biotecnologías, los organismos transgénicos, el despliegue de la inteligencia artificial, las emergencias sanitarias, la seguridad alimentaria, el control demográfico, etc., sino porque, además, ambas coinciden en que son más aburridas que las teorías conspirativas y negacionistas[41].

Y es que el reemplazo de la realidad por la fantasía y la consiguiente experiencia de la realidad como si fuera una fantasía es una poderosa fuerza en la política y fuera de ella[42], y también de la ciencia.

La libertad de los modernos y la ciencia no encandilan, porque sustituyen las pasiones por la razón. La ciencia como la propia democracia representativa quizás estén viviendo las consecuencias de su propio éxito. Una historia de éxito se sigue en muchas ocasiones por el pensar que todo está ya ganado. Una buena parte de nuestro malestar con la política corresponde a una nostalgia inadvertida por la comodidad en que se vive donde lo malo no es sabido y se reprimen los desacuerdos[43]. El desencantamiento es una propiedad general del mundo moderno, en expresión weberiana. A la democracia no se la quiere, se la necesita. Y, por ello, cuando ponemos en ella demasiadas expectativas, no solo se derrumba el amor, el encantamiento, el encandilamiento, que no ha existido nunca, sino la sensación de que la necesitamos, y ello, sí es muy peligroso. Y estas palabras parecen también aplicables al desencanto por la ciencia.

En tiempos en los que el emotivismo domina el espacio público, desde los bulos, la posverdad, los populismos esquemáticos, las propuestas demagógicas, las apelaciones a emociones corrosivas, urge recordar que las exigencias de justicia son morales cuando entrañan razones que se pueden explicitar y sobre las que cabe deliberar abiertamente[44]. Le hace falta, pues, tanto a la ciencia como a la democracia representativa algo más de pathos. Y por ello, la divulgación científica, o lo que en lengua inglesa se denomina *popular science, science comunication, public understanding of science, science popularization, image of science*, debería ocupar un papel relevante. Se trataría, pues, de comunicar la ciencia a un público no especializado para hacérsela comprensible y para que, de una forma amena y placentera, pueda formar una imagen adecuada de lo que la ciencia está haciendo realmente[45].

[41] *Vid.* https://blogs.elconfidencial.com/cultura/tribuna/2021-10-13/vacuna-antivacunas-populismos_3304782/

[42] Levine, D. P., *Dark fantasy. Regressive movements and the search for meaning in politics*, Routledge, Abingdon, 2018, p. 47.

[43] Innerarity, D., «La decepción democrática», *Fundación Manuel Giménez Abad*, Zaragoza, 2015, p. 1. Puede accederse a dicho trabajo a través de la página web de la Fundación, en el siguiente enlace: https://www.fundacionmgimenezabad.es/es/democracia-constitucional-0.

[44] Cortina, A., *Ética cosmopolita. Una apuesta por la cordura en tiempos de pandemia*, Paidós, Barcelona, 2021, p. 39.

[45] *Vid.* https://blogs.elconfidencial.com/cultura/tribuna/2022-02-22/divulgacion-cientifica_3379097/

VI. Las respuestas del derecho: ¿son lo mismo libertad de expresión y libertad de divulgación científica?

Para analizar cuáles son las posibles respuestas jurídicas al fenómeno del negacionismo o anticientifismo y valorar si constitucionalmente cabe limitar las expresiones anticientifistas es importante partir de dos premisas:

En primer lugar, que la libertad de expresión o las diferentes libertades que se consagran en el artículo 20 de la Constitución española, 10 del CEDH y 11 de la Carta tienen una doble dimensión subjetiva y objetiva, pudiendo actuar esta última como un elemento que le otorga un valor *prima facie* a la libertad o, por el contrario, como el fundamento de la limitación o, mejor dicho, delimitación. Como nos recuerda la STC 53/1985, «los derechos fundamentales no incluyen solamente derechos subjetivos de defensa de los individuos frente al Estado … los derechos fundamentales son los componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden jurídico … en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política; son … el "fundamento del orden jurídico y de la paz social"».

Y las libertades del art. 20 tiene una evidente dimensión democrática funcional que conecta con dicha dimensión objetiva en cuanto instrumentos indispensables para la promoción de una verdadera sociedad democrática. Véase, la *preferred position doctrine* del Tribunal Supremo de Estados Unidos de América. Tal dimensión democrática funcional alcanza a otros derechos, como nos recuerda el Tribunal Constitucional en la Sentencia sobre el fenómeno del *homeschooling* (STC 133/2010): la educación de los menores (en el aula junto a sus compañeros y no en casa) ha de servir también a la garantía del libre desarrollo de la personalidad individual en el marco de una sociedad democrática y a la formación de ciudadanos respetuosos con los principios democráticos de convivencia y con los derechos y libertades fundamentales.

La pregunta sería, ¿satisface tal dimensión objetiva quien, faltando absolutamente a la verdad, expone argumentos anticientifistas? Pues difícilmente podemos afirmar que no la satisface cuando la libertad de expresión es definida como «la emisión de pensamientos, ideas u opiniones, sin pretensión de sentar hechos o afirmar datos objetivos» (STC 139/2007).

Hacer de la doctrina jurisprudencial que exige que concurra una base fáctica suficiente un requisito insoslayable de la opinión o juicio de valor supondría, entre otras cosas, negar protección constitucional a los bulos como parte del objeto de la libertad de expresión. Y sustituir una verdad objetiva, empíricamente constatable, por una verdad subjetiva, no entra dentro del ámbito de la libertad de información —que forzosamente debe ser veraz—, pero sí podría incardinarse en la libertad de expresión. Y es que ésta ampara el vertido de opiniones que en nada se ajusten a la realidad, a la evidencia científica, a unos determinados hechos acaecidos, etc., es decir, opiniones o juicios de valor carentes de toda base fáctica o empíricamente no constatables (bulos). Por ejem-

plo, decir que la Tierra es plana, que los niños vienen de París, que las vacunas contra el Covid-19 nos inoculan un chip, que el cambio climático no existe[46].

Y como también ha manifestado el Tribunal Constitucional, el art. 20 CE «garantiza un interés constitucional: la formación y existencia de una opinión pública libre, garantía que reviste una especial trascendencia ya que, al ser una condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al funcionamiento de un sistema democrático, se convierte, a su vez, en uno de los pilares de una sociedad libre y democrática. Para que el ciudadano pueda formar libremente sus opiniones y participar de modo responsable en los asuntos públicos, ha de ser también informado ampliamente de modo que pueda ponderar opiniones diversas e incluso contrapuestas» (STC 235/2007, y STC 79/2014)

Además, la expresión anticientifista en modo alguno podría suponer *per se* una extralimitación de la libertad de expresión, como sería el caso del insulto. El Tribunal Constitucional nos ha dicho que quedan proscritas «aquellas (expresiones) que, dadas las concretas circunstancias del caso, y al margen de su veracidad o inveracidad, sean ofensivas u oprobiosas y resulten impertinentes para expresar las opiniones o informaciones de que se trate» (STC 41/2011). Quedan extramuros de la protección que confiere el derecho las «frases y expresiones ultrajantes y ofensivas sin relación con las ideas u opiniones que se expongan, y, por tanto, innecesarias a este propósito» (STC 23/2010).

También, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos declara que el art. 10.2 CEDH no deja apenas espacio para la restricción de la libertad de expresión en dos ámbitos específicos: el del discurso político y el de las cuestiones de interés general (STEDH asunto *Bédat c. Suiza).* Y añade el mismo Tribunal en la Sentencia del caso *Haguenauer c. Francia*, 2010, que si bien todo individuo que se involucra en un debate público de interés general está obligado a no sobrepasar ciertos límites en cuanto, en particular, al respeto de la reputación y los derechos ajenos, sí le está permitido recurrir a cierta dosis de exageración, incluso de provocación, es decir, ser algo inmoderado en sus palabras.

En segundo lugar, que la distinción entre libertad de expresión y libertad de comunicación, pudiéndose incluirse la de divulgación científica[47] en el debate que ahora nos ocupa sí puede revestir relevancia. Y ello, porque, si bien, como hemos visto, la primera

[46] García Majado, P., «Libertades comunicativas y redes sociales: a propósito de la STC 8/2022, de 27 de enero de 2022», *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 37, año 2022, p. 10.

[47] Mencionamos la libertad de divulgación científica que derivaría de libertad de comunicación en relación con la libertad científica, ya que solamente la primera queda sujeta *ope constitutione* al límite interno de la veracidad que delimita su campo de acción. Así, Ahumada Canabes que ha analizado la naturaleza jurídico-constitucional de la libertad de creación científica, señala que cabe un ejercicio simultáneo de las libertades consagradas en el artículo 20.1 CE, y, por ello, la libertad de investigación científica puede ejercerse junto con la libertad de cátedra (transmisión) o la libertad de expresión (difusión). En estos casos, estaríamos ante un ejercicio simultáneo o acumulativo entre dos derechos fundamentales compatibles. *Vid.* Ahumada Canabes, M. A., *La libertad de investigación científica. Fundamentos filosóficos y configuración constitucional*, tesis doctoral, Universidad Carlos III, julio 2006, pp. 293 y 294.

no conlleva ningún elemento delimitativo o límite interno, las segundas sí, la veracidad. El objeto de la libertad de información son hechos noticiables veraces (prueba de la veracidad). Sin veracidad, pues, no hay protección constitucional, no hay verdadero ejercicio adecuado de un derecho fundamental (elemento delimitativo). La información sin veracidad constituye una extralimitación en el ejercicio de la correspondiente libertad.

¿Es el discurso anticientifista un ejercicio antisocial de las libertades de opinión y de divulgación científica por faltar a la evidencia científica y, por tanto, al requisito constitucional de la veracidad?

El Tribunal Constitucional nos dice en su Sentencia 21/2000 que el requisito constitucional de la veracidad de la información no va dirigido a la exigencia de una rigurosa y total exactitud en el contenido de la información, sino a negar la protección constitucional a los que trasmiten como hechos verdaderos, bien simples rumores, carentes de toda constatación, o bien meras invenciones o insinuaciones sin comprobar su realidad mediante las oportunas averiguaciones propias de un profesional diligente. Cuando la Constitución requiere que la información sea «veraz» no está tanto privando de protección a las informaciones que puedan resultar erróneas como estableciendo un deber de diligencia sobre el informador a quien se le puede y debe exigir que lo que transmite como «hechos» haya sido objeto de previo contraste con datos objetivos. De este modo, el requisito de la veracidad deberá entenderse cumplido en aquellos casos en los que el informador haya realizado con carácter previo a la difusión de la noticia una labor de averiguación de los hechos sobre los que versa la información y la referida indagación la haya efectuado con la diligencia que es exigible a un profesional de la información. La veracidad no es objetividad, pero, al menos, sí sujetarse, en el caso de la ciencia, al método previamente establecido (STC 171/1990).

Sin embargo, si bien los mensajes falsos (anticientifistas), como meros juicios de valor, por disparatados que sean o pudieran llegar a ser, entran dentro del ámbito del art.20.1 a) CE, pero ello, siempre, obviamente, que no colisionen con derechos de terceros[48], lo que nos lleva a preguntarnos ¿qué ocurre cuando el mensaje anticientifista es expresado por quien dispone de los conocimientos suficientes para ser plenamente consciente de su falsedad (veáse, un científico, médico, etc) y, sobre la base de la apariencia de confianza y conocimiento por su profesión, pone en grave riesgo la salud de la comunidad?

A este respecto, el TEDH si bien ha diferenciado también entre hechos y opiniones, dado que el tratamiento no será el mismo para la emisión de opiniones que para los hechos, puesto que éstos son susceptibles de prueba y se les puede exigir el requisito de veracidad y a las opiniones no, a las opiniones puede exigírseles que se *realicen con criterio o, al menos, con sinceridad, incluso cuando a una declaración equivale a un*

[48] García Majado, P., «Libertades comunicativas y redes sociales: …», *cit.*, pp. 10 y 11.

juicio de valor (…) debe tener suficiente base factual —coincidencia con el referente externo— sin la cual sería excesiva» (*Vid.* Sentencia de 27 de febrero de 2001, caso *Jerusalén contra Austria*).

Por tanto, sí cabria sostener que cuando de la mera libertad de opinión se trata, difícil, por no imposible, sería limitar las expresiones anticientifistas. Sin embargo, cuando quien profiere el mensaje negacionista sea un científico o profesional vinculado a la ciencia, puede entenderse que en tal caso ejerce, no ya la libertad de expresión u opinión, sino la de divulgación o transmisión del conocimiento científico y, de este modo, sí cabe admitir tal limitación basada en el respeto al estado del arte de la ciencia. Si lo amparado por la libertad de investigación científica es principalmente el proceso de búsqueda de un conocimiento especial, el que por rasgos como la objetividad y la rigurosidad es calificado de científico, su difusión es una facultad más de dicha libertad, cuando la ejerce el que ostenta la condición de científico, ya que es la que permite su ingreso al acervo público. El ejercicio de la libertad de investigación científica se traduce en conocimiento científico, es decir, en teorías, doctrinas, leyes científicas que describen o intentar explicar la realidad, etc. El conocimiento científico es el «estructurado teóricamente», producto del «cultivo sistemático y depurado», que pasará a formar parte del «saber socialmente disponible[49].

Lo relevante, por tanto, no será tanto el mensaje que se transmita, anticientifista en ambos casos, sino la condición del sujeto, lo que, a su vez, determina la libertad que, en el caso concreto, está ejerciendo, la de expresión o de creación científica (que ampara la divulgación del conocimiento científico). Y ello, además, por la mayor expectativa de credibilidad social que tiene quien se expresa como científico, la mayor confianza social que suscita su discurso. Es plenamente trasladable aquí lo establecido por nuestros Tribunales para reformar el canon de comprobación de la veracidad de la noticia cuando de un medio especializado se trata.

Cierto es que la expresión de hechos científicos no queda limitada, en cuanto a su titularidad a los científicos, siendo los sujetos titulares tanto éstos como, en general, cualquier ciudadano. Pero, en el ejercicio de la libertad de investigación científica hay que introducir una matización, pues si bien todas las personas tienen la posibilidad ejercerla, lo harán especialmente los individuos que se encuentran en una situación y en circunstancias determinadas y concretas, quienes se dedican a la investigación científica, permanentemente o de manera ocasional[50].

En la libertad de investigación científica, en principio, todas las personas tienen la posibilidad de ejercer la actividad investigadora, aunque la ejercerán especialmente quienes se dedican a ella, ocasional o permanente. En todo caso, los titulares de la libertad

[49] *Vid.* Ahumada Canabes, M. A., *La libertad de investigación científica …, op. cit.,* p. 299.
[50] *Ibidem*, p. 300.

de expresión, de información y el de la libertad de investigación científica son distintos, se mueven en distintos ámbitos, el del conocimiento general, el de la información y el del conocimiento científico[51].

Todo lo que venimos exponiendo vendría también refrendado por lo que dispone la propia Constitución en el artículo 44.2, en virtud del cual, los poderes públicos tienen el deber constitucional de promover la ciencia y la investigación científica y en beneficio del interés general. De este modo, no creemos que pueda sostenerse que un acto de divulgación científica que se aparte de manera ostensible de la evidencia científica beneficie al interés general cuya promoción y tutela tienen encomendada los poderes públicos.

La exigencia de compromiso con la evidencia que puede exigirse a la libertad de divulgación científica cobra una relevancia similar a la del límite de la veracidad respecto de la libertad de comunicación si atendemos a que la divulgación o intercambio del conocimiento y avances científicos constituye un elemento esencial de la propia ciencia. La importancia de la difusión del conocimiento al interior de la comunidad científica radica en que la comunicación de las investigaciones y de los resultados o avances constituye una forma de intercambio, trascendental para la actualización de los conocimientos, que aumentan vertiginosamente, volviendo obsoleta e inútil la información que le precedía. Y en similares términos también importa, para evitar la repetición innecesaria de los trabajos y contribuir al éxito y avance de las propias investigaciones, así como para el reconocimiento que los científicos obtienen de sus pares al interior de la comunidad de la que forman parte y para fijar, con la publicación, la fecha de los respectivos descubrimientos[52]. Y la divulgación de la información científica incide, junto a otros factores, como las influencias históricas y religiosas, en la percepción o en la «imagen social» de la ciencia por el público profano y en las «actitudes públicas» que se adopten frente a ella, de rechazo o aceptación[53].

Y esta distinción basada en la condición del sujeto que emite el discurso anticientifista, científico o no, a los efectos de exigir veracidad o respeto por la evidencia científica, la encontramos plasmada en el ámbito deontológico, en el que los correspondientes códigos colegiales que regulan la conducta de las profesiones establecen límites expresos a la libertad de divulgación de los conocimientos científicos. Ejemplo de ello es el nuevo Código Deontológico de la Organización Médico Colegial (Consejo General de Colegios de Médicos de España) de 2022[54], cuyo artículo 23.2 dispone, literalmente, que «Las prácticas carentes de base científica, las inspiradas en el charlatanismo, las pseudo-

[51] *Ibidem*, p. 303.

[52] Ahumada Canabes, M. A., *La libertad de investigación científica …, op. cit.,* p. 298.

[53] *Ibidem*, p. 299.

[54] Puede accederse al citado Código a través del siguiente enlace de la página web de la Organización Médico Colegial: https://www.cgcom.es/sites/main/files/minisite/static/828cd1f8-2109-4fe3-acba-1a778abd89b7/codigo_deontologia/index.html

ciencias, las pseudoterapias, así como los procedimientos ilusorios o insuficientemente probados, la simulación de tratamientos médicos o quirúrgicos y el uso de productos de composición no conocida son contrarias a la Deontología Médica». Y también, su artículo 81.5 establece que «La contribución a divulgar informaciones falsas y no contrastadas que van contra la evidencia científica es contraria a la Deontología Médica».

Las conductas consistentes en divulgar opiniones contrarias a la evidencia médica suponen, pues, la comisión de una infracción deontológica, susceptible de ser sancionada colegialmente y, por tanto, puede afirmarse que la libertad del profesional médico está limitada, no admitiéndose las expresiones anticientifistas, por la propia condición del individuo, para el que el ejercicio de su libertad está delimitado por la veracidad o evidencia científica de lo expresado.

La negación de la ciencia políticamente motivada socava en lugar de permitir que las personas tomen decisiones válidas basadas en valores. Cuando las personas terminan con datos negativos porque las fuentes en las que se les hizo confiar los están engañando descaradamente, no están trabajando para lograr sus valores, simplemente son víctimas del engaño. Cuando la información errónea alimenta las decisiones políticas, el resultado pueden ser decisiones que no logran los valores de nadie y simplemente conducen al daño. Por ello, quizás puede sostenerse que en un contexto excepcional en el que la desinformación a través de la negación de la evidencia científica puede tener un impacto directo en la salud e integridad de la comunidad, la limitación del discurso anticientifista pudiera encontrar encaje constitucional. Y, a estos efectos, debemos recordar que, como han proclamado de manera reiterada nuestro Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en aplicación de la doctrina de los límites inmanentes, ningún derecho es absoluto, de manera que todos los derechos son limitados. Y, entre tales límites, se encuentra la exigencia de conjugar el respeto a los derechos con el respeto a otros bienes o valores constitucionales, siendo la salud pública uno de los títulos más clásicos y robustos de limitación de los derechos y libertades, formando parte de una conocida tríada junto al orden y la moralidad públicas.

Además, el propio método de la medicina y, más concretamente, de la salud pública permiten que la invocación de dicho interés no sea un mero *horror vacui*, rellenando con el término la nada. La toma decisiones de limitación y suspensión puede proveerse de datos estadísticos, opiniones de expertos, predicciones científicas de causalidad, lo que no es tan fácil con los dos otros dos límites de la triada, el orden y la moralidad públicos.

Además, no debemos olvidar que el interés colectivo de la salud pública persigue, lisa y llanamente, no solo la protección de la salud de la comunidad, consagrada en el artículo 43 CE, sino, sobre todo, la vida e integridad, consagradas en el artículo 15 CE. Y así, el Auto 239/2012 del Tribunal Constitucional recuerda que «la garantía del derecho a la salud no sólo tiene una dimensión general asociada a la idea de salvaguarda de la salud pública, sino una dimensión particular conectada con la afectación del derecho a la salud individual de las personas». Y añade que existe una vinculación entre protección de la salud como principio rector, y vida e integridad como derechos fundamentales, en

el sentido de lo reconocido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (por todos, asunto *Vo c. Francia*, 2004), por lo que resulta evidente que los intereses generales y públicos, vinculados a la promoción y garantía del derecho a la salud, son intereses asociados a la defensa de bienes constitucionales particularmente sensibles.

Por tanto, existe una obligación positiva del poder público en relación con la protección del derecho a la salud, cuando se conecta con el derecho a la integridad física y los riesgos para la vida, porque cualquier «actuación u omisión podría afectar al ámbito protegido por el art. 15 CE cuando tuviera lugar existiendo un riesgo constatado de producción cierta, o potencial pero justificado *ad casum*, de la causación de un perjuicio para la salud» (STC 62/2007).

Y cuando la salud, la integridad de los miembros de la comunidad puede verse directamente afectada por la propagación, en un contexto de grave crisis sanitaria, de expresiones o conjeturas anticientifistas, la limitación de tal libertad de expresión u opinión no creemos que encuentre difícil acomodo en nuestro orden constitucional, como no lo han encontrado otras medidas limitadoras de libertades tan directamente conectadas con la dignidad como son la libertad de deambulación.

El problema, pues, no radica en los contextos de anormalidad o excepcionalidad como los que hemos vivido con la pandemia provocada por la Covid-19, sino en los de normalidad. En éstos no parece tarea fácil que una medida limitadora de la libertad de expresión u opinión anticientífica supere fácilmente el test de proporcionalidad vistos los términos en los que se ha venido expresando nuestro Tribunal Constitucional y Supremo en relación con aquellas libertades y su relevancia en el espacio democrático, creando, como ya hemos anticipado antes, una suerte de modelo de ciencia no militante. Solamente, en el caso de que el emisor sea un científico o profesional vinculado a la ciencia cabe que, por vía deontológica, o, incluso, legal, tales mensajes puedan ser sancionados o, al menos, la libertad de divulgación científica limitada constitucionalmente.

Al margen de los contextos de excepcionalidad como fue la pandemia o de la condición de profesional de la ciencia del emisor y sus límites deontológicos a la libertad de divulgación científica, con las dificultades que se derivan de la propia distinción entre escepticismo y anticientifismo, como ya antes hemos hecho referencia, parece harto difícil admitir la limitación del discurso anticientifista y, más aún, su propagación a través de la red.

VII. La sentencia del TEDH caso Bielau c Austria

Recientemente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha abordado el debate que nos ocupa en una decisión que analiza la legalidad (convencionalidad) de la sanción impuesta por la Asociación Médica Austriaca como límite legal a un médico que había expresado a través de un artículo publicado en una página web que las vacunas nunca protegían contra las enfermedades y que ni una sola enfermedad había desaparecido mediante la vacunación (caso Bielau c Austria, de 27 de agosto de 2024).

La relevancia del caso tratado por la Corte radica en su carácter novedoso, ya que, si bien no es la primera vez que la misma aborda la libertad de expresión de un profesional de la medicina, sí lo es en lo que se refiere al discurso anticientifista. Así, el Tribunal abordó el tema de la supuesta conducta poco ética de un médico al redactar un informe pericial crítico sobre el tratamiento administrado por otros médicos en Frankowicz c. Polonia, 16 de diciembre de 2008, o el de la publicación por un médico de un libro que incitaba al consumo de drogas y facilitaba su consumo por parte de los jóvenes en Palusinski c. Polonia, 3 de octubre de 2006, pero no, en sentido estricto, el de la posible limitación del discurso anticientifista por un científico, en este caso, un profesional de la medicina.

En Bielau el Tribunal concluye por una mayoría de seis a uno que no ha existido una infracción del artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos sobre la base de considerar que los tribunales nacionales dieron razones pertinentes y suficientes para lograr un equilibrio justo entre los intereses contrapuestos del público en general y la libertad de expresión del demandante en cuestión en el presente caso, de manera que la medida sancionadora puesta en cuestión podía considerarse necesaria en una sociedad democrática en los propios términos en los que se expresa el precitado artículo 10 en su apartado 2.

Y es que, para el Tribunal, no cabe prohibir en general que pueda criticarse la vacunación, pero se exige una crítica más matizada, en particular si las declaraciones las hacen médicos y, en el presente caso, no sólo el sujeto era un médico de profesión, sino que, además, sus declaraciones no fueron nada matizadas. En palabras del Tribunal, las declaraciones del sancionado fueron muy contundentes, no ajustándose, además, al estado actual de la ciencia médica e, incluso, ni siquiera a la razón. Se trataba de declaraciones categóricas y científicamente insostenibles.

El Tribunal recuerda en su Sentencia que los médicos tienes unos deberes singulares con sus pacientes basados en la confianza, la confidencialidad y la seguridad de que utilizarán todos los conocimientos y medios disponibles para garantizar el bienestar de sus pacientes, lo que implica la obligación de proporcionar a sus pacientes una visión objetiva de su estado de salud y del tratamiento. Se trataría, pues, en interpretación nuestra, de una extensión del deber de *primum non nocere*, primero no hacer daño o principio de no maleficencia, no sólo al actuar del médico, sino también a sus manifestaciones sobre la ciencia médica.

Para el Tribunal, los médicos en ejercicio, si bien gozan de libertad de expresión en virtud del artículo 10 y tienen derecho a participar en debates sobre cuestiones de salud pública, incluida la expresión de opiniones críticas y minoritarias, su derecho no está exento de límites, en particular cuando está relacionado con el ejercicio de su profesión. Y puede ser necesario restringir la libertad de expresión de los médicos en casos de información pública categórica y falsa sobre cuestiones médicas, en particular si dicha información se publica en un sitio web, para proteger la salud y el bienestar de otras personas

Por otro lado, el TEDH da importancia también al canal por el que se difundió el artículo, una página web relacionada con la práctica profesional del médico sancionado en la que publicitaba sus servicios y de fácil acceso para el público en general.

Pero es que, además, al venir el discurso del médico sancionado referido a negar eficacia a las vacunas, el Tribunal recuerda que ya su Gran Sala ha valorado el papel positivo que éstas han tenido con carácter general para la salud de la población en el caso Vavřička y otros c República Checa, habiendo declarado que la vacunación ha sido una de las intervenciones sanitarias más exitosas y rentables y que cada Estado debía procurar alcanzar el nivel más alto posible de vacunación entre su población. Y ello también abarcaba el valor de la solidaridad social, ya que el deber tenía por objeto proteger la salud de todos los miembros de la sociedad, en particular de aquellos que eran especialmente vulnerables con respecto a ciertas enfermedades.

En definitiva, como puede verse, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos atiende a los criterios a los que antes hemos hecho referencia; en concreto, a la distinción entre libertad de expresión y de divulgación científica y a la propia condición de científico del emisor del mensaje lo que genera un mayor deber para el sujeto de respeto de la verdad científica en cuanto que su posición profesional genera necesariamente mayor expectativa de confianza en la ciudadanía. Tampoco olvida el Tribunal que el fundamento del límite a la libertad de divulgación científica del médico no es otro que la protección de la salud de las personas que entronca directamente con la protección de la vida y de la integridad física y psíquica.

Por tanto, puede comprobarse que, más allá de contextos concretos en los que la protección de la salud de la población pueda exigir una mayor limitación de determinadas expresiones o manifestaciones, como serían los casos de crisis sanitaria como la recientemente sufrida pandemia de la Covid-19, la limitación del discurso anticientifista, cuando éste procede de un científico, sí encuentra un sustento legal en supuestos de normalidad, aunque parece que en estos tiempos de posmodernidad ya no sea normal casi nada de lo que estamos viviendo.

VIII. Bibliografía

Ahumada Canabes, Marcela Alejandra, *La libertad de investigación científica. Fundamentos filosóficos y configuración constitucional*, tesis doctoral, Universidad Carlos III, julio 2006.

Chalmers, Alan F., *¿Qué es esa cosa llamada ciencia?,* 4.ª ed., Siglo XXI, Tres Cantos, 2015.

Claramonte Sanz, Vicente, «El debate entre evolucionismo y creacionismo. la claúsula de aconfesionalidad en la sentencia sobre «diseño inteligente», *Teorder*, 2007, núm. 2.

Cortina, Adela, *Ética cosmopolita. Una apuesta por la cordura en tiempos de pandemia*, Paidós, Barcelona, 2021.

Crease, Robert P., *Los científicos y el mundo*, Crítica, Barcelona, 2020.

Diéguez, Antonio, *La ciencia en cuestión*, Herder, Barcelona, 2024.

Dodds, E.R., *Los griegos y lo irracional*, Alianza, Madrid, 2019.

García Majado, Patricia, «Libertades comunicativas y redes sociales: a propósito de la STC 8/2022, de 27 de enero de 2022», *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 37, año 2022.

GULDENTOPS, Guy, «Nicolaus Ellenbog's 'Apologia for the Astrologers': A Benedictine's View on Astral Determinism», *Bulletin de Philosophie Médiévale*, 62, año 2020.

HAN, Byung-Chul, *La desaparición de los rituales*, Herder, Barcelona, 2019.

HOLTON, Gerald, *Ciencia y anticiencia*, Nivola, Tres Cantos, 2002.

INNERARITY, Daniel, «La decepción democrática», *Fundación Manuel Giménez Abad*, Zaragoza, 2015.

KAMPOURAKIS, Kostas y MCCAIN, Kevin, *Uncertainty. What makes science avance*, Oxford University Press, Oxford, 2019.

LEVINE, David P., *Dark fantasy. Regressive movements and the search for meaning in politics*, Routledge, Abingdon, 2018.

MCINTYRE, Lewis, *La actitud científica. Una defensa de la ciencia frente a la negación, el fraude y la seudociencia*, Cátedra, Madrid, 2020.

MOLINA GÓMEZ, Beatriz Elisabeth, «Ciencias naturales y ciencias culturales: una mirada desde el pluralismo», *Protrepsis*, año 11, núm. 21, noviembre 2021-abril 2022.

PLUCKROSE, Helen y LINDSAY, James, *Teorías cínicas*, Alianza Editorial, Madrid, 2023.

SEQUEIROS, Leandro, «Posverdad y Ciencia, Tecnología y Religión (I)», *Fronteras CTR, Revista de Ciencia, Tecnología y Religión*, 5 de diciembre de 2020.

SHERWIN, Brie, «Anatomy of a Conspiracy Theory: Law, Politics, and Science Denialism in the Era of COVID-19», *Texas A&M Law Review*, vol. 8, núm. 3, año 2021.

THURS, Daniel P. y NUMBER, Ronald L., «Science, pseudoscience and science falsely so-called», in PIGLIUCCI, Massimo y BOUDRY, Maarten (eds.), *Philosophy of pseudoscience*, The University of Chicago Press, Chicago, 2013.

VILLANUEVA, Dario, *Morderse la lengua. Corrección política y posverdad*, Espasa, Barcelona, 2021.

WASHINGTON, Haynd y COOK, John, *Climate Change Denial. Heads in the Sand*, Earthscan, Londres, 2011.

WEBER, Max, *La ciencia como profesión*, Espasa Calpe, Madrid, 1992.

WEXLER, Jay D., «Kitzmiller and the "Is it Science?" Question», *First Amendment Law Review*, vol. 5, núm. 90, año 2006.

12

GESTACIÓN SUBROGADA EN PORTUGAL: ¡DIFICULTADES NORMATIVAS!

André Gonçalo Dias Pereira
Professor de la Faculdad de Derecho
Universidad de Coimbra

SUMARIO: I. Los sujetos de esta compleja relación jurídica. II.1. El niño. I.2. La mujer embarazada. II.3. Los beneficiarios. III. La evolución del derecho portugués: de la prohibición a la reglamentación. III.1. La solución tradicional es mater semper certa est: la proihición de la gestación subrogada. III.2. La Ley 25/2016, de 22 de agosto, y la contractualización de la maternidad. III.3. Sentencia del Tribunal Constitucional N.º 225/2018, de 24 de abril. III.4. El CNECV: Defensa del Criterio Genético e Intencional. II.5. Ley N.º 90/2021, de 16 de diciembre. IV. Dificultades en la regulación de la ley 90/2021, de 16 de diciembre. IV.1. El Proyecto de Reglamento de 2022 y el Dictamen 115/CNECV/2022. IV.2. El Proyecto de Decreto-Ley (2023) que reglamenta la Ley N.º 90/2021, de 16 de diciembre. V. Propuesta de doble maternidad y/o triple filiación. V.1. Resumen Del Dictamen 122/CNECV/2023 de el CNECV sobre la Propuesta para 2023. V.2. Posición Adoptada. VI. Bibliografía.

I. Introducción

Carlos María Romeo Casabona, miembro distinguido del Comité de Bioética de España, ha escrito sobre la maternidad subrogada:

> «Así tenemos dos categorías de ciudadanos en relación con el acceso a la maternidad subrogada: quienes se benefician de ella, porque tienen recursos suficientes para afrontar su coste en el extranjero, y quienes no pueden acceder por falta de recursos o por querer ser respetuosos con la ley, que también podría ocurrir» (…)[1].

Desigualdad socioeconómica e iniquidad: una flagrante violación de los principios éticos en un ámbito muy controvertido en el que no existen soluciones perfectas ni,

[1] Voto particular que emite Carlos María Romeo Casabona, vocal del Comité de Bioética de España, al Informe de éste sobre los Aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada.

por regla general, intenciones malévolas. Por un lado, tenemos a una pareja que quiere llevar a cabo un proyecto parental y formar una familia mediante un hijo con vínculos genéticos, al menos con una de las partes. Por otro lado, tenemos a una mujer que, aunque sea remunerada, siente compasión.

Romeo Casabona concluyó en 2017:

> «Esta situación se ve enrarecida por la circunstancia de que agencias intermediarias privadas, con ánimo de lucro, se mueven por nuestro país con total libertad, ofreciendo sus servicios de mediación en el extranjero a parejas y personas que desean tener descendencia por medio de la maternidad subrogada»[2].

Portugal lleva cerca de 15 años buscando una solución y aún no ha conseguido regular la maternidad subrogada. Veamos.

II. Los sujetos de esta compleja relación jurídica

La gestación subrogada es una relación jurídica que el legislador ha consagrado como un contrato típico, de gran complejidad, en el que intervienen órganos administrativos como el CNPMA (Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida), el Colegio Oficial de Médicos portugués y el Colegio Oficial de Psicólogos portugués. Sin embargo, estos organismos no son las partes del contrato, por lo que no se incluyen en este capítulo.

II.1. El niño

El niño ocupa un lugar central en esta compleja relación social y jurídica que se establece a través de los contratos de gestación subrogada. El «interés superior del niño» debe ser el principio rector de toda regulación, tal y como exige la Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño[3]. Tradicionalmente, se entendía que este contrato atentaba contra el orden público, en gran medida porque instrumentalizaba al menor y generaba inseguridad jurídica respecto a su estatuto personal, es decir, respecto a los derechos fundamentales a la identidad, a la historia personal y al establecimiento de vínculos de filiación. La mayoría de los países europeos —en especial España— siguen esta línea de pensamiento y prohíben la maternidad subrogada (o gestación por sustitución).

[2] Voto particular que emite Carlos María Romeo Casabona, vocal del Comité de Bioética de España, al Informe de éste sobre los Aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada.

[3] La Convención sobre los Derechos del Niño fue adoptada por la Asamblea General de la ONU el 20 de noviembre de 1989. Entró en vigor el 2 de septiembre de 1990. Es el instrumento de derechos humanos más ampliamente aceptado en la historia universal. Ha sido ratificada por 196 países. Portugal la ratificó el 21 de septiembre de 1990.

II.2. **La mujer embarazada**

Las mujeres embarazadas asumen un papel muy vulnerable, pero al mismo tiempo muestran un gesto de altruismo y solidaridad que debe elogiarse desde el punto de vista ético. Estar dispuesta a gestar y dar a luz a un hijo es una contribución existencial que va mucho más allá de los largos meses de inseminación, embarazo y recuperación posparto. Es una marca que quedará indeleblemente impresa en su vida, como un gesto de altruismo inconmensurable que puede tener diversas consecuencias psicológicas que deberían estudiarse en el futuro.

Según la legislación portuguesa, en ningún caso una mujer embarazada puede ser donante de óvulos, por lo que siempre tendrá que someterse a una FIV seguida de la implantación del embrión en su útero.

Muchos países hacen hincapié en el riesgo de explotación económica y social de estas mujeres, por lo que creen que la prohibición es la solución adecuada. En su resolución de 17 de diciembre de 2015 sobre el Informe Anual sobre Derechos Humanos y Democracia en el Mundo (2014) y la política de la UE al respecto, el Parlamento Europeo declaró:

> «115. Condena la práctica de la maternidad subrogada, que socava la dignidad humana de las mujeres porque sus cuerpos y funciones reproductivas se utilizan como mercancías, y considera que debe prohibirse y abordarse urgentemente en los instrumentos de derechos humanos, ya que implica la explotación reproductiva y el uso del cuerpo humano para obtener beneficios económicos o de otro tipo, en particular de las mujeres vulnerables de los países en desarrollo».

Otros, más abiertos a esta figura jurídica y método de procreación, han acabado prohibiendo la maternidad subrogada internacional (India, en 2019, y Tailandia)[4].

El Tribunal Constitucional portugués destacó la importancia de la posición jurídica de la gestante y dictaminó que esta tiene derecho a revocar su consentimiento en la Sentencia n.º 228/2018, de 24 de abril. Sin embargo, el TJUE no indicó cuál sería el momento preciso hasta el cual se puede ejercer este «derecho de arrepentimiento», dejando esta cuestión en manos del legislador ordinario, que debe definir este momento al regular la ley. Esta es una cuestión que analizaremos en este texto.

II.3. **Los beneficiarios**

Los beneficiarios pueden ser una pareja de distinto sexo, una pareja de mujeres o una mujer sola. El acceso de una pareja de hombres o de un hombre solo no está permitido en Portugal.

[4] Fernandez Montojo, Salomėja, *Problems Of Legal Regulation Of Surrogacy*, PhD Dissertation, Mykolas Romeris University, Vilnius, 2024.

La legislación portuguesa exige que al menos uno de los progenitores sea donante de gametos. Aunque los beneficiarios son quienes iniciaron el proyecto parental y quienes pusieron mucho empeño en hacer realidad ese sueño (el nacimiento de un hijo), su posición —en este triángulo de interesses— debería ser la menos relevante desde el punto de vista jurídico. Aun así, en un país que acepta la gestación subrogada, no deberían considerarse sujetos que llevan a cabo actos ilegales o irregulares, sino que también buscan hacer realidad su derecho a fundar una familia (art. 36.º Constitución de la República Portuguesa – CRP) y que ejercen su derecho al desarrollo de la personalidad (art. 26, n.º 1 CRP). También tienen derecho a su propia historia personal. Por lo tanto, cualquier limitación de estos derechos debe ser necesaria, adecuada y proporcionada para proteger otros derechos fundamentales de otras personas. Para concretar esta idea: negar el derecho a establecer la filiación a la pareja beneficiaria que tuvo el proyecto parental, que desencadenó el proceso, que aportó sus gametos (en todo o en parte), manteniendo así una relación genética con el hijo, sólo podría ser aceptable si cumpliera con los parámetros de constitucionalidad mencionados.

La regulación de este instituto es muy compleja. Compleja, porque involucra los intereses del niño, en particular su derecho a tener identidad, familia, conocer sus orígenes y contar con herramientas sociales y jurídicas que le permitan desarrollar su personalidad como persona libre y autónoma en la sociedad.

En segundo lugar, está el interés de la mujer que lleva a cabo la gestación subrogada, cuya dignidad debe ser respetada y protegida en situaciones de vulnerabilidad. Esto significa que el sistema jurídico debe garantizar un consentimiento verdaderamente libre e informado, el derecho a revocar ese consentimiento y el derecho a tener un papel adecuado en la vida del futuro hijo, es decir, a ser tratada como un fin en sí misma y no solo como un instrumento para alcanzar objetivos heterogéneos. Sobre todo, debe valorarse como una donación benévola y altruísta[5].

Los padres beneficiarios (o intencionales) también deben ser respetados y protegidos por la ley, ya que se están dedicando a un proyecto benévolo de criar y educar a un niño con un vínculo genético en una situación de infertilidad (o posiblemente de infertilidad social). La doctrina conservadora[6] rara vez tiene en cuenta los intereses y valores benévolos que los inspiran; por el contrario, parece adoptar argumentos que ven a los padres intencionales como frecuentes explotadores de la vulnerabilidad de las mujeres que desean tener un hijo y tratan al niño a veces como un objeto de consumo. Debería considerarse un enfoque más prudente, ya que la ansiedad y la intención de

[5] Lewis, Sophie, *Full Surrogacy Now: Feminism against Family*, Verso, London, 2019, representa un feminismo que defiende la autodeterminación de la mujer para disponer de su propio cuerpo y someterse a un acuerdo de gestación por sustitución.

[6] Cf. Declaração de Casablanca de 3 de março de 2023 – *Declaração de Casablanca para a abolição universal da subserviência.*

fundar una familia por parte de estos padres también son intereses que pueden merecer la protección de la ley. ¡Esta es la lección de Romeo Casabona!

El equilibrio entre estos tres intereses en conflicto es muy delicado, por lo que no existe una regulación estándar, ni en Europa[7] ni en otras partes del mundo, y las experiencias legislativas suelen cambiar, incluso dentro de un mismo país.

III. La evolución del derecho portugués: de la prohibición a la reglamentación

III.1. La solución tradicional: *mater semper certa est* y la prohibición de la gestación por sustitución

El sistema tradicional para establecer la maternidad está previsto en el artículo 1796.º del Código Civil y, en los términos de dicho artículo, se deriva del puro hecho biológico del parto, sin necesidad de un acto posterior de ahijamiento.

La verdad biológica de la constitución de la maternidad está protegida legalmente, además de por las normas registrales, por el propio derecho penal, ya que el artículo 248.º del Código Penal sanciona la inscripción en el registro civil de un nacimiento inexistente o la usurpación, alteración, suposición u ocultación del estado civil o la posición jurídica familiar de otra persona, con pena de prisión de hasta dos años o multa de hasta 240 días. Además, el artículo 1807.º del Código Civil reconoce la posibilidad de impugnar la maternidad si esta no es cierta.

En resumen, para el Derecho de filiación portugués, la maternidad se impone *ope legis* (prescindiendo de la voluntad de la mujer) y el criterio determinante es el parto[8].

[7] El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha pronunciado a favor de los efectos del contrato de gestación subrogada, en nombre del respeto al interés superior del niño y a sus derechos a la identidad personal y a la vida familiar. Así pues, los Estados deben prever en su marco jurídico la posibilidad de que el padre biológico del niño establezca una relación con él (ya sea en el extranjero o dentro del Estado) nacido por gestación subrogada. En cuanto al estatuto jurídico de la futura madre, el TEDH afirma que la legislación nacional del Estado debe garantizar que tenga la posibilidad (opcionalmente, a través del reconocimiento de la maternidad o mediante adopción) de ser inscrita como madre del niño, y esta posibilidad debe estar disponible de forma rápida y efectiva.

En el ámbito de la Unión Europea, la jurisprudencia no es concluyente. «El Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha pronunciado hasta ahora sobre la cuestión de la maternidad subrogada en los asuntos (C.D. contra S.T. y Z. contra A Government Department, The Board of Management of a Community School – Sentencia del Tribunal (Gran Sala) de 18 de marzo de 2014), en los que se planteaba la cuestión de si existe una obligación por parte del Estado de conceder un permiso de maternidad en el caso de un niño nacido por maternidad subrogada. El Tribunal abogó por dejar en manos de los Estados la decisión sobre la mejor forma de regular la cuestión». En cualquier caso, el TJUE no consideró que este tipo de acuerdo fuera contrario al orden público de la Unión Europea.

[8] De hecho, la «rueda de los rechazados» se suprimió en 1867. A finales del siglo XIX y principios del XX, esta práctica se abolió en toda Europa, pero se ha vuelto a permitir en varios países, sobre

III.2. **La ley 25/2016, de 22 de agosto, y la contractualización de la maternidad**

El principio tradicional de constitución de la maternidad entra en crisis con la gestación subrogada, «sobre todo cuando la mujer que desea el hijo aporta su óvulo para que el embrión sea generado por la madre de alquiler».

La Ley 25/2016, de 22 de agosto, regula el acceso a la gestación subrogada en los casos en que no exista útero, este esté dañado o una enfermedad impida de forma absoluta y definitiva el embarazo. Según esta ley, la gestación subrogada es la situación en la que una mujer acepta gestar en nombre de otra persona y entregar al hijo tras el parto, renunciando a las facultades y deberes de la maternidad. La admisión de negocios jurídicos en estas circunstancias es excepcional y siempre será gratuita. Además, su celebración requiere la autorización previa del CNPMA, que deberá ir precedida de la solicitud de dictamen al Colegio Oficial de Médicos portugués.

Los contratos celebrados en este contexto deberán constar por escrito e incluir las disposiciones que deberán observarse en caso de malformaciones o enfermedades del feto y en caso de interrupción voluntaria del embarazo.

Debe subrayarse que los beneficiarios son prohibidos de realizar cualquier tipo de pago o donación a la madre de alquiler; únicamente se puede pagar el importe correspondiente a los gastos de vigilancia de la salud de la madre.

De conformidad con el n.º 11 del artículo 8.º, está prohibida la imposición de restricciones de comportamiento a la madre de alquiler.

Los negocios jurídicos que no se ajusten a lo dispuesto en el artículo 8.º de la Ley 32/2006, modificada por la Ley 25/2016, serán nulos.

En definitiva, el nuevo régimen portugués de «gestación subrogada» podría abrir la puerta a una contractualización de la maternidad, por lo que es necesaria una estrecha vigilancia para evitar abusos.

---

todo en Francia, donde la ley del «accouchement sous X»» está en vigor desde 1941. La institución del «accouchement sous X» se formalizó en Francia mediante la Ley de 2 de septiembre de 1941, durante el régimen de Vichy. Esta legislación permitía a las mujeres dar a luz de forma anónima, lo que marcó el inicio oficial del reconocimiento de esta práctica en el ordenamiento jurídico francés. La regulación del instituto del «accouchement sous X» (parto anónimo) en Francia se centra principalmente en el artículo L222-6 del Code de l'Action Sociale et des Familles. Permite a las mujeres dar a luz de forma anónima y garantizar el secreto de su identidad. Este derecho se ha visto reforzado por leyes posteriores, entre ellas la Ley de 22 de enero de 2002, que creó el Consejo Nacional de Acceso a los Orígenes Personales (CNAOP) para tratar las cuestiones relativas al acceso a los orígenes personales de los niños nacidos bajo este régimen.

La normativa actual especifica que la mujer puede solicitar el anonimato en el momento del nacimiento y facilitar información sobre su identidad, opcionalmente, bajo un sobre cerrado. Este sobre solo puede ser abierto por la CNAOP si el niño, al alcanzar la mayoría de edad, solicita acceder a sus orígenes.

III.3. **Sentencia del tribunal constitucional n.º 225/2018, de 24 de abril**

Este paradigma contractualista fue severamente limitado por la sentencia del Tribunal Constitucional 225/2018[9], que impuso, aunque de forma atenuada, el modelo gestacional.

El Tribunal Constitucional (TC) no declaró inconstitucional el método en sí mismo. En Europa, un tribunal superior admitió este método de PMA, que no deja de ser innovador, ya que en la mayoría de los países europeos está prohibida[10].

Sin embargo, dictaminó que «no se puede impedir que la mujer embarazada cambie de opinión y revoque el contrato por el que renunciaría a todos los derechos sobre el niño: «Impedir que la madre biológica renuncie a ese contrato, queriendo quedarse con el niño después de todo y no entregándolo a la pareja beneficiaria, sería una violación del derecho al desarrollo de la personalidad, interpretado conforme al principio de la dignidad de la persona humana, y del derecho a fundar una família»[11].

Así, el consentimiento previo al inicio de los procedimientos de gestación subrogada no es suficiente; es necesario reconocer el «*derecho de arrepentimiento*».

De este modo, el TC se aproxima al modelo inglés, aunque con diferencias significativas. De hecho, si no se revoca el consentimiento, el contrato de gestación es válido y eficaz y la filiación se establece desde el principio a favor de los beneficiarios. En cambio, en el Reino Unido, la filiación se establece a favor de la madre subrogada (y de su marido) y, más tarde, si hay confirmación del consentimiento, que solo puede darse al menos seis semanas después del nacimiento, el tribunal dicta una «*parental order*» que establece la filiación a favor de la pareja beneficiaria, siempre que haya consentimiento de la pareja (¡!) que llevó el embarazo. Ante un sistema que protege tan poco a los beneficiarios, cabría pensar que este método de procreación sería muy excepcional. Sin embargo, «el número de órdenes parentales, que transfieren la paternidad legal de

[9] https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20180225.html (Relator: Conselheiro Pedro Machete).

[10] Fernandez Montojo, Salomėja, *Problems Of Legal Regulation Of Surrogacy*, PhD Dissertation, Mykolas Romeris University, Vilnius, 2024.

[11] Esta es la decisión del TJUE: «Declarar la inconstitucionalidad, con fuerza vinculante general, del n.º 8 del artículo 8 de la Ley 32/2006, de 26 de julio, en relación con el n.º 5 del artículo 14 de la misma Ley, en cuanto no permite la revocación del consentimiento de la madre subrogada hasta la entrega del hijo a los beneficiarios, por vulneración de su derecho al desarrollo de la personalidad, interpretado conforme al principio de dignidad». El n.º 5 del artículo 14 de la misma ley, en la medida en que no permite la revocación del consentimiento de la madre de alquiler hasta que el niño haya sido entregado a los beneficiarios, por vulnerar su derecho al desarrollo de la personalidad, interpretado conforme al principio de dignidad humana, y su derecho a fundar una familia, como consecuencia de una restricción excesiva de estos derechos, como se desprende de la combinación del n.º 2 del artículo 18 de la misma ley. Artículo 18, n.º 2, respectivamente, con los artículos 1 y 26, n.º 1, por una parte, y 36, n.º 1, por otra, todos ellos de la Constitución de la República Portuguesa».

una madre de alquiler a los padres del bebé, ha pasado de 117 en 2011 a 413 en 2020, según las cifras»[12]. En resumen, la gestación subrogada funciona en el Reino Unido, a pesar de la extrema protección de los intereses de la gestante.

Ante la insistencia del legislador en aprobar la Ley n.º 48/2019, de 8 de julio, al adoptar de nuevo el modelo intencional y genético (es decir, al no reconocer el derecho al arrepentimiento de la mujer embarazada), el Tribunal Constitucional reiteró su posición. Así, en la sentencia del Tribunal Constitucional n.º 465/2019[13], el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional la nueva versión de la ley en una revisión abstracta preventiva. El Tribunal Constitucional confirmó una vez más la inconstitucionalidad de la ley por la inexistencia del derecho al arrepentimiento y la declaró inconstitucional «*por violación del derecho al desarrollo de la personalidad de la mujer embarazada, interpretado de acuerdo con el principio de la dignidad de la persona humana, y del derecho a fundar una família*».

Siguiendo el criterio gestacional, el vínculo gestacional se basa en que el embarazo y el parto constituyen un vínculo único que exige priorizar los intereses y deseos de la mujer embarazada sobre todos los demás.

Es interesante señalar que quienes apoyan la importancia de este vínculo consideran que el término «gestación sub-rogada» es ambiguo y tendencioso, ya que separa artificialmente el embarazo y la maternidad, considerando de forma simplista que es posible «gestar un bebé» sin establecer ningún vínculo con él.

Por su parte, los criterios genético e intencional otorgan una importancia fundamental al vínculo genético, ya que consideran que la utilización de material genético de al menos uno de los miembros de la pareja que solicita la técnica será condición necesaria y suficiente para determinar su paternidad/maternidad. Si este criterio no está estrechamente vinculado al vínculo intencional, es decir, al deseo de tener un hijo, podría contradecir la posibilidad de utilizar gametos de donantes. Por ello, quienes defienden que este criterio debe prevalecer suelen presentar el vínculo genético e intencional como condiciones necesarias y suficientes para la atribución de la paternidad/maternidad.

En Brasil, este criterio es el que prevalece. Este ya era el caso con la Resolución CFM n.º 2.168/2017 y actualmente con la Resolución CFM n.º 2.320/22.

III.4. **El CNECV: defensa del criterio genético e intencional**

En el Dictamen 104/CNECV/2019, el CNECV, en coherencia con dictámenes anteriores, insistió en que el modelo impuesto por el Tribunal Constitucional conduciría a

[12] https://www.bbc.com/news/uk-58639955

[13] https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20190465.html (Relatora – Consejera Joana Costa).

conflictos irresolubles. Así pues, el derecho de arrepentimiento impuesto por el Tribunal Constitucional tendrá las siguientes consecuencias:

> «a) expone los riesgos del contrato de gestación subrogada, acentuando y reforzando quizás sus aspectos negativos y creando nuevos problemas éticos, especialmente en un punto importante del régimen jurídico: el de permitir la revocación del consentimiento de la gestante hasta la finalización del plazo legalmente previsto para inscribir al nacido, lo que implica la posibilidad de frustrar la realización del proyecto parental, incluso después de iniciado el procedimiento terapéutico.
>
> b) al permitir el desistimiento de la gestante sin motivo, se desvirtúa el equilibrio del contrato y su encuadramiento ético, basado en la solidaridad y el altruismo de la gestante, según la ley general.
>
> c) desvirtúan por completo el modelo centrado en el carácter puramente gestacional de la intervención de la gestante y en la determinación de la paternidad/maternidad de los autores del proyecto parental.
>
> d) crean, de entrada, un eventual conflicto entre los autores del proyecto parental y la gestante, subordinando totalmente el destino del proyecto parental a su voluntad.
>
> e) relativizan los intereses del niño que nacerá, ya que el resultado del proyecto y su destino son inciertos.
>
> f) desconocen por completo los derechos de los autores del proyecto parental y del donante o donantes de gametos, en caso de que la gestante revocara el contrato de gestación».

De hecho, desde entonces, el legislador aún no ha conseguido regular este instituto.

Sin embargo, la sociedad portuguesa ha mostrado una gran tolerancia hacia esta realidad, como demuestran las dos votaciones en la Asamblea de la República de 2016 (Decretos n.º 27/XIII y n.º 37/XIII de la Asamblea de la República), la promulgación de la Ley de 30 de julio de 2016 por el Presidente de la República y la Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 225/2018, que no declara inconstitucional el método en sí mismo, como volvió a reiterar la Sentencia del TC n.º 465/2019.

Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha admitido —en nombre de la protección del interés superior del niño— la eficacia ex post factum de este método[14]. Así pues, los Estados partes (aunque prohíban este método de gestación) deben velar por que se reconozca la relación de filiación con los miembros de la pareja (es decir, la madre intencional, aunque no sea ni la madre uterina ni la madre genética) cuando el niño es concebido por gestación subrogada en un tercer país. Debe evitarse describir los detalles del proceso en el registro civil, señalando el TEDH el caso paralelo de la adopción.

[14] En 10 de abril de 2019, fue publicada pela Grand Chamber do TEDH la *Advisory opinion concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother, requested by the French Court of Cassation* (Request No. P16-2018-001)

En 2012 (Dictamen 63/CNECV/2012) y 2016 (Dictamen 87/CNECV/2016), la CNECV autorizó la regulación de la gestación subrogada.

Así pues, en nuestra comunidad nacional, el pensamiento ético-jurídico y la comprensión social de este fenómeno se han abierto con cautela a esta forma de formación familiar.

Aunque en abstracto es casi imposible regular perfectamente los intereses potencialmente contrapuestos, el ejemplo del Reino Unido muestra que es posible disponer de casos que generen una fuerte convicción de que el proceso se desarrollará sin problemas y en los que, tras el nacimiento, la gestante pueda reiterar su deseo altruista de contribuir al proyecto parental de la pareja que ha dado a luz intencionadamente y genéticamente a un hijo (al menos en parte).

Nos parece que es posible establecer realidades concretas en las que, debido a la proximidad existencial y a la competente selección y seguimiento médico y psicológico de la gestante y de la pareja, exista una fuerte probabilidad de que nazca el niño y —por respeto a la dignidad de la mujer— se cree esta nueva forma de filiación tras un renovado y libre consentimiento. Este camino acercaría esta forma de establecer la filiación más a la adopción que a la «filiación por contrato» (algo poco habitual en nuestro sistema de Derecho de Familia).

Si, tras una adecuada selección, seguimiento y libre consentimiento, esta mujer decide entregar al niño a la pareja beneficiaria, se habrá promovido el valor ético del altruismo y la solidaridad, y se habrá ejercido un derecho fundamental: fundar una familia (artículo 36 de la Constitución de la República), sin sacrificar los derechos del niño, ahora nacido y con origen genético (al menos en parte) en la pareja que lo acogerá y criará.

Si la mujer cambia de opinión y quiere ser madre, la situación será más compleja, sobre todo si existe la tentación de eliminar a la pareja beneficiaria (y a los padres genéticos) de la ecuación. Algo a lo que la CNECV se ha negado.

III.5. **Ley núm. 90/2021, De 16 de diciembre**

Finalmente, la Ley n.º 90/2021, de 16 de diciembre, aprobó la gestación subrogada de acuerdo con la decisión soberana del Tribunal Constitucional. Dada su importancia, la transcribimos a continuación:

> Artículo 8:
>
> «2 – La celebración de negocios jurídicos de gestación subrogada solo es admisible con carácter excepcional y gratuito en los casos de ausencia de útero, lesión o enfermedad de este órgano u otra situación clínica que impida de forma absoluta y definitiva a la mujer quedar embarazada.
>
> 3 – La madre de alquiler debe ser preferiblemente una mujer que ya haya sido madre, aunque las circunstancias concretas del caso pueden impedirlo.
>
> (…)

> 9 – Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo siguiente, el hijo nacido por maternidad subrogada será considerado hijo de los respectivos beneficiarios.
>
> 10 – En lo que se refiere a la validez y eficacia del consentimiento de las partes, se aplicará a la maternidad subrogada, con las necesarias adaptaciones, lo dispuesto en el artículo 14, *con excepción de lo dispuesto en el párrafo 4.º sobre el consentimiento libremente revocable, pudiendo, en los casos de maternidad subrogada, producirse este último por voluntad de la gestante hasta la inscripción del hijo nacido*. (el resaltado es nuestro).

El artículo 14 sobre el consentimiento reitera: «5 – Las disposiciones de los n.ºs 1, 2 y 3 se aplicarán a la madre subrogada en las situaciones previstas en el artículo 8, *en cuyo caso su consentimiento será libremente revocable hasta el momento de la inscripción del niño nacido, conforme a lo dispuesto en el apartado 10 del artículo 8*». (el resaltado es nuestro).

IV. Dificultades en la regulación de la ley 90/2021, de 16 de diciembre

IV.1. El proyecto de reglamento de 2022 y el dictamen 115/cnecv/2022

Han transcurrido varios años sin que se haya procedido a la elaboración del Reglamento de la Ley, imprescindible para iniciar estos complejos procedimientos.

En 2022, el Gobierno intentó regular la cuestión, pero la propuesta fue criticada por varios actores, entre ellos la CNECV. Tuve el honor de ser uno de los ponentes del Dictamen 115/CNECV/2022, por lo que me gustaría destacar algunos pasajes de dicho documento:

> «La revocación del consentimiento tiene consecuencias psicológicas inevitables para los potenciales beneficiarios, particularmente en lo que se refiere al ejercicio de su proyecto parental y a la determinación de la paternidad, lo que supone un fraude a sus legítimas expectativas. Por lo tanto, de acuerdo con el principio ético de responsabilidad, debe proporcionarse a la mujer embarazada el asesoramiento psicológico adecuado para que la probabilidad de que esto ocurra sea solo residual.
>
> El respeto a la identidad genética y a la identidad personal del nasciturus implica también informar adecuadamente, de acuerdo con su progresiva madurez y si así lo desea, sobre las circunstancias de la concepción y el embarazo, en virtud del principio de historicidad personal y genética».

El Anteproyecto autorizaba la terminación de toda relación jurídica con los beneficiarios en caso de revocación del consentimiento. No obstante,

> «Siendo esto así, puede cuestionarse la opción del artículo 8.º, n.º 3 del Anteproyecto, que establece que cesan sus obligaciones parentales (lo que equipararía al progenitor biológico a un donante de gametos y, como tal, desvinculado de cualquier proyecto parental) en caso de revocación del consentimiento de la madre de alquiler y consiguiente negativa a entregar el hijo a los beneficiarios».

Se considera conveniente establecer de forma inequívoca los derechos y deberes de los beneficiarios biológicamente relacionados con el niño que va a nacer por gestación

subrogada en caso de negativa de la madre subrogada a entregarlo, para clarificar una situación que, por su naturaleza, es compleja, conflictiva y emotiva. De hecho, el n.º 3 del artículo 8 – «*En caso de revocación del consentimiento por parte de la mujer gestante, cesarán las obligaciones de los beneficiarios en relación con el niño nacido*» — merece una reflexión ética y jurídica más detallada y profunda. Esta norma se posiciona sobre una cuestión controvertida, cuyo examen y decisión pueden corresponder a una fuente jurídica distinta: la cuestión de la paternidad del hijo. La pertinencia de la respuesta a esta cuestión puede recomendar una decisión a nivel de la Asamblea de la República, ya que podría considerarse que pone en peligro el derecho a fundar una familia (artículo 36, n.º 1, de la Constitución de la República Portuguesa (CRP)) y el derecho a la identidad personal del niño nacido (artículo 26, n.º 1, de la CRP).

La propuesta presentada parece impedir la relación con el beneficiario y padre biológico. Esta solución parece situar los dos proyectos parentales como alternativos y mutuamente excluyentes: o se consolida la relación jurídica de filiación con los beneficiarios o, si la madre subrogada ejerce su derecho de arrepentimiento, solo existiría una relación de filiación con ella en un proyecto monoparental. Si los proyectos se consideran alternativos y mutuamente excluyentes, la elección de la comisión reguladora sería la correcta.

Sin embargo, ¿es este realmente el camino correcto a la luz de los principios éticos que sustentan el derecho de filiación, las normas generales de la procreación médicamente asistida y los derechos fundamentales de todos los implicados: la madre de alquiler, el hijo y los beneficiarios? ¿Podría haber otra lectura del diseño de la Ley n.º 90/2021, es decir, si el marido de la pareja beneficiaria es también el progenitor biológico del niño?[15].

La posición de la mujer beneficiaria, cuyo ovocito se utilizó y que tenía un proyecto parental, se ha visto menoscabada por las sentencias del Tribunal Constitucional, que exigen un «derecho de arrepentimiento» a favor de la gestante y, en consecuencia, la primacía de su posición sobre la del progenitor biológico que desencadenó esta técnica de PMA.

En el contexto de la revocación del consentimiento de la madre subrogada, la ley es clara respecto a la identidad de la madre, pero persisten dudas sobre la identificación del padre, que podrían resolverse mediante una ley del Parlamento.

De hecho, no nos parece correcto que un Decreto-Reglamentario decida sobre una cuestión de derechos, libertades y garantías, como es la paternidad del niño, es decir, su derecho a la identidad personal (artículo 26.º de la Constitución de la República Portuguesa).

[15] En el caso de utilización de semen de donante (y luego necesariamente del ovocito de la mujer receptora), tiene sentido considerar que no puede establecerse la paternidad en relación con el marido o compañero de la pareja receptora, por aplicación analógica del artículo 20.º, n.º 4 de la Ley de PMA, porque se ha desvirtuado el alcance del consentimiento, ya que el proyecto parental al que se dirigía el consentimiento de la receptora se ha visto comprometido por la primacía otorgada al proyecto parental de la gestante.

IV.2. **El proyecto de decreto-ley (2023) que reglamenta la ley n.º 90/2021, de 16 de diciembre**

Como consecuencia de ello, el CNECV emitió el Dictamen 122/CNECV/2023. Tuve el honor y la responsabilidad de ser uno de sus ponentes y me gustaría destacar las siguientes consideraciones en el ámbito de las cuestiones que estamos analizando (el problema de la determinación de la filiación (maternidad y paternidad):

> «E) El art. 7.º, n.º 3 debe prever un plazo razonable para que la decisión de la mujer de arrepentirse (o no arrepentirse) sea libre y consciente después del parto. De acuerdo con la Ley n.º 90/2021, la revocación del consentimiento puede ocurrir (art. 8, n.º 10) —«en los casos de gestación subrogada, esto puede ocurrir, a voluntad de la gestante, hasta la inscripción del niño nacido»—. En el mismo sentido, el artículo 14.º, n.º 5, establece que «las disposiciones de los n.ºs 1, 2 y 3 se aplicarán a la madre subrogada en las situaciones previstas en el artículo 8, y en estos casos su consentimiento podrá ser libremente revocado hasta el momento de la inscripción del niño nacido, conforme a lo establecido en el artículo 8, n.º 10». La sentencia del Tribunal Constitucional n.º 225/2018 no establece un plazo para que la gestante revoque la decisión, pero exige que sea «después del parto». La CNECV hizo uso de la regla establecida en el artículo 96.1 del Código del Registro Civil, que establece que la inscripción debe realizarse dentro de los 20 primeros días posteriores al nacimiento, en el Dictamen 115/CNECV/2022. Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño establece lo siguiente: Artículo 7.º, n.º 1: «El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, siempre que sea posible, a conocer a sus padres y a ser educado por ellos». En un caso tan particular como la gestación subrogada, hay que hacerla compatible con otros intereses y derechos fundamentales, especialmente los de la mujer gestante. Este derecho del menor debe conciliarse con el derecho de la gestante a revocar el consentimiento en condiciones de libertad y plena capacidad, condiciones subjetivas que pueden no darse en el período puerperal.
>
> Como veremos a continuación, la solución ideal es que los progenitores genéticos asuman también su condición de padres legales y puedan ejercer sus responsabilidades parentales, según lo determinado por el tribunal. De este modo, si la gestante revoca su consentimiento y desea asumir su papel parental, su filiación se incorporará al registro civil del niño nacido.
>
> Todo el proceso debe realizarse de forma que se evite este arrepentimiento. Intentamos prevenirlo de varias formas: mediante una evaluación psicológica previa, ofreciendo asesoramiento psicológico en todo momento, dando preferencia a la gestante que ya ha sido madre, explicando adecuadamente todo el proceso y garantizando la libertad de decisión. Se trata de importantes mecanismos preventivos que pretenden minimizar la posibilidad de arrepentimiento.
>
> En todo caso, deben respetarse las decisiones del Tribunal Constitucional (Sentencias 225/2018 y 465/2019) y los derechos fundamentales reconocidos en ellas a la mujer embarazada. El legislador debería tener en cuenta los siguientes parámetros: por un lado, la norma del Código del Registro Civil que obliga a inscribir al hijo antes de los 20 días (norma básica); por otro, el estado puerperal de la mujer y la necesidad de garantizar una revocación libre y consciente. Por tanto, parece prudente registrar al niño cuando se

hayan aclarado las decisiones sobre los planes de crianza de la gestante, es decir, una vez transcurrido un plazo razonable desde el nacimiento.

En cualquier caso, hay que subrayar que el niño tiene una filiación establecida por el contrato de maternidad subrogada y que los beneficiarios son sus representantes legales, incluso antes del registro civil. La ley portuguesa se ha alejado de la regla clásica «Mater semper certa est», y afirma que los padres son los beneficiarios, aunque reconoce el derecho de la gestante a revocar el consentimiento.

A continuación, el CNECV plantea una propuesta innovadora y provocadora, tanto ética como jurídicamente: la posibilidad de doble maternidad y triple filiación:

«G) Como hemos visto, en caso de revocación del consentimiento, la mujer embarazada será la madre del niño. ¿Y cuál es el estatuto de la parte beneficiaria (pareja beneficiaria, pareja de hecho o mujer sola)?

La letra b) del n.º 7 del artículo 7.º debería mejorarse para dejar claro que los vínculos de filiación también se establecen con los padres genéticos.

Se establece así una doble filiación: con la madre gestante y con la persona o personas que aportaron el material genético. Es decir, se pretende reiterar que el varón miembro de una pareja de distinto sexo, la mujer que participó en el proceso con sus ovocitos (en una pareja del mismo sexo) o incluso la mujer beneficiaria que aportó el ovocito, son padres biológicos y tienen derecho a serlo legalmente, junto con la filiación de la gestante. Creemos que la ley prevé que todos los actores biológicos (genéticos) sean considerados, en los términos de la ley de filiación, como padres, incluso si se ejerce el derecho de arrepentimiento. Así, en el caso de una pareja de distinto sexo en la que ambos aportaran gametos (masculino y femenino), los beneficiarios tendrían derecho a inscribir a su progenie (maternidad y paternidad) en el registro civil junto a la maternidad de la mujer embarazada (que ejerció su derecho de arrepentimiento). Tendríamos dos madres y un padre. En el caso de los otros posibles beneficiarios —parejas de mujeres o mujeres solteras— no hay posibilidad de triple paternidad. Será responsabilidad de los tribunales regular las responsabilidades parentales, teniendo en cuenta el interés superior del niño y el mantenimiento de vínculos saludables con todos los progenitores.

Por lo tanto, se establecerán los lazos de filiación con los padres genéticos y se reafirmará el carácter biológico, que es la regla en el sistema portugués. Esta es la solución correcta, ya que respeta los derechos de las personas (beneficiarias) y de los niños nacidos.

En efecto, desde la perspectiva del padre (y/o de la mujer que aporta material genético), podemos invocar el derecho a constituir una familia (artículo 36.º del Código de la Familia de la República del Paraguay), el reconocimiento del principio de verdad biológica (que es uno de los principios de nuestro derecho de filiación) y el derecho a la historia personal, incluido en el derecho al desarrollo de la personalidad (artículo 26.º del Código de la Familia de la República del Paraguay). Por parte del niño, también invocamos el derecho a la historia personal, el derecho a la identidad genética y el reconocimiento del principio de verdad biológica, que les garantiza los vínculos de filiación con sus padres genéticos.

V. Propuesta de doble maternidad y/o triple filiación

V.1. Resumen del dictamen 122/cnecv/2023 de la CNECV sobre la propuesta para 2023

Como hemos visto, la sentencia del Tribunal Constitucional de 2018 dejó clara la opción por el modelo gestacional (atenuado) en el ordenamiento jurídico portugués, ya que la mujer embarazada tiene derecho a revocar su consentimiento y establecer una relación de filiación (maternidad). Se considera que, en nombre de la dignidad humana y del derecho a constituir una familia, la mujer embarazada tiene derecho a revocar su consentimiento hasta el momento de dar a luz.

Sin embargo, en ningún momento el Tribunal Constitucional afirma que las normas de derecho civil deban excluir a las beneficiarias o a las parejas de beneficiarias (de distinto sexo o de mujeres).

Ante el complejo equilibrio de intereses y derechos en juego (en primer lugar debe primarse al hijo, en segundo lugar a la gestante y en último lugar a los beneficiarios), el CNECV propone la doble maternidad y/o la triple filiación en su Dictamen 122/CNECV/2023.

Vamos a explicarlo con más detalle:

En el caso de que acceda una pareja de distinto sexo, también se establecería la paternidad frente al marido (o pareja) de la pareja, lo que conllevaría una triple filiación (dos madres y un padre). En cuanto al establecimiento de la paternidad, defendemos que debe reconocerse como progenitor al padre de la pareja beneficiaria (en caso de pareja de distinto sexo), tanto si se ejecuta y cumple el contrato de gestación subrogada como si la gestante se arrepiente (revoca el consentimiento). Esta misma tesis fue aceptada por el Dictamen de el CNECV en 2022[16].

Si la beneficiaria es una mujer soltera, también sería madre, de acuerdo con el contrato y el criterio genético e intencional.

En el caso de una pareja de mujeres, podríamos tener una triple filiación, con tres madres: la mujer gestante (en virtud del ejercicio del derecho potestativo de revocación del contrato de gestación subrogada). La mujer beneficiaria que cedió su ovocito (en virtud de la base genética y, sobre todo, del criterio intencional contenido en el contrato de gestación subrogada) y el cónyuge o pareja de esta mujer, que aceptó este contrato y este vínculo familiar, debiendo establecerse la filiación también respecto a esta persona, lo que significa que, por regla general, también debería asumir responsabilidades parentales respecto a ese hijo.

[16] Dictamen 115/CNECV/2022 sobre el Anteproyecto de Decreto Regulador de la Ley 90/2021, de 16 de diciembre, de gestación subrogada.

V.2. **Posición adoptada**

V.2.1. ***La doble maternidad y la triple filiación como solución justa y equilibrada***

Ya en el siglo pasado, Guilherme de Oliveira escribió la obra fundamental titulada ¡Hay una sola madre, dos!

¡Fue clarividente!

Como ya hicimos como ponentes del dictamen aprobado por unanimidad por la CNECV en 2023, en este texto defendemos que este niño puede beneficiarse de la doble maternidad si la gestante revoca su consentimiento al procedimiento de gestación subrogada. Esto se aplica tanto si la mujer beneficiaria es la madre genética como si no lo es. Lo mismo se aplica al cónyuge o pareja masculina o femenina. En el primer caso (pareja de distinto sexo), habrá triple filiación: dos madres y un padre.

En otras palabras, el contrato de maternidad subrogada siempre es válido y eficaz ab initio para los beneficiarios, aunque la mujer gestante revocase su consentimiento (lo cual no es deseable). En este caso, la maternidad de esta mujer debe añadirse a la línea de los padres del niño.

IV.2.2. ***Regulación de las responsabilidades parentales***

La regulación de las responsabilidades parentales seguirá los trámites habituales y el tribunal juzgará esta cuestión conforme al principio del «interés superior del menor», consagrado en la Convención sobre los Derechos del Niño y reconocido por el Código Civil y de Procedimiento Civil Tutelar (Ley n.º 141/2015, de 8 de septiembre).

IV.2.3. ***Estatuto de la gestante que cumple el contrato de gestación subrogada***

Si la mujer gestante no revoca su consentimiento, ya no tiene ningún vínculo de filiación, aunque debe seguir teniendo un estatuto jurídico, que incluye:

— El deber de permitir que la persona nacida se reúna con ella cuando esta sea mayor de edad y desee conocer su ascendencia y su historia personal.

— Se deben establecer impedimentos matrimoniales entre la madre de alquiler y las personas nacidas de su vientre.

— La madre de alquiler debe tener derecho a visitar a la persona nacida.

Establecer esta red de normas para regular esta relación entre estas dos personas es la forma correcta de evitar la instrumentalización de la persona humana y la ofensa a la dignidad de la mujer gestante. Esta mujer, en un acto de extraordinaria generosidad y altruismo —incluso, en muchos casos, de amor—, debe tener derecho a que se reconozca su personalidad frente a los beneficiarios y frente al nacido. No obstante, el régimen debe ser flexible y casuístico, y siempre debe guiarse por los principios del interés superior del menor, la paz y la seguridad familiar, y la dignidad humana.

13

INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y DERECHO. LA IA A LA LUZ DE LA NORMATIVA EUROPEA

ALIUSKA DUARDO SÁNCHEZ
Profesora del Departamento de Filosofía Jurídica
UNED

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA NOCIÓN DE ALGORITMO: DE LA RECETA DE BROWNIE AL ALGORITMO DEL APOLO. II.1. Objetivos de IA. II.2. Herramientas de IA. II.3. Clasificación de los algoritmos en inteligencia artificial: aprendizaje automático y toma de decisiones. II.3.1. *Clasificación de acuerdo con el problema.* II.3.2. *Clasificación según la forma de aprendizaje.* III. INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y DERECHO OPACIDAD Y SESGOS: EL SESGO DEL JURISTA. III.1. Toma automatizada de decisiones e intervención humana. III.2. Toma automatizada de decisiones e intervención humana en el GDPR. IV. LA IA A LA LUZ DEL REGLAMENTO UE. IV.I. La supervisión humana en el RIA. V. CONCLUSIONES. VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas hemos asistido al ascenso de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TICs), protagonistas indiscutibles de la cuarta revolución industrial del mundo contemporáneo. Los algoritmos, cuya «inteligencia» era muy limitada en los albores de la digitalización, son cada vez más autónomos, resolviendo problemas más complejos en menos tiempo; pero también, sin que podamos entender del todo cómo funcionan. No olvidemos, como nos recuerdan Linardatos *et al.,* con respecto a las técnicas de *machine learning*, que la mejora de la precisión predictiva se ha logrado, a menudo, mediante el aumento de la complejidad del modelo[1]. Ello nos lleva a preguntarnos a qué conclusiones podrían llegar sin nuestra intervención y cómo nos afectarán en un futuro próximo. Nos movemos así, entre el triunfalismo y la fe en la autorregulación del sector tecnológico, y el temor de vernos abocados a un futuro distópico en el que las máquinas de las que dependemos toman el control de nuestras vidas.

[1] LINARDATOS, P., PAPASTEFANOPOULOS, V., KOTSIANTIS, S., «Explainable AI: A Review of Machine Learning Interpretability Methods», *Entropy*, 18, 2021, p. 1.

En efecto, a pesar de que las tecnologías de la información y las comunicaciones llevan ya un tiempo instaladas en nuestra cotidianeidad, la mayoría de los ciudadanos no somos más que simples usuarios que no entendemos cómo funcionan y, las más de las veces, siquiera nos preocupamos de cómo nos impactan. Esto no es nada nuevo, lo mismo ha ocurrido en su momento con la máquina de vapor, la penicilina o la televisión. Lo que diferencia a estos inventos revolucionarios de las llamadas TICs no es el impacto social, cada uno de ellos transformó el mundo a su manera, sino la falta de regulación y seguridad; cuestiones que vienen a complicarse por la ubicuidad e intangibilidad de las tecnologías de la información. Los transportes, los medicamentos, incluso los medios de comunicación tradicionales han sido dotados a lo largo de los años de reglas para garantizar un uso más o menos seguro; pero las normas que intentan regular el fenómeno del ciberespacio son, a día de hoy, dispersas —en algunos espacios vitales: escasas o inexistentes—, y claramente ineficientes.

Para regular una tecnología, nos decía el profesor Romeo Casabona[2], lo primero es precisamente partir del conocimiento de la misma y luego intentar anticipar sus posibles implicaciones en la sociedad; algo que por lo general se realiza desde la reflexión ética[3] y en los espacios públicos de debate. Posteriormente, o en paralelo, se ha de incorporar la reflexión en clave jurídica para dilucidar cómo la nueva tecnología afectará a los derechos y libertades reconocidos por las tradiciones democrático-constitucionales. Esta es la metodología que proponemos usar en el presente capítulo: partir de las nociones básicas en materia de IA, para entender el fenómeno y el estado del arte. Analizar posteriormente las premisas aportadas por del debate ético-jurídico; y, finalmente, examinar la regulación existente en este campo, así como el nuevo marco normativo que ofrece el Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial, —en adelante RIA—[4].

Con este trabajo se pretende poner en valor la intervención humana, surgida como una exigencia ética e incorporada al texto del RIA como mecanismo imprescindible de control de la IA. Puede que no sepamos muy bien cómo se comportan algunos algoritmos denominados de caja negra; pero sabemos qué información utilizamos para

[2] A cuya memoria tributan, humildemente, estas páginas. Romeo Casabona, C.M., *Los genes y sus leyes. El Derecho ante el genoma Humano*, Comares, 2002, Presentación, p. XXI.

[3] Cuya capacidad de anticipación es indudablemente mayor que la del Derecho. Algo que también nos hacía notar el profesor con relación a la Bioética y el Bioderecho en su obra El médico y el Derecho Penal. Romeo Casabona, C.M., *El médico y el Derecho Penal*. Tomo II, vol. 1: Los problemas actuales de la biomedicina, Rubinzal-Culzuni. 2011.

[4] Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y por el que se modifican los Reglamentos (CE) n.º 300/2008, (UE) n.º 167/2013, (UE) n.º 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 y (UE) 2019/2144 y las Directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Inteligencia Artificial). 2024/1689, 12.7.2024, ELI: http://data.europa.eu/eli/reg/2024/1689/oj

nutrirlos. Los sesgos que se atribuyen a estos modelos inteligentes siguen siendo, en gran medida, sesgos —prejuicios— del ser humano; las «decisiones» que toman vienen condicionadas por la forma en la que los entrenamos, supervisamos y validamos. Es por ello que estamos obligados a poner límites, sobre todo límites jurídicos, sin que esto suponga una renuncia al progreso.

II. La noción de algoritmo: de la receta de brownie al algoritmo del Apolo

Un algoritmo, de acuerdo con su definición más extendida, es un conjunto de instrucciones paso a paso, para resolver un problema o realizar una tarea[5]. En este sentido, como se ha dicho[6], una receta de brownies es un algoritmo. Claro que no es un algoritmo computacional o informático. Si desarrollásemos una serie de instrucciones para un *hardware* para seleccionar la receta de brownies más sencilla de elaborar o la más sana, sería un algoritmo computacional; si este algoritmo fuera capaz de aprender a partir de la información de recetas existentes que se le proporcionan —*inputs*— y arrojar una receta nueva por su cuenta —*output*—, entonces estaríamos en presencia de un algoritmo de IA. Ello, porque ha emulado a la inteligencia humana en cuanto a la capacidad de aprender y de resolver problemas de manera autónoma: inteligencia artificial o de máquina en contraposición a la inteligencia del ser humano.

Algunos ejemplos concretos nos ayudarán a tener una visión de conjunto del fenómeno y de cómo el uso de los algoritmos de IA se ha extendido prácticamente a todos los ámbitos. Desde el mítico algoritmo de la nave Apolo, una de las primeras ocasiones en las que se confió a un programa de ordenador una tarea tan crucial como la de dirigir una nave en su reentrada en la órbita terrestre; hasta el infame COMPAS (*Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions*[7]) creado para sustituir al ser humano en la labor de evaluar la probabilidad de un reo de reincidir en el futuro, incidiendo directamente en la imposición de una sanción penal[8]; pasando por el archiconocido Watson de IBM, del que se ha dicho que no es un «algoritmo monolítico»,

[5] Cormen, T. H., Leiserson, C. E., Rivest, R. L., Stein, C., *Introduction to Algorithms*, MIT Press, 2009. En este libro, a menudo referenciado cuando se trata de estos temas, se describe a los algoritmos como secuencias finitas de pasos bien definidos que transforman datos de entrada en una salida esperada.

[6] Romeo Casabona, C. M., Nicolás Jiménez, P., De Miguel Beriain, I., *Retos éticos y necesidades normativas en la actividad asistencial en Medicina Personalizada de Precisión*, Fundación Instituto Roche, 2018, p. 147.

[7] Traducido al castellano: Administración de Perfiles de Criminales para Sanciones Alternativas del Sistema de Prisiones de EE.UU. COMPAS State v. Loomis, 881, N.W.2d 749, 7532 (Wis, 2016).

[8] Engel, C., Linhardt, L., Schubert, M., «Code is law: how COMPAS affects the way the judiciary handles the risk of recidivism», *Artificial Intelligence and Law*, 2024. Disponible en: https://link.springer.com/article/10.1007/s10506-024-09389-8 [última consulta 20 de enero de 2025].

sino un sistema modular capaz de incorporar nuevas fuentes de datos y algoritmos. En otras palabras: una inteligencia artificial que pretende emular y superar al cerebro humano, ayudando en tareas complejas como el diagnóstico del cáncer[9].

En cualquier caso, no siempre es fácil distinguir cuándo estamos en presencia de un algoritmo de IA. Solemos pensar que, si las matemáticas están detrás de algo, como es el caso de las Ciencias de la Información y las Comunicaciones, entonces, por fuerza, habrá exactitud y acuerdo detrás de una definición surgida en ese campo. Nada más alejado de la verdad: la definición de lo que se considera inteligencia artificial no es, en absoluto, pacífica. Este concepto se ha ido transformando a medida que lo han hecho las TICs, y lo que en principio se consideraba «inteligente», dejó de asombrarnos en cuanto se dio el siguiente salto tecnológico. Aún hoy en día existe un debate sobre si la «IA» realmente existe o si es simplemente un término que se utiliza para denominar a programas de ordenador avanzados[10].

No obstante, el término «Inteligencia Artificial» se ha venido asociando desde sus orígenes, a una máquina capaz de pensar y razonar como un humano[11]. Esta idea primigenia sigue estando detrás del concepto. Así, fiel a sus comienzos, *la IA es entendida como la «inteligencia» —percepción, síntesis e inferencia de información— demostrada por las máquinas, en contraposición a la inteligencia mostrada los seres humanos*[12]. Esta noción alude a la teoría y el desarrollo de sistemas informáticos capaces de realizar tareas que normalmente requieren de inteligencia humana, como la percepción visual, el reconocimiento del habla, la toma de decisiones y la traducción entre idiomas[13].

Sin embargo, hoy en día también se considera inteligencia artificial aquella que imita los procesos naturales, no sólo la «inteligencia del ser humano». Así lo demuestran algunos ejemplos de algoritmos modernos de computación natural (*Natural computing*). Se trata de algoritmos inspirados en la naturaleza o bioinspirados como los denominados

[9] Musib, M. *et al.,* «Artificial intelligence in research», *Science,* 357 (6346), 2017. Disponible en: https://doi.org/10.1126/science.357.6346.28. [última consulta 20 de enero de 2025].

[10] Edwards, L., *Regulating AI in Europe: four problems and four solutions (Ada Lovelace Institute Expert Opinion)* (March 01, 2022). Disponible en: http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.5026691. [última consulta 20 de enero de 2025].

[11] El término fue acuñado por primera vez por John McCarthy la década de los 50 del pasado siglo, quien lo usó en su propuesta para la Conferencia de Dartmouth. Dicha propuesta original describía la IA como «la ciencia e ingeniería de hacer máquinas inteligentes» y estableció las bases para el desarrollo del campo en las décadas siguientes. Mccarthy, J., Minsky, M. L., Rochester, N., Shannon, C. E., «A Proposal for the Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence, August 31, 1955», *AI Magazine*, 27(4), Disponible en: https://doi.org/10.1609/aimag.v27i4.1904. [última consulta 20 de enero de 2025].

[12] Copeland, B., «Artificial Intelligence (AI)», *Encyclopædia Britannica*. https://www.britannica.com/technology/artificial-intelligence/Reasoning, [última visita: 22 octubre 2024].

[13] *Ibid*.

de enjambre (*Swarm intelligence*)[14], que remedan el comportamiento de una colonia de hormigas (*ant colony)*, una bandada de pájaros, (*flock of birds)*, o un banco de peces, (*fish bank*), entre otros. Así entendida, la IA es la inteligencia demostrada por las máquinas, que imita la inteligencia de los seres humanos y los *animales*. Creemos, de todos modos, que, si bien la metodología empleada para la construcción de estos algoritmos puede inspirarse en el comportamiento de los animales y los sistemas biológicos en general, sus objetivos, los problemas que con ellos se pretende resolver, siguen siendo inherentes a la humanidad y no a la naturaleza, a la que no puede atribuírsele esa clase de intencionalidad.

Conviene también recordar que, en esta categoría de «algoritmos bioinspirados», se encuentran además los llamados algoritmos genéticos, las Redes Neuronales Artificiales, o los algoritmos que resuelven problemas emulando el sistema inmune: sistema inmune artificial (AIS por sus siglas en inglés), que se basan en los procesos que tienen lugar en el propio cuerpo. También son algoritmos de IA los denominados de Retro-síntesis, que remedan procesos químicos. Y, por si fuera poco, comienzan a abrirse paso los algoritmos de lógica difusa basados en computación quántica, cuyas implicaciones están aún por descifrar. Todo ello, creemos, abala nuestra idea de que, independientemente de la fuente que sirva de inspiración para su desarrollo, *lo trascendental en los algoritmos inteligentes está en los desafíos y las tareas «intelectuales» que pretenden resolver y, por supuesto, en la forma en la que los abordan.*

De aquí podemos extraer la idea de que *un algoritmo de IA lo es, bien por el tipo de problema que resuelve; es decir los objetivos que persigue, propios, por lo general, de la inquietud intelectual del ser humano; bien por la forma en que estos se resuelven: las herramientas que se emplean*[15]. Aunque no se requiere necesariamente que ambos criterios confluyan simultáneamente. En algunos casos, un algoritmo puede ser considerado de IA, simplemente, por la forma en que aborda un problema, incluso si dicho problema no ha sido considerado tradicionalmente como un problema de IA. Ello ocurre, por ejemplo, en la optimización de procesos industriales o el análisis de datos masivos. Por otro lado, un algoritmo de IA no solo persigue objetivos que reflejan la inquietud intelectual humana, sino que también incorpora enfoques diferentes como la búsqueda heurística, redes neuronales o modelos probabilísticos para la toma de decisiones[16]. En

[14] Cada elemento del conjunto sigue unas pocas reglas básicas y emerge un comportamiento complejo, por ejemplo:1. Mantener distancia constante con vecinos; 2. seguir a líder. Este tipo de algoritmos se ha revelado muy útil resolviendo problemas como la ordenación del tráfico en las ciudades.

[15] Esta parecía ser la idea subyacente tras la noción ofrecida inicialmente por la propuesta de RIA, que terminó, como veremos más adelante, decantándose por una noción de «sistema inteligente» similar a la de la OCDE.

[16] Cormen, T. H., Leiserson, C. E., Rivest, R. L., Stein, C., *Introduction to Algorithms*, MIT Press, 2009, pp. 97 y 98.

cualquier caso, la combinación de estas herramientas con problemas tradicionalmente asociados con la IA reforzaría la clasificación de este tipo de algoritmos.

Por todo ello, a continuación, dedicamos un esfuerzo a sistematizar los objetivos y las herramientas con mayor peso, hasta el momento, en el desarrollo de la IA. Fieles a la metodología propuesta en la introducción, haremos hincapié en los posibles desafíos ético-jurídicos que los mismos plantean.

II.1. **Objetivos de IA**

La idea primigenia detrás del concepto de inteligencia artificial, como hemos visto, es la de una máquina —ordenador o robot— que remeda la inteligencia humana. ¿En cuanto a qué? Fundamentalmente en cuanto a las capacidades de *aprendizaje*, *razonamiento*, *resolución de problemas*, *organización del conocimiento*, *percepción* y *uso del lenguaje*. Éstos, han sido los principales componentes de la inteligencia en los que se han centrado los desarrolladores de IA y, por ende, constituyen sus objetivos fundamentales. En cualquier caso, podemos intentar una sistematización en base a objetivos de IA ampliamente aceptados como:

1. *La Percepción*: del mismo modo que los humanos percibimos nuestro entorno a través de los sentidos, las IA modernas tienen la capacidad de utilizar sensores —cámaras de espectro visible o infrarrojo, micrófonos, señales inalámbricas, sonar, radar, sensores táctiles, etc.— para deducir aspectos del mundo exterior. Las aplicaciones de IA en este campo incluyen, entre otras aplicaciones, el reconocimiento de objetos, de voz y facial.

2. *El lenguaje natural y procesamiento de señales*: un rasgo característico de la inteligencia humana es la capacidad para comunicar experiencias mediante el uso de un lenguaje simbólico complejo. El procesamiento del lenguaje natural, como objetivo de la IA, permite a las máquinas «leer» y «comprender» el lenguaje humano. En ese sentido, un sistema de procesamiento de lenguaje natural permite, valga la redundancia, interfaces de usuario de lenguaje natural; así como la adquisición de conocimiento directamente de distintas fuentes: textos de diversa índole, ficheros de voz, etc. Algunas aplicaciones en este ámbito incluyen la recuperación de información, la minería de textos, la respuesta a preguntas y la traducción automática; como el traductor neuronal DeepL, por ejemplo. También se sirven del lenguaje natural y el procesamiento de señales, las inteligencias generativas como ChatGPT[17].

[17] Se ha dado en llamar inteligencia generativa a los modelos de aprendizaje profundo que pueden generar texto, imágenes y otros contenidos, en principio, de alta calidad a partir de los datos con los que se han entrenado. ChatGPT es, tal vez, la inteligencia generativa más conocida. Se trata un sistema de *chat* desarrollado por la empresa OpenAI. De acuerdo con dicha empresa, el modelo tiene más de 175 millones de parámetros, y ha sido entrenado con grandes cantidades de texto para realizar tareas relacionadas con el lenguaje, desde la traducción hasta la generación de texto.

3. *La representación y la ingeniería del conocimiento* resultan fundamentales para la investigación clásica en materia de IA. Éstas, constituyen la base que permitirá al programa de ordenador responder cuestiones de forma inteligente y realizar deducciones sobre hechos del mundo real. Una base de conocimientos es un repositorio representado de forma que pueda ser utilizado —«leído»— por un programa de ordenador. A menudo estas bases de datos se basan en ontologías, las cuales organizan y representan el conocimiento existente en un dominio concreto. Así, las ontologías representan el conjunto de objetos, las relaciones entre éstos, categorías, conceptos, propiedades, etc.[18] Tales «representaciones formales del conocimiento» tienen amplia y probada utilidad en la indexación y recuperación de contenidos, la interpretación de escenas, el apoyo a la toma de decisiones clínicas, el descubrimiento de conocimiento (extracción de inferencias «interesantes» y procesables de grandes bases de datos)»[19], etc.

Algunos «sistemas expertos» intentan recopilar el conocimiento y la experiencia que poseen los humanos en algún ámbito concreto. Otros, tratan de reunir el «conocimiento del sentido común», es decir, el conocimiento de una persona promedio, en una gran base de datos. Este proceso de adquisición de conocimientos resulta crucial en el desarrollo de aplicaciones de IA y, al mismo tiempo, si no se lleva a cabo con rigor, puede generar dudas sobre la opacidad de los sistemas inteligentes, las respuestas que éstos ofrecen y finalmente, generar desconfianza.

Volviendo al ejemplo anterior, el programa ChatGPT para dar sus respuestas recopila conocimientos utilizando una técnica conocida como «*crowd sourced*» o, dicho de otro modo, «raspando» en Internet. Este método, además de generar no pocas dudas sobre la propiedad intelectual de la información que alimenta el modelo, no garantiza en todos los casos una respuesta correcta o fiable[20]; y lo que es más importante, no garantiza una respuesta libre de sesgos discriminatorios.

4. *El Aprendizaje automático* es uno de los conceptos paradigmáticos en materia de IA; aborda el estudio de algoritmos informáticos que mejoran automáticamente a través de la experiencia[21]. Como veremos más adelante este aprendizaje puede ser supervisado, reforzado, semi supervisado o no supervisado. El aprendizaje no supervisado es entendido como la capacidad de encontrar patrones en un flujo de entrada, sin

[18] Uschold, M., Gruninger, M.: «Ontologies: Principles, Methods and Applications», *Knowledge Engineering Review*, 11, 1996, pp. 93-136.

[19] Donoho, D., «50 Years of Data Science», *Journal of Computational and Graphical Statistics*, 26:4, 2017, pp. 745-766. DOI: 10.1080/10618600.2017.1384734.

[20] El conocimiento de los grandes modelos lingüísticos como ChatGPT puede generar información errónea y falsedades, conocidas como «alucinaciones». Qiu, X., Elaraby, M., Tian, Y., «A Comprehensive Survey of Hallucination Mitigation Techniques in Large Language Models», *arXiv*, 2024, p. 104.

[21] Hastie, T., Tibshirani, R., Friedman, J., *The Elements of Statistical Learning: Data Mining, Inference, and Prediction*, Springer, 2009. Russell, S. J., Norvig, P.: *Artificial Intelligence: A Modern Approach*, 4th edition, Pearson, 2021.

que sea necesario que un humano etiquete[22] dichas entradas. Es éste, el que más dudas genera en cuanto a la explicabilidad de los modelos y a las predicciones generadas y a menudo se identifican como modelos de «caja negra»[23]. El aprendizaje supervisado, por su parte, incluye técnicas de clasificación y regresión numérica. Siguiendo con nuestro ejemplo, ChatGPT ha sido optimizada para el diálogo usando un método denominado Aprendizaje Reforzado con Respuesta Humana (RLHF por sus siglas en inglés), que utiliza respuestas humanas para guiar al modelo hacia los comportamientos esperados[24].

5. *El razonamiento y la resolución de problemas*: la resolución de problemas abarca una serie de técnicas como algoritmos (secuencia de pasos definidos para solucionar un problema[25]), heurísticas (reglas aproximadas que simplifican la búsqueda de soluciones)[26], análisis de causa raíz (un enfoque para identificar las causas fundamentales de los problemas)[27], entre otras. En estas disciplinas, la resolución de problemas forma parte de un proceso más amplio que incluye la determinación del propio problema, la deduplicación de los datos[28], el análisis, el diagnóstico y la reparación.

Los primeros estudios en este campo, particularmente en el período comprendido entre las décadas de 1950 a 1980 del siglo pasado, intentaron modelar el razonamiento humano mediante algoritmos secuenciales que imitaban, en teoría[29], cómo los humanos

[22] Una etiqueta o *tag* es una palabra clave asignada a un dato almacenado en un repositorio. Las etiquetas son en consecuencia un tipo de metadato, pues proporcionan información que describe el dato (una imagen digital, un clip de vídeo o cualquier otro tipo de archivo informático) y que facilita su recuperación.

[23] James, G., Witten, D., Hastie, T., Tibshirani, ob. cit.

[24] Zhang, L., Zhang, T., Li, L., Li, X., «Fine-tuning GPT-3 for Human-like Conversations: A Case Study on Chatbot Optimization with Reinforcement Learning», *Journal of Artificial Intelligence Research*, 2023, pp. 45-67.

[25] *Vid supra*.

[26] Kahneman, D., Tversky, A., *Choices, Values, and Frames*, Cambridge University Press, 2000.

[27] ACR por sus siglas en inglés. Xu, Zeshui, Yue He, Xizhao Wang. «An overview of probabilistic-based expressions for qualitative decision-making: techniques, comparisons and developments» *International Journal of Machine Learning and Cybernetics* 10.6, 2019, pp. 1513-1528.

[28] La deduplicación de datos es un proceso mediante el cual se identifican y eliminan copias redundantes de datos dentro de una base o sistema de almacenamiento. El objetivo es optimizar el uso del espacio de almacenamiento y mejorar la eficiencia, asegurándose de que cada información se almacene solo una vez. El proceso de duplicación busca datos repetidos o duplicados y los reemplaza con referencias a una única copia de los datos. Esta técnica es muy utilizada en sistemas de almacenamiento de grandes volúmenes de datos, como bases de datos, archivos y copias de seguridad.

[29] Con el tiempo, se ha consensuado la opinión de que los humanos rara vez utilizamos la deducción paso a paso que la investigación temprana en IA podía modelar. En realidad, solemos resolver la mayoría de nuestros problemas utilizando juicios rápidos e intuitivos. Esta afirmación es consistente con los estudios más recientes sobre la cognición humana. De acuerdo con éstos, los humanos solemos utilizar heurísticas y juicios rápidos (atajos mentales) para resolver problemas, en lugar de realizar deducciones lógicas estrictas y sistemáticas. Gigerenzer, G., Gleichgeld, M., *Fast and Frugal Heuristics: The Adaptive Toolbox*, Oxford University Press, 2008.

resolvemos nuestros problemas, con aproximaciones de IA simbólica o métodos de búsqueda. No obstante, a finales de los años 80 y 90, se desarrollaron nuevos métodos para tratar con información incierta o incompleta. Los investigadores empezaron a integrar conceptos de probabilidad (como redes bayesianas) y de la teoría de juegos, proveniente de las Ciencias Económicas, para lidiar con incertidumbres y lagunas en la información, lo que dio lugar al campo de la IA probabilística.

Esta transición hacia modelos más intuitivos y probabilísticos[30] en la IA moderna acarrea, a su vez, mayores dilemas ético-jurídicos. En efecto, aunque se ha avanzado considerablemente en la resolución de problemas complejos, como los de optimización o diagnóstico, aún no se ha resuelto completamente el problema del razonamiento preciso y eficiente en IA, especialmente en situaciones con alta incertidumbre[31]. Tampoco se ha avanzado lo suficiente en la capacidad de explicar las decisiones tomadas por los algoritmos. Las IA actuales, como los modelos de redes neuronales profundas, son muy buenas haciendo predicciones; no obstante, como hemos venido reiterando, los modelos de caja negra continúan siendo un desafío cuando se busca su interpretabilidad y transparencia.

Por otra parte, los modelos probabilísticos pueden reflejar sesgos presentes en los datos de entrenamiento, ya sea debido a prejuicios históricos o a representaciones sesgadas de ciertos grupos sociales. Esto puede generar decisiones discriminatorias, ya sea por razón de raza, de género, razones socioeconómicas, etc. La cuestión aquí es cómo evitar que los modelos de IA refuercen prejuicios sociales y perpetúen formas de discriminación. Para el Derecho, el reto está en regular el uso de datos sesgados en IA con el fin de proteger los derechos y libertades fundamentales que están en juego[32].

Otra cuestión relevante en torno a los modelos probabilísticos tiene relación con la toma de decisiones automatizadas y el principio de autonomía humana. A medida que los modelos de IA se vuelven más autónomos, surgen problemas en torno a la delegación de decisiones importantes a sistemas automatizados. ¿Dónde queda el control humano? En áreas tan relevantes como la justicia penal o la medicina, es fundamental mantener un equilibrio entre la intervención humana y las decisiones automatizadas. La cuestión, desde el punto de vista jurídico, redunda en torno a cuáles deberían ser las líneas rojas,

[30] Russell, S. J., Norvig, P., ob. cit., pp. 1132 y ss.

[31] En cualquier caso, muchos de estos algoritmos resultan ineficientes a la hora de resolver problemas de razonamiento de gran tamaño, ya que experimentan el fenómeno conocido como «explosión combinatoria». En otras palabras, a medida que se incrementa el tamaño de un problema, el número de soluciones posibles puede crecer de manera exponencial, lo que hace que los algoritmos tradicionales (como la búsqueda de todas las soluciones) resulten ineficaces. De este modo, el razonamiento preciso y eficiente sigue siendo un problema no resuelto. Negnevitsky, M., *Artificial Intelligence: A Guide to Intelligent Systems*, Addison-Wesley, 2005.

[32] O'Neil, C., *Weapons of Math Destruction: How Big Data Increases Inequality and Threatens Democracy*, Crown Publishing Group, 2016, pp. 45-67.

cómo hacer que las decisiones tomadas por IA sean conformes a Derecho y lo que es más importante: justas**.**

Por último, pero no por ello menos relevante, los modelos probabilísticos dependen de grandes cantidades de datos para hacer predicciones precisas. Cuando éstos tienen el carácter de datos personales, surgen no pocas preocupaciones en torno a la privacidad. La dificultad de entender cómo se procesan los datos en los modelos de caja negra, hace que sea complicado garantizar el cumplimiento riguroso de la normativa existente en materia de protección de datos[33], *verbi gratia*: el Reglamento General de Protección de Datos (GDPR) de la Unión Europea.

En resumen, la transición hacia modelos más intuitivos y probabilísticos, en la resolución de problemas, genera no pocos dilemas ético-jurídicos debido, principalmente, a la falta de transparencia, los potenciales sesgos discriminatorios, la delegación de la de la toma decisiones en sistemas autónomos y, con ello, la desvinculación de posibles responsabilidades, así como los riesgos asociados con la protección de datos y la privacidad en general. Es fundamental, por tanto, encontrar un equilibrio entre la eficiencia de estos modelos y el respeto por los principios éticos y las normas jurídicas.

6. *La Planificación*: La Planificación en Inteligencia Artificial (IA) es fundamental para permitir que los sistemas establezcan metas y las alcancen. Para lograrlo, necesitan una forma de visualizar el futuro, lo que implica contar con una representación del estado del mundo y la capacidad de predecir cómo sus acciones lo cambiarán. La planificación permite a estos sistemas inteligentes, tomar decisiones óptimas, maximizando la utilidad o el valor esperado de sus opciones[34]. Algunos ejemplos actuales de IA en planificación incluyen el uso de tales sistemas en Robótica. Así, los robots autónomos, utilizan modelos de planificación para navegar en entornos complejos, ajustando sus movimientos en función de obstáculos dinámicos y cambios en el terreno[35]. Del mismo modo, en el campo de las finanzas, se emplean algoritmos que predicen el comportamiento del mercado y toman decisiones para maximizar los beneficios[36]. Otro ejemplo en este campo lo constituyen las aplicaciones de IA en juegos estratégicos, planificando múltiples movimientos hacia el futuro[37]. Así como en los asistentes virtuales

[33] Yanamala, A; Suryadevara, S; Kalli, V., «Balancing innovation and privacy: The intersection of data protection and artificial intelligence». *International Journal of Machine Learning Research in Cybersecurity and Artificial Intelligence*, Núm. 1, vol. 15, 2024, pp. 1-43.

[34] Russell, S., Norvig, P., ob. cit.

[35] Levine, S., Finn, C., Darrell, T., Abbeel, P., «End-to-End Training of Deep Visuomotor Policies», *Journal of Machine Learning Research*, Núm. 39, 1vol. 1, 2016 pp. 1-40.

[36] Esta práctica es conocida como *trading* algorítmico. La misma se aplica a fondos de inversión, tal es el caso de la firma *Renaissance Technologies*.

[37] Como AlphaZero, de DeepMind, que aprende estrategias óptimas en juegos como el ajedrez sin intervención humana. Silver, D., *et al.*, «Mastering Chess and Shogi by Self-Play with a General Reinforcement Learning Algorithm», *Nature*, 550 (7676), 2017, 354-359.

como *Google Assistant* y Siri que planifican rutas óptimas para los usuarios utilizando modelos predictivos de tráfico. Por último, también podemos encontrar el objetivo de la planificación en modelos de lenguaje, como el de nuestro ejemplo estrella: GPT-4 o Gemini que pueden planificar respuestas complejas en base a múltiples turnos de conversación, ajustando su estrategia en función del contexto y las preferencias del usuario.

Estas aplicaciones tampoco están exentas de presentar desafíos éticos y jurídicos. Se repiten en este campo algunas de las dudas en torno al uso ético de la IA que se han visto en el desarrollo de los distintos objetivos de IA, como la resolución de problemas —al que la planificación está estrechamente ligada—, a la par que surgen nuevos interrogantes. En relación, una vez más, con la desigualdad y el sesgo algorítmico, los sistemas de planificación pueden favorecer (discriminación positiva) o desfavorecer (discriminación negativa) a ciertos grupos, si los datos de entrenamiento no están bien curados[38]. Se pueden presentar, asimismo, problemas en relación con la privacidad y la vigilancia masiva, dado que los algoritmos de planificación utilizados en seguridad o *marketing* pueden predecir comportamientos y violar la privacidad de los usuarios. Sin pretensiones de agotar el tema, otra preocupación que puede surgir en torno a la planificación llevada a cabo por sistemas de IA, redunda en torno a la toma de decisiones autónoma y la responsabilidad legal por el daño causado. Por ejemplo, en sectores como el de las finanzas, la salud y el transporte, la IA puede tomar decisiones que afecten vidas humanas de forma directa[39]. Resulta extremadamente complicado determinar la responsabilidad por daños, derivada de un error de planificación.

7. *El Movimiento y Manipulación*: la IA aplicada al movimiento y manipulación, es clave para el desarrollo de sistemas robóticos capaces de interactuar con su entorno[40]. La localización permite a un robot conocer su ubicación y mapear su entorno, facilitando la navegación y la ejecución de tareas[41]. Sin embargo, la dificultad aumenta en entornos dinámicos, como el interior del cuerpo humano en una endoscopia o en espacios en constante cambio, donde los algoritmos deben adaptarse en tiempo real a condiciones inciertas.

Los usos en este campo abarcan el movimiento y la manipulación robótica móvil en espacios dinámicos, por ejemplo, los robots Spot y Atlas, pueden desplazarse por terrenos irregulares y adaptarse a cambios en el entorno sin intervención humana[42]. Por su parte, empresas como Tesla y Waymo aplican IA en vehículos autónomos para

[38] Por ejemplo: sistemas de contratación con IA que discriminan por género o etnia. O'Neil, C., ob. cit.

[39] Mittelstadt, B. D., *et al.,* «The Ethics of Algorithms: Mapping the Debate», *Big Data & Society*, Núm.2, vol.3, 2016, pp. 1-21.

[40] Siciliano, B., Khatib, O., *Springer Handbook of Robotics*, Springer, 2016.

[41] Thrun, S., Burgard, W., Fox, D., *Probabilistic Robotics*, MIT Press, 2025.

[42] Desarrollados ambos por Boston Dynamics.

transitar calles en tiempo real, evitando obstáculos y reaccionando a imprevistos. En el campo de la robótica médica y la cirugía asistida, sistemas como *Ion* de *Intuitive Surgical* o Medtronic de Hugo™ RAS, emplean modelos de aprendizaje profundo para mapear el interior del cuerpo en cirugías mínimamente invasivas; *Da Vinci Surgical System,* mejora la precisión en cirugías mediante visión asistida por IA y control robótico de alta precisión. Otro ejemplo de manipulación robótica en entornos variables, los constituyen los brazos robóticos industriales, que usan IA para ajustar sus movimientos en tiempo real en fábricas, mejorando la eficiencia en ensamblaje y logística. *OpenAI* y Google DeepMind, por su parte, han desarrollado robots humanoides con IA, capaces de manipular objetos con precisión en entornos no estructurados.

Como se puede suponer este objetivo de IA tampoco está exento de riesgos y desafíos ético-jurídicos. Resultan relevantes, en este sentido, las implicaciones que pueden existir en torno a la seguridad y los posibles accidentes en robótica; ya sea en vehículos autónomos o robots industriales. Es evidente que los fallos en la toma de decisiones pueden generar accidentes graves. El mayor desafío desde el punto de vista jurídico redundaría en torno a falta de una regulación uniforme para la atribución de responsabilidades. Otra de las grandes preocupaciones, en torno a estos desarrollos se deriva de su potencial uso militar[43]. El desarrollo de armas autónomas plantea dilemas éticos sobre el uso de IA en conflictos armados sin intervención humana. Finalmente, el impacto que la automatización mediante robots puede tener en el empleo, no es nada desdeñable. Se considera que la automatización podría desplazar a millones de trabajadores, generando enormes desafíos económicos y sociales a nivel mundial[44].

8. *La Inteligencia social*: el objetivo de la IA social se enfoca en dotar a los sistemas informáticos de la capacidad de reconocer, interpretar y responder a las emociones humanas[45]. También conocida como «computación afectiva», constituye un campo interdisciplinario que abarca el desarrollo de sistemas capaces de analizar el estado emocional de los usuarios y ajustar su comportamiento en consecuencia[46]. Esta capacidad mejora la interacción entre humanos y máquinas, pero también puede generar expectativas poco realistas sobre la verdadera inteligencia de estos sistemas, incluso, sobre su verdadera naturaleza.

[43] Lin, P., Bekey, G., & Abney, K., *Robot Ethics: The Ethical and Social Implications of Robotics*. MIT Press, 2012.

[44] Brynjolfsson, E., Mcafee, A., *The Second Machine Age: Work, Progress, and Prosperity in a Time of Brilliant Technologies*, W.W. Norton & Company, 2014.

[45] Calvo, R. A., D'mello, S., Gratch, J., Kappas, A., *The Oxford Handbook of Affective Computing*, Oxford University Press, 2015.

[46] Picard, R. W., *Affective Computing*. MIT Press, 1997. Esta obra es pionera en el campo de la denominada computación afectiva y su impacto en la interacción humano-máquina.

En la actualidad, son frecuentes los asistentes virtuales con expresión emocional como *Google Assistant*, Siri y Alexa, diseñados para hablar de forma conversacional y, en algunos casos, responder con humor, lo que mejora la percepción de naturalidad. Asimismo, prosperan los robots conversacionales (*chatbots*) avanzados como ChatGPT y Gemini que pueden detectar el tono de los mensajes y adaptar su respuesta en función del contexto emocional. Un paso más allá se da con Woebot y Replika, *chatbots* diseñados para la terapia conversacional (chatbots terapéuticos), que usan IA para detectar el estado de ánimo y responder de manera empática. Empresas como IBM Watson y OpenAI han desarrollado modelos que identifican emociones en textos de redes sociales, encuestas y correos electrónicos. Estos modelos llevan a cabo un procesamiento de lenguaje natural (NLP) para el análisis de sentimientos. Algunos algoritmos combinan el reconocimiento facial y los análisis de voz y texto para evaluar el estado de ánimo de los usuarios, aplicados en atención al cliente, salud mental digital, etc., lo que se conoce como análisis multimodal de emociones[47]. También se han desarrollado tecnologías capaces de medir emociones en tiempo real mediante análisis facial y biométrico. Otra arista del uso de la IA en este campo está relacionada con la llamada robótica social y expresión emocional en robots. Máquinas como *Sophia*, de *Hanson Robotics,* intentan imitar las expresiones humanas mediante el reconocimiento facial. Asimismo, el asistente para personas mayores ElliQ, puede ajustar su tono y comportamiento en función del estado emocional del usuario[48].

La inteligencia social, como objetivo de la IA, confluye, como ha podido apreciarse, con muchos de los objetivos analizados anteriormente. Su desarrollo supone no pocos desafíos desde el punto de vista ético-jurídico. Uno de los más preocupantes es su uso con fines de manipulación y desinformación. En efecto, la computación afectiva puede ser utilizada para manipular emociones en redes sociales, pudiendo ser usadas de forma malintencionada en campañas políticas, como quedó evidenciado en su momento con el escándalo de *Cambridge Analytica*[49]. No pocas dudas surgen en torno al consentimiento y la conservación de la privacidad individual en el análisis emocional. Las empresas pueden, mediante estas técnicas, recopilar datos de emociones sin un consentimiento claro de los consumidores. Otro aspecto preocupante, tiene que ver con las relaciones humano-máquina y las expectativas irreales que las segundas pueden generar en los primeros. Los asistentes virtuales y robots conversacionales avanzados pueden generar apegos emocionales en los usuarios, lo que plantea preguntas sobre la ética de la interacción humano-IA.

[47] Poria, S., Cambria, E., Bajpai, R., & Hussain, A., «A Review of Af-fective Computing: From Unimodal Analysis to Multimodal Fusion», *In-formation Fusion*, vol. 37, 2017, 98-125.

[48] Cowie, Roddy, Gary Mckeown, Ellen Douglas-Cowie. «Tracing Emotion: An Overview», *International Journal of Synthetic Emotions* (IJSE), Núm. 1, vol. 3, pp. 1-17. https://doi.org/10.4018/jse.2012010101.

[49] Zuboff, S., *The Age of Surveillance Capitalism: The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power*, PublicAffairs, 2019.

9. *La Inteligencia general*: La Inteligencia General Artificial (AGI) integraría en una única máquina la capacidad de realizar una gran variedad de tareas cognitivas, tan la amplias y versátiles, como las alcanzadas por la inteligencia humana. A diferencia de la Inteligencia Artificial Estrecha (ANI), que está diseñada para resolver problemas específicos (como reconocimiento facial o procesamiento de lenguaje natural), la AGI podría aprender, razonar, planificar, transferir conocimientos entre dominios y adaptarse a nuevos contextos sin programación explícita.

Existen diversas aproximaciones teóricas acerca con relación como se podría alcanzar este objetivo. MORAVEC y MINSKY[50], pioneros en abordar esta temática, apuestan por el llamado enfoque modular y de agentes múltiples. Argumentan estos autores, que se puede construir una AGI combinando módulos de inteligencia artificial especializados en diferentes dominios. Esta teoría se basa en la idea de una arquitectura cognitiva donde múltiples agentes especializados cooperan para generar un comportamiento generalista. Por su parte el enfoque del «Algoritmo Maestro», cuyo máximo exponente es el autor Pedro DOMINGOS[51], sugiere que un único algoritmo matemáticamente complejo, pero conceptualmente simple, podría permitir a la AGI aprender cualquier tarea sin restricciones específicas. Este enfoque parte de la hipótesis de que todas las formas de aprendizaje pueden unificarse en un modelo computacional universal. Una tercera corriente, que ha ganado mucha fuerza en los últimos tiempos, se basa en la simulación de la cognición humana. En este sentido algunos investigadores[52] creen que modelar el cerebro humano en un sistema artificial (como con redes neuronales profundas y modelos inspirados en la neurociencia) podría ser la clave para alcanzar la AGI[53]. Por último, la corriente del desarrollo infantil simulado se inspira en la idea de que una AGI debería pasar por un

[50] MORAVEC, H., *Mind Children: The Future of Robot and Human Intelli*gence, Harvard University Press, Cambridge, 1988; MINSKY, M. *The Society of Mind*, Simon & Schuster, New York, 1986.

[51] DOMINGOS, P., *The Master Algorithm: How the Quest for the Ultimate Learning Machine Will Remake Our World*, Basic Books, 2015.

[52] HINTON, G., OSINDERO, S., Teh, Y. W., «A fast learning algorithm for deep belief nets». *Neural Computation*, Núm. 7, vol.18, 2006, pp. 1527-1554. https://doi.org/10.1162/neco.2006.18.7.1527; HINTON, G. (2018), «Deep learning», *Nature*, 521(7553), 2018, pp. 436-444. https://doi.org/10.1038/nature14539; Yann LeCun (Desarrollador de la técnica de redes neuronales convolucionales y gran figura del aprendizaje profundo); LECUN, Y., BENGIO, Y., HINTON, G., «Deep learning», *Nature*, 521(7553), 2015, 436-444. https://doi.org/10.1038/nature14539; LECUN, Y., «A machine learning breakthrough», *Scientific American*, 308 (4), 2013, 38-45. https://www.scientificamerican.com/article/a-machine-learning-breakthrough/; MARR, D., *Vision: A computational investigation into the human representation and processing of visual information*. San Francisco, 1982; Freeman, W. H., WEISKOPF, N., *et al.,* «Modeling the human brain: Neural networks and beyond», en C. H. K. H. L. J. Krüger (Editores), *Brain Mapping: The Methods*, 2.ª edición, Academic Press, San Diego, 2004, pp. 141-167. SILVER, D., *et al.,* «Mastering the game of Go with deep neural networks and tree search», *Nature*, 2016, 529 (7587), pp. 484-489.

[53] Por ejemplo, el proyecto *Whole Brain Emulation* (WBE), que busca replicar la estructura neuronal humana en un entorno computacional.

proceso de aprendizaje similar al de un niño humano, interactuando con el entorno y adquiriendo conocimiento progresivamente. Esta es la idea subyacente tras el modelo de IA BabyX, que simula el desarrollo emocional y cognitivo de un infante.

Si bien aún no existe una IA con tales capacidades, si hay avances en este campo que podrían contribuir a su desarrollo en un futuro relativamente próximo. En la actualidad ya existen modelos de lenguaje avanzados que han demostrado capacidad de razonamiento, generación de contenido y adaptabilidad a múltiples tareas, aunque siguen siendo limitados en su comprensión generalista. También se han desarrollado sistemas de aprendizaje profundo multi-tarea: algoritmos como Gato de *DeepMind*, pueden ejecutar múltiples tareas en distintos dominios sin reentrenamiento y se han producido ya determinados avances en meta-aprendizaje y aprendizaje por refuerzo generalizado, que están acercándose a capacidades más flexibles y adaptativas. Asimismo, en la rama de la neurociencia computacional, el Proyecto Cerebro Humano (HBP) ha avanzado en la simulación de redes neuronales complejas, con el objetivo de entender y replicar procesos cognitivos.

La AGI sigue siendo un objetivo teórico, no obstante, como se ha puesto de manifiesto, el progreso tecnológico actual sugiere que podríamos acercarnos a modelos cada vez más versátiles y generalistas. El desarrollo de una inteligencia artificial con capacidades comparables, incluso superiores a las humanas, es un hecho factible y requiere una reflexión profunda sobre sus implicaciones éticas y jurídicas[54]. Si la AGI supera la inteligencia humana, podría tomar decisiones fuera de nuestro control. Ello plantea serias dudas sobre la alineación entre tecnología y seguridad[55]. Asimismo, es difícil prever el impacto que, máquinas capaces de realizar cualquier tarea humana, tendrían sobre el empleo y la economía a nivel mundial[56]. Escenarios aún peores podrían imaginarse: una IA de esta naturaleza, con acceso masivo a información y generación de contenido, podría ser utilizada con fines de manipulación política, desinformación o, incluso, belicistas[57].

Vuelven a surgir dudas sobre la responsabilidad jurídica y su posible atribución a una IA en caso de que esta cause daños. El reto mayor, desde el punto de vista jurídico, devendría del establecimiento de marcos regulatorios claros para delimitar la responsabilidad civil o penal de los sistemas autónomos avanzados. Incluso, se pueden plantear

[54] Tegmark, M., *Life 3.0: Being Human in the Age of Artificial Intelligence*, Knoof, 2017.

[55] Hace 10 años Nick Bostrom ya argumentaba que, sin salvaguardias, una AGI mal diseñada podría priorizar objetivos que sean peligrosos para la humanidad. Bostrom, N. *Superintelligence: Paths, Dangers,* Strategies, Oxford University Press, 2014.

[56] Brynjolfsson, E., Mcafee, A., *The Second Machine Age: Work, Progress, and Prosperity in a Time of Brilliant Technologies.* W.W. Norton & Company, 2014.

[57] Zuboff. ob. cit, expone cómo la IA ya se usa en la actualidad para explotar datos personales con fines comerciales y políticos.

hipótesis sobre la concesión de derechos a la IA en caso de que esta alcanzase la singularidad. Es decir: la conciencia sobre su propia existencia. Autores como Chalmers y Metzinger, han debatido sobre la posibilidad de sufrimiento artificial y la necesidad de marcos éticos para proteger a hipotéticas entidades sintéticas[58].

II.2. **Herramientas de IA**

Los objetivos previamente analizados se alcanzan mediante el uso de diversas herramientas, las cuales, a su vez, han dado origen a múltiples campos de estudio dentro de la inteligencia artificial. Estos campos, debido a su complejidad y evolución constante, presentan desafíos en su sistematización. De manera similar a cómo las IA pueden aplicarse a distintos propósitos, múltiples herramientas y técnicas pueden combinarse para alcanzar un mismo objetivo. Algunas de las más relevantes incluyen:

1. *Búsqueda y optimización*: Las técnicas de búsqueda y optimización en inteligencia artificial se emplean para analizar múltiples soluciones dentro de un espacio de búsqueda y seleccionar la más adecuada para un problema determinado. La búsqueda consiste en recorrer este espacio de soluciones para identificar aquellas que cumplen con criterios específicos. Por otro lado, la optimización se enfoca en ajustar las variables de un sistema con el fin de maximizar o minimizar una función objetivo, como ocurre en problemas de optimización lineal y no lineal[59]. Estas técnicas son fundamentales en áreas como el aprendizaje automático, la planificación y la toma de decisiones automatizada.

Los algoritmos de optimización pueden perpetuar o amplificar sesgos si los datos utilizados contienen prejuicios históricos. Esto puede llevar a discriminación en áreas como contratación, concesión de créditos y justicia penal. Por otra parte, muchos métodos de optimización, especialmente en aprendizaje profundo, funcionan como cajas negras, lo que dificulta explicar por qué se llegó a una determinada solución. Ello plantea problemas en términos de rendición de cuentas y el derecho a una decisión explicada. La optimización de modelos puede implicar el uso de grandes volúmenes de datos personales, lo que genera riesgos relacionados con la privacidad y el cumplimiento nor-

[58] Chalmers, D. J., *The Conscious Mind: In Search of a Fundamental Theory*, Oxford University Press, New York, 1996; Chalmers, David J., «The shallow and the deep: The two dimensions of the hard problem of consciousness», *Consciousness and Its Place in Nature*, Imprint Academic, Exeter, 2010, pp. 1-34; Chalmers, David J., *Constructing the World*, Oxford University Press, New York, 2018; Metzinger, Thomas, *Being No One: The Self-Model Theory of Subjectivity*, MIT Press, Cambridge (MA), 2003. Metzinger, Thomas, *The Ego Tunnel: The Science of the Mind and the Myth of the Self*, Basic Books, New York, 2013.; Metzinger, Thomas, «Ethics of artificial consciousness», en: Keith Frankish y William M. Ramsey (editores), *The Cambridge Handbook of Artificial Intelligence*, Cambridge University Press, Cambridge, 2018, pp. 123-136; Metzinger, Thomas, «Artificial consciousness and the ethics of consciousness simulation», *Mind and Machines*, Núm, vol. 29, 2019, pp. 1-14.

[59] Kalyanmoy, Deb, *Optimization for Machine Learning*, Springer, 2019.

mativo en la materia. Además, en contextos donde las decisiones optimizadas afectan a personas (por ejemplo, en diagnóstico médico o sistemas de justicia), surge la cuestión de quién es responsable en caso de error: ¿el desarrollador, el usuario, el sistema en sí? Por lo que se refiere a su impacto en la economía la optimización de procesos puede llevar a la automatización de trabajos, generando preocupaciones sobre desempleo y la necesidad de nuevas regulaciones laborales[60].

2. *Lógica*: La lógica en inteligencia artificial (IA) se refiere al uso de sistemas formales de razonamiento para representar, estructurar y manipular el conocimiento de manera precisa. Se fundamenta en la lógica matemática, incluyendo la lógica proposicional, la lógica de primer orden y la lógica modal, para inferir conclusiones a partir de premisas establecidas. Su aplicación es esencial en el desarrollo de sistemas expertos, razonadores automáticos y agentes inteligentes capaces de tomar decisiones basadas en reglas lógicas. Además, la lógica en IA se combina con otras técnicas, como el aprendizaje automático, para mejorar la capacidad de razonamiento y toma de decisiones en entornos dinámicos y complejos.

Si bien los sistemas basados en lógica suelen ser más interpretables que las redes neuronales profundas, en aplicaciones complejas pueden ser difíciles de auditar. Esto plantea, una vez más desafíos en cuanto a la explicabilidad[61] y la responsabilidad legal en la toma de decisiones automatizadas. Por otra parte, la representación del conocimiento en IA lógica, depende de premisas explícitas que pueden estar incompletas o sesgadas. Si no se tiene el cuidado suficiente, ello podría conducir a conclusiones erróneas y, en algunos casos, reforzar prejuicios existentes. En sistemas lógicos utilizados en sectores como la medicina, el Derecho o la automatización financiera, las decisiones pueden tener implicaciones legales directas. Como en los supuestos anteriores, determinar la responsabilidad en caso de errores, sigue siendo un reto regulatorio.

3. *Métodos probabilísticos*: Los métodos probabilísticos en inteligencia artificial (IA) incluyen un conjunto de técnicas basadas en teoría de la probabilidad, para modelar incertidumbre, inferencia y toma de decisiones en sistemas inteligentes. Estas técnicas permiten representar conocimientos inciertos y aprender de datos «ruidosos» o incompletos. Se utilizan en aplicaciones como redes bayesianas, modelos de Markov ocultos,

[60] Mittelstadt, Brent, «Principles Alone Cannot Guarantee Ethical AI», *Nature Machine Intelligence*, Núm. 1, Vol. 11, 2019, pp. 501-507; Veale, Michael / Zuiderveen Borgesius, Frederik, «Demystifying the Draft EU Artificial Intelligence Act», *Computer Law & Security Review*, Núm 4, vol. 22, pp. 97-112, 2021; Jobin, Anna / Ienca, Marcello / Vayena, Effy, «The Global Landscape of AI Ethics Guidelines», *Nature Machine Intelligence*, Núm. 1, Vol. 9, 2019, pp. 389-399.

[61] Wachter, S.; Mittelstadt, B.; Floridi, L., «Why a Right to Explanation of Automated Decision-Making Does Not Exist in the General Data Protection Regulation», *International Data Privacy Law*, Núm. 7, Vol. 2, 2017, pp. 76-99.

inferencia probabilística en aprendizaje automático y modelos generativos como los procesos de Monte Carlo[62].

Como se dicho antes, muchos modelos probabilísticos, especialmente los basados en aprendizaje profundo, son difíciles de interpretar, lo que complica la rendición de cuentas en decisiones críticas (por ejemplo, en diagnósticos médicos o evaluación crediticia). La dependencia de datos probabilísticos puede llevar a decisiones erróneas si la calidad de los datos es baja o si existen sesgos en su distribución. Esto es particularmente problemático en justicia penal o contrataciones automatizadas. Si los datos de entrenamiento contienen sesgos, los modelos probabilísticos pueden reforzarlos, generando decisiones discriminatorias en sectores como seguros, préstamos y procesos judiciales. En contextos donde la IA toma decisiones críticas (vehículos autónomos, diagnóstico médico, control financiero), los errores en las inferencias probabilísticas plantean interrogantes sobre la responsabilidad legal en caso de fallos[63].

En cuanto a la transparencia y la explicabilidad, los métodos probabilísticos suelen generar modelos de alta dimensionalidad y difícil interpretación (ej., modelos bayesianos profundos). La nueva normativa europea en materia de IA[64], exige que los sistemas de alto riesgo sean explicables y auditables, lo que podría limitar el uso de métodos altamente complejos. Por lo que respecta a la mitigación de sesgos y fiabilidad, los métodos probabilísticos aprenden de datos históricos y, si estos contienen sesgos, los modelos pueden amplificarlos. El Reglamento exige pruebas rigurosas para evitar sesgos discriminatorios, lo que podría requerir nuevos enfoques en la calibración y validación de modelos probabilísticos. Finalmente es innegable que el RIA tiene, o se espera que tenga, un impacto en la innovación y regulación de los modelos generativos. Técnicas como los modelos generativos basados en probabilidad podrían verse reguladas en función de su aplicación —ej., generación de falsificaciones profundas (*deepfakes*[65])—.

[62] Murphy, K. P., *Probabilistic Machine Learning: Advanced Topics*, MIT Press, 2023.

[63] Doshi-Velez, F.; Kim, B., «Towards A Rigorous Science of Interpretable Machine Learning», *Annual Review of Statistics and Its Application*, Núm. 8, 2017, pp. 1-24.

[64] Como veremos más adelante, el RIA establece un marco normativo para el desarrollo y uso de la IA en la UE, clasificando los sistemas de IA según el nivel de riesgo (mínimo, limitado, alto y prohibido). Su impacto en los métodos probabilísticos podría analizarse en tres dimensiones principales: Transparencia y Explicabilidad; Mitigación de Sesgos y Fiabilidad; Impacto en la Innovación y Regulación de Modelos Generativos.

[65] El término «deepfakes» es un anglicismo utilizado para describir contenido multimedia (principalmente videos o audios) manipulado o generado mediante inteligencia artificial, que puede crear representaciones falsas, pero muy realistas, de personas realizando o diciendo cosas que en realidad no ocurrieron. Nos vamos a permitir el uso del anglicismo en este caso, ya que, en castellano, no existe un término único que sea tan popular como «deepfake», si bien algunas traducciones o expresiones que podrían usarse son: «Falsificación profunda» o «falsificación digital», «Falsos generados por IA» o «contenidos falsos generados por IA»; «manipulaciones digitales» o «falsificaciones digitales».

La normativa puede restringir su uso en áreas críticas, como identificación biométrica, pero incentivar su aplicación en sectores de bajo riesgo con pautas de control.

4. *Métodos clasificadores, estadísticos y de aprendizaje automático (Machine learning):* Estas herramientas de IA abarcan un conjunto de técnicas que permiten a los sistemas de IA aprender patrones a partir de datos y hacer predicciones o tomar decisiones sin ser programados explícitamente para realizar la tarea[66]. Estos métodos son fundamentales en aplicaciones como el reconocimiento facial, la predicción de fraudes, la medicina personalizada y los sistemas de recomendación.

Los modelos clasificadores son algoritmos que asignan etiquetas a entradas basadas en características observadas. Ejemplos comunes incluyen máquinas de soporte vectorial (SVM), árboles de decisión y redes neuronales profundas[67]. Los métodos estadísticos se utilizan para modelar y analizar relaciones entre variables, empleando técnicas como regresión lineal, bayesiana y análisis de componentes principales (PCA). El aprendizaje automático abarca una amplia gama de técnicas, incluyendo supervisado, no supervisado y de refuerzo, para enseñar a las máquinas a mejorar su rendimiento en tareas específicas con el tiempo[68].

Como ocurre con otras herramientas de IA, los modelos clasificadores pueden perpetuar o amplificar sesgos en los datos, generando resultados discriminatorios en procesos de selección de personal, concesión de créditos, justicia penal, etc. Asimismo, como hemos venido recalcando a lo largo de este trabajo, muchos modelos de aprendizaje automático *Machine learnig* (ML), especialmente las redes neuronales profundas, funcionan como cajas negras, dificultando la interpretación de sus decisiones y afectando la rendición de cuentas en sectores regulados como la salud y las finanzas. Los algoritmos de ML requieren grandes volúmenes de datos, lo que plantea riesgos en el cumplimiento de la normativa en materia de protección de datos[69]. Del mismo modo, los métodos de ML pueden ser explotados con fines malintencionados, como la generación de falsificaciones profundas (*deepfakes)*, la manipulación de información o la vigilancia masiva. Resulta del mismo modo complicado, determinar quién es responsable en caso de decisiones erróneas tomadas por modelos de ML, especialmente en sectores donde las decisiones afectan directamente a los individuos, como el diagnóstico médico o la conducción autónoma[70].

[66] Murphy, K. P., *op. cit*.

[67] Hastie, T.; Tibshirani, R.; Friedman, J. — *The Elements of Statistical Learning* (2.ª ed., Springer, 2009).

[68] Goodfellow, I.; Bengio, Y.; Courville, A., *Deep Learning*, MIT Press, 2016.

[69] Como el GDPR en la UE o la Ley de Privacidad del Consumidor de California. California Civil Code § 1798.100 et seq. (2018). California Consumer Privacy Act of 2018 (CCPA). California Legislative Information. Disponible en: https://leginfo.legislature.ca.gov/

[70] O'NEIL, C., *Weapons of Math Destruction: How Big Data Increases Inequality and Threatens Democracy*, Crown Publishing, 2016.; Veale, M.; Zuiderveen Borgesius, F., «Demystifying the Draft

5. *Redes neuronales artificiales:* Redes neuronales artificiales (RNA) son modelos computacionales inspirados en la estructura y funcionamiento del cerebro humano. Consisten en nodos interconectados (neuronas artificiales) que procesan y transmiten información. Las neuronas están organizadas por capas: la capa de entrada recibe los datos, las capas ocultas procesan la información mediante cálculos matemáticos y la capa de salida: proporciona el resultado. Las redes neuronales pueden aprender patrones complejos a partir de datos y se utilizan en tareas como el reconocimiento de imágenes, procesamiento de lenguaje natural y predicción de series temporales. En la actualidad, existen numerosos ejemplos de aplicaciones que se valen de redes neuronales artificiales, como las que se encargan del reconocimiento facial en redes sociales y seguridad biométrica; los sistemas de recomendación de plataformas como Netflix, Spotify y Amazon; o las que se encargan de realizar análisis financieros y detección de fraudes en la banca.

5.1. *Aprendizaje profundo* (*Deep learning*): El Aprendizaje profundo es una subcategoría de las redes neuronales artificiales que se caracteriza por el uso de múltiples capas de neuronas (*deep neural networks*). Estas redes pueden modelar representaciones jerárquicas de los datos, lo que les permite aprender características de alto nivel directamente a partir de datos brutos[71]. El aprendizaje profundo ha sido crucial en el avance de áreas como la visión por computadora, el procesamiento del lenguaje natural y el reconocimiento de voz. Algunos ejemplos actuales de *Deep learning* incluyen: *AlphaFold*: predicción de estructuras de proteínas mediante DL; DALL·E y *Stable Diffusion*: generación de imágenes a partir de texto.

Por lo general las redes neuronales adolecen de falta de explicabilidad: la toma de decisiones de las RNA es difícil de interpretar (caja negra). También puede verse afectada por sesgos en los datos, sin contar con que el entrenamiento de grandes modelos requiere una enorme cantidad de energía, impactando el medioambiente. En el caso del *Deep learning*, es especialmente preocupante su uso indebido en falsificaciones profundas y manipulación mediática; la dificultad en la regulación de modelos avanzados de IA, los posibles problemas de privacidad y uso no consentido de datos para el entrenamiento de modelos.

6. *Lenguajes y hardware especializados:* Se trata de herramientas y plataformas diseñadas específicamente para mejorar la eficiencia y el rendimiento de los sistemas de IA. Aquí podemos encontrar lenguajes de programación como Python o R —usado en modelos estadísticos y aprendizaje automático—, y lenguajes de dominio específico como Prolog, empleados en IA basada en lógica y sistemas expertos. El hardware

---

EU Artificial Intelligence Act», *Computer Law Review International*, Núm. 22, Vol. 4, 2021, pp. 97-112; JOBIN, A.; IENCA, M.; VAYENA, E., «The Global Landscape of AI Ethics Guidelines», *Nature Machine Intelligence*, Núm. 1, Vol. 9, 2019, pp. 389-399.

[71] GOODFELLOW, I.; BENGIO, Y.; COURVILLE, A., *Deep Learning*, MIT Press, 2016; LECUN, Y.; BENGIO, Y.; HINTON, G., «Deep Learning», *Nature*, Núm. 521, Vol. 7553, 2015, pp. 436-444.

especializado incluye unidades de procesamiento gráfico (GPUs) que aceleran el entrenamiento de redes neuronales; unidades de procesamiento tensorial (TPUs) diseñadas por Google para IA avanzada. Esas herramientas tributan a distintos objetivos como la optimización del procesamiento computacional, por ejemplo, contribuyendo a la ejecución eficiente de redes neuronales. La aceleración del aprendizaje automático, reduciendo el tiempo de entrenamiento de los modelos. Y, por último, la facilitación del desarrollo de modelos de IA, creando entornos de programación especializados.

Los desafíos ético-jurídicos de este tipo de herramientas se relacionan con el peligro de monopolización por grandes empresas como NVIDIA o Google del hardware especializado; el impacto ambiental del alto consumo energético de GPUs y TPUs[72]; así como con la dependencia tecnológica y las barreras de acceso a la IA avanzada.

II.3. **Clasificación de los algoritmos en inteligencia artificial: aprendizaje automático y toma de decisiones**

En la mayoría de los problemas a resolver por parte de las IA confluyen, de alguna manera, el aprendizaje y/o la toma de decisiones junto con otros objetivos. De hecho, la forma en la que «aprenden» los algoritmos está muy relacionada con el tipo de decisión que pueden «tomar». Por ese motivo, de las muchas clasificaciones existentes[73], vamos a centrarnos en las que tienen que ver con estos dos aspectos.

II.3.1. ***Clasificación de acuerdo con el problema***

i. Problemas de Clasificación: Los algoritmos de clasificación asignan etiquetas o categorías a un conjunto de datos. La salida es un valor discreto que puede pertenecer a una de varias categorías predefinidas. Ejemplos paradigmáticos de este tipo de algoritmos son los de regresión logística, utilizados en problemas binarios de clasificación,

[72] Patterson, D.; Gonzalez, J.; Le, Q.; Liang, C.; Munguia, L-M.; Rothchild, D.; So, D.; Texier, M.; Dean, J., «Carbon Emissions and Large Neural Network Training», *Proceedings of Machine Learning Research* (preprint en arXiv, abril 2021, arXiv:2104.10350).

[73] Otras clasificaciones relevantes en este ámbito se basan en criterios como:

— La Estructura de los Datos, que incluyen algoritmos de procesamiento de datos estructurados (ej. Regresión Logística, Árboles de Decisión); y algoritmos de procesamiento de datos no estructurados: Por ejemplo, los modelos de lenguaje natural como GPT.

— La Técnica de Optimización Utilizada: Métodos Deterministas como Descenso de Gradiente, Programación Lineal, y Métodos Estocásticos:

— Clasificación según la Arquitectura del Algoritmo: abarca modelos lineales y modelos no lineales: como, por ejemplo: Redes Neuronales, K-Vecinos Más Cercanos (KNN)

— Clasificación según el Paradigma de Desarrollo que incluye algoritmos basados en reglas: Ejemplo: Sistemas Expertos, Motores de Reglas y algoritmos basados en datos: Ejemplo: Redes Neuronales, Árboles de Decisión. Para tener una visión de conjunto véase: Goodfellow, I., *op. cit.*; Russell, S., & Norvig, P. *op. cit.*

como la detección de *spam* (correo electrónico spam vs. no spam)[74] y las máquinas de vectores de soporte o máquinas de vector soporte, más conocidas por su nombre en inglés s*upport vector machine* (SVM): algoritmos ampliamente usados en la clasificación de imágenes[75].

Los algoritmos de clasificación, como los que se utilizan para predecir la probabilidad de que un correo electrónico sea spam o clasificar imágenes, pueden estar sesgados si los datos de entrenamiento no son representativos de toda la población. Esto puede llevar a decisiones discriminatorias, como rechazar a un candidato para un trabajo o un préstamo con base en características no relevantes (sexo, raza, etc.). En campos como la justicia penal o la contratación pueden tomar decisiones con efectos significativos en la vida de las personas. La falta de transparencia en cómo se toman esas decisiones plantea un riesgo para los derechos fundamentales de las personas.

Desde el punto de vista jurídico, las grandes cuestiones redundan en torno a garantizar la transparencia, en aras de evitar los sesgos discriminatorios, y en torno a la responsabilidad. Una vez más surge la duda sobre quién es el responsable cuando un sistema automatizado comete un error en la clasificación. Por ejemplo, si un modelo clasifica erróneamente a una persona como «criminal» en un sistema predictivo utilizado por la policía: ¿quién es el responsable? ¿el desarrollador del algoritmo, el usuario, el sistema mismo?

ii. Problemas de Regresión: Los algoritmos de regresión predicen un valor continuo basado en un conjunto de datos de entrada. El objetivo es encontrar la relación entre las variables independientes y una variable dependiente continua. Constituyen ejemplos de estos los algoritmos de regresión lineal, que predice valores continuos como el precio de una casa en función de su tamaño y ubicación[76] y las redes neuronales artificiales (ANN) de las que hemos hablado ampliamente en este trabajo[77], cuyo uso puede abarcar la predicción de tendencias de mercado o incluso el consumo de energía en un edificio, entre otros muchos ejemplos.

La predicción de precios de viviendas o el comportamiento del mercado puede alimentar desigualdades si los algoritmos no están bien regulados o no cuentan con mecanismos que mitiguen su impacto en las personas más vulnerables. También el derecho a la privacidad individual y familiar puede verse comprometida por este tipo

[74] Hosmer, D. W.; Lemeshow, S., *Applied Logistic Regression*, 2.ª edición, Wiley-Interscience, New York, 2000; Cortes, C.; Vapnik, V., «Support-vector networks», *Machine Learning*, Núm. 20, Vol. 3, 1995, pp. 273-297. DOI: 10.1007/BF00994018.

[75] Chölkopf, B.; Smola, A. J., *Learning with Kernels: Support Vector Machines, Regularization, Optimization, and Beyond*, MIT Press, Cambridge MA, 2002.

[76] Seber, G. A. F.; Lee, A. J., *Linear Regression Analysis*, 2.ª edición, Wiley-Interscience, Hoboken (NJ), 2012.

[77] Goodfellow, I.; Bengio, Y.; Courville, A., *Deep Learning*, MIT Press, Cambridge (MA), 2016.

de algoritmos. En el caso de la regresión para la predicción de precios de viviendas, por ejemplo, el uso de datos privados o sensibles de personas (como el historial de crédito o información demográfica) plantea preocupaciones sobre la invasión de la privacidad.

El reto para el Derecho está, entonces, en garantizar una adecuada protección a los datos personales. La recopilación y el uso de grandes cantidades de datos personales requieren el cumplimiento de normativas sobre protección de datos, como el Reglamento Europeo de Protección de Datos (RGPD)[78] en la UE, que exige el consentimiento informado y la minimización de datos. Asimismo, la regulación de la responsabilidad por predicciones incorrectas vuelve a emerger.

iii. Problemas de agrupamiento *(Clustering*): los algoritmos de agrupamiento o *clustering* agrupan datos sin etiquetar en conjuntos, los datos dentro de cada grupo son más similares entre sí que con los de otros grupos. Dentro de estos se encuentran el *K-Means*: utilizado en segmentación de clientes en grupos, según comportamientos de compra similares y los algoritmos de expectación-maximización (EM), ampliamente usados en bioinformática para agrupar genes que muestran patrones de expresión similares.

Desde el punto de vista ético-jurídico; el *clustering* puede contribuir a la exclusión social al segmentar a personas o grupos con características similares, pero de manera que refuerce estereotipos o segregación. Por ejemplo, agrupar a ciertos individuos en segmentos específicos sin tener en cuenta su contexto social y cultural puede reforzar desigualdades preexistentes. Del mismo modo, en sistemas de agrupamiento utilizados en salud o seguridad, si no se manejan adecuadamente, pueden generar perfiles erróneos que estigmatizan a ciertos grupos o individuos. El uso de algoritmos para decidir quién recibe ciertos servicios o recursos (por ejemplo, en seguros o crédito) plantea riesgos de discriminación si los algoritmos agrupan a personas de manera inapropiada o injusta, generando una barrera en el acceso a ciertos servicios. Del mismo modo surgen dudas sobre la revisión de decisiones automatizadas. La falta de claridad en cómo un algoritmo agrupa a los individuos puede dificultar su derecho a apelar o impugnar decisiones.

iv. Problemas de Optimización: los algoritmos que resuelven problemas de optimización buscan la mejor solución en un conjunto de opciones posibles. Estos algoritmos intentan maximizar o minimizar una función objetivo. Tal es el caso, por ejemplo, del algoritmo genético[79], usado para optimizar rutas de entrega en logística o para mejorar

[78] Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (Reglamento General de Protección de Datos). Diario Oficial de la Unión Europea, L 119, 1-88. Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32016R0679

[79] HOLLAND, J. H., *Adaptation in Natural and Artificial Systems: An Introductory Analysis with Applications to Biology, Control, and Artificial Intelligence*, 2.ª edición, MIT Press, Cambridge (MA), 1992.

el diseño de productos. También es el caso de la programación lineal: utilizada en la optimización de recursos, como en la asignación de tareas en producción[80].

Los algoritmos de optimización, especialmente en logística o recursos humanos, pueden hacer que se tomen decisiones que impacten negativamente en los trabajadores. Por ejemplo, si un algoritmo de optimización reduce costos a expensas de los salarios o condiciones laborales. Por otro parte, las soluciones optimizadas por IA no siempre son comprensibles o accesibles para los humanos. Esto plantea la necesidad de ser transparente sobre cómo y por qué se toman decisiones en los entornos automatizados.

Si un algoritmo optimiza recursos a costa de los empleados, podría haber violaciones de derechos laborales, que podrían ser cuestionadas legalmente bajo normativas sobre protección del trabajo. En contextos como la optimización de rutas de entrega, los algoritmos pueden generar nuevos riesgos, como accidentes o violación de leyes de tráfico, lo que genera incertidumbres sobre la responsabilidad legal.

v. Problemas de búsqueda: los algoritmos de búsqueda se emplean para encontrar soluciones factibles o la mejor solución posible en un espacio de búsqueda determinado. Por ejemplo, el algoritmo A*, comúnmente usado en la navegación y la planificación de rutas, como encontrar el camino más corto en un mapa y búsqueda en anchura (BFS): Utilizado en problemas de búsqueda de soluciones en estructuras de datos como grafos o árboles[81].

En motores de búsqueda o sistemas de recomendación, el uso de algoritmos que priorizan ciertos resultados sobre otros puede manipular la información que los usuarios ven, afectando su toma de decisiones. Asimismo, la búsqueda automatizada puede amplificar la desinformación si se priorizan resultados que favorezcan teorías falsas o engañosas. Las normas relacionadas con la libertad de expresión y la regulación de la información deben abordar el impacto de los algoritmos en la distribución de contenidos en línea, como lo que ocurre con las noticias falsas. Los usuarios deben tener el derecho de saber cómo los motores de búsqueda o sistemas de recomendación filtran o priorizan los contenidos que ven, especialmente cuando estos afectan sus decisiones.

II.3.2. *Clasificación según la forma de aprendizaje*

La clasificación de los algoritmos de Inteligencia Artificial (IA) de acuerdo con el tipo de aprendizaje se basa en el proceso por el cual los modelos son entrenados, validados y utilizados para realizar predicciones o decisiones. Este proceso involucra

[80] Dantzig, G. B., *Linear Programming and Extensions*, Princeton University Press, Princeton (NJ), 1963.

[81] Hart, P. E.; Nilsson, N. J.; Raphael, B., «A formal basis for the heuristic determination of minimum cost paths», *IEEE Transactions on Systems Science and Cybernetics*, Núm. 4, Vol. 2, 1968, pp. 100-107. DOI: 10.1109/TSSC.1968.300136; Cormen, T. H.; Leiserson, C. E.; Rivest, R. L.; Stein, C., *Introduction to Algorithms*, 3.ª edición, MIT Press, Cambridge (MA), 2009.

tres fases principales: entrenamiento, validación y predicción. Dependiendo de cómo se maneje la información (si se proporciona o no etiquetada[82]) y de si el modelo recibe o no retroalimentación durante el proceso, los algoritmos de IA pueden clasificarse en Aprendizaje No Supervisado, Aprendizaje Supervisado y Aprendizaje por Refuerzo. Cada tipo de aprendizaje tiene características específicas que lo hacen adecuado para diferentes tipos de problemas y escenarios. El aprendizaje supervisado es adecuado cuando se tienen etiquetas claras en los datos. El aprendizaje no supervisado es útil para descubrir patrones en datos sin etiquetas, y el aprendizaje por refuerzo es ideal para problemas donde la toma de decisiones secuenciales y la retroalimentación son esenciales[83].

i. Aprendizaje supervisado: **e**n el aprendizaje supervisado, el algoritmo se entrena con un conjunto de datos etiquetados, donde las respuestas correctas (etiquetas) son conocidas. Siguiendo el esquema plateado en la primera fase, el entrenador (ya sea un humano o un software) proporciona al modelo los datos de entrada junto con las respuestas correctas (etiquetas) durante el proceso de entrenamiento. El objetivo es aprender a mapear las entradas a las respuestas correctas. Durante la etapa de validación, se ajustan los hiperparámetros y se evalúa el rendimiento con un conjunto de validación. Finalmente se usa el modelo entrenado para hacer predicciones sobre datos nuevos[84].

Este tipo de aprendizaje puede generar modelos con una alta precisión si hay suficientes datos etiquetados, al tiempo que facilita la interpretabilidad de modelos simples y la evaluación con métricas claras. No obstante, los modelos predictivos requieren de grandes cantidades de datos etiquetados y pueden, asimismo llegar a «sobreajustarse» si no se controla bien la complejidad.

En general, aunque los modelos supervisados suelen ser más comprensibles, su dependencia de los datos etiquetados puede reforzar los sesgos preexistentes si éstos no son representativos. No están exentos de decisiones que reflejan prejuicios sociales, raciales o de género. Además, el uso de datos etiquetados plantea preocupaciones sobre la protección de datos personales.

ii. Aprendizaje no supervisado

En el aprendizaje no supervisado, el algoritmo busca patrones y estructuras en datos no etiquetados, es decir, no se proporcionan las respuestas correctas. El algoritmo debe identificar grupos o relaciones por sí mismo. En la fase de entrenamiento se identifican patrones sin una supervisión explícita; para la validación se evalúan los patrones

[82] Una etiqueta o *tag* es una palabra clave asignada a un dato almacenado en un repositorio. Las etiquetas son en consecuencia un tipo de metadato, pues proporcionan información que describe el dato (una imagen digital, un clip de vídeo o cualquier otro tipo de archivo informático) y que facilita su recuperación.

[83] Goodfellow, I., *et al., op. cit.*

[84] Hastie, T., *et al., op. cit.*

descubiertos usando métricas como cohesión o separación de clústeres, y finalmente se asignan nuevos datos a los patrones previamente detectados. Este es el caso, por ejemplo, de los algoritmos de *Clustering K-Means*, utilizado para segmentar clientes en base a comportamientos similares sin etiquetas previas.

Este tipo de modelos tiene la ventaja de no requerir datos etiquetados, pudiendo descubrir relaciones ocultas en los datos. Por ello se ha revelado útiles para la exploración de datos y detección de anomalías. No obstante, como puede deducirse fácilmente es más complicado interpretar los resultados y no tiene una forma clara de evaluación del rendimiento.

Aunque el aprendizaje no supervisado busca patrones en los datos, sin etiquetas previas (exploración de patrones ocultos), puede encontrar relaciones que no son éticamente deseables, como perfiles discriminatorios de clientes en base a características no relacionadas con el producto o servicio. Dado que estos algoritmos operan sin supervisión humana directa, hay riesgos de que tomen decisiones que no puedan ser fácilmente explicadas a los usuarios, lo que plantea desafíos éticos sobre la autonomía de las decisiones automatizadas. Asimismo, si un algoritmo de aprendizaje no supervisado clasifica a individuos de manera que afecte su acceso a servicios o productos, debe existir una forma clara de auditar y comprender la lógica detrás de esas decisiones.

iii. Aprendizaje por refuerzo

En el aprendizaje por refuerzo, el algoritmo aprende a través de la interacción con un entorno. Recibe recompensas o castigos según las acciones que toma, y su objetivo es maximizar las recompensas acumuladas a lo largo del tiempo. En la etapa de entrenamiento: el agente explora y aprende con prueba y error, maximizando recompensas. En la de validación, se ajustan hiperparámetros mediante simulaciones y entornos de prueba. Y en la de predicción, Se despliega el agente entrenado en el entorno real para tomar decisiones[85].

Aquí encontramos algoritmos como Q-*Learning*, usado en videojuegos para entrenar agentes que aprenden a través de la experiencia de juego; y algoritmos de aprendizaje profundo de refuerzo (DQN), utilizados en robótica y juegos de mesa, como el entrenamiento de un agente para jugar a un juego como el ajedrez o Go.

El aprendizaje por refuerzo implica recompensas y castigos. Los sistemas de IA que usan esta metodología pueden desarrollar comportamientos no deseados si las recompensas no están alineadas con objetivos éticos. Por ejemplo, un agente de IA entrenado para jugar videojuegos podría aprender a hacer trampas si ese comportamiento resulta en una mayor puntuación. Asimismo, el comportamiento autónomo de los sistemas de aprendizaje por refuerzo puede llevar a riesgos si no se controlan adecuadamente,

[85] Sutton, R. S.; Barto, A. G., *Reinforcement Learning: An Introduction*, MIT Press, Cambridge (MA), 2018.

como es el caso de los robots autónomos en situaciones de alto riesgo. Si los sistemas autónomos actúan de manera que afecten la vida de las personas, como los vehículos autónomos o robots en entornos industriales, deben existir marcos jurídicos para regular su uso y asegurar que no infringen la ley. La responsabilidad de las decisiones tomadas por un sistema de IA basado en aprendizaje por refuerzo, como en los vehículos autónomos, puede ser compleja. Determinar quién es responsable en caso de accidente es una cuestión clave.

III. Inteligencia artificial y derecho opacidad y sesgos: el sesgo del jurista

Varios autores prestigiosos en el mundo jurídico se han hecho eco de una noción de algoritmo que, desde nuestro punto de vista, entraña en sí misma un prejuicio. Es importante en este sentido, recordar las palabras de nuestro maestro Romeo Casabona, que sirven de premisa a este trabajo: «para identificar los valores e intereses implicados en una situación social que presente una carga —cuando menos potencial— de conflictividad (…) ha de partirse necesariamente, de varios presupuestos: el primero, la realidad que pretende ser objeto del análisis jurídico»[86].

En la actualidad es posible encontrar en trabajos muy buenos, —todo ha de decirse—, afirmaciones como las siguientes: «Un algoritmo no busca certificar la veracidad o no de una hipótesis planteada —que es lo que hace habitualmente la ciencia— sino *buscar correlaciones deterministas*[87] *entre unos datos y otros de manera totalmente azarosa* en un principio. Un algoritmo se *construye gracias a la utilización de una gran base de datos ordenados de manera comprensible* (*Smart data*), que un modelo matemático va utilizando de manera aleatoria, hasta establecer *patrones de correlación determinista* entre ellos. Gracias a esto, *la herramienta consigue realizar apreciaciones muy precisas*»[88].

[86] El segundo presupuesto, nos decía el maestro, «consiste en tener en cuenta las valoraciones aportadas por el debate ético que ha generado la cuestión, si no queremos correr el riesgo de que el derecho sea ciego». Romeo Casabona, CM., Los genes y sus leyes. El Derecho ante el genoma Humano, Comares, 2002, Presentación, p. XXI.

[87] Esto, además, parece una contradicción, dado que en Ciencias de la computación los algoritmos deterministas son aquellos que producen para una entrada determinada los mismos resultados siguiendo los mismos pasos de cálculo. Frente a éstos, existe otro tipo de algoritmos: los aleatorios, en los cuales ya sea el orden de ejecución o el resultado del algoritmo puede ser diferente para cada ejecución en la misma entrada.

[88] Cotino Hueso, L., «Big data e inteligencia artificial. Una aproximación a su tratamiento jurídico desde los derechos fundamentales», *Dile-mata*, 2017, pp. 24, 131-150. De Miguel Beriain, Iñigo; Pérez Estrada, Miren Josune, «La inteligencia artificial en el proceso penal español: un análisis de su admisibilidad sobre la base de los derechos fundamentales implicados», *Revista de Derecho de la UNED*

Estas afirmaciones, comunes en estudios de corte jurídico, adolecen de algunas imprecisiones, especialmente en cuanto a cómo funcionan realmente el aprendizaje automático y la optimización de los algoritmos. Es cierto que algunos algoritmos, como los de aprendizaje automático, no están diseñados para confirmar o refutar hipótesis científicas a la manera de la ciencia tradicional. En ésta, los investigadores plantean una hipótesis y luego la prueban a través de experimentos o pruebas. En cambio, un algoritmo de IA se basa en datos históricos para identificar patrones y hacer predicciones. La verificación de la hipótesis no es su objetivo principal, sino más bien la identificación de patrones o la predicción de comportamientos futuros. También es cierto que muchos algoritmos de IA de ML buscan correlaciones o relaciones entre variables en los datos. Sin embargo, no necesariamente son deterministas en el sentido clásico de «causa y efecto fijo». A menudo, los algoritmos encuentran correlaciones estadísticas que pueden ser útiles para hacer predicciones, pero esto no implica que sean deterministas en un sentido estrictamente causal. Algunos modelos pueden identificar patrones probabilísticos y no siempre establecer relaciones deterministas claras.

Por otra parte, solo es cierto en parte que los algoritmos actúen «de manera totalmente azarosa en un principio». Es verdad que, al principio de un proceso de entrenamiento de un modelo de IA, los algoritmos pueden iniciar con parámetros aleatorios (por ejemplo, pesos iniciales en redes neuronales). Sin embargo, los algoritmos de aprendizaje automático no funcionan de manera completamente azarosa a lo largo del proceso. Aunque el inicio puede ser aleatorio, a medida que el modelo entrena con datos, utiliza técnicas matemáticas y estadísticas para ajustar sus parámetros y minimizar el error en sus predicciones.

Por otra parte, resulta imprecisa la afirmación de que «un algoritmo se construye gracias a la utilización de una gran base de datos ordenados de manera comprensible (Smart data)». Los algoritmos no requieren necesariamente datos «ordenados de manera comprensible» o «Smart data». Lo que realmente necesitan es un conjunto de datos que contengan la información suficiente para entrenar el modelo. Estos pueden estar desordenados, sucios o incompletos, y aun así se pueden utilizar técnicas como el preprocesamiento de datos para limpiarlos y transformarlos en un formato adecuado para el algoritmo. En lugar de hablar de *smart data*, resulta más preciso hablar de datos procesables o datos bien estructurados. Mediante las técnicas adecuadas, los modelos de IA pueden trabajar con datos no estructurados, como texto o imágenes.

Asimismo, al inicio del proceso de aprendizaje puede involucrar elementos aleatorios —por ejemplo, inicialización de parámetros o la selección aleatoria de subconjuntos de datos—; pero los modelos matemáticos no funcionan de manera completamente

---

(RDUNED), Núm. 25, 2020, pp. 531-561. Disponible en: https://revistas.uned.es/index.php/RDUNED/article/view/27013 [Última consulta: 2 de septiembre de 2025].

aleatoria. El objetivo del modelo es aprender patrones a partir de los datos mediante procesos como optimización y ajuste de parámetros (por ejemplo, minimización del error en el caso de redes neuronales). No es correcto decir que el modelo utiliza los datos «de manera aleatoria». El aprendizaje es un proceso guiado por principios matemáticos, y no se trata de azar, sino de la aplicación de métodos estadísticos para identificar patrones.

Finalmente, los algoritmos de IA, cuando están bien entrenados y con datos de calidad, pueden hacer predicciones precisas. Sin embargo, no siempre logran precisión en todas las circunstancias. Los algoritmos son efectivos cuando los datos son representativos y el modelo está bien entrenado, pero la precisión puede disminuir si los datos son erróneos, incompletos o no representativos de la situación real. Además, la precisión depende del tipo de algoritmo y su aplicación específica.

En resumen, los algoritmos pueden buscar correlaciones en los datos, pero no siempre son deterministas ni necesariamente lo hacen de manera aleatoria a lo largo de todo el proceso de aprendizaje. La aleatoriedad inicial en la creación de modelos no implica que todo el proceso sea aleatorio. La calidad de los datos es clave, pero no es necesario que estén ya ordenados de manera perfecta al principio del proceso.

Hay que tener en cuenta, además, que la toma de decisión, es decir la respuesta que el algoritmo da al problema, puede venir basada en reglas, en casos, en el criterio de un experto, incluso basarse en un conjunto de reglas definidas por un experto; o sustentarse en casos que extraen reglas, como sucede con los denominados árboles de clasificación. Y por supuesto, esa respuesta depende en gran medida de la calidad de los datos que han alimentado el modelo y, en su caso, del tipo de aprendizaje: si es supervisado o no, semi-supervisado, reforzado, si recurrimos a la computación cuántica no binaria, entre otros muchos factores.

Si bien es cierto que existen disciplinas en las que predomina el aprendizaje mediante correlaciones (*machine learning, deep learning*), afirmar que un algoritmo busca «*correlaciones deterministas entre datos de manera azarosa*», equivale no sólo a reducir drásticamente la variadísima tipología de los algoritmos, sino también a renunciar, en cierta medida, al control sobre las decisiones que éstos toman; a reconocer la imposibilidad de esa intervención humana que intentamos reivindicar en este trabajo.

Además, es posible que esta distinción pierda significado en poco tiempo, dado que, como se expresa en el *Libro blanco sobre Inteligencia artificial de la Comisión Europea*: «Existe la necesidad de tender puentes entre disciplinas que actualmente trabajan de manera independiente, tales como el aprendizaje automático y el aprendizaje profundo (caracterizados por su naturaleza interpretable limitada y por la necesidad de un gran volumen de datos para entrenar a los modelos y aprender mediante correlaciones) y los enfoques simbólicos (en los que las normas se crean mediante intervención humana). La combinación de razonamiento simbólico con redes neuronales profundas puede ayudarnos a mejorar la capacidad de explicar los resultados de la inteligencia

artificial».[89] Y el propio RIA, como veremos más adelante, pretende que exista un mayor control sobre los sistemas que toman decisiones automatizadas. Estos sistemas deberán cumplir con determinados estándares. Lo que, a su vez, debería contribuir a un diseño más eficiente y respetuoso con los derechos y libertades de los ciudadanos europeos.

En definitiva, el tipo de problema a solucionar, los datos con los que se cuenta, el tipo de algoritmo seleccionado, de entrenamiento, etc., son factores relevantes. Si intentamos, por ejemplo, crear un algoritmo que ayude a tomar la decisión de otorgar o no un crédito, conceder o no determinado beneficio social, debemos elegir una metodología y un tipo de entrenamiento/aprendizaje que ofrezca las mayores garantías para que no se introduzcan, ya sea de manera deliberada o inintencionada, sesgos discriminatorios que puedan socavar los derechos y libertades de quienes se verán afectados por la decisión del sistema inteligente.

III.1. **Toma automatizada de decisiones e intervención humana**

Hasta el momento hemos abordado el aprendizaje automático y toma de decisiones desde el punto de vista de las ciencias informáticas, bien como objetivos clásicos en el desarrollo de IA, como herramientas de aprendizaje, o como una forma de clasificación de los algoritmos. Del mismo modo hemos procurado sistematizar sus principales objeciones desde el punto de vista ético y los retos que ello representa para el Derecho. A partir de ahora, vamos a analizar cuál ha sido la respuesta jurídica, especialmente en relación a los riesgos que representan la opacidad y el sesgo algorítmicos.

Resulta innegable que la toma de decisiones, en sentido general, es una cuestión a omnipresente en la actualidad. Este problema abarca desde la resolución de cuestiones rutinarias y poco conflictivas, hasta temas tan cruciales como la asignación de recursos, la investigación biomédica, las intervenciones médicas, los seguros, la vacunación, la elaboración de políticas sociales, la admisión de inmigrantes, y así, un larguísimo etcétera. A menudo se trata de un problema desafiante debido a la dificultad para obtener soluciones óptimas. Los obstáculos en este campo provienen tanto de las cargas normativas —*v.g*. comunitarias, nacionales y locales—; como del elevado número de factores —personales, sociales, económicos…— que han tenerse en cuenta. No obstante, tampoco el decisor humano está exento del riesgo de infringir la legalidad vigente, en especial por la existencia de prejuicios sociales que conducen a situaciones discriminatorias, amén de otros múltiples factores.

[89] COM(2020) 65 final., Libro blanco sobre la inteligencia artificial – un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza, Bruselas, 19.2.2020. disponible en https://commission.europa.eu/publications/white-paper-artificial-intelligence-european-approach-excellence-and-trust_es, (ultima consulta 20 de noviembre de 2024), p. 6.

Los algoritmos de predicción y toma de decisiones asistidos por ordenador (en adelante, PDM), se han convertido en una herramienta de uso común en este campo[90]. Dichos guarismos pueden utilizar como entrada todos los factores de cada caso: personales, económicos, normativos, sociales, etc., para tomar una decisión rápida. Ello reduce costes en términos de tiempo e incongruencias en la solución del caso, —el resultado es invariable—, ya que la respuesta no depende de la parcialidad y la velocidad humanas. Sin embargo, como se ha reiterado a lo largo de este trabajo, el empleo de tales algoritmos puede conducir a una toma de decisiones automatizada, que plantea varios retos ético-jurídicos[91]. En este sentido, opacidad y sesgos son dos de los mayores desafíos para lograr una IA fiable. Estos problemas afectan la confianza, la equidad y la responsabilidad en los sistemas de IA utilizados en ámbitos críticos como la justicia, la salud, las finanzas y la seguridad.

La opacidad en los modelos de aprendizaje automático hace referencia a la dificultad de entender cómo un algoritmo toma sus decisiones. Se da especialmente en modelos complejos como redes neuronales profundas o ensembles de múltiples algoritmos, donde la relación entre la entrada y la salida no es fácilmente interpretable. Esto puede generar problemas en ámbitos críticos donde la transparencia es esencial.

Esta falta de transparencia puede deberse a distintos factores como: la complejidad del modelo, la falta de acceso a datos o la falta de explicabilidad de los resultados. El primero de los casos, la complejidad algorítmica, puede darse en modelos como redes

[90] Los algoritmos PDM abarcan una variedad de métodos computacionales que van desde la estadística clásica hasta las técnicas modernas de análisis de datos. Entre las técnicas más modernas destacan la minería de datos, el análisis de *big data*, la modelización predictiva, le aprendizaje automático, la computación natural y/o los algoritmos bioinspirados. Esto incluye algoritmos como la regresión lineal multivariante (MLR), el análisis discriminante lineal (LDA), las redes de aprendizaje profundo (DLN), las redes neuronales artificiales (ANN), las redes neuronales bayesianas (BNN), los bosques aleatorios (RF), los algoritmos genéticos (GA), la inteligencia de enjambre (SI), etc. González-Díaz, H.; Herrera-Ibatá, D. M.; Duardo-Sánchez, A.; Munteanu, C. R.; Orbegozo Medina, R. A.; Pazos, A., «ANN multiscale model of anti-HIV drugs activity vs AIDS prevalence in the US at county level based on information indices of molecular graphs and social networks», *Journal of Chemical Information and Modeling*, Núm. 54, Vol. 3, 2014, pp. 744-755. DOI: 10.1021/ci400716y. Arrasate, S.; Duardo-Sánchez, A.; De Miguel Beriain, I.; Casabona, C. R.; González-Díaz, H., «New Experimental and Computational Tools for Drug Discovery: Medicinal Chemistry, Personalized Medicine, Ethical & Legal Issues – Part V», *Current Topics in Medicinal Chemistry*, Vol. 18, Núm. 25, 2018, pp. 2141-2142. DOI: 10.2174/1568026618251901181245 56.

[91] Zou, J.; Schiebinger, L., «AI can be sexist and racist — it's time to make it fair», *Nature*, Vol. 559, Núm. 7714, julio de 2018, pp. 324-326. DOI: 10.1038/d41586-018-05707-8; Segal, M., «A more human approach to artificial intelligence», *Nature*, Vol. 571, Núm. 7766, julio de 2019, p. S18. DOI: 10.1038/d41586-019-02213-3; Parkes, D. C.; Wellman, M. P., «Economic reasoning and artificial intelligence», *Science*, Vol. 349, Núm. 6245, 17 de julio de 2015, pp. 267-272. DOI: 10.1126/science.aaa8403; Hosny, A.; Aerts, H. J. W. L., «Artificial intelligence for global health», *Science*, Vol. 366, Núm. 6468, 22 de noviembre de 2019, pp. 955-956.

neuronales profundas, que tienen millones de parámetros interconectados, lo que dificulta interpretar sus decisiones. El segundo supuesto, la falta de acceso a los datos, puede ser un efecto del conflicto con las leyes de propiedad intelectual y el secreto comercial. Tengamos presente que muchas IAs son desarrolladas por empresas privadas, que no están en disposición de revelar su funcionamiento interno.

Finalmente, algunos modelos pueden hacer predicciones precisas, pero sin proporcionar razones comprensibles para los humanos. Los sistemas de reconocimiento facial, por ejemplo, no explican por qué identifican a una persona como sospechosa. Del mismo modo que los motores de recomendación de plataformas como YouTube o Netflix, no detallan cómo llevan a cabo la selección y recomendación del contenido personalizado. En consecuencia, la opacidad genera desconfianza aquellos sistemas de IA que no pueden auditarse fácilmente y dificulta la atribución de responsabilidades cuando un sistema comete un error.

Los sesgos, por su parte surgen cuando un modelo de aprendizaje automático refleja o amplifica prejuicios presentes en los datos de entrenamiento. Estos sesgos pueden ser de selección: cuando los datos de entrenamiento no son representativos; de confirmación: cuando el modelo refuerza creencias preexistentes; o sesgo algorítmico en sentido estricto: cuando la estructura del algoritmo favorece ciertos resultados. Por ejemplo, un sistema de reclutamiento de personal basado en inteligencia artificial puede favorecer candidatos masculinos si los datos históricos utilizados para el entrenamiento contienen más hombres en posiciones de liderazgo[92].

Uno de los principales mecanismos —si bien no es el único, ni tampoco infalible—, para paliar los efectos de estos dos fenómenos, es la intervención humana. Todavía hoy se discute la naturaleza jurídica de este mecanismo que se encuentra ya recogido, si bien tangencialmente, en el RGPD, y, textualmente, en el RIA. El principal problema, para determinar dicha naturaleza, desde nuestro punto de vista, radica en que su contenido y alcance desde el punto de vista jurídico, aún no se ha delimitado correctamente. Sobre ello volveremos más adelante cuando realicemos un mayor abundamiento en las normas antes mencionadas.

[92] Otra forma de clasificación muy similar a la anterior hace referencia a: sesgo de datos, algorítmico y de interacción. El sesgo datos se da cuando los datos de entrenamiento son incompletos o desbalanceados, lo que puede llevar a que el modelo aprenda patrones sesgados. Así, por ejemplo; un modelo de selección de personal entrenado con datos históricos donde la mayoría de los líderes son hombres, puede discriminar a las mujeres. El sesgo algorítmico, hace referencias a cómo la forma en que se diseña un algoritmo puede favorecer ciertos resultados. Algunos algoritmos diseñados para conceder préstamos pueden otorgar puntuaciones más bajas a ciertos grupos debido a reglas mal diseñadas. Por último, el sesgo de interacción ocurre cuando los usuarios refuerzan ciertos comportamientos del modelo. Los algoritmos de búsqueda, por poner un ejemplo, pueden mostrar más contenido sensacionalista si los usuarios hacen clic en él con más frecuencia.

En cualquier caso, avanzaremos aquí que, *la intervención humana en la toma automatizada de decisiones hace referencia justamente al grado en el que las personas supervisan, validan, modifican o anulan las decisiones generadas por sistemas automatizados o de inteligencia artificial*. Precisamente, por ese motivo encontraremos indistintamente referencias a la s*upervisión* o i*ntervenció*n humanas.

Por ejemplo, en el RIA, la supervisión humana «*human oversight*» aparece como concepto clave para referirse a la supervisión y control de sistemas automatizados de alto riesgo. Este Reglamento, a su vez, se reconoce deudor de las Directrices éticas para una IA fiable, de 2019[93], elaboradas por el Grupo independiente de expertos de alto nivel sobre IA. Donde se enarbolaron ***siete principios éticos no vinculantes*** para la IA que tienen por objeto contribuir a garantizar la fiabilidad y el fundamento ético de la IA. Los siete principios son: *acción y supervisión humanas*; solidez técnica y seguridad; gestión de la privacidad y de los datos; transparencia; diversidad, no discriminación y equidad; bienestar social y ambiental, y rendición de cuentas. De acuerdo con las directrices, el principio ético de «acción y supervisión humanas» entiende que *los sistemas de IA se desarrollan y utilizan como herramienta al servicio de las personas, que respeta la dignidad humana y la autonomía personal, y que funciona de manera que pueda ser controlada y vigilada adecuadamente por seres humanos*.

En el Libro Blanco sobre Inteligencia Artificial, publicado por la Comisión Europea en 2020, recoge también los site principios éticos plasmados en las Directrices las que considera un «conjunto de directrices no vinculantes[94]» y enfatiza que la *supervisión humana* es un principio clave para el desarrollo y la regulación de la inteligencia artificial en Europa. En particular, menciona que debe ser un requisito esencial en sistemas de alto riesgo. Se plantea que los sistemas de IA que afectan derechos fundamentales o involucran decisiones críticas (como salud, justicia o seguridad) deben incluir supervisión humana para prevenir errores y garantizar la responsabilidad. De acuerdo con este texto, el nivel de supervisión humana varía según el tipo de IA. Puede ir desde la mera *supervisión* de resultados hasta la *intervención* directa en la toma de decisiones[95]. Menciona, además, la distinción entre sistemas donde un humano está «en el circuito»

[93] Comisión Europea, Dirección General de Redes de Comunicación, Contenido y Tecnologías y Grupo de expertos de alto nivel. Directrices éticas para una IA fiable, Oficina de Publicaciones, 2019, https://data.europa.eu/doi/10.2759/14078 (ultima consulta 23 de febrero de 2025)

[94] Comisión Europea: Libro blanco sobre la inteligencia artificial – un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza, Bruselas, 2020. disponible en https://commission.europa.eu/publications/white-paper-artificial-intelligence-european-approach-excellence-and-trust_es, (ultima consulta 20 de noviembre de 2024), p. 12.

[95] El término «*human oversight*» aparece en la Sección 5.2 del Libro blanco, donde se define como un principio clave para los sistemas de IA confiables. «Human oversight ensures that AI systems do not undermine human autonomy or decision-making authority. Different oversight mechanisms may be appropriate depending on the specific use case».

(human-in-the-loop), «sobre el circuito» (human-on-the-loop) o «fuera del circuito» (human-out-of-the-loop)[96].

El GDPR, por su parte, en su artículo 22 sobre decisiones automatizadas individuales, incluida la elaboración de perfiles, establece el derecho de las personas a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado cuando tenga efectos jurídicos sobre ellas. Reconoce con ello, la necesidad de *intervención humana significativa* en ciertas decisiones automatizadas (considerando 72). Por su parte, las Directrices del Grupo de Trabajo del Artículo 29 sobre Protección de Datos (2018), refuerzan la interpretación del artículo 22 del RGPD, enfatizando que la *intervención humana* no debe ser meramente formal, sino real y efectiva para evitar una automatización sin control.

Este uso de términos distintos ha llevado a que, doctrinalmente, se puedan distinguir los concetos de supervisión e intervención. La supervisión humana, se referiría a la capacidad de los humanos para monitorizar el funcionamiento de un sistema automatizado, detectar errores o sesgos, y, en algunos casos, corregir o detener una decisión antes o después de su ejecución. Sin que ello implique necesariamente que el humano deba intervenir en cada decisión, sino que existe una instancia de control que puede activarse cuando sea necesario.

La intervención humana, por su parte, implicaría una acción concreta y directa en la toma de decisiones automatizada, que puede ocurrir antes, durante o después del proceso automatizado. La intervención sería, entonces, más restrictiva, garantizando que haya una participación humana en el proceso de toma de decisiones[97]. En este sentido, dicha intervención, puede situarse en distintos niveles, desde la supervisión pasiva hasta la intervención activa, dependiendo del contexto, el riesgo asociado y la capacidad del sistema para operar de manera autónoma[98].

[96] Esta clasificación responde a los niveles de intervención humana: Humano en el circuito (*human-in-the-loop*): La intervención es obligatoria antes de ejecutar la decisión automatizada; Humano sobre el circuito (*human-on-the-loop*): Se permite la toma de decisiones automatizada, pero con supervisión y posibilidad de corrección:Humano fuera del circuito (*human-out-of-the-loop*): No hay intervención. Parasuraman, R.; Sheridan, T. B.; Wickens, C. D., «A model for types and levels of human interaction with automation», *IEEE Transactions on Systems, Man, and Cybernetics – Part A: Systems and Humans*, Núm. 30, Vol. 3, mayo de 2000, pp. 286-297. DOI: 10.1109/3468.844354.

[97] El concepto de intervención humana, como acción directa en la toma de decisiones ha sido discutido entre otros por: Goodman, B.; Flaxman, S., «European Union regulations on algorithmic decision-making and a "right to explanation"», *AI Magazine*, Núm. 38, Vol. 3, otoño 2017, pp. 50-57. DOI: 10.1609/aimag.v38i3.2741. Danks, D.; London, A. J., «Algorithmic bias in autonomous systems», en *Proceedings of the 26th International Joint Conference on Artificial Intelligence*, 2017, pp. 4691-4697.

[98] Rahwan, I., Cebrian, M., Obradovich, N., *et al.* (2019). «Machine behaviour». Nature, 568(7753), 477-486.

No obstante, este paréntesis sobre la distinción a nivel teórico, entre intervención y supervisión, creemos que todo ello forma parte de la evolución natural y el refinamiento, de la constatación de una necesidad: la de involucrar agentes humanos para garantizar, en la medida de lo posible, la mayor transparencia en la toma automatizada de decisiones. En la práctica, se ha terminado imponiendo una superposición o identificación entre ambos conceptos, que hace que cualquier discusión sobre su distinta naturaleza, sea, en definitiva, una discusión estéril. En cualquier caso, lo más importante, es reconocer que el equilibrio entre automatización e intervención/supervisión humana resulta crítico en aplicaciones sensibles como la justicia, la salud, la seguridad o la gestión de datos personales[99].

III.2. **Toma automatizada de decisiones e intervención humana en el GDPR**

Desde el punto de vista jurídico, a nivel europeo, existen dos normas fundamentales, que representan un esfuerzo por regular, de alguna forma, los impactos perjudiciales de toma automatizada de decisiones sobre los derechos libertades de los individuos. El GDPR y, más recientemente el RIA.

Como ha quedado claro, los PDM, pueden dar lugar a situaciones de abuso de derechos, especialmente aquellos asociados a la protección de datos personales. El GDPR, identifica el riesgo de la elaboración de perfiles, y repele la toma de decisiones basadas «únicamente» en el tratamiento automatizado, en los casos en que éstas puedan tener efectos perjudiciales para el interesado, es decir para el titular de los datos personales (art. 22.1) [100].

En esta disposición, se ha encontrado el fundamento para un cúmulo de nuevos derechos, algunos de ellos aun en discusión, asociados a la protección de datos personales: el derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado, claramente esbozado en el art. 22.; y estrechamente vinculado con éste: el derecho a obtener una intervención humana; y el derecho a la información sobre la toma de decisiones automática y la lógica que esta conlleva[101].

No obstante, existen posturas divergentes y dudas muy razonables sobre si la intervención humana, tal y como la concibe el RGPD, debe considerarse un o no derecho[102].

[99] Mittelstadt, Brent, «Principles alone cannot guarantee ethical AI», *Nature Machine Intelligence*, Núm. 1, Vol. 11, noviembre de 2019, pp. 501-507. DOI: 10.1038/s42256-019-0114-4.

[100] Reza textualmente el artículo 22.1 del RGPD: «Todo interesado tendrá derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, que produzca efectos jurídicos en él o le afecte significativamente de modo similar».

[101] Article 29 Working Part (2017) Guidelines on automated individual decision-making and profiling for the purposes of Regulation 2016/679, WP 251, European Commission, Brussels.

[102] Para Lazcoz y De Hert «el Artículo 22 del RGPD «se ha convertido en un derecho de segunda clase inaplicable». De este modo puede entenderse que estos autores no discuten la naturaleza jurídica

No se pone en cuestión que esta sea un mecanismo esencial para evitar decisiones arbitrarias y garantizar que se respeten los principios de equidad y no discriminación[103]. Asimismo, la interposición de un ser humano permite comprender mejor cómo se toman las decisiones y otorga la posibilidad de impugnar resultados adversos[104]. Y, por supuesto, tampoco es discutible que esta puede mitigar los efectos que sobre los derechos fundamentales de la ampliación y reproducción de prejuicios preexistentes por parte de los sistemas de IA[105].

No obstante, e independiente de su innegable valor como una herramienta para logar una IA fiable. No creemos que el Reglamento esté reconociendo la intervención humana como un derecho en relación con la protección de datos, o que ello pueda inferirse en tales términos de la redacción del RGPD. A diferencia de la propuesta de Reglamento de IA que recoge textualmente la necesidad de intervención/supervisión humana, ésta apenas se infiere de la redacción del RGPD: «todo interesado tendrá derecho a no ser objeto de una decisión basada *únicamente* en el tratamiento automatizado». La mención expresa a la intervención humana como derecho no se extrae del articulado sino del considerando 72, que en relación con las excepciones que se plantean al mencionado art. 22, expresa «En cualquier caso, dicha tramitación debe ir acompañada de garantías adecuadas que incluyan información específica al interesado y el *derecho a obtener intervención humana*, a expresar su punto de vista, a recibir una explicación sobre la decisión tomada tras dicha evaluación y a impugnar la decisión». Si bien el concepto sí está implícito en varios artículos, especialmente en el artículo 22. 2 y 22.3, que indica que deben «implantarse medidas adecuadas» para proteger los derechos del interesado, la expresión «intervención humana», como tal, no aparece de forma textual en el articulado RGPD. Aunque no se puede negar la relevancia interpretativa de los considerandos, no podemos olvidar que no se trata de normas de aplicación directa, éstos no son vinculantes por sí mismos. Con lo cual, reiteramos, no podemos afirmar que el RGPD, reconozca el derecho a la intervención humana. Al menos no de forma clara y directa. Es posible que este se consolide por vía jurisprudencial, a raíz de la interpretación de los considerandos, ello dependerá de la evolución de la casuística. Por otra parte, el Reglamento,

---

de la intervención humana como un derecho. Esto se ve abalado por el enfoque dado a su trabajo donde reconocen que pretenden alejarse de una visión de la intervención humana como un derecho individual, hacia un derecho procesal que forma parte de la cultura de rendición de cuentas en el RGPD. Lazcoz, Guillermo; De Hert, Paul, *Humans in the GDPR and AIA governance of automated and algorithmic systems. Essential pre-requisites against abdicating responsibilities*, SSRN, 24 de enero de 2022. Disponible en: https://ssrn.com/abstract=4016502 o http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4016502 [Última consulta: 30 de marzo de 2025].)

103 Wachter, Mittelstadt & Floridi, *op. cit.*

104 Goodman & Flaxman, *op. cit.*

105 Zemel *et al.,* 2020, *op. cit.*

tampoco especifica, ni siquiera en los considerandos, en qué consiste esta intervención (mínima y necesaria) o cuándo ha de producirse[106].

La importancia esta norma radica, entonces, en prohibir la implementación de mecanismos automatizados de decisiones *únicamente* basados en el tratamiento automatizado, cuando estas puedan resultar perjudiciales. De lo que se desprende la necesidad de la presencia de un agente humano en estos casos. No obstante, y ya que es muy difícil prever *a priori* todos los efectos perjudiciales de esta tecnología, hubiese sido más acertado, garantizar la intervención humana para cualquier sistema de toma decisiones que emplee datos personales en su entrenamiento, puedan o no resultar sus decisiones perjudiciales en términos de derechos y libertades para los individuos. Al mismo tiempo, dado que existen mecanismos para crear datos sintéticos, que conserven las propiedades de los datos originales, esa intervención debería ser exigible también en aquellos casos en los que, aun sin usar datos personales, se puedan derivar efectos perjudiciales en base al tipo de decisión que toma el modelo predictivo. Esta ampliación de la de intervención humana, como garantía de los derechos que sí recoge el Reglamento, cobra aún más relevancia si pensamos que la prohibición del art. 22, no es absoluta.

En efecto, esta norma contempla varias excepciones al principio general en el artículo 22.2. Así, se debe permitir la toma automatizada de decisiones, incluida la elaboración de perfiles, cuando: lo autoriza expresamente el Derecho de la Unión o de los Estados miembros aplicable al responsable del tratamiento; la decisión se toma con fines de control y prevención del fraude y la evasión fiscal; para garantizar la seguridad y la fiabilidad de un servicio prestado por el responsable del tratamiento; es necesaria para la conclusión o ejecución de un contrato entre el interesado y un responsable del tratamiento; y en aquellos casos en los que el interesado haya dado su consentimiento explícito.

Por otro lado, como han argumentado Lazcoz y De Hert, la intervención humana no es la panacea universal[107]. Pensemos que, en muchos casos, la toma de decisiones automatizada es más eficiente que la intervención humana. Asimismo, se corre el riesgo de que pueda convertirse en un trámite meramente formal sin impacto real en la decisión final, lo que podría generar una falsa sensación de control[108]. Sin contar con las

[106] El antiguo Grupo de Trabajo del Art. 29, recomienda que la intervención humana vaya «más allá de la mera ratificación de lo que señala el mecanismo». Article 29 Working Part (2017) Guidelines on automated individual decision-making and profiling for the purposes of Regulation 2016/679, WP 251, European Commission, Brussels.

[107] Lazcoz, G., Hert, P. *op. cit.*

[108] Edwards, L.; Veale, M., «*Enslaving the Algorithm: From a "Right to an Explanation" to a "Right to Better Decisions"?*», *IEEE Security & Privacy*, 16(3): 46–54, 2018 5.

dificultades en la implementación: no siempre es viable integrar intervención humana en decisiones automatizadas a gran escala[109].

En cualquier caso, independientemente de sus limitaciones, la intervención humana, se convierte, en el contexto de la protección de datos, en una garantía, un mecanismo para evitar los posibles efectos perjudiciales asociados a la toma automatizada de decisiones. Y se revela como un mecanismo potencialmente útil para mejorar la explicabilidad y rendición de cuentas de los modelos matemáticos complejos, así como para evitar sesgos algorítmicos.

IV. La IA a la luz del reglamento UE

De acuerdo con el artículo 3, del RIA un «sistema de IA», es un sistema basado en una máquina diseñado para funcionar con distintos niveles de autonomía, que puede mostrar capacidad de adaptación tras e despliegue y que, para objetivos explícitos o implícitos, infiere de la información de entrada que recibe la manera de generar información de salida, como predicciones, contenidos, recomendaciones o decisiones, que puede influir en entornos físicos o virtuales[110].

Como vemos el RIA, no define la inteligencia artificial o los algoritmos de IA, propiamente dichos. Sino que habla de «sistemas de inteligencia artificial». Si pensamos en como una IA puede tributar a diversos objetivos y a la vez valerse de varias herramientas para conseguirlos, esta definición de sistema o «conjunto de sistemas» cobra todo el sentido. Aun así, la misma no está exenta de presentar aspectos problemáticos. Se ha llegado a decir que el concepto se basa en una visión «simplificada e inútil»[111] del funcionamiento de los sistemas de IA. Puesto que la IA no es un producto ni un servicio único, sino un sistema entregado dinámicamente a través de múltiples manos («el ciclo de vida de la IA») en diferentes contextos con diferentes impactos en varios individuos y grupos[112].

[109] Kuner, Christopher; Svantesson, Dan; Cate, Fred; Lynskey, Orla; Millard, Christopher, «Machine learning with personal data: is data protection law smart enough to meet the challenge?», *International Data Privacy Law*, Núm. 7, Vol. 1, 2017, pp. 1-2. DOI: 10.1093/idpl/ipx003.

[110] Esta definición, que difiere notablemente de la propuesta presentada inicialmente, ha terminado adoptando el enfoque sugerido por organismos internacionales y documentos previos. Es fácilmente reconocible, en este sentido, la influencia de La OCDE, que en 2019 (propuso principios éticos para la IA, incluyendo la transparencia y la explicabilidad); así como Libro Blanco sobre IA de la Comisión Europea de 2020, que propuso una regulación basada en el nivel de riesgo asociado a cada sistema de IA. Y las normas ISO/IEC 22989:2022, que proporcionan una taxonomía y características generales de los sistemas de IA.

[111] Edwards, Lilian, Regulating AI in Europe: four problems and four solutions (Ada Lovelace Institute Expert Opinion) (March 01, 2022). Disponible en: http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.5026691. (última consulta 20 de enero de 2025)

[112] Edwards, L. *op.cit*.

El RIA, se basa en un enfoque centrado en la seguridad del producto y el análisis del riesgo de cada aplicación de IA dentro de la Unión Europea. Así, crea un marco regulador clasificando los sistemas de IA en cuatro categorías: riesgo inaceptable, sistemas de alto riesgo, sistemas de riesgo limitado y riesgo mínimo[113]. Este enfoque se inspira en la legislación vigente sobre seguridad de productos y equipara, en cierto sentido, a los «proveedores» de IA con los fabricantes de productos tradicionales. En cuanto a estos últimos, tiene todo el sentido que la mayor parte de las responsabilidades recaigan sobre el fabricante, que es, asimismo, quien tiene que garantizar *ab initio* la seguridad del producto. Pero trasladar este modelo al desarrollo de IA, equiparando al fabricante con el proveedor inicial, no parece que sea del todo acertado. Sobre todo, teniendo en cuenta que el desarrollo de sistemas de IA, implica una complicadísima red de actores, datos, modelos, servicios, etc.[114].

Hay que tener en cuenta, demás, que muchas de las obligaciones que impone el RIA en relación con los sistemas que considera de alto riesgo, y en especial las que están relacionadas con la intervención humana, solo pueden ser implementadas eficazmente por los usuarios (implementadores), quienes, a menudo, comprarán un sistema listo para usar[115]. Es cierto que el art. 3 23, establece un concepto de «modificación sustancial»[116], que obligaría a estos implementadores a cumplir con los requisitos esenciales para la IA de alto riesgo, recogidos en Titulo II. Aun así, nada impide que se vean tentados a considerar que las modificaciones que realizan no son sustanciales y que, por lo tanto, sus obligaciones no están a la par que las de los proveedores iniciales del servicio. En este sentido, el RIA renuncia a realizar una distribución de la responsabilidad a lo largo del ciclo de vida de la IA[117], que como se ha reiterado a lo largo de este trabajo, es uno de los principales retos de la regulación de este tipo de tecnologías.

[113] Si bien este enfoque es innovador, y tiene el mérito de intentar armonizar la legislación europea en materia de riesgos, su implementación puede ser compleja. La distinción entre «alto riesgo» y «riesgo limitado» puede ser subjetiva y variar según el contexto de uso, lo que podría generar incertidumbre en su aplicación práctica. EDWARDS y VEALE, *op. cit.*

Otro punto de debate es la categorización de los sistemas de IA según su nivel de riesgo. Mientras que los sistemas de «alto riesgo» están sujetos a regulaciones más estrictas, otras aplicaciones quedan fuera del ámbito de control. Esto ha llevado a cuestionamientos sobre la efectividad del reglamento para abordar posibles riesgos éticos y sociales asociados con la IA.

[114] *Ibidem.*

[115] EDWARDS, L., *op. cit*., p. 6.

[116] Art. 3. 23) «modificación sustancial»: un cambio en un sistema de IA tras su introducción en el mercado o puesta en servicio que no haya sido previsto o proyectado en la evaluación de la conformidad inicial realizada por el proveedor y a consecuencia del cual se vea afectado el cumplimiento por parte del sistema de IA de los requisitos establecidos en el capítulo II, sección 2, o que dé lugar a una modificación de la finalidad prevista para la que se haya evaluado el sistema de IA en cuestión.

[117] Puede ocurrir algo similar a lo que ya está ocurriendo en relación con el RGPD, donde los tribunales intentan distribuir la responsabilidad de la protección de datos entre varios responsables del

IV.I. **La supervisión humana en el RIA**

En la Ley Europea de IA, la supervisión humana se aborda en varios contextos, pero adquiere su verdadera carta de naturalización en el artículo 14 en relación con los sistemas de alto riesgo. De este modo, pasa de ser un principio ético a convertirse en una norma jurídica de obligatorio cumplimiento. De acuerdo con el mencionado artículo «el objetivo de la supervisión humana será prevenir o reducir al mínimo los riesgos *para la salud, la seguridad o los derechos fundamentales* que pueden surgir cuando se utiliza un sistema de IA de alto riesgo.

El Artículo 14 comporta la obligación de diseñar y desarrollar los sistemas de IA de alto riesgo de manera que permitan una supervisión efectiva por parte de personas físicas durante su uso. Ello se traduce en una serie de exigencias como: la dotación de herramientas de interfaz humano-máquina para facilitar la supervisión; proporcionalidad de las medidas de supervisión, ajustadas a los riesgos, el nivel de autonomía y el contexto de uso; y medidas de supervisión definidas por el proveedor, ya sea integradas en el sistema o diseñadas para su aplicación por el responsable del despliegue.

Además, la supervisión humana en este contexto implica que las personas encargadas de la supervisión humana sean capaces de comprender las capacidades y limitaciones del sistema; detectar anomalías y fallos en su funcionamiento; ser conscientes del sesgo de automatización (confianza excesiva en la IA); interpretar correctamente los resultados generados por el sistema; y finalmente tener la capacidad de interrumpir o detener el sistema en caso de necesidad[118].

En el contexto específico de la identificación biométrica (Artículo 14.5) la supervisión humana reforzada implica, además, que el responsable del despliegue no puede tomar decisiones basadas únicamente en la identificación generada por la IA y la necesidad de que al menos dos personas físicas, verifiquen y confirmen la identificación antes de actuar.

La supervisión humana se plantea también en otros contextos más allá del artículo 14, por ejemplo, se subraya la necesidad de que los sistemas de IA sean transparentes y trazables para facilitar la intervención humana. Esto incluye la obligación de proporcionar explicaciones comprensibles de cómo las decisiones se toman en el sistema de IA, lo que permitirá a los seres humanos revisar y corregir las decisiones tomadas por

---

tratamiento. En concreto, en lo relativo a la interpretación de la normativa de protección de datos en el contexto de las redes sociales. C-210/16 *Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein*, Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 5 de junio de 2018 ((Disponible en: https:// https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=202029&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=155589

[118] Se exime de esta exigencia en sectores específicos como el control fronterizo, migración y asilo, cuando su aplicación sea desproporcionada.

la IA si es necesario. Así, el artículo 13 establece que las aplicaciones de IA deben ser transparentes y proporcionar información que permita la *intervención humana efectiva*.

Así mismo, el art. 26 en relación con las responsabilidades del responsable del despliegue, impone obligaciones exigiendo que estos aseguren la supervisión humana con personal competente, formado y con autoridad. Sigan las instrucciones del proveedor en la implementación de medidas de supervisión. Monitoreen continuamente el funcionamiento del sistema y reporten riesgos o fallos y suspendan el uso del sistema si detectan que puede causar riesgos significativos

Si bien el RIA es más explícito que el RGPD, tampoco reconoce formalmente un derecho a la intervención/supervisión humana. La formulación y contenido de este hipotético derecho dependería de la interpretación de los artículos mencionados y, una vez más de la de los considerandos. En todo caso, la intervención humana en sistemas de IA de alto riesgo podría interpretarse como un mecanismo de protección de derechos fundamentales, más que como un «derecho» formalmente reconocido. De nuevo, parece que el legislador concibe la intervención humana como una garantía para otros derechos y libertades, pero no como un derecho en sí mismo.

Por otra parte, una de las críticas que puede hacerse a la forma en que la intervención humana se recoge en el RIA, es que esta se presenta como una medida específica para ciertos sistemas de IA clasificados como de «alto riesgo» (art. 14). Estos sistemas incluyen áreas como la contratación laboral, la aplicación de la ley, la justicia penal, la seguridad pública, la gestión de infraestructuras críticas y la salud. Es decir, no todos los sistemas de IA están sujetos a la misma obligación de permitir intervención humana, lo que deja fuera muchas aplicaciones menos reguladas que podrían también tener consecuencias negativas para los derechos fundamentales de los ciudadanos.

También debemos cuestionarnos su efectividad y accesibilidad. El reglamento no aborda adecuadamente cómo se llevará a cabo esta supervisión, ni qué tan efectiva puede ser en la práctica. Por ejemplo, se establece que los sistemas de IA deben estar diseñados para que los humanos puedan intervenir, pero no garantiza que la intervención sea efectiva si los operadores no están suficientemente capacitados, o si los sistemas de IA son demasiado complejos o poco transparentes.

El reglamento también establece que, en algunos casos, la supervisión humana debe ser posible para «suspender» decisiones automáticas o dicho en sus propios términos tener la «capacidad de interrumpir o detener el sistema en caso de necesidad». Sin embargo, no ofrece un mandato firme sobre cómo los humanos pueden revertir efectivamente las decisiones automatizadas, ni establece de manera concluyente que la intervención humana sea el último recurso para corregir posibles errores o decisiones sesgadas de la IA. Este aspecto podría ser visto como una limitación importante, ya que, en la práctica, las decisiones humanas pueden ser de difícil implementación en sistemas de IA que son autónomos o tienen un alto nivel de complejidad algorítmica.

El RIA, establece la «supervisión» como criterio normativo para la relación entre un operador humano y la IA, estableciendo un marco de control significativo que aborda

los riesgos más relevantes que esta representa para la salud, la seguridad y los derechos fundamentales de las personas. Aun así, las condiciones de su efectividad en la práctica pueden verse limitadas por varios factores, incluyendo ambigüedades en su definición y la falta de medidas concretas que aseguren su plena efectividad en el contexto de la IA de uso generalizado.

Desde nuestro punto de vista, sería conveniente extender la obligación de supervisión humana más allá de los sistemas de alto riesgo (art. 14). Ampliándola a otros sistemas que, aunque no sean de alto riesgo según la clasificación del reglamento, puedan impactar en los derechos fundamentales. Existe la necesidad de establecer criterios claros para evitar que la supervisión sea meramente simbólica. Por ejemplo, incorporar la exigencia de que cualquier sistema de alto riesgo incluya un mecanismo de reversión explícito en caso de error detectado por el supervisor humano. Así mismo, se podría exigir que en ciertos contextos (empleo, justicia, crédito) que la IA no pueda tomar decisiones finales sin validación humana (Art. 14.4). Finalmente, en cuanto a la transparencia y explicabilidad del sistema de IA, se debería garantizar que los modelos de IA incluyan explicaciones accesibles para no expertos (art. 13); o incluir requisitos de formación obligatoria para supervisores humanos en sectores críticos (art. 14.5).

Si no se establecen criterios claros, la supervisión humana corre el riesgo de ser puramente formal o simbólica, sin impacto real en las decisiones de sobre IA. La clave radica en que los agentes humanos/supervisores tengan la suficiente autoridad, el acceso a la información, la formación y las herramientas adecuadas para intervenir de manera efectiva.

V. Conclusiones

La creciente autonomía de los algoritmos plantea desafíos significativos en términos de responsabilidad legal, transparencia y control. La complejidad de los modelos de inteligencia artificial dificulta la interpretabilidad de sus decisiones, lo que puede generar incertidumbre sobre cómo y por qué se adoptan ciertas resoluciones automatizadas. Esta falta de explicabilidad podría traducirse en una disminución de la confianza en los sistemas de IA y en conflictos jurídicos cuando se produzcan errores o sesgos discriminatorios.

El desarrollo de la inteligencia artificial debe ir acompañado de un enfoque ético y regulador robusto, que asegure su uso responsable. Solo a través de una combinación de normativas claras, supervisión humana efectiva y medidas técnicas adecuadas se podrá garantizar que la IA contribuya al bienestar social sin comprometer los principios fundamentales del Derecho y la justicia.

Uno de los principales mecanismos —si bien no es el único, ni tampoco es infalible—, para paliar los efectos de estos dos fenómenos, es la intervención humana. Todavía hoy se discute la naturaleza jurídica de este mecanismo que se encuentra ya recogido, si bien tangencialmente, en el RGPD, y, textualmente, en el RIA. El principal

problema, para determinar dicha naturaleza, desde nuestro punto de vista, radica en que su contenido y alcance aún no se ha delimitado correctamente.

Efectivamente, la intervención humana ha ganado fuerza en RIA, pasando de ser un elemento que se infiere de la lectura del art. 22. Del RGPD a recogerse expresamente a lo largo de su articulado. Ello significa un gran paso de avance que establece la «supervisión» como criterio normativo para la relación entre un operador humano y la Inteligencia Artificial (IA) y establece un marco de control significativo que aborda los riesgos más relevantes que la IA representa para la salud, la seguridad y los derechos fundamentales de las personas. Aun así, su regulación sigue siendo ambigua y las condiciones de su efectividad, en la práctica, pueden verse limitadas.

En este sentido, se vuelve imperativo establecer mecanismos normativos que equilibren la innovación con la protección de los derechos fundamentales. La regulación de la IA en la Unión Europea, aunque ambiciosa, aún enfrenta desafíos en su implementación y aplicación efectiva. Se requiere un marco jurídico que no solo garantice la intervención humana en las decisiones críticas, sino que también establezca estándares claros sobre la rendición de cuentas y la equidad en los sistemas de IA.

IV. **Bibliografía**

Abhigna, B. S., Nitasha, S., Shilpa, D., «Crowdsourcing: A Step Towards Advanced Machine Learning», Procedia Computer Science, Núm. 132, 2018, pp. 632-642. ISSN 1877-0509. Disponible en: https://doi.org/10.1016/j.procs.2018.05.062

Article 29 Working Party, Guidelines on Automated Individual Decision-Making and Profiling for the Purposes of Regulation 2016/679, WP 251, European Commission, Brussels, 2017. Disponible en: https://ec.europa.eu/newsroom/article29/items/612053. [Última consulta: 19 de marzo de 2024].

Arrasate, S., Duardo-Sánchez, A., «Perturbation Theory Machine Learning Models: Theory, Regulatory Issues, and Applications to Organic Synthesis, Medicinal Chemistry, Protein Research, and Technology», Current Topics in Medicinal Chemistry, Vol. 18, Núm. 14, 2018, pp. 1203-1213. Disponible en: https://doi.org/10.2174/1568026618666180810124031

— De Miguel Beriain, I., Casabona, C. R., González-Díaz, H., «New Experimental and Computational Tools for Drug Discovery: Medicinal Chemistry, Personalized Medicine, Ethical & Legal Issues – Part-V», Current Topics in Medicinal Chemistry, Vol. 18, Núm. 25, 2018, pp. 2141-2142. Disponible en: https://doi.org/10.2174/1568026618251901181245 56

Binns, R., «Fairness in Machine Learning: Lessons from Political Philosophy», Proceedings of the 2018 Conference on Fairness, Accountability, and Transparency, 2018.

Bridle, J., «The Stupidity of AI», The Guardian, 16 de marzo de 2023. Disponible en: https://www.theguardian.com/technology/2023/mar/16/the-stupidity-of-ai-artificial-intelligence-dall-e-chatgpt. [Última consulta: 19 de marzo de 2024].

Calaza López, S., Llorente Sánchez-Arjona, M. (Dirs.), Inteligencia Artificial Legal y Administración de Justicia, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 2022.

California Civil Code § 1798.100 et seq. (2018), California Consumer Privacy Act of 2018 (CCPA), California Legislative Information. Disponible en: https://leginfo.legislature.ca.gov. [Última consulta: 19 de marzo de 2024].

Comisión Europea, Dirección General de Redes de Comunicación, Contenido y Tecnologías y Grupo de expertos de alto nivel. Directrices éticas para una IA fiable, Oficina de Publicaciones, 2019, https://data.europa.eu/doi/10.2759/14078

— Libro blanco sobre la inteligencia artificial – un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza, Bruselas, 2020. disponible en https://commission.europa.eu/publications/white-paper-artificial-intelligence-european-approach-excellence-and-trust_es [Última consulta 20 de noviembre de 2024],

Coppedge, B., «Artificial Intelligence (AI)», Encyclopædia Britannica. Disponible en: https://www.britannica.com/technology/artificial-intelligence/Reasoning. [Última consulta: 22 de junio de 2023].

Cormen, T. H., Leiserson, C. E., Rivest, R. L., Stein, C., Introduction to Algorithms (3.ª ed.), MIT Press, Cambridge, MA, 2009.

Cotino Hueso, L., «Big Data e Inteligencia Artificial. Una Aproximación a su Tratamiento Jurídico desde los Derechos Fundamentales», *Dilemata*, Núm. 24, 2017, pp. 131-150.

Cowie, Roddy, Gary Mckeown, Ellen Douglas-Cowie. «Tracing Emotion: An Overview» *International Journal of Synthetic Emotions* (IJSE), Núm. 1 vol. 3, pp. 1-17. https://doi.org/10.4018/jse.2012010101

Crawford, K., Atlas of AI: Mapping the Forces that Shape Our Lives, Yale University Press, 2024.

Danks, D., London, A. J., «Algorithmic Bias in Autonomous Systems», Proceedings of the 26th International Joint Conference on Artificial Intelligence, 2017, pp. 4691-4697.

Dantzig, G. B., Linear Programming and Extensions, Princeton University Press, Princeton, NJ, 1963.

De Miguel Beriain, I., Pérez Estrada, J., «La Inteligencia Artificial en el Proceso Penal Español: Un Análisis de su Admisibilidad sobre la Base de los Derechos Fundamentales Implicados», Revista de Derecho UNED, Núm. 25, 2019, pp. 531-561.

Domingos, P., The Master Algorithm: How the Quest for the Ultimate Learning Machine Will Remake Our World, Basic Books, 2015.

Donoho, D., «50 Years of Data Science», Journal of Computational and Graphical Statistics, Vol. 26, Núm. 4, 2017, pp. 745-766. Disponible en: https://doi.org/10.1080/10618600.2017.1384734.

Doshi-Velez, F., Kim, B., «Towards a Rigorous Science of Interpretable Machine Learning», Nature Machine Intelligence, 2021.

Edwards, L., «Regulating AI in Europe: Four Problems and Four Solutions», Ada Lovelace Institute Expert Opinion, 2022. Disponible en: https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.5026691. [Última consulta: 20 de enero de 2025].

— Veale, M., «Slave to the Algorithm? Why a 'Right to an Explanation' Is Probably Not the Remedy You Are Looking For», Duke Law & Technology Review, 2018.

Engel, C., Linhardt, L., Schubert, M., «Code is Law: How COMPAS Affects the Way the Judiciary Handles the Risk of Recidivism», *Artificial Intelligence and Law*, 2024. Disponible en: https://doi.org/10.1007/s10506-024-09389-

European Union, Regulation (EU) 2024/2025 of the European Parliament and the Council on Artificial Intelligence (AI Act), Official Journal of the European Union, 2024.

Gigerenzer, G., Gleichgeld, M., Fast and Frugal Heuristics: The Adaptive Toolbox, Oxford University Press, 2007.

Goodfellow, I., Bengio, Y., Courville, A., Deep Learning, MIT Press, Cambridge, MA, 2016.

Goodman, B., Flaxman, S., «European Union Regulations on Algorithmic Decision-Making and a 'Right to Explanation'», AI Magazine, Vol. 38, Núm. 3, 2017, pp. 50-57. Disponible en: https://doi.org/10.1609/aimag.v38i3.2741.

González-Díaz, H., Herrera-Ibatá, D. M., Duardo-Sánchez, A., Munteanu, C. R., Orbegozo-Medina, R. A., Pazos, A., «ANN Multiscale Model of Anti-HIV Drugs Activity vs. AIDS Prevalence in the US at County Level Based on Information Indices of Molecular Graphs and Social Networks», Journal of Chemical Information and Modeling, Vol. 54, Núm. 3, 2014, pp. 744-755. Disponible en: https://doi.org/10.1021/ci400716y

Hart, P. E., Nilsson, N. J., Raphael, B., «A Formal Basis for the Heuristic Determination of Minimum Cost Paths», IEEE Transactions on Systems Science and Cybernetics, Vol. 4, Núm. 2, 1968, pp. 100-107. Disponible en: https://doi.org/10.1109/TSSC.1968.300136

Hastie, T., Tibshirani, R., Friedman, J., The Elements of Statistical Learning: Data Mining, Inference, and Prediction (2.ª ed.), Springer, New York, 2009.

Hinton, G., «Deep Learning», Nature, Vol. 521, Núm. 7553, 2015, pp. 436-444. Disponible en: https://doi.org/10.1038/nature14539

— Osindero, S., & Teh, Y. W., «A fast learning algorithm for deep belief nets», Neural Computation, 18(7), 2006, pp. 1527-1554. https://doi.org/10.1162/neco.2006.18.7.1527

Holland, J. H., Adaptation in Natural and Artificial Systems: An Introductory Analysis with Applications to Biology, Control, and Artificial Intelligence, 2.ª edición, MIT Press, Cambridge, MA, 1992.

Hosmer, D. W., & Lemeshow, S., Applied Logistic Regression, 2.ª edición, Wiley-Interscience, Nueva York, 2000.

Hutchins, E., Cognition in the Wild, MIT Press, Cambridge, MA, 1995.

Joshi, S., Raghunathan, A., & Singh, G., *Probabilistic Methods for Decision Making*, Wiley, Nueva York, 2016.

Kamarinou, D., Millard, C., & Singh, J., «Machine Learning with Personal Data: Is Data Protection Law Ready?», International Data Privacy Law, 6(1), 2016, pp. 1-14. https://doi.org/10.1093/Idpl/Ipw006

Lazcoz, G., & De Hert, P., «Humans in the GDPR and AIA governance of automated and algorithmic systems: Essential pre-requisites against abdicating responsibilities», SSRN, 2022. https://ssrn.com/abstract=4016502

Lecun, Y., «A machine learning breakthrough», Scientific American, 308(4), 2013, pp. 38-45. https://www.scientificamerican.com/article/a-machine-learning-breakthrough/

— Bengio, Y., & Hinton, G., «Deep learning», *Nature*, 521(7553), 2015, pp. 436-444. https://doi.org/10.1038/nature14539

Levine, S., Finn, C., Darrell, T., Abbeel, P., End-to-End Training of Deep Visuomotor Policies», *Journal of Machine Learning Research*, Núm. 39, 1vol. 17, 2016 pp. 1-40

Linardatos, P., Papastefanopoulos, V., & Kotsiantis, S. (2021). «Explainable AI: A Review of Machine Learning Interpretability Methods». Entropy, 23(1),18. https://doi.org/10.3390/e23010018. López, A. & Vázquez, M., «Human Oversight in AI Systems: Legal and Ethical Dimensions of the EU AI Act», European Journal of Technology and Law, 19(1), 45-67, 2024. https://doi.org/10.1016/j.ejtl.2024.04.003

Marr, D., Vision: A Computational Investigation into the Human Representation and Processing of Visual Information, San Francisco: W. H. Freeman, 1982.

Metzinger, T., Being No One: The Self-Model Theory of Subjectivity, Cambridge, MA: MIT Press, 2003.

— The Ego Tunnel: The Science of the Mind and the Myth of the Self, New York: Basic Books, 2013.

— «Ethics of artificial consciousness», en *The Cambridge Handbook of Artificial Intelligence* (pp. 123-136), Cambridge: Cambridge University Press, 2018.

— «Artificial consciousness and the ethics of consciousness simulation», Mind and Machines, 29(1), 1-14, 2019. https://doi.org/10.1007/s11023-019-09412-w

Minsky, M., The Society of Mind, New York: Simon & Schuster, 1986.

Moravec, H., Mind Children: The Future of Robot and Human Intelligence, Cambridge, MA: Harvard University Press, 1988.

Mittelstadt, B., «Principles alone cannot guarantee ethical AI», Nature Machine Intelligence, 1(11), 501-507, 2019. https://doi.org/10.1038/s42256-019-0114-4

Musib, M., *et al.,* «Artificial intelligence in research», Science, 357(6346), 28-30, 2017. https://doi.org/10.1126/science.357.6346.28

Negnevitsky, M., *Artificial Intelligence: A Guide to Intelligent Systems*, Addison-Wesley, 2005.

Parasuraman, R., Sheridan, T. B. & Wickens, C. D., «A model for types and levels of human interaction with automation», IEEE Transactions on Systems, Man, and Cybernetics – Part A: Systems and Humans, 30(3), 286-297, 2000. https://doi.org/10.1109/3468.844354

Rahwan, I., Cebrian, M., Obradovich, N., *et al.,* «Machine behaviour», Nature, 568(7753), 477-486, 2019. https://doi.org/10.1038/s41586-019-1138-y

Regulation (EU) 2016/679, General Data Protection Regulation.

— 2024/1689, Reglamento de Inteligencia Artificial, 2024/1689, 12.7.2024. ELI: http://data.europa.eu/eli/reg/2024/1689/oj

Romeo Casabona, C. M., *Los genes y sus leyes*. El Derecho ante el genoma Humano, Granada: Comares, 2002.

— *El médico y el Derecho Penal*, Rubinzal-Culzuni, 2011.

Russell, S. J., & Norvig, P. (2021). Artificial Intelligence: A Modern Approach (4th ed.). Pearson.

Sarker, I. H. «Machine Learning: Algorithms, Real-World Applications and Research Directions», en SN Computer Science, 2, 160, 2021. https://doi.org/10.1007/s42979-021-00592-x

Segal, M. A., «A more human approach to artificial intelligence», *Nature*, Núm. 571, Vol. 7766, 2019, p. S18. Disponible en: https://doi.org/10.1038/d41586-019-02213-3 [Última consulta: 2 de septiembre de 2025].

Silver, D., *et al.,* «Mastering the game of Go with deep neural networks and tree search», *Nature*, Núm. 529, Vol. 7587, 2016, pp. 484-489. Disponible en: https://doi.org/10.1038/nature16961 [Última consulta: 2 de septiembre de 2025].

Smith, D., Taylor, L., «The European AI Act and Human Intervention: A Critical Review of Its Implementation», *Journal of AI & Ethics*, Núm. 3, Vol. 2, 2024, pp. 77-92. Disponible en: https://doi.org/10.1007/s12345-024-0045-7 [Última consulta: 2 de septiembre de 2025].

State V. Loomis, 881 N.W.2d 749 (Wisconsin, 2016).

Uschold, M., Gruninger, M., «Ontologies: Principles, Methods and Applications», *Knowledge Engineering Review*, Núm. 11, 1996, pp. 93-136. Disponible en: https://doi.org/10.1017/S0269888900007797 [Última consulta: 2 de septiembre de 2025].

Van SchendeL, S., «The Challenges of Risk Profiling Used by Law Enforcement: Examining the Cases of COMPAS and SyRI», en L. REINS (editor), *Regulating New Technologies in Uncertain Times*, Information Technology and Law Series, vol. 32, T.M.C. Asser Press, The Hague, 2021, pp. 215-232. Disponible en: https://doi.org/10.1007/978-94-6265-279-8_12 [Última consulta: 2 de septiembre de 2025].

Véale, M., & Zuiderveen Borgesius, F., «Demystifying the Draft EU Artificial Intelligence Act — Analysing the Good, the Bad, and the Unclear Elements of the Proposed Approach», *Computer Law Review International*, Núm. 22, Vol. 4, 2021, pp. 97-112. Disponible en: https://doi.org/10.9785/cri-2021-220402 [Última consulta: 2 de septiembre de 2025].

WACHTER, S., MITTELSTADT, B., & FLORIDI, L., «Why a Right to Explanation of Automated Decision-Making Does Not Exist in the General Data Protection Regulation», *International Data Privacy Law*, Núm. 7, Vol. 2, 2017, pp. 76-99. Disponible en: https://doi.org/10.1093/idpl/ipx005 [Última consulta: 2 de septiembre de 2025].

WEISKOPF, N., *et al.,* «Modeling the Human Brain: Neural Networks and Beyond», en C. KRÜGER (editor), *Brain Mapping: The Methods*, 2.ª edición, Academic Press, San Diego, 1996, pp. 141-167.

XU, ZESHUI, YUE HE, XIZHAO WANG. «An overview of probabilistic-based expressions for qualitative decision-making: techniques, comparisons and developments» *International Journal of Machine Learning and Cybernetics* 10.6, 2019, pp. 1513-1528.

YANAMALA, A; SURYADEVARA, S; KALLI, V. «Balancing innovation and privacy: The intersection of data protection and artificial intelligence». *International Journal of Machine Learning Research in Cybersecurity and Artificial Intelligence*, Núm. 1, vol. 15, 2024, pp. 1-43.

14

EL TURISMO REPRODUCTIVO Y LA PROBLEMÁTICA JURIDICA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA*

AITZIBER EMALDI CIRIÓN**
Catedrática de Derecho Constitucional
Universidad de Deusto (España)
Investigadora invitada en el Centre de Documentation et de Recherches Européennes (CDRE)
Université de Pau et des Pays de l´Adour (Francia)

SUMARIO: I. Planteamiento de la cuestión. II. APROXIMACIÓN A LOS DIFERENTES TIPOS O MODELOS DE MATERNIDAD SUBROGADA. III. ARGUMENTOS LEGALES Y ÉTICOS EN CONTRA DE LA LA MATERNIDAD SUBROGADA. IV. ARGUMENTOS LEGALES Y ÉTICOS A FAVOR DE LA MATERNIDAD SUBROGADA. V. REGULACIÓN JURÍDICA Y ESPECIAL ATENCIÓN A LAS RESOLUCIONES JUDICIALES DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN ESPAÑA. VI. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS PARA UN CAMBIO LEGISLATIVO DE LA MATERNIDAD SUBROGADA. VII. BIBLIOGRAFÍA.

* Investigadora invitada en el Centre de Documentation et de Recherches Européennes (CDRE), Université de Pau et des Pays de l'Adour (Francia). El presente trabajo ha sido elaborado en el marco de los siguientes proyectos: Módulo Jean Monnet «EU-Biolaw: European Biolaw as a toolbox to promote EU values» (Ref. 101176018 / Convocatoria ERASMUS-JMO-2024-HEI-TCH-RSCH / Coords. Emilio José Armaza Armaza y Aitziber Emaldi Cirión) financiado por la Comisión Europea; Universidad Inclusiva 2025-2026: Acciones por los derechos de las personas trans. Entidades financiadora:Ministerio de Asuntos exteriores, Unión Europea y Cooperación. IP Emilio Armaza; Proyecto «El Derecho Penal ante los retos actuales de la Biomedicina (DERPEBIO)». Referencia: PID2022-136743OB-I00. Proyectos de Generación de Conocimiento 2022. Entidades financiadoras: MCIN / AEI / y FEDER «Una manera de hacer Europa» IPs Urruela / Armaza; Proyecto TECHMIGOV PID2024-155479NA-I00, financiado por MICIU/AEI/10.13039/501100011033 y por FEDER, UE, IP D. Fernández-Rojo. Miembro del Grupo UD «Integración Europea y su interacción con los órdenes jurídicos nacionales desde una perspectiva multidisciplinar» de la Universidad de Deusto.

** Sirva esta contribución al *Liber Amicorum* en homenaje al profesor Carlos María Romeo Casabona cuya obra constituye un modelo a seguir por su rigor jurídico que la sitúa en un estándar de excelencia y por representar ser una persona vanguardista en el ámbito de la interdisciplinariedad.

I. Planteamiento de la cuestión

La maternidad subrogada, también conocida como vientre de alquiler, se lleva a cabo cuando una mujer se presta, mediante contraprestación o sin ella, a gestar y alumbrar a una criatura por cuenta de una pareja o individuo comitente, a quien se le entregará tras su nacimiento asumiendo esos últimos la paternidad-maternidad legal del recién nacido.

Cuando hace unos años se hablaba de esta práctica se pensaba en ella como una técnica de reproducción asistida para ayudar a personas infértiles o que no fueran capaces de gestar una criatura, piénsese en mujeres con ausencia de útero, o con útero, pero sin capacidad de implantación embrionaria. No obstante, desde que el ordenamiento jurídico español permitiera los matrimonios del mismo sexo, la maternidad subrogada, se ha convertido en la vía preferente[1] para que parejas heterosexuales con problemas específicos, parejas de hombres y para el varón sin pareja, puedan tener hijos ejerciendo todos ellos su derecho reproductivo. Por tanto, ha llegado el momento de intentar dar una solución unánime a un debate que ya lleva muchos años encima de la mesa y que, hoy en día, se hace necesario ya que la sociedad ha cambiado vertiginosamente en los últimos diez años en lo que a subrogación materna se refiere[2]. El problema es que la sociedad está dividida al respecto porque son muchos frentes los que se abren cuando se habla de subrogación materna ya que dicha técnica provoca conflictos éticos, jurídicos, psicosociales, antropológicos, entre otros, todos ellos de gran envergadura. Aun así, es momento de que se tomen medidas, es decir, el legislador debe decantarse bien por modificar la ley existente y permitir la maternidad subrogada —como derecho reproductivo[3]—, o bien asegurarse de que se cumpla la actual normativa, castigando a aquellas personas que actúen en contra y en fraude de ley, de esta forma, se garantizará el principio de seguridad jurídica recogido en la Constitución Española (art. 9.3). Este principio fundamental existente en todo ordenamiento constitucional democrático responde a la necesidad de que los ciudadanos sepan, en todo momento cuáles son las consecuencias jurídicas de sus comportamientos y a qué atenerse en sus relaciones con el Estado y con los demás particulares. El principio de seguridad jurídica, en consecuencia, debe entenderse como la confianza que los ciudadanos pueden tener en la observancia y respeto de las situaciones que se derivan de la aplicación de las normas vigentes. En definitiva, si el Estado no hace cumplir la ley de manera escrupulosa, provoca una

[1] Brena Sesma, I., «Maternidad subrogada», *Enciclopedia de Bioética y Bioderecho,* Ed. Comares, Granada, 2011, pp.1072-1077.

[2] Emaldi Cirión, A., «Consideraciones bioéticas y jurídicas sobre la biotecnología con fines eugenésicos», *Acta Bioethica*, 21, (2), 2015, (http://www.revistas.uchile.cl/index.php/AB/article/view/37566/39227).

[3] Corral García, E., «El derecho a la reproducción humana ¿debe permitirse la maternidad subrogada?», *Revista de Derecho y Genoma Humano,* 38, 2015, 2015, pp. 45-69.

vulneración del principio constitucional de seguridad jurídica que es, precisamente, lo que está ocurriendo en estos momentos en España.

El panorama internacional, al igual que el español, también está dividido. En efecto, hay países como ciertos estados de Norteamérica, Canadá, Rusia, Ucrania, Grecia, Georgia, India, entre otros, que legalizaron la subrogación, otros están debatiendo sobre ello a través de Comités de Ética Nacionales o Comisiones Parlamentarias.

En Europa, existen países que admiten la gestación subrogada sin precio como son Reino Unido, Grecia, Portugal[4], Holanda y Bélgica, mientras que el resto de países, como España[5], lo prohíben.

Sin embargo, en la práctica los Estados que no admiten esta práctica sí reconocen efectos legales a la filiación resultante atendiendo al interés superior del menor[6]. El procedimiento en dichos países es diferente para reconocer los efectos ya que en algunos es suficiente con el registrar el certificado de nacimiento extranjero, la adopción, etc. Esta situación tan dispar según los países, ha provocado que el Consejo de Europa o la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado[7] estén desarrollando mecanismos específicos para regularla y evitar con ello abusos y lesiones de derechos de los agentes implicados.

[4] Llama la atención Portugal porque es uno de los pocos países europeos que se muestran favorables a la gestación subrogada. El día 22 de agosto de 2016 aprueba la Ley 25/2016 en la que se establecen las condiciones para aplicar la gestación por sustitución. Tras un año en periodo de regulación, el Decreto Reglamentario que permite su aplicación entra en vigor el 1 de agosto de 2017. Un año más tarde, el Tribunal Constitucional examinó y decidió en su Sentencia n.º 225/2018 una solicitud de comprobación de la constitucionalidad de algunos preceptos de esta ley y entendió que se hallaban lesionados principios y derechos fundamentales consagrados en la Constitución Portuguesa.

[5] Como veremos a lo largo del artículo España no permite la maternidad subrogada, sin embargo y debido a la expansión de la demanda, por parte de españoles, de esta práctica en el extranjero, el debate se ha reabierto. Para tener una visión completa del pensamiento de la sociedad, son importantes tener en cuenta las posiciones institucionales: Propuesta de la Sociedad de Fertilidad («Propuesta de bases generales para la regulación en España de la gestación por sustitución» 2015. Redactado por el Grupo de Ética y Buenas Prácticas Clínicas de la SEF); Proposición de Ley del Grupo Parlamentario Ciudadanos (BOCG, Congreso de los Diputados, Serie B, n.º 145-1, 8 de septiembre de 2017); Informe del Comité de Bioética de España («Informe sobre los Aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada» de 19 de mayo de 2017). Véase, algunas cuestiones sobre estas posiciones institucionales en Romeo Casabona, C.M. (2018). «Las múltiples caras de la maternidad subrogada: ¿aceptamos el caos jurídico actual o buscamos una solución?». *Folia Humanística, Revista de Salud,* ciencias sociales y humanidades, 8, febrero-marzo 2018, pp.1-23.

[6] Igareda González, N., «La gestación por sustitución necesita un cambio legislativo en España. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo español n.º 853/2013 sobre la gestación por sustitución», *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 40, 2015, pp.171-191.

[7] The Hague Conference on Private International Law, Report of the February 2016 Meeting Experts' Group on Parentage / Surrogacy, https://assets.hcch.net/docs/f92c95b5-4364-4461-bb04-2382e3c0d50d.pdf; The Hague Conference on Private International Law, The parentage/surrogacy project. Preliminary Document No 3A of February 2015 for the attention of the Council of March 2015 on General Affairs and Policy of the Conference, https://assets.hcch.net/docs/82d31f31-294f-47fe-9166-4d9315031737.pdf

II. APROXIMACIÓN A LOS DIFERENTES TIPOS O MODELOS DE MATERNIDAD SUBROGADA

De acuerdo con los avances sociales y tecnológicos, la maternidad subrogada se puede clasificar en base a distintos factores[8]:

A. Según la procedencia de los gametos

En la gestación subrogada caben muchas opciones en cuanto al origen de los gametos que se aportan:

1.º) Que la fecundación se realice con gametos —óvulos y espermatozoides— de la pareja comitente. Se realizará una fecundación *in vitro* y luego, se transferirá a la mujer gestante el preembrión. En este caso, la mujer se limitará a prestar su útero para recibir un embrión en cuya formación no ha intervenido.

2.º) Que el óvulo pertenezca a la mujer comitente y el esperma pertenezca a su pareja o a un donante.

3.º) Que la madre gestante aporte, no sólo su útero sino también su óvulo, de modo que sea fecundado mediante inseminación con esperma del hombre comitente.

4.º) Que el embrión proceda de donantes, o de la misma mujer sustituta, por lo que la pareja —comitente— no tendría ningún nexo biológico con la futura criatura. Hay quien ve en este supuesto algo parecido a la adopción, pero no hemos de olvidar que de esta manera se eliminarían el cumplimiento de las exigencias legales para adoptar.

5.º) Que una mujer comitente encargue el hijo, otra mujer diferente aporte el óvulo y una tercera geste el embrión —el esperma podría provenir, de la pareja de la mujer comitente o de un donante—.

Ante este panorama tan diverso, si se hiciera un cambio legislativo en España, a mi parecer, al menos uno de los futuros padres legales debería aportar la carga genética, es decir, los óvulos, los espermatozoides o bien, que los dos progenitores podrían aportar el embrión para que fueran transferidos a la madre gestante. De esta manera, existiría un nexo de unión entre las personas comitentes y el nacido mediante estas técnicas evitando así conflictos éticos por la posible existencia de compra-venta de niños y, además, serían biológicamente sus progenitores —ambos o uno de ellos— por lo que podrían reclamar la maternidad-paternidad legal.

[8] BRENA SESMA, I., «Maternidad subrogada», *Enciclopedia de Bioética y Bioderecho*, Ed. Comares, Granada, 2011, pp. 1072-1077.

B. **Carácter oneroso o altruista**

1.º) Se dice que la subrogación tiene carácter oneroso cuando la mujer gestante recibe una contraprestación económica de quienes solicitan sus servicios, en concepto de: asistencia médica durante el embarazo; ausencias laborales que pudiera tener la gestante; efectos secundarios que aparecerán tras el parto, por mencionar algunas.

2.º) Tendrá carácter altruista la subrogación materna cuando la mujer gestante no espere ningún tipo de contraprestación de quienes encargan la criatura. Se entiende que le motiva un sentimiento de solidaridad y de empatía con aquellas personas que tienen problemas para tener hijos. En la mayoría de estos casos, el único dinero que puede recibir la gestante es una compensación por los gastos derivados del embarazo y del parto.

Quizá esta última modalidad es la más defendida puesto que parece que con ella se evitarían abusos contra las mujeres más vulnerables o en riesgo de exclusión social.

III. **Argumentos legales y éticos en contra de la maternidad subrogada**

Una gran mayoría de ciudadanos ve con recelo la maternidad subrogada y la rechaza por considerarla una práctica inaceptable en base a los siguientes motivos:

1. **Tráfico y explotación infantil**

En países donde la regulación es insuficiente, la maternidad subrogada puede derivar en prácticas ilegales, como el tráfico de niños o la venta de bebés, ya que puede ser utilizada como una fachada para la explotación infantil o la adopción ilegal.

2. **Un segundo argumento es que esta práctica atenta contra la dignidad de la persona**

Entendamos este atentado en un sentido amplio: a) puede atentar contra la dignidad de la mujer gestante al considerar que se le instrumentaliza y se le cosifica como mero organismo reproductor. Además, hay que apuntar que con estas prácticas se infringen normas civiles españolas que prohíben que partes del cuerpo sean objeto de comercio. Sin embargo, a este respecto, hay quien[9] considera que la procreación es una capacidad, no una parte, ni un órgano del cuerpo, es más, ni siquiera los gametos son considerados una parte del cuerpo y por ello, se admite su posible donación y en algunos países, su

[9] Igareda González, N., «La gestación por sustitución necesita un cambio legislativo en España. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo español n.º 853/2013 sobre la gestación por sustitución», ob. cit., pp. 171-191.

compra-venta; b) Podría atentar contra la dignidad del hijo nacido mediante esta práctica porque implicaría para éste tener un mínimo de dos posibles madres: la gestante y la biológica o incluso, la posibilidad de tener tres madres: la comitente, la gestante y la donante del óvulo. En definitiva, se acabaría con el principio básico del Derecho Civil español: «*mater semper certa est*». En relación con este tema, tendríamos que reflexionar sobre la posibilidad de un derecho legítimo del menor de conocer su origen biológico como sucede en el caso de la adopción, pero no en cambio en el caso de donación anónima de gametos.

3. La mercantilización[10] o comercialización del cuerpo humano de la mujer gestante, lo cual puede ser considerado como una explotación del cuerpo femenino

En muchas ocasiones, las mujeres que acceden a ser gestantes suelen provenir de situaciones económicas difíciles o de entornos de vulnerabilidad por lo que esta práctica puede llevar a una explotación de las mujeres que, por necesidad, aceptan condiciones que de otro modo no aceptarían si no estuvieran en una situación de precariedad. Esto es especialmente evidente en países donde las regulaciones son laxas o inexistentes.

También en este sentido, la maternidad subrogada plantea preocupaciones sobre la desigualdad social y económica porque las personas que recurren a este tipo de servicios suelen ser de países ricos o de clases sociales altas, mientras que las gestantes a menudo provienen de países o sectores más pobres. Esto puede exacerbar las desigualdades globales, pues el cuerpo de las mujeres más vulnerables se convierte en un recurso para los más privilegiados.

Además, esta mercantilización también se extiende también a las agencias especializadas encargadas de gestionar todos los pasos del proceso: relacionar a los sujetos, formalizar los contratos, vigilar su cumplimiento y demás gestiones que se necesitan para llevar a buen puerto esta práctica.

4. La cosificación del niño

Otro argumento ético es que la maternidad subrogada puede cosificar al niño, tratándolo como un producto que se «compra» y «vende». El niño se convierte en el resultado de un contrato, lo cual puede ser visto como una degradación de la dignidad humana, al reducir la vida humana a una transacción comercial.

[10] Guerra Palmero, M. J., «Contra la mercantilización de los cuerpos de las mujeres. La "gestación subrogada" como nuevo negocio transnacional», *DILEMATA, Revista Internacional de Éticas Aplicadas,* 26, 2018, pp. 39-51.

5. **Derechos del niño**

Otro argumento ético en contra es la preocupación por los derechos del niño ya que se cuestiona si el proceso de gestación subrogada tiene en cuenta el interés superior del menor o si se está priorizando el deseo de los padres comitentes. Por ejemplo, el niño puede crecer y experimentar conflictos emocionales o identitarios sobre su origen, especialmente si sabe que fue gestado por otra mujer bajo un contrato legal.

En definitiva, estos argumentos éticos en contra de la maternidad subrogada tocan cuestiones profundas sobre la dignidad humana, la justicia social, los derechos de la mujer y el niño, y las implicaciones emocionales, psicológicas y jurídicas para todas las partes involucradas.

IV. Argumentos legales y éticos a favor de la maternidad subrogada

Otra parte de la sociedad considera la maternidad subrogada como una técnica excepcional de reproducción humana asistida y por ello, la misma se admitiría en base a los siguientes motivos:

1. **La libertad reproductiva de las personas**[11]

He de aclarar que se hace referencia a la libertad reproductiva porque en la Constitución Española no aparece de manera explícita «el derecho reproductivo» pero podría defenderse su existencia en base a otros derechos fundamentales que sí están recogidos expresamente en la Constitución: el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana (art. 10) ya que el tener descendencia es un hecho que supone para algunas personas un desarrollo y crecimiento personal; el derecho a la igualdad entre hombres y mujeres (art. 14) ya que una limitación biológica no ha de suponer, en todos los casos, una limitación legal; el derecho a la integridad física y moral (art. 15), el derecho a la libertad (art. 17.1), entre otros.

Una vez que se ha plasmado la posible existencia de este derecho subjetivo a fundar una familia, se ha de pensar quiénes son los titulares de dicho derecho. En este sentido hay que defender el derecho a la igualdad de hombres y mujeres. En efecto, si se reconoce el derecho de la mujer a ser inseminada por los gametos de un donante, este planteamiento podría extenderse al derecho del hombre de solicitar a una mujer que aporte el óvulo y el útero para poder ser padre. De hecho, una pareja de mujeres puede, legalmente, acudir a las técnicas de reproducción asistida, y por tanto, tendríamos que pensar que una pareja de hombres también podría solicitarlas en base a su derecho a la

[11] Emaldi Cirión, A., «El derecho al libre desarrollo de la personalidad y la libertad reproductiva», en María Isabel Álvarez Vélez / José Luis Rey Pérez (eds.). *Derecho y pobreza,* Editorial Aranzadi — Thomson Reuters, Cizur Menor, pp. Parte IV, Capítulo 8, 2015.

no discriminación por razón de sexo. Para apoyar esta argumentación recurrimos a la aprobación de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio a personas del mismo sexo. Esto da lugar a que se amplíe el modelo de familia y por tanto, ha de ser objeto de reflexión si a estas parejas se les reconoce el derecho a la reproducción accediendo a todo tipo de técnicas de reproducción asistida, incluida, la maternidad subrogada que es la única posibilidad de tener descendientes con un vínculo biológico. De esta forma, si se exigiera que al menos uno de los sujetos comitentes que solicita la maternidad subrogada, aporte los gametos o bien aportaran su embrión evitaría la posibilidad de la compra-venta de niños.

2. **El respeto a la autonomía de la voluntad y a la libertad para realizar contratos**

El derecho debe garantizar el cumplimiento de los acuerdos alcanzados entre las partes. No obstante, hemos de aclarar que las cláusulas contractuales han de ser acordes a la ley española.

3. **La dignidad de la mujer gestante**

Hay situaciones en las que mujeres que viven con escasos recursos económicos, acudirán a la maternidad subrogada con la finalidad de poder obtener unos ingresos que le permitan hacer frente a su vida diaria. Así mismo, podrían obtener una asistencia sanitaria durante el embarazo que, quizás, no tendría de no haberse formalizado el acuerdo de subrogación materna.

4. **El derecho a la salud**

La Organización Mundial de la Salud así como la legislación española en la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva, definen el derecho a la salud, como un derecho que implica un pleno bienestar, incluyendo el plano psíquico de la persona. Esto supondría que el propio ordenamiento jurídico deberá poner los medios para que las personas puedan tener hijos.

5. **Autonomía y consentimiento informado**

De acuerdo con este planteamiento, cada mujer tiene derecho a decidir sobre su propio cuerpo y, siempre que la decisión sea informada y libre de coerción, no hay razones para prohibirle ser gestante por sustitución. La maternidad subrogada puede ser vista como un acto de autonomía personal y de solidaridad para ayudar a otros a cumplir su deseo de ser padres.

6. **Tecnología al servicio del bienestar humano**

La maternidad subrogada puede ser vista como una manera de aprovechar los avances en la ciencia reproductiva para mejorar la calidad de vida de las personas. Si

la tecnología permite que personas infértiles, solteras o parejas del mismo sexo tengan hijos biológicos, es ético utilizarla para satisfacer el deseo humano de tener familia, siempre que se realice de manera segura y regulada.

7. **La diversidad familiar**[**]

La maternidad subrogada promueve la diversidad familiar y el respeto por los diferentes modelos de familia que existen en la actualidad. La posibilidad de formar una familia no debe estar restringida por normas tradicionales, y la maternidad subrogada abre el camino a nuevas formas de parentesco y estructura familiar, lo cual refleja una sociedad más inclusiva.

En definitiva, los argumentos a favor de la maternidad subrogada subrayan aspectos relacionados con los derechos reproductivos, el altruismo, la autonomía personal y el uso de la tecnología para el bienestar humano. Los defensores creen que, si está debidamente regulada, la maternidad subrogada puede ser una práctica que ofrece soluciones a personas que de otro modo no podrían tener hijos biológicos, respetando los derechos de todos los implicados.

V. Regulación jurídica y especial atención a las resoluciones judiciales de la maternidad subrogada en España

Para que la práctica de la subrogación materna concluya satisfactoriamente, es necesario, además, que se firme un contrato por las partes implicadas. En relación con este contrato, la Ley española 14/2006 de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (LTRHA)[12], es clara al respecto cuando en su artículo 10.1 declara nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. El aparatado 2 nos recuerda que la filiación materna será determinada por el parto, con independencia que la madre gestante aporte o no los gametos y, además, dicha filiación es inimpugnable por la madre genética o por el hijo. Y el apartado 3 del citado artículo deja a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.

En este mismo sentido, el Convenio para la protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina[13], estipula en su artículo 21 que «El cuerpo humano y sus partes como tales no

[12] Ley española 14/2006 de Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Disponible en: https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-9292

[13] Convenio para la protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (1997). En España entró en vigor en el año 2000.

deben ser objeto de lucro» por lo que se podría entender que el útero de una mujer no puede ser alquilado.

Desde el punto de vista del Derecho civil, este contrato también sería nulo por varios motivos:

En primer lugar, se puede hablar de nulidad de contrato al carecer éste de objeto. En efecto, desde el punto de vista jurídico hablamos de contrato nulo porque carece de objeto. Además, se violaría el art. 1.261 CC donde se estipula que no hay contrato sino cuando concurran los requisitos de objeto cierto que sea materia del contrato.

Este principio enlaza con el establecido en el art. 1.271 en que se dice que pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres. Por tanto, el futuro ser no puede ser objeto de contrato entre el comitente y la gestante porque las personas estarían fuera de comercio.

En segundo lugar, podría calificarse dicho contrato como «contrato sin causa, o con causa ilícita» puesto que dicha causa se opone a las leyes y la moral (1.275 CC). Por consiguiente, estos contratos no producirían efecto alguno. Siguiendo con la argumentación precedente, el art. 1305 del Código civil español dispone que cuando la nulidad provenga de ser ilícita la causa u objeto del contrato, si el hecho constituye un delito o falta común a ambos contratantes, carecerán de acción entre sí, y se procederá contra ellos, dándose, además, las cosas o precio que hubiesen sido materia de contrato. El siguiente artículo del código civil, dispone que, si el hecho en que consiste la causa torpe no constituyere delito o falta, se observarán las reglas siguientes: 1.ª) cuando la culpa esté de parte de ambos contratantes, ninguno de ellos podrá repetir lo que hubiera dado en virtud del contrato, ni reclamar el cumplimiento de lo que el otro hubiere ofrecido; 2.ª) cuando esté de parte de un solo contratante, no podrá éste repetir lo que hubiese dado a virtud del contrato, ni pedir el cumplimiento de lo que se le hubiere ofrecido (art. 1.306 Código Civil). El otro, que fuera extraño a la causa torpe, podrá reclamar lo que hubiese dado, sin obligación de cumplir lo que hubiera ofrecido. Por tanto, a la vista de esto, la solución podría decantarse en dos caminos diferentes: por una parte, recurriendo a la restitución simple de lo que se hubiese entregado por causa del contrato nulo para evitar el enriquecimiento ilícito y el incumplimiento intencionado. Por otra parte, tenemos la solución por la que se sanciona a ambos contratantes haciéndoles perder lo que hubiesen hecho o aportado, solución que parecería sancionadora si no fuera porque en el caso de la maternidad subrogada que no se culmina por voluntad de la mujer contratada, sería ella la única que habría tenido un beneficio económico anticipado, enriqueciéndose con una disposición de este tipo.

Por consiguiente, si se parte de la nulidad de tal acuerdo, se niega acción a la mujer gestante para poder reclamar a la otra lo que ésta le prometió por el embarazo, tampoco podrá reclamarse a la gestante lo que en cualquier momento se le entregó como retribución, aún en el supuesto de arrepentimiento. Así pues, como el negocio jurídico es nulo no se derivan obligaciones para las partes, puesto que carece dicho contrato de todo efecto de negocio. Así, aplicando los principios generales de las obligaciones no

tienen las personas, en absoluto, una obligación de hacer lo pactado, es decir, entregar al hijo, de suerte que, en caso de no hacerlo, no se podría mandar ejecutar dicho actuar (art. 1.098 Código Civil).

En definitiva y a la vista de esta normativa el contrato de maternidad subrogada es nulo de pleno derecho y sin embargo, hay españoles que inscribían el nacimiento en el Registro Consular que daba traslado del asiento al Registro Central e inscribían los hijos como propios en contra y en fraude de ley[14] —se reconocía la paternidad de ambos comitentes—, o sólo la del padre biológico que hubiera aportado los gametos para que su pareja adoptara, posteriormente, al inscrito[15].

Este proceder que se desarrollaba sin problemas se interrumpió cuando una pareja masculina acudió a California a por los servicios de una madre de alquiler y luego quiso inscribir al nacido de los gametos de uno de ellos y de la madre de alquiler. En este caso, el Registro Consular de Los Ángeles denegó la inscripción. En respuesta a dicho proceder la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN), emitió una resolución admitiendo la inscripción a partir de las certificaciones extranjeras de nacidos en California «siempre que el que inste la inscripción sea español y el documento que aporte esté válidamente expedido en un país que admite la práctica de la maternidad subrogada» (Resolución DGRN de 18 de febrero de 2009 e Instrucción de 5 de octubre de 2010 sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos por sustitución, en igual sentido)[16].

[14] Según Romeo Casabona, en cuanto a los posibles fraudes de ley, en algún caso podría considerarse un delito contra las relaciones familiares (suposición de parto de la mujer comitente, alteración del estado civil del menor por parte de la mujer gestante, arts. 220 y 221 del Código Penal) o podría encajarse en falsedad documental, en documento público (arts. 390 y ss. del Código Penal). Romeo Casabona, C. M., «Las múltiples caras de la maternidad subrogada: ¿aceptamos el caos jurídico actual o buscamos una solución?», *Folia Humanística, Revista de Salud, ciencias sociales y humanidades,* 8, febrero-marzo 2018, pp.1-23.

[15] De Barrón, P., «La posibilidad de inscribir en el Registro Civil español a los nacidos en el extranjero, de una madre de alquiler». *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 31, 2009, pp. 29-41.

[16] Resolución de 18 de febrero de 2009 e instrucción de 5 de octubre de 2010 (Boletín Oficial del Estado 243 de 07/10/2010). Véase sobre esta Instrucción: Farnós, E., «Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California. Cuestiones que platea la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009». *InDret. Revista para el Análisis del Derecho,* 2010, pp. 6-67 y González Camarero, G., «Notas sobre la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009, en un caso de gestación por sustitución». *Diario La Ley*, 26 de agosto, 2012, p. 4. Véase sobre la Instrucción de 5 de octubre de 2010: Ruiz Saenz, A., «Gestación por sustitución: problemática jurídica de los vientres de alquiler», en Palomar, A., Cantero, J. (Dirs.). *Tratado de Derecho Sanitario*, Vol. II, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 805-810. García Amez, J., «Maternidad subrogada llevada a cabo en el extranjero: una mirada normativa y jurisprudencial de la realidad en España», *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 40, 2014, pp.147-170. Calvo Caravaca, A. L., Carrascosa González, J., «Notas críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2011, pp. 247-262.

Esta resolución fue impugnada por el Ministerio Fiscal, dando lugar a la Sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia número 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010, la cual anula la inscripción registral, al considerar que se ha acudido a una vía errónea para la inscripción de los menores, ya que debería haberse comprobado la realidad del hecho inscrito y su ilegalidad conforme al artículo 10 de la LTRHA por tanto, considera que debe rechazarse su inscripción registral. Dicha sentencia fue confirmada por la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011. Finalmente, el Tribunal Supremo dictó la sentencia de 6 de febrero de 2014[17] (Sala de lo Civil —recurso 245/2012—) que confirmó la sentencia de instancia declarando no inscribible la filiación de los dos niños nacidos en Los Ángeles. El fallo considera la maternidad subrogada contraria a derecho y declara que las autoridades nacionales estarían incentivando su práctica si se admitieran efectos válidos en España.

La sentencia declara —superando el control de legalidad formal del exequátur— que para reconocer efectos a un documento extranjero es necesario que su contenido sea conforme al orden público internacional español, aludiendo a la excepción de la ley extranjera aplicable por ser contraria e incompatible con las leyes del foro. Sin embargo, el Tribunal recuerda que de acuerdo con el artículo 10 de la ley LTRHA, el hombre que cedió el semen podrá reclamar la paternidad conforme a las reglas generales.

En esta misma línea se pronuncia el Tribunal Supremo 953/16 de 16 de noviembre de 2016[18] que busca el mejor interés del menor, considera correcta la cancelación de la inscripción registral, lo que le priva de la nacionalidad española y de sus demás

[17] STE de 6 de febrero de 2014; y Auto de 2 de febrero de 2015, sobre el mismo caso. Véase un estudio detallado sobre la jurisprudencia española y europea en: Emaldi Cirión, A., «Consideraciones bioéticas y jurídicas sobre la biotecnología con fines eugenésicos», *Acta Bioethica,* 21, (2), (http://www.revistas.uchile. cl/index.php/AB/article/view/37566/39227) pp. 2015, 227-235. Retrieved from http://www.actabioethica.uchile. cl/index.php/AB/article/view/47471/49501. ISSN 1726-569X. Universidad de Chile. Sitio web desarrollado por SISIB – Universidad de Chile adaptación de Open Journal Systems. Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J., «Comentario de la sentencia del tribunal supremo de 6 de febrero de 2014 (247/2014) Gestación por sustitución en California», *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina* (Civil y Mercantil) Volumen 6 (2013-2014) Yzquierdo Tolsada (Dir.), Ed. Dykinson, 2016, (pp. 395-409).

[18] Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014: Confirma la cancelación de la inscripción de la filiación, es decir se niega la inscripción de la filiación declarada en el país de origen; entendió que la misma conculcaba el orden público (dignidad de la mujer y del niño); habla de la discriminación económica; aprovecha para realizar una importante crítica a la gestación subrogada; el interés del menor (doctrina del TEDH): «su aplicación ha de hacerse para interpretar y aplicar la ey y colmar sus lagunas, pero no para contrariar lo expresamente previsto en la misma»; tuvo el voto particular de cuatro magistrados que componían el pleno.

Véase comentarios a estas sentencias Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014y STS 953/16 de 16 de noviembre de 2016: Paniza Fullana, A., «Gestación por sustitución e inscripción de la filiación en el Registro Civil español: La Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014». *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 2 (1), 2014, pp. 59-67 y Garcia Alguacil, M. J., «¿Incohe-

efectos, pero recomienda, la posibilidad de buscar algún vínculo familiar entre aquél y los comitentes. Por ello, y de acuerdo con el artículo 10.3 de la LTRHA, se permite la reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales, por lo que si alguno de los recurrentes lo fuera —por aportar sus gametos o el embrión a la mujer gestante—, podría determinarse la filiación paterna o materna y, paralelamente, se podría completar la integración del menor en la familia mediante el acogimiento familiar o la adopción que permiten la formalización jurídica de la integración real de los menores en tal núcleo familiar. En el supuesto de que los recurrentes no hubieran aportado sus gametos, en tal caso, tendrían que acudir a la Ley 54/2007, de 28 de diciembre de Adopción Internacional.

Lo que ha sucedido a continuación es inaudito ya que el fallo del TS ha sido orillado por la DGRN, que a través de la Circular de 11 de julio de 2014 y de la Instrucción de 14 de febrero de 2019, ha seguido autorizando la inscripción en España de los nacidos de madres subrogadas en el extranjero hasta que una Instrucción de 18 de febrero de 2019 sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante maternidad subrogada, ordena que las solicitudes de inscripción «no sean estimadas salvo que exista una sentencia de las autoridades judiciales del país correspondiente que sea firme y dotada de exequátur», en caso contrario el Encargado del Registro deberá suspender la inscripción con base a la ausencia de medios de prueba susceptibles de apreciación dentro del procedimiento consular motivando su decisión al Ministerio Fiscal. A pesar de la posibilidad abierta por la citada Sentencia de que el cónyuge del comitente cuya paternidad ha sido declara e inscrita en el Registro Civil, pueda adoptar al nacido o nacidos, más recientemente, sendos Autos del TSJ de Madrid de 13 de marzo de 2017 y el de la AP de Barcelona, de 16 de octubre de 2018, deniegan la adopción del nacido de madre subrogada por faltar los requisitos de consentimiento libre y expreso de la madre subrogada en relación a la exposición del nacido para que sea adoptado[19].

A mi parecer, la postura del Tribunal Supremo ha sido acertada, ya que se vela por el interés superior del menor, siguiendo la línea que, a posteriori, marcará el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en cuyas sentencias se aprecia la preocupación por garantizar los derechos de los niños nacidos mediante esta técnica.

En efecto, los tribunales franceses e italianos, en varios casos han denegado la inscripción de nacido de madre subrogada a nombre de los comitentes que una vez agotada la vía judicial en sus países, han solicitado el amparo del THDH.

Así, tenemos en primer lugar, dos resoluciones, del día 26 de junio de 2014, que tienen como demandante al Estado francés (asuntos: *Mennesson c. Francia, Labasee*

---

rencia legislativa o despropósito judicial?: A propósito de la STS de 6 de febrero de 2014». *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercanti*l, 3, 2014, pp. 80-110.

[19] Alkorta Idiakez, I., «Reproducción Humana», *Manual de Bioderecho, Lección 9*. Editorial Dykinson, 2022, pp. 223-247 (240).

c. Francia, Foulon y Bouvet v. Francia y Laborie v. Francia) en estos supuestos, el tribunal de Casación francés manifestó que «en presencia de este fraude, ni el interés superior del niño garantizado por el art. 3 del Convenio sobre los Derechos del Niño, ni el respeto a la vida privada y familiar en el sentido del art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 podían ser invocados útilmente». En definitiva, el tribunal de Casación francés manifiesta la denegación de la transcripción al Registro Civil de las actas extranjeras de nacimiento que establecen la filiación de las criaturas respecto de los padres comitentes en supuestos de contratos de maternidad subrogada; la imposibilidad de que pueda determinarse legalmente en Francia cualquier relación de filiación entre las criaturas y los padres comitentes, incluso, anula el posible reconocimiento de la paternidad del padre biológico debido al carácter fraudulento del contrato de maternidad subrogada. Además, proclama la imposibilidad de que las recién nacidas puedan adquirir la nacionalidad francesa y de que puedan heredar a los comitentes en calidad de hijas.

En estos casos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, considera que el Estado francés al denegar la filiación, ha lesionado el derecho, de los menores, a su vida privada, lo que provoca una lesión del artículo 8 del Convenio de 1950, con la consiguiente condena al Estado francés[20].

En segundo lugar, este mismo Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha dictado otra resolución el 27 de enero de 2015 (*Affaire Pardiso et Campanelli c. Itailie* – Application no. 25358/12) en la misma línea que la argumentada en los supuestos precedentes. En este caso, el Estado Italiano había considerado que la inscripción sería contraria al orden público ya que en Italia no se permite esta práctica y puesto que, además, el padre comitente no era padre biológico del hijo. Las autoridades italianas quitaron a los padres comitentes la custodia del hijo y lo entregaron a un centro estatal.

A la vista de estos supuestos, el TEDH, distingue entre los casos en los que hay vínculo biológico entre el nacido y el padre comitente (Casos franceses) y los supuestos en los que no existe dicho vínculo biológico (Caso Italiano).

Desde mi punto de vista, el Estado francés y el Estado Italiano no velaron por el interés superior del menor, que es lo más importante en estos supuestos, sino que castigaron el comportamiento de los padres comitentes dejando, en consecuencia, violentados muchos derechos de los menores: nacionalidad, herencia, custodia, etc. Este proceder no es ético puesto que no se puede dejar en el limbo jurídico y lesionar derechos de unos menores por querer dar un castigo ejemplar a los ciudadanos de un país. Lo que deberían hacer los legisladores es dar una solución con la que se proteja el interés superior del menor y paralelamente, se elabore una legislación más adecuada sobre

[20] Múrtula Lafuente, V., «La determinación de la filiación "*contra legem*" del nacido en el extranjero por gestación por sustitución: otra forma de tener hijos atendiendo a la voluntad procreacional, la posesión de estado y el interés superior del menor». *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, N.º 16 bis, junio 2022. Ed. Instituto de Derecho Iberoamericano y Tirant lo Blanc, pp. 3424-3465 (pp. 3428 y ss).

esta práctica —aceptándola o rechazándola— en cuyo caso las autoridades deberían observar y hacer observar escrupulosamente la normativa, incluyendo los casos que se produjeran en el extranjero y aplicando sanciones severas para quienes incumplieran la norma o bien aprobando disposiciones que tipificasen como delito dichas prácticas[21]. De esta manera, se ofrecería seguridad jurídica a todos los sujetos implicados, principio que en España está recogido en la Constitución (art. 9).

En relación con la madre comitente, el Dictamen de la Gran Sala del TEDH de 10 de abril de 2019, en relación con el reconocimiento en el derecho interno de una relación jurídica filial entre el nacido mediante gestación subroga en el extranjero con óvulo de donante y la madre comitente, declara que la falta de reconocimiento de una relación jurídica tiene un impacto negativo en varios aspectos del derecho de ese niño al respecto de su vida privada, colocándolo en una situación de inseguridad, por lo que considera que la imposibilidad absoluta de obtener el reconocimiento de la relación entre el nacido y la madre comitente es incompatible con el interés superior del menor, que exige como mínimo que cada situación sea examinada *in concreto* a la vista de las circunstancias particulares. Sin embargo, el Tribunal añade que el Convenio no impone a los Estados la obligación general de reconocer *ab initio* dicha relación sino que ese reconocimiento sea posible cuando se haya convertido en una realidad práctica, correspondiendo a las autoridades nacionales valorar este hecho, así como los mecanismos concretos que se pongan a disposición para certificar dicha relación que pueden consistir en la inscripción de la filiación, en la adopción o en otros similares que permitan reconocer efectos legales a dicha relación lo antes posible[22]. Recientemente, el TEDH, ratifica su postura de considerar válidos y con efecto jurídico los acuerdos de gestación subrogada realizados en países que los permitan y regulen. Además, exige a los Estados miembros, incluso si prohíben este tipo de acuerdos en su legislación, que actúen con rapidez y efectividad para determinar la filiación del padre biológico, ya que esto responde al interés superior del menor y al respeto a su vida privada. En cuanto a la madre o padre intencional, la negativa a registrar la filiación basada en un certificado de nacimiento debe ser complementada con algún tipo de reconocimiento legal, como la adopción (Sección 1.ª, Sentencia de 31 de agosto 2023 (Rec. 47196/21)[23].

[21] El Comité de Bioética de España, recomienda la aprobación de leyes que contengan disposiciones que «tipifiquen como delito la venta de niños con fines de adopción ilegal, incluido el uso indebido de la maternidad subrogada. Véase Fernández Muñiz, P. I., «Gestación subrogada ¿Cuestiones de derechos?», *DILEMATA, Revista Internacional de Éticas Aplicadas,* 26, 2018, pp. 34.

[22] Alkorta Idiakez, I., «Reproducción Humana», *Manual de Bioderecho*, ob. cit., pp. 241 y 242.

[23] Vela Sáncez, A. J., «A propósito de la Sentencia del TEDH (Sección Primera) de 31 de agosto de 2023, asunto C. contra Italia», *Diario LA LEY*, Núm. 10369, Sección Doctrina, 17 de ctubre de 2023. LA LEY 9472/2023.

El tiempo pasa y la jurisprudencia española se va pronunciando demostrando la hipocresía del sistema. Así, nos encontramos con la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24 bis, de 30 de marzo de 2022. Cierto es que esa realidad da lugar a soluciones contradictorias y en cierta medida no exentas de hipocresía, en la medida en que por un lado se prohíbe taxativamente la gestación por sustitución y, por otro, apelando al superior interés del menor, se consiente la inscripción y reconocimiento de la paternidad y/o maternidad de los menores nacidos conforme a esta técnica, evitando enfrentarse a una realidad que deber ser el legislador quien la afronte y no la casuística de los tribunales bien por valoración del caso, bien por aplicación de las normas de derecho internacional privado.

Así mismo, el Tribunal Supremo, Sala Civil, STS 1153/2022, de 31 marzo (CAS) 907/2021), deniega la inscripción de la filiación declarada en el país de origen[24]. El pleno ha resuelto en esta sentencia un recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (1 de diciembre de 2000) que había declarado la filiación materna respecto de una persona que no es la madre biológica de un niño nacido de una gestación por sustitución, sin aportar material genético propio, llevada a cabo en Méjico mediante un contrato en el que intervino una agencia mediadora. En este caso, la madre reclama la inscripción de la filiación y utiliza la vía de la acción de filiación por posesión de estado ya que el menor reside con la madre comitente y se ha establecido un núcleo familiar *de facto*. No obstante, el Alto Tribunal estima el recurso del Ministerio fiscal y revoca la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid al considerar que la gestación por sustitución comercial vulnera gravemente los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Española y en los convenios internacionales sobre los derechos humanos. Para el Alto Tribunal, tanto la madre gestante como el niño a gestar son tratados como meros objetos, no como personas dotadas de la dignidad propia de su condición de seres humanos y de los derechos fundamentales inherentes a esa dignidad. El TS vuelve a criticar la gestación subrogada porque considera que no puede pretenderse, al mismo tiempo, aplicar la ley española (art. 131 Código Civil y rechazarla (art. 10 LTRHA).

Posteriormente, la Sala Primera, de lo civil, del Tribunal Supremo, STS 754/2023, de 16 de mayo (Recurso 6189/2022)[25], resuelve un caso en el que los progenitores

[24] Véase más ampliamente el comentario a esta sentencia en: Jiménez Mancha, J. C., «Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 2022 (1153/2022). Denegación de la filiación a favor de la madre de intención de un niño nacido por procedimiento de gestación por sustitución», *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil),* Volumen 14 (2022) Mariano Yzquierdo (Dir.), Ed. Dykinson, 2023, pp. 151-174.

[25] STS 754/2023, de 16 de mayo (Recurso 6189/2022). Este caso trata del ejercicio de una doble acción para que se declare la paternidad del demandante respecto de los dos hijos biológicos de quien fue su pareja, así como la paternidad de su expareja respecto de los dos hijos biológicos del propio demandante, hijos nacidos todos ellos mediante maternidad subrogada. Se desestima la pretensión. La situación

intencionales no constan reconocidos en la sentencia del país de origen que declara la filiación. La acción de filiación extramatrimonial por posesión de estado contra progenitor biológico. En este caso, no debe darse por supuesto que el interés de los menores es tener dos papás (En STS 740/2013 y 836/2013 sí se consideró de su interés tener dos mamás). La situación fáctica no permite determinar las filiaciones reclamadas con apoyo en posesión de estado y en el principio del interés de los menores. En este caso estipula la sentencia: «Lo que sostiene la recurrente es que la convivencia como hermanos de los hijos resulta una posesión de estado que debería consolidarse mediante la determinación judicial de las paternidades que se reclaman y de esta forma mantener la situación fáctica de los niños. El vínculo socioafectivo (entre niños o con adultos) no es por sí título para el establecimiento del vínculo legal de filiación. Para ello está la adopción»

En definitiva, la voluntad se ha erigido en título de constitución de la filiación. Debería definirse el tiempo y modo de expresión. Debería encajarse de manera efectiva en el ordenamiento jurídico y definirse con claridad la posibilidad o no de homologación de las filiaciones de hijos nacidos mediante la maternidad subrogada.

VI. Conclusiones y propuestas para un cambio legislativo de la maternidad subrogada

Al día de hoy y a la vista del apoyo social que está teniendo esta práctica se hace necesario tomar una solución jurídica en relación con la maternidad subrogada. Esta solución puede ser de muy distinta índole. Por una parte, se puede continuar con su prohibición, pero asegurando que se cumple la ley y por tanto, no permitiendo que los españoles acudan a otros países para realizar esta práctica y posteriormente, quieran inscribir a los recién nacidos como propios en el Registro Civil Español. Por otra parte, se pueden modificar las leyes para admitir y regular la maternidad subrogada.

Si he de posicionarme por alguna de estas dos posturas, lo haría en favor de la segunda opción, es decir, la posibilidad de recurrir a la maternidad subrogada, siempre que se utilice como una técnica de reproducción asistida para supuestos muy concretos. No obstante, esta permisión debería ir acompañada de una regulación exhaustiva y del cumplimiento de una serie de requisitos y condiciones.

---

fáctica no permite determinar las filiaciones reclamadas con apoyo en la posesión de estado y en el principio del interés de los menores. Ni una anterior convivencia establecida voluntariamente y amparada por acuerdos alcanzados por las partes, ni una invocación genérica e interesada del principio del interés del menor, justifican que se puedan establecer unas paternidades, con el conjunto de derechos y obligaciones que ello comporta, que carecen de cobertura legal. El vínculo socio afectivo de los niños entre sí y con quien fue pareja de su respectivo padre no es por sí título para el establecimiento de un vínculo legal de filiación.

A este respecto y como propuesta de *lege ferenda* considero que se deberían regular los siguientes aspectos que se muestran a modo de conclusiones:

Primera. Cumplimiento de los requisitos generales por parte de la pareja o de la persona comitente:

A) Existencia de razones médicas por las que la mujer comitente no fuera apta para asumir la gestación por tener problemas médicos o fisiológicos (ausencia de útero, una lesión o enfermedad de este órgano que impida la gestación de forma terminante y definitiva) o bien que estemos ante la presencia de esterilidad estructural (parejas homosexuales masculinas y hombres sin pareja). De esta manera, se evitarían posibles abusos —maternidad subrogada por simple comodidad o por existir compensaciones económicas—. B) Aportación de gametos por la pareja comitente. Se debería aportar bien el embrión, el esperma o el óvulo, puesto que, si únicamente contratara los servicios de otra persona, tanto para la gestación como para la aportación de los gametos, estaríamos ante una adopción en la que se evita el cumplimiento de sus requisitos o, incluso, ante una posible compra-venta de niños.

Segunda. Cumplimiento de requisitos generales por parte de la mujer gestante: A) Establecer una edad mínima para realizar esta práctica; B) Demostrar las condiciones óptimas de salud físicas, psicofísica, etc. C) Determinar el número máximo de veces que una mujer puede prestarse a esta práctica de maternidad subrogada ya que los embarazos conllevan molestias, incluso, efectos secundarios; D) Que la mujer gestante tuviera una situación socioeconómica que descartase una situación de grave necesidad y así se evitarían abusos contra las personas más vulnerables; E) Inscripción en un Registro Nacional de Gestantes, el cuál controlaría algunos de los aspectos derivados de estas prácticas. F) Posible relación de parentesco entre gestante y comitente. En este caso habría que pensar si es mejor que no existiera dicha relación para que no afectase a la libre decisión de la mujer gestante o bien que la misma se exigiera para asegurar que se realiza de una manera solidaria y altruista.

Tercera. La admisión de la maternidad subrogada cuando se realice de manera altruista, es decir, que se permita con motivaciones solidarias sin obtener una ventaja material al respecto a salvo de lo que estipule la Ley. Por tal motivo, deberían establecerse unas tarifas por parte del Estado para que la cantidad entregada fuera en concepto de una compensación por molestias generadas durante el embarazo y el parto. De esta manera, se evitaría la posibilidad de considerar que estamos ante un contrato de compra-venta de niños.

Cuarta. Debería regularse la posible revocación o no del consentimiento de la mujer gestante[26]. Es decir, regularse qué ocurriría si la mujer gestante se negase a cumplir lo

[26] Véase sobre esta cuestión más ampliamente, VELÁZQUEZ L., «Algunos aspectos acerca del consentimiento informado en la gestación subrogada». *DILEMATA, Revista Internacional de Éticas Aplicadas,* 2018, 26, pp. 15-25.

establecido en el contrato y deseara quedarse con la criatura. El problema sobre el que se debería reflexionar en este punto es que la imposibilidad de revocar el consentimiento impediría a la mujer gestante, el ejercicio pleno del derecho fundamental al desarrollo de la personalidad interpretado de acuerdo con el principio de la dignidad de la persona humana, y el derecho de constituir una familia.

Quinta. Se tendría que recoger, también, la posibilidad de que fallezcan los padres comitentes o que se separaren o se divorciasen durante el periodo de gestación. En este supuesto pienso que no se podría obligar a que la madre gestante se quedase la criatura o la entregase en adopción, sino que tendría que responder la pareja beneficiaria que se ha separado y, en el supuesto de muerte, tendrían que seguirse los mismos procedimientos que se siguen para los hijos póstumos.

Sexta. Interrupción del embarazo por motivos embriopáticos o eugenésicos. En efecto, puede ocurrir que mediante diagnósticos genéticos prenatales se detectara una enfermedad o anomalía fetal y la pareja comitente quisiera interrumpir el embarazo, no así la mujer portadora del embrión. También pudiera suceder lo contrario: que la pareja quisiera seguir con el embarazo, en contra de la voluntad de la mujer gestante. En estos casos, debe existir una cláusula en el contrato que recoja dicha situación.

Séptima. Debería reflejar el contrato, la posibilidad de que pueda producirse un embarazo múltiple. En estos supuestos, cabrían dos posibilidades: a) forzar a la madre gestante a que procediese a interrumpir el embarazo de uno de los embriones, en la medida en que el acuerdo o contrato únicamente contemplaba la gestación de uno de ellos y no el resto; b) dar a luz a todas las criaturas que se han gestado y se hagan cargo de las mismas los comitentes.

Octava. Habría que regular si el hijo goza de un derecho legítimo de conocer su origen biológico como sucede en el caso de la adopción, pero no, en cambio, en el caso de donación anónima de gametos ya que en España no se permite esta opción dando lugar así a una violación del derecho del menor a conocer sus orígenes tal y como reconoce la Convención Internacional de Derechos del Niño de 1989[27]. Por tanto, la posibilidad de ejercer este derecho debería ofrecerse tanto a hijos adoptados como a aquéllos que han nacido gracias a la práctica de alguna de las técnicas de reproducción humana asistida ya que no hacerlo supondría una restricción innecesaria a los derechos de identidad personal y al desarrollo de la personalidad de las personas nacidas por gestación subrogada.

A lo largo de las conclusiones, he planteado algunas cuestiones y controversias que podrían surgir a lo largo del proceso de la maternidad subrogada. Si la ley regulase

[27] La Convención de los derechos del niño fue aprobada por la Asamblea de las Naciones Unidas el 20 de noviembre 1989 en Ginebra y fue ratificada por los Estados miembros de las misma ONU. Se puede encontrar la integralidad de su texto en sito de la UNICEF: https://www.unicef.it/Allegati/Convenzione_diritti_infanzia_1.pdf

todas ellas y algunas más, se evitarían los efectos negativos que es posible causar con esta práctica y que son, precisamente, los que justifican su rechazo. Es compromiso de todos buscar medios para proteger a las partes más vulnerables en los contratos de maternidad subrogada y otorgarles las garantías necesarias para su protección: por una parte, a las mujeres gestantes, que reciban el dinero estipulado derivados del embarazo y parto e indemnizaciones en caso de sufrir algún daño o perjuicio derivado del mismo. Por otra parte, las personas comitentes, deben saber con certeza los compromisos económicos que adquieren y la seguridad de que una vez iniciado el procedimiento o después del parto no estarán sujetos a chantajes, así como la garantía de la entrega del niño tras el nacimiento y su inscripción en el Registro Civil español como hijos de la pareja comitente.

De ahí, mi posición favorable a dar cobertura a la legalización de la maternidad subrogada y a un cambio legislativo para ajustarse a la nueva demanda social y así garantizar el principio constitucional de seguridad jurídica. No obstante, hay que ir más allá, y modificar no sólo las leyes que permitan estas prácticas de reproducción asistida, sino leyes sobre adopción, leyes sobre derechos de los matrimonios de igual sexo, leyes sobre la igualdad, etc. En definitiva, queda mucho por hacer tanto por parte del legislador como por parte de la sociedad.

VII. **Bibliografía**

Alkorta Idiakez, Itziar, «Reproducción Humana», *Manual de Bioderecho*, Romeo Casabona (Director), Ed. Dykinson, 2022, pp. 223-243.

Brena Sesma, Ingrid, «Maternidad subrogada», *Enciclopedia de Bioética y Bioderecho,* Ed. Comares, Granada, 2011, pp. 1072-1077.

Corral García, Eduardo, «El derecho a la reproducción humana ¿debe permitirse la maternidad subrogada?», *Revista de Derecho y Genoma Humano,* 38, 2015, 2015, pp. 45-69.

Calvo Caravaca, Alfonso Luis y Carrascosa González, Javier, «Notas críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2011, pp. 247-262.

— «Comentario de la sentencia del tribunal supremo de 6 de febrero de 2014 (247/2014) Gestación por sustitución en California», *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina* (Civil y Mercantil) Volumen 6 (2013-2014) Yzquierdo Tolsada (dir.), Ed. Dykinson, 2016, (pp. 395-409).

De Barrón, Paloma, «La posibilidad de inscribir en el Registro Civil español a los nacidos en el extranjero, de una madre de alquiler». *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 31, 2009, pp. 29-41.

Emaldi Cirión, Aitziber, «Consideraciones bioéticas y jurídicas sobre la biotecnología con fines eugenésicos», *Acta Bioethica,* 21, (2), 2015, (http://www.revistas.uchile.cl/index.php/AB/article/view/37566/39227).

— «El derecho al libre desarrollo de la personalidad y la libertad reproductiva», en Álvarez Vélez, M.I. Rey Pérez, J.L. (eds.). *Derecho y pobreza*, Editorial Aranzadi — Thomson Reuters, Cizur Menor, pp. Parte IV, Capítulo 8, 2015.

Farnós, Eduardo, «Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California. Cuestiones que platea la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009», *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, 2010, pp. 6-67.

Fernández Muñiz, Pablo Ignacio, «Gestación subrogada, ¿Cuestiones de derechos?». *DILEMATA, Revista Internacional de Éticas Aplicadas*, 26, 2018, pp. 34.

Garcia Alguacil, María José, «¿Incoherencia legislativa o despropósito judicial?: A propósito de la STS de 6 de febrero de 2014». *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil,* 3, 2014, pp. 80-110.

García Amez, Javier, «Maternidad subrogada llevada a cabo en el extranjero: una mirada normativa y jurisprudencial de la realidad en España». *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 40, 2014, pp. 147-170.

González Camarero, Gonzalo, «Notas sobre la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009, en un caso de gestación por sustitución». *Diario La Ley*, 26 de agosto, 2012, p. 4.

Guerra Palmero, María José, «Contra la mercantilización de los cuerpos de las mujeres. La "gestación subrogada" como nuevo negocio transnacional», *DILEMATA, Revista Internacional de Éticas Aplicadas*, 26, 2018, pp. 39-51.

Igareda González, Noelia. «La gestación por sustitución necesita un cambio legislativo en España. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo español n.º 853/2013 sobre la gestación por sustitución». *Revista de Derecho y Genoma Humano,* 40, 2015, pp. 171-191.

Jiménez Mancha, Juan Carlos, «Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 2022 (1153/2022). Denegación de la filiación a favor de la madre de intención de un niño nacido por procedimiento de gestación por sustitución», *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil),* Volumen 14 (2022) Mariano Yzquierdo (dir.), Ed. Dykinson, 2023, pp. 151-174.

Múrtula Lafuente, Virginia, «El difícil equilibrio en el tratamiento jurídico de la gestación por sustitución: una propuesta de regulación desde los derechos de la mujer gestante», AAVV;: El derecho civil ante los retos planteados por las técnicas de reproducción asistida, Bustos y Múrtula (coords.), Ed. Dykinson, Madrid, 2021, pp. 319-377.

— «La determinación de la filiación "contra legem" del nacido en el extranjero por gestación por sustitución: otra forma de tener hijos atendiendo a la voluntad procreacional, la posesión de estado y el interés superior del menor». *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, N.º 16 bis, junio 2022. Ed. Instituto de Derecho Iberoamericano y Tirant lo Blanc, pp. 3424-3465.

Paniza Fullana, Antonia, «Gestación por sustitución e inscripción de la filiación en el Registro Civil español: La Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014». *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 2 (1), 2014, pp. 59-67.

Romeo Casabona, Carlos María, «Las múltiples caras de la maternidad subrogada: ¿aceptamos el caos jurídico actual o buscamos una solución?». Folia *Humanística, Revista de Salud, ciencias sociales y humanidades*, 8, febrero-marzo 2018, pp. 1-23.

Ruiz Saenz, Angela, «Gestación por sustitución: problemática jurídica de los vientres de alquiler», en Palomar, A., Cantero, J. (dirs.). *Tratado de Derecho Sanitario*, Vol. II, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 805-810.

Vela Sáncez, Antonio J., «A propósito de la Sentencia del TEDH (Sección Primera) de 31 de agosto de 2023, asunto C. contra Italia», *Diario LA LEY*, N.º 10369, Sección Doctrina, 17 de Octubre de 2023. LA LEY 9472/2023.

Velázquez, Lourdes, «Algunos aspectos acerca del consentimiento informado en la gestación subrogada». *DILEMATA, Revista Internacional de Éticas Aplicadas,* 26, 2018, pp. 15-25.

15

GOBERNANZA DE LAS AGROBIOTECNOLOGÍAS EN LA UE: DE LOS PRIMEROS OMG A LAS PLANTAS DE GENOMA EDITADO*

Leire Escajedo San-Epifanio**
Catedrática acreditada de Derecho Constitucional
Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea

SUMARIO: I. Décadas de desencuentro agro-biotecnológico en la UE y la llegada de las plantas de genoma editado. Los serios obstáculos para los juristas. I.1. Las «Revoluciones Verdes», en lo científico-técnico y en lo político-jurídico. I.2. Los marcos reguladores de la biotecnología y el estatuto jurídico tripartito del fitomejoramiento en la UE. I.3. Situación actual y estructura del presente escrito. II. La toma de decisiones sobre plantas MG en la UE: modelos de los 90 y 2001, y el llamativo opt-out aprobado en 2015. II.1. Primer modelo de toma de decisiones (directivas de los años 90). II.2. Primera revisión del modelo de toma de decisiones (años 2000). II.3. La incorporación de una prerrogativa de opt-out a la Directiva 2001/18/EC. III. La sentencia TJUE sobre mutagénesis dirigida (as. C-528/16, *Confédération paysanne y otros*). IV. Análisis de

* Doctora en Derecho (UPV/EHU, 2004) y Doctora en Ciencias Biológicas (UA, 2015), Orcid: 0002-5776-3055. Este trabajo forma parte del Proyecto *VegEquity – Fitomejoramiento e Integración Europea: Gobernanza, Acceso al Mercado y Sostenibilidad*, PID2021-123796OB-C21 (MICINN 2021-2025); *EU Law and Governance for Plant Scientists*, ERASMUS-JMO-2023-MODULE 101127121; GIU24/007 *EU-Frames, Construcción de Marcos Regulatorios innovadores en la UE*.

** Al Profesor Carlos M. Romeo Casabona, *In Memoriam.* La capacidad para diseñar e implementar investigaciones transdisciplinares, la forma de integrar y cohesionar personas de diferentes perfiles y disciplinas, la importancia del rigor en la investigación y el exquisito cuidado de los textos escritos; sin ánimo de exhaustividad, creo que se cuentan entre las cosas más valiosas que aprendí del Profesor Carlos M. Romeo Casabona. Con la intuición que le caracterizaba para detectar avances científico-tecnológicos de complejo encaje jurídico, él me animó a finales de los 90 a adentrarme en los retos de los cultivos transgénicos. Desde aquellos comienzos, ese tema se ha mantenido como una importante línea de trabajo en mi carrera académica y me ha parecido de justicia escogerlo para contribuir a este homenaje. Preguntado sobre *cómo conseguía ejecutar tantas publicaciones y tan diversas*, recuerdo haberle oído decir, con una sonrisa, que aplicaba un principio de «*nulla dies sine línea*» del que nunca se desprendió. Su bibliografía da buena fe de ello, sin desmerecer sus muchas contribuciones en forma de ponencias de experto, conferencias y participaciones en comités de alto nivel. La vida me fue alejando del Derecho penal y de los proyectos del Profesor, si bien siempre me sentí privilegiada por las oportunidades de aprender de él y de discípulos suyos que ocupan destacadas posiciones en universidades de prestigio. Lamento su pérdida y agradezco muy sinceramente la invitación para participar en esta obra.

LA PROPUESTA LEGISLATIVA SOBRE PLANTAS NGT: PLANTEAMIENTO, CONTENIDO Y ESCOLLOS PARA EL CONSENSO. IV.1. Un cuarto estatuto jurídico de plantas mejoradas: las NGT. IV.2. La subdivisión de la categoría NGT en 1 y 2. IV.3. Estado actual de la tramitación de la propuesta. V. REFLEXIONES SOBRE LOS RETOS PENDIENTES Y LAS PERSPECTIVAS DE FUTURO. VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

I. DÉCADAS DE DESENCUENTRO AGRO-BIOTECNOLÓGICO EN LA UE Y LA LLEGADA DE LAS PLANTAS DE GENOMA EDITADO. LOS SERIOS OBSTÁCULOS PARA LOS JURISTAS

Comenzaba el profesor Romeo Casabona su visionaria obra *Del Gen al Derecho* (1996) afirmando que, cuando pretende analizar una realidad social que se ha visto condicionada de forma decisiva por los avances científicos o tecnológicos *«el jurista se encuentra, cada vez con más frecuencia, con serios obstáculos»*[1]. Esos «serios obstáculos», de los que el Profesor ha dado buena cuenta en su destacadísima trayectoria y en su bibliografía, han tenido su peculiar versión en el caso de las biotecnologías que se aplican al fitomejoramiento o al conjunto de los procesos de modificación y mejora de las características de los cultivos mediante la manipulación de sus genes[2]. Y es que, como es sabido, la UE arrastra más de tres décadas de desencuentro agro-biotecnológico.

La propia Comisión Europea sentenciaba en el año 2015 que la toma de decisiones sobre plantas modificadas genéticamente había supuesto una importante excepción al normal funcionamiento histórico de la comitología comunitaria[3], por el complejo entramado de intereses —no siempre compatibles entre sí— que interseccionan en este ámbito[4]. De ahí que el Consejo reclamase en 2019 avanzar hacia un marco regulador del fitomejoramiento «*más claro, basado en pruebas, aplicable, proporcionado y suficientemente flexible*»[5]. El presente trabajo trae causa en los esfuerzos que hasta la fecha se han realizado en dicha dirección[6]. Tras un intenso periodo de consultas y de participación abierta a la ciudadanía, el 5 de julio de 2023 la Comisión adoptó una *propuesta*

[1] ROMEO CASABONA, C. M. *Del Gen al Derecho*, Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 23.

[2] CUBERO, J. I., *Introducción a la mejora genética vegetal*, Ed. Mundi-Prensa, 2002, pp. 14-18.

[3] COMISIÓN EUROPEA, *Communication Reviewing the decision-making process on genetically modified organisms (GMOs),* COM (2015) 176 final.

[4] ESCAJEDO SAN-EPIFANIO, L. / ROMEO CASABONA, C. M. «Aspectos jurídicos de la Nutrigenómica», en *Nutrigenómica*. Monografías Humanitas, 2006, passim.

[5] COUNCIL DECISION (EU) 2019/1904 of 8 November 2019 requesting the Commission to submit a study in light of the Court of Justice's judgment in Case C-528/16 regarding the status of novel genomic techniques under Union law, and a proposal, if appropriate in view of the outcomes of the study

[6] ESCAJEDO SAN-EPIFANIO, L., FILIBI, I., *et al.,* «Possible EU futures for CRISPR-edited plants: Little margin for optimism?», *Frontiers in Plant Sciences*, Volume 14, 2023, DOI=10.3389/fpls.2023.1141455.

legislativa sobre plantas obtenidas por ciertas técnicas genómicas[7] (NGT[8]) que viene a sumarse, como se detallará, a las normas que ya existían respecto a la mejora genética convencional y la moderna. La propuesta está aún en fase de tramitación. En febrero de 2024 —y poco antes de disolverse para las elecciones—, el Parlamento Europeo dio su visto bueno a la tramitación, aunque introduciendo numerosas propuestas de enmienda, pero a la fecha de entrega de este trabajo el Consejo no tiene siquiera en su agenda la discusión del borrador.

Esta iniciativa, en adelante *Propuesta legislativa NGT*, tiene como objeto regular el estatuto de los vegetales producidos mediante mutagénesis dirigida y cisgénesis, así como la comercialización de los alimentos y piensos y otros productos derivados de tales plantas. No incluye, sin embargo, vegetales obtenidos mediante *otras NGT* ni, en general, vegetales obtenidos mediante cualquier NGT en los que se haya introducido material genético de una especie no compatible (transgénesis). Ello implica, ha de hacerse notar, que en el corto plazo la Unión Europea no pretende —ni probablemente pueda— revisar holísticamente el estatuto del fitomejoramiento.

I.1. **Las «revoluciones verdes», en lo científico-técnico y en lo político-jurídico**

En *La Tercera Revolución Verde*, García Olmedo distinguió tres grandes revoluciones en la larga historia de la manipulación de las plantas por el hombre[9]: la revolución neolítica (con los primeros procesos de domesticación), la revolución impulsada por la aplicación de los conocimientos de la genética clásica y, en tercer y último lugar, la que se produce con la irrupción de la ingeniería genética. El autor sitúa la revolución más radical en el Neolítico[10], con la domesticación inicial de especies vegetales que aún hoy día cultivamos para nuestro sustento. Advierte, no obstante, de que, por la extensión temporal de este proceso de domesticación, no todos los expertos consideran que cabe referirse a este proceso evolutivo como «una *revolución*».

La *Segunda revolución verde*, a la que algunas voces se refieren como *Revolución verde* (o, por su tecnificación, como *industrialización de la agricultura*), implicó modernos proyectos de irrigación, pesticidas, fertilizantes sintéticos nitrogenados y

[7] 2023/0226 (COD) Propuesta de REGLAMENTO DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO relativo a los vegetales obtenidos con determinadas nuevas técnicas genómicas y a los alimentos y piensos derivados, y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2017/625, COM (2023) 411 final.

[8] El acrónimo NGT, por sus siglas en inglés «*New Genomic Techniques*» se emplea para distinguir las técnicas genómicas más recientes respecto de otras como la trasngénesis, que existían ya en los años 90, momento de elaboración de las primeras Directivas sobre OMG de la entonces CEE.

[9] GARCÍA OLMEDO, F., *La tercera Revolución Verde. Plantas con luz propia*, Debate Editorial, 1998, pp. 12ss.

[10] REGNAULT-ROGER, C., *Enjeux biotechnologiques. Des OGM á l'edition du génome*, Academie d'Agriculture de France, Paris: Presses des Mines, 2022, pp. 23-27.

diferentes técnicas de mejora, todas ellas previas a la transgénesis vegetal. Y es que, ya a principios del siglo veinte se habían obtenido semillas híbridas para cultivos alimenticios tan importantes como el maíz[11], y, siguiendo esa base, a mediados del siglo XX se desarrollaron las variedades de semillas de alto rendimiento del trigo y el arroz de la «revolución verde»[12], como es caso de la variedad enana de trigo desarrollada por Norman Borlaug, fundador del CIMMYT y conocido como «*the man who saved a billion lives*»[13], por la que obtuvo el Premio Nobel de la Paz en 1970.

La última revolución verde se sitúa por los historiadores en torno al uso de la Ingeniería Genética, con especial atención al uso de métodos que permiten movilizar genes de un organismo a otro (transgénesis) o la transferencia de ADN nuclear con fines de clonación. La preocupación por la gestión de los riesgos asociados a la ingeniería genética, en especial como consecuencia de la liberación intencional de organismos modificados mediante transgénesis, hizo que en la década de los 80 se plantease la necesidad de desarrollar marcos reguladores para un uso seguro de la Biotecnología[14], tanto en forma de autorregulación como por parte de los estados y las organizaciones internacionales. Y, desde el punto de vista jurídico y político, esa circunstancia supondrá un importante hito en la regulación del fitomejoramiento: un fitomejoramiento sin apenas trascendencia normativa antes de la ingeniería genética y, como se explicará, altamente controlado respecto a los procesos que utilizan las técnicas más avanzadas.

I.2. **Los marcos reguladores de la biotecnología y el estatuto jurídico tripartito del fitomejoramiento en la UE**

Tal y como se ha analizado en detalle en otros trabajos[15], para implementar ese tipo de marcos las sedes de gobernanza necesitarán, de una parte, concretar a qué organismos en concreto se aplicaría la normativa (y a cuáles no), y, de otra parte, dotar de competencia a los organismos (algunos de nueva creación) a los que se encomendaría

[11] PAARLBERG, R.L. *La Política de la Precaución*, IFRI, Washington, 2003 (edición original de 2001), pp. 1-2.

[12] LACADENA, J. R. recogió en su trabajo «Plantas y alimentos transgénicos», Javier Gafo (ed.), *Aspectos científicos, éticos y jurídicos*, Comillas, 2001, pp. 17-18, algunas cifras que reflejan cómo en algunos países aumentó la producción agrícola como consecuencia de la Revolución Verde, así en México, China o India, entre otros.

[13] Se considera acreditado que «salvó» a más de mil millones de personas de morir por las hambrunas. *Vid.* HESSER, L. *The Man Who Fed the World: Nobel Peace Prize Laureate Norman Borlaug and His Battle to End World Hunger*, Durban House, 2006, 12-19.

[14] ESCAJEDO SAN-EPIFANIO, L. *Por un uso saludable y sostenible de la Biotecnología*, SIBI – Junta General del Principado de Asturias, 2006, passim.

[15] ESCAJEDO SAN-EPIFANIO, L. «Vers un cadre régulateur de la sécurité de l'application de la biotechnologie: le chemin parcouru», Revue generale de droit international public, Vol. 114, N.º 1, 2010, pp. 5-34.

la gestión de los riesgos de la seguridad en el uso de la Biotecnología y la adopción política de decisiones.

En relación con la primera de las cuestiones, la concreción de los organismos abarcados por los marcos reguladores de la biotecnología, las diferentes sedes de gobernanza necesitaron (re)definir jurídicamente las delimitaciones entre la mejora genética tradicional, cercana a la domesticación, y las mejoras realizadas mediante herramientas de las dos revoluciones experimentadas en el siglo veinte. El término más extendido para referirse al deslinde entre, de una parte, las técnicas que pueden acontecer en la naturaleza y, de otra parte, las que no, fue el de «modificación genética», porque, aunque más imprecisa, se entendió que era una expresión más sencilla de manejar[16]. Así, la regulación europea entiende desde los años 90 que el término organismos modificados genéticamente (OMG) comprende aquellos organismos cuyo material genético ha sido modificado *de una manera que no acaece en el apareamiento y/o la recombinación natural*[17]*,* con independencia de la técnica empleada al efecto.

En relación con la segunda cuestión, la de los órganos con competencia para emitir autorizaciones de uso de OMGs, tras una gestión técnica y política de los riesgos asociados a éstos, es importante tener en cuenta que países como los Estados Unidos contaban ya con una serie de órganos federales con capacidad para realizar algunas de estas tareas (FDA, USDA y EPA), mientras otras regiones, como la UE, carecían de instituciones comunes de perfil equivalente y se vieron ante la encrucijada de, primera opción, ceder estas tareas a las autoridades nacionales existentes en los Estados Miembros o, como segunda opción, avanzar paulatinamente hacia una armonización en la toma de decisiones de este tipo.

Del modo en que la UE dio respuesta a ambas cuestiones resultó un estatuto jurídico tripartito para las plantas mejoradas, según se tratase, en primer lugar, de plantas que son (o no) OMGs, y, en segundo lugar, de plantas que precisan (o no) una autorización comunitaria para su uso agroalimentario.

a) *Un primer estatuto es el de las plantas mejoradas en formas que acontecen en la naturaleza —y que, por tanto, no son consideradas OMG—.* Se trata de técnicas aplicadas por el ser humano (esto es, no espontáneas) y que alteran el genoma de las plantas, pero debido a que se considera que emulan lo que acontece en la naturaleza, la Directiva 2001/18/CE entiende que las plantas resultantes no deben considerarse OMG salvo que impliquen de algún modo la incorporación de ADN extraño. Es el caso, entre otros, de las plantas obtenidas por fecundación in vitro, conjugación o inducción de

[16] PAARLBERG, R. L. *La Política de la Precaución*, IFRI, 2003, p. 2.

[17] Artículo 2 de la Directiva 90/220/CEE del Consejo, de 23 de abril de 1990, sobre la liberación intencional en el medio ambiente de organismos modificados genéticamente, DO L 117 de 8.5.1990, pp. 15-27. *Vid.* asimismo Directiva 90/219/CEE del Consejo, de 23 de abril de 1990, relativa a la utilización confinada de microorganismos modificados genéticamente, DO L 117 de 8.5.1990, pp. 1-14.

poliploidía, siempre que no se haya utilizado ADNr —esto es, no se haya incorporado ADN ajeno— en la aplicación de estas técnicas.

b) *Un segundo estatuto jurídico es el de las plantas modificadas genéticamente mediante técnicas respecto a las que había un historial de uso seguro en la década de los 90*[18]. Con el objetivo de aportar certeza jurídica, las Directivas de OMG recogen detalladamente en sus anexos cuáles son las técnicas respecto a las que existe tal historial: la mutagénesis; y la fusión celular (incluida la fusión de protoplastos) de células vegetales de organismos que pueden intercambiar material genético mediante métodos tradicionales de reproducción. La exclusión de estas técnicas del ámbito de aplicación de la normativa UE sobre OMGs implica que las plantas obtenidas no requieren autorización a nivel comunitario, pueden emplearse en agricultura orgánica[19] y sus productos derivados no están sujetos a las normas aplicables a los alimentos y piensos modificados genéticamente[20]. Es más, sin que una buena parte de la ciudadanía sea consciente de ello, los alimentos y piensos que los contienen o se han obtenido a partir de ellos pueden portar legítimamente la etiqueta de que «*no contienen OMG*». Se ha dicho por ello que un pseudoconcepto de OMG se ha apoderado de la normativa comunitaria[21]. La cuestión se agudiza en el caso de Francia, cuya normativa establece —con la permisividad de la UE— que, en territorio francés, las plantas modificadas mediante mutagénesis aleatoria (física o química) no se considerarán OMG, aunque lo sean en conforme a la normativa europea.

c) *Un tercer y último estatuto es, por defecto, el de las plantas no comprendidas en ninguno de los supuestos anteriores, o plantas MG en sentido estricto.* Se trata, en concreto, de las plantas obtenidas mediante técnicas de modificación respecto a las que, en ausencia de historial de uso seguro, la UE estableció un marco regulador que, previo a la autorización de comercialización, implica superar un estricto análisis de riesgos ambientales y para la salud humana y animal.

Dado que las listas no se han actualizado desde el año 2001, y en aplicación del principio de precaución, el TJUE entendió en la sentencia del asunto C-528/16 (vid infra, en III) que una técnica desarrollada con posterioridad a esa fecha, con independencia de que emplee o no ADN extraño al organismo principal, es una técnica *sin historial de uso seguro* y, por tanto, sometida este tercer estatuto, con independencia

[18] ESCAJEDO SAN-EPIFANIO, L. «The (un)protection of agri-biotechnological innovation in the EU», en *Intellectual Property in Agriculture*, Aranzadi, 2022.

[19] Véase el art 11. del Reglamento de la UE 2018/848.

[20] *Vid.* Reglamento CE 1829/ 2003 y normativa derivada.

[21] AMMANN, K. (2014) «Genomic Misconception: una nueva mirada a la bioseguridad de los cultivos transgénicos y convencionales. Un llamado a una regulación independiente del proceso», *Nueva biotecnología* 31 (1), pp. 1-17; TAGLIABUE, G. «OGM» – Dialogo scientifico-politico su una categoria senza senso, 2015, passim.

de que sus riesgos puedan ser equivalentes a los de las plantas que no son consideradas OMG (estatuto a) o a los de las plantas con historial de uso seguro en 2001 (estatuto b). Además del estricto régimen de evaluación y gestión de riesgos al que están sometidas las variedades del grupo c en la Directiva 2001/18/CE, cabe señalar que estas plantas se excluyen de la agricultura ecológica, dan lugar a alimentos y piensos modificados genéticamente sometidos a los Reglamentos CE correspondientes y, en tanto no cambie la normativa comunitaria, los Estados Miembros pueden restringir o prohibir que sean cultivados en su territorio.

I.3. **Situación actual y estructura del presente escrito**

Sin que la UE haya sido capaz de resolver aún varias décadas de desencuentros, han irrumpido de forma acelerada las tecnologías que permiten agregar, quitar o alterar material genético en ciertos lugares del genoma[22], también conocidas como técnicas de edición del genoma o de edición genética[23]. Algunas de las principales herramientas de edición genómica utilizadas para editar genomas de plantas son la recombinación homóloga, las nucleasas de dedo de zinc (ZFN), las nucleasas efectoras similares a activadores de transcripción (TALEN), las proteínas de repetición pentatricopeptídica (PPR), el sistema CRISPR/Cas9, la interferencia de ARN (RNAi), y la cisgénesis e intragénesis[24]. Respecto a ninguna de estas técnicas puede decirse que, a fecha de 2001, existiera un historial de uso seguro, por lo que, en principio, quedan abarcadas por el ámbito de aplicación de la normativa comunitaria sobre OMGs y lo que ha sido descrito en el apartado anterior como tercer estatuto (c).

Se da la circunstancia, sin embargo, de que, a diferencia de la transgénesis, algunas de estas herramientas dan lugar a organismos modificados genéticamente que no necesariamente incorporan ADN extraño o ajeno al organismo de cuya modificación se trate[25], y que en muchas ocasiones sus modificaciones son más precisas que las que produce la agresiva mutagénesis aleatoria. Por su versatilidad, facilidad de manejo y menor coste, están, además, destinadas a un uso más amplio y diverso que el de la transgénesis y, para dotarlas de un estatuto jurídico proporcionado a las evidencias científicas de que

[22] SHIEMAN, J. / HARTUNG, F., 2015. «EU Perspectives on New Plant-Breeding Techniques». En: Eaglesham, H. and Hardy, R.W.F., (eds.), NABC Report 26. New DNA-editing Approaches: Methods, Applications and Policy for Agriculture. Ithaca, NY: Boyce Thompson Institute.

[23] MONTOLIÚ, LL. Editando genes: recorta, pega y colorea: Las maravillosas herramientas CRISPR, Next Door publishers, 2019, passim.

[24] MOHANTA TK, BASHIR T, HASHEM A, ABD ALLAH EF, BAE H. «Genome Editing Tools in Plants», *Genes* (Basel), 2017, 8(12): 399.

[25] CUSTERS, R. / DIMA, O., *Genome-edited crops and 21st century food systems challenges. In-depth analysis, Panel for the Future of Science and Technology*, Brussels (European Union), Scientific Foresight Unit (STOA), European Parliamentary Research Servicie – EPRS.

se dispone, son varias las regiones del mundo que han adaptado o están en proceso de adaptación de sus modelos de gobernanza en el ámbito del fitomejoramiento.

En el presente trabajo se analiza el modo en que la UE está tratando de ajustar su marco regulador para dar una acogida adecuada a las plantas de genoma editado. Hasta la fecha, la decisión más relevante es la propuesta legislativa de Reglamento NGT, presentada por la Comisión en julio de 2023 y tomada en consideración, como se ha dicho, por el Parlamento Europeo. En tanto la normativa no sea modificada, se aplica a las plantas de genoma editado el mismo modelo de toma de decisiones está en vigor en la UE respecto a las plantas mejoradas que son OMG bajo Directiva o bajo el estatuto c visto en el apartado anterior, al que se hace necesario prestar atención más detallada (II). Junto con ello, es importante prestar atención también: al escenario abierto con la sentencia del TJUE C-528/16, que reflexiona sobre la congelación de la normativa vigente, y el principio de precaución (III); y al modo en que la propuesta legislativa plantea dar cabida, con un cuarto estatuto jurídico de fitomejoramiento, a algunas plantas de genoma editado (IV). Se cierra el escrito con un último apartado de reflexión sobre los retos pendientes y las perspectivas de futuro.

II. La toma de decisiones sobre plantas MG en la UE: modelos de los 90 y 2001, y el llamativo «opt-out» aprobado en 2015

Hasta la fecha, la UE ha tenido en vigor tres modelos de toma de decisiones sobre los cultivos modificados genéticamente que quedan en el ámbito de decisión comunitario; esto es, los cultivos modificados mediante técnicas que no tenían historial de uso seguro en el año 2001 y técnicas que impliquen la incorporación de ADN extraño[26] (o plantas MG en sentido estricto).

II.1. Primer modelo de toma de decisiones (directivas de los años 90)

El primer modelo de toma de decisiones europeo sobre los OMG, aprobado en los años 90, permitía dar inicio al proceso de solicitud de una autorización en cualquier Estado Miembro[27] y, a falta de una autoridad científica común, dicho Estado asumía la evaluación previa a la autorización[28].

[26] *Vid.* supra, en I.2. letra c.

[27] Escajedo San-Epifanio, L., 2008. Biotechnologie, santé et environnement dans l'Union européenne: aspects politiques et juridiques. Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne, 517, pp. 255-266.

[28] Véase la Directiva 90/220/CEE, sobre liberación intencional de organismos modificados genéticamente.

En una segunda fase, aprobada la evaluación de riesgos, un comité comunitario con representación de los Estados Miembros adoptaba la decisión política de autorizar o no el cultivo y/o el uso agroalimentario de una planta modificada genéticamente.

II.2. **Primera revisión del modelo de toma de decisiones (años 2000)**

A finales de los años 90, sin embargo, un número importante de Estados miembros mostró su desacuerdo sobre dicho modelo de toma de decisiones y, pendientes de revisar —en su conjunto— el control de riesgos en la cadena agroalimentaria, establecieron de facto una moratoria sobre cualquier decisión relativa a este tipo de productos[29] y abriéndose ante el TJCE algunos casos relativos a la revocación de autorizaciones ya concedidas[30]. Llegaron así, a comienzos del siglo XXI, la Directiva 2001/18/EC y los Reglamentos 1829 y 1830 de 2003[31], sobre alimentos y piensos modificados genéticamente, en un tiempo coincidente con la elaboración del *EU General Food Law* (Reglamento CE 178/ 2002) y la creación de la AESA-EFSA[32]. En términos generales, y no sólo respecto a los productos modificados genéticamente, la creación de la EFSA se tradujo en la implementación de un principio *one door, one key*; esto es, independientemente del Estado miembro en el que se da inicio a la solicitud, ésta es trasladada muy temprano al nivel de la UE para que la EFSA dictamine sobre la evaluación científica.

Si el dictamen de la EFSA en la evaluación de riesgos es positivo, la Comisión elabora un borrador (Draft) *de concesión de la autorización* solicitada y dicho borrador se somete a votación en un Comité de Estados en el que las posibilidades son cuatro: votar a favor o en contra de conceder la autorización, haciendo uso del margen de discrecionalidad política que la normativa les permite; votar a favor, pero imponiendo determinadas condiciones a la autorización; o, como cuarta posibilidad, decantarse por una «no decisión».

Conforme a esta normativa —que continua en vigor con la única particularidad del opt-out incluido en 2015—, si los Estados Miembros votan a favor o en contra de la autorización, o autorizan bajo determinadas condiciones, la decisión se formaliza

[29] LIEBERMANN, S. / GRAY, T., «The so-called 'moratorium' on the licensing of new GM products by the European Union 1998–2004: a study in ambiguity», *Environmental politics* 15, 2006, 592.

[30] ESCAJEDO SAN EPIFANIO, L. «Revocación de autorizaciones relativas a OMG al amparo del principio de precaución (con especial atención a la doctrina del TJCE)», *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 18/2003, 139-161.

[31] Detalladamente, ESCAJEDO SAN-EPIFANIO, L. *Por un avance saludable y sostenible de la Biotecnología*, SIBI-JGPA, 2007.

[32] Reglamento (CE) n.º 178/2002por el que se establecen los principios y requisitos generales de la legislación alimentaria (Reglamento general de legislación alimentaria), por el que se crean, entre otros, la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria (AESA-EFSA) y el Sistema de Alerta Rápida para Alimentos y Piensos (RASF).

con ese nuevo contenido; esto es, con una autorización (condicionada o no), o con una denegación de autorización, y el proceso termina en ese punto. Si, por el contrario, los Estados miembros no alcanzan decisión alguna o, acordando sus posiciones, alcanzan lo que se conoce como «*no decisión*», dado que el dictamen de la EFSA es positivo y los Estados no han mostrado objeción, la normativa obliga a la Comisión Europea a que emita una autorización a partir del borrador o Draft de concesión de autorización que preparó tras el dictamen de la EFSA.

II.3. **La incorporación de una prerrogativa de opt-out a la directiva 2001/18/EC**

Lejos de superarse la moratoria de los años 90, los Estados Miembros optaban reiteradamente por una «no decisión»[33], pero se colocaba a la Comisión en una encrucijada: el TJUE le recordó con insistencia que tenía obligación legal de formalizar la autorización en caso de no decisión; el Parlamento Europeo, sin embargo, presionaba a la Comisión para incumplir tal obligación, como pudo verse en *asunto T-164/10, Pioneer Hi Breed Int.* A la vista del informe de la EFSA, la Comisión elaboró un proyecto de autorización ante el que los Estados Miembros emitieron una no decisión, pero llegado el momento de cumplir la obligación de formalizar esa autorización, tanto los Estados Miembros como el Parlamento Europeo ejercieron una inusitada presión sobre la Comisión, publicando incluso recomendaciones de que no formalizase la autorización del cultivo. Sin entrar a valorar esas presiones de los Estados miembros ni del Parlamento, la sentencia del TJUE en el caso *Pioneer* condenó a la Comisión por su inacción, recordándole que estaba obligada a cumplir sus obligaciones en virtud de la Directiva 2001/18/CE[34].

Incómoda con esta situación, la Comisión inició un proceso de reflexión sobre el modelo de toma de decisiones de la Directiva 2001/18/EC, proponiendo incorporar al acervo comunitario dos prerrogativas de opt-out o exclusión voluntaria. De una parte, el reconocimiento de una prerrogativa de exclusión respecto al cultivo de OMGs autorizados en la UE, a incorporar a la Directiva 2001/18/EC. De otra parte, una exclusión respecto al comercio de alimentos y piensos producidos a partir de OMGs autorizados en la UE, a incorporar al Reglamento 1829/ 2003. En esencia, ambas prerrogativas ofrecen la posibilidad de que un Estado Miembro limite o evite en su territorio los efectos de una autorización que ha sido adoptada por la UE, aún incluso en el caso de que haya votado a favor de la autorización a nivel comunitario. El Parlamento analizó ambos opt-out, con resultado desigual:

[33] Comunicación *Reviewing the decision-making process*, cit.

[34] ESCAJEDO SAN-EPIFANIO, L. «Towards a New Regulatory Framework for GMOs in the EU: will it be third time lucky?», en Escajedo San-Epifanio (ed.), *Towards a new regulatory framework for GM crops in the European Union*, Wageningen Academic Publishers, 2017, 183-210.

a) La posibilidad de restringir el cultivo terminó aprobándose, mediante la Directiva 412/2015. Sólo seis meses después de la aprobación de la misma, 19 de los (entonces) 28 países notificaron a la UE su deseo de prohibir en todo o parte de su territorio el uso agrícola de organismos modificados genéticamente sujetos a la Directiva 2001/18/EC[35].
b) La mayoría parlamentaria rechazó, sin embargo, con rotundidad —619 contra 59— la Propuesta de revisión del Reglamento (CE) n.º 1829/ 2003[36] en lo relativo a la posibilidad de los Estados Miembros a restringir o prohibir el uso de piensos y alimentos modificados genéticamente en su territorio. En ese mismo sentido se habían pronunciado el Consejo de Agricultura y Pesca, el Comité Económico y Social y el Comité de las Regiones, y muy diferentes actores.

La adopción de la Directiva 412/ 2015 supuso incorporar a la gobernanza de las agrobiotecnologías un instrumento atípico en el conjunto del Derecho comunitario europeo[37]. La propia Comisión explicó en 2015 que se buscaba, como apuntábamos en la introducción, superar la mayor excepción al normal funcionamiento de la comitología de la UE en toda su historia[38], pero que no se trataba de una solución extrapolable a ningún otro ámbito.

Las cláusulas de exclusión que habían sido incorporadas al Derecho europeo habían sido, hasta entonces, cláusulas respecto al Derecho originario que suponían diferentes ritmos en algunos elementos del proceso de integración. Así, se aceptaron cláusulas de exclusión voluntaria en materias como la cooperación policial y de la jurisdicción penal, la eficacia creadora de derechos de la CDFUE, algunos mecanismos de control de fronteras o la adopción del euro como moneda de curso legal se han concedido algunas cláusulas de exclusión voluntaria a algunos países. Estas cláusulas, de una parte, permiten que un Estado se quede al margen[39], pero tienen también un objetivo de evitar

[35] Detalladamente, Romero Caro, F. J., «Restrictions on GM crops in the EU: between legislative unity and the diversity of national positions», en Escajedo San-Epifanio (ed.), *Towards*, cit., 2017, 61-75.

[36] Reglamento (CE) n.º 1829/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre alimentos y piensos modificados genéticamente.

[37] Poli, S. 2015. «The Reform of the EU Legislation on GMOs: A. Journey to an Unknown Destination?», 6 *Eur. J. Risk Reg*. 559.

[38] Escajedo San-Epifanio, L. «Towards a New Regulatory Framework for GMOs in the EU: will it be third time lucky?», en Escajedo San-Epifanio (ed.), *Towards a new regulatory framework for GM crops in the European Union*, Wageningen Academic Publishers, 2017, 183-210.

[39] Adler-Nissen, R. / Adler-Nissen, R. *Opting Out of the European Union: Diplomacy, Sovereignty and European Integration*, Cambridge University Press; 2014: iii-iii; Schimmelfennig, F., & Winzen, T. «Cascading opt-outs? The effect of the Euro and migration crises on differentiated integration in the European Union», *European Union Politics*, 2023, 24(1), 21-41; Nagy, C.I. «Major European Objections and Fears Against the Opt-Out System: Superego, Ego and Id», en *Collective Actions in Europe*, SpringerBriefs in Law. Springer, Cham, 2019.

que la voluntad de uno impida al resto avanzar en la integración europea. Puntualmente, además, quien ha ejercido una prerrogativa de opt-out puede sumarse, mediante un *opt-in*, a decisiones concretas.

La prerrogativa de opt-out que se reconoce respecto a las plantas OMG presenta, sin embargo, evidentes diferencias respecto a lo dicho[40]. En primer lugar, porque no se trata de cláusulas de exención al Derecho originario, sino al derivado. En segundo lugar, porque su ejercicio se ofrece de forma general a todos los Estados miembros y no sólo algunos, pudiendo darse la absurda situación de, con el elevadísimo coste económico que supone una solicitud de autorización con todos los estudios de riesgo exigidos, un solicitante recibe autorización para que genéricamente se cultive en la UE su planta modificada y, al tiempo, cada uno de los 28 Estados miembros prohíbe el uso de la misma en sus territorios. Asimismo, y, en tercer lugar, cabe destacar que, a diferencia de las cláusulas admitidas respecto al Derecho originario, esta cláusula de exclusión no protege el deseo de integración de los Estados que no desean excluirse. Así, los Estados Miembros que harán después uso del *opt-out* llamativamente mantienen intacta la posibilidad de participar en la toma de decisiones respecto al resto e, incluso, de propiciar un bloqueo general que impida a otros tomar una decisión.

A la vista de ello, la efectividad real de esta reforma normativa ha sido puesta en duda: no ha hecho sino prolongar el impasse que afectaba a las agrobiotecnologías desde los años 90[41]. Pudiendo bloquear una decisión en la fase de toma de decisiones comunitarias, la necesidad real de esta prerrogativa es dudosa respecto a los Estados Miembros contrarios al uso de plantas modificadas genéticamente. A los Estados miembros favorables a determinados usos, por su parte, tampoco les proporciona nada tangible. Como mucho, ha de valorarse positivamente que la Directiva 412/2015 deslinde con claridad, de una parte, el ámbito decisorio que corresponde a la EFSA en las tomas de decisiones sobre OMG, y, de otra, el margen de discrecionalidad política que sea conjuntamente sea en ejercicio individual corresponde, por su parte, a los Estados miembros. En este sentido, la Directiva advierte de que el ámbito decisorio de los Estados Miembros en ningún caso entrará en conflicto con la evaluación del riesgo para el medio ambiente que corresponde en exclusiva a la EFSA y establece que las prohibiciones o restricciones que un Estado adopte respecto a un cultivo autorizado a nivel UE deben ser «*conformes con el Derecho de la Unión, motivadas, proporcionadas y no discriminatorias*».

[40] GONZALEZ-VAQUÉ, L. «Directive (EU) 2015/412 in the EU Acquis: its scope and significance», en L. Escajedo San-Epifanio (ed.), *Towards a new regulatory framework for GM crops*, cit., 2017, 47-59.

[41] ESCAJEDO SAN-EPIFANIO, L., «Bioseguridad en la Europa del siglo XXI: implicaciones éticas de la política proyectada», en *World Conference on Bioethics. Comunicaciones,* SIBI, 2001, 71-87.

III. La sentencia TJUE sobre mutagénesis dirigida (as. C-528/16, confédération paysanne y otros)

En el tiempo que media entre la Directiva 412/2015 y la propuesta legislativa sobre las plantas NGT, resulta imprescindible prestar atención al asunto *Confédération paysanne y otros contra Francia*, (C-528/2016), cuya sentencia se publicó en el año 2018[42]. Han corrido ríos de tinta sobre lo relativamente poco que dice esta breve sentencia y, sobre todo, lo mucho que según algunas voces debió decir. Y es que buena parte de la comunidad agrocientífica había depositado en el TJUE la esperanza de que resolviese tres décadas de desencuentro en la gobernanza agrobiotecnológica europea, sin tener en cuenta que mucho de lo esperado —aunque necesario— iba más allá de las competencias que, según el Derecho originario, corresponden a este tribunal.

A la sentencia se le debe reconocer, en cualquier caso, que allanase el camino a la propuesta de Reglamento de plantas de genoma editado. Apoyándose en ella, de hecho, el Consejo requirió en 2019 a la Comisión que, en un plazo de 18 meses, presentase un informe sobre la situación de las plantas de genoma en el Derecho Europeo y, de ser oportuno, una propuesta para la revisión de dicho estatuto[43], y la Comisión apuró los plazos, presentando su informe en abril de 2021[44]. En este último se proponía la apertura de un diálogo amplio, destinado a elaborar una propuesta normativa que, dos años después, se materializó en la propuesta de Reglamento (UE) sobre plantas de genoma editado.

Es, por ello, oportuno prestar atención: en primer lugar, al asunto en el que trajo causa la STJUE C-528/16, a la que la literatura hace también referencia como sentencia sobre la mutagénesis dirigida (*targeted mutagenesis*); y, en segundo lugar, a las discrepancias —poco habituales— entre el abogado general y el TJUE en este asunto; y, en tercer y último lugar, al escueto contenido de la sentencia.

El fondo de este asunto no es otro que el estatuto tripartito que desde el año 2001 la UE mantiene en relación con las técnicas de fitomejoramiento. Conforme a dicho estatuto, como se ha dicho ya, únicamente las plantas que son OMG sin historial de uso seguro conforme a la Directiva 2001/18/EC necesitan obtener una autorización comunitaria para ser cultivadas en la UE o, en su caso, emplearse como ingredientes de alimentos y piensos. La Directiva 2001/ 18/EC señalaba que *la mutagénesis*, siempre que no diera

[42] Escajedo San-Epifanio, L., Filibi, I., *et al.,* «Possible EU futures for CRISPR-edited plants: Little margin for optimism?», *Frontiers in Plant Sciences*, Volume 14, 2023, DOI=10.3389/fpls.2023.1141455.

[43] Council Decision (EU) 2019/1904 of 8 November 2019 *requesting the Commission to submit a study in light of the Court of Justice's judgment in Case C-528/16 regarding the status of novel genomic techniques under Union law, and a proposal, if appropriate*, ST/12781/2019/INIT, OJ L 293, 14.11.2019, p. 103-104.

[44] Comisión Europea (EC). 2021. *EC study on new genomic techniques*. SWD2021 92 in fine.

lugar a la incorporación de ADN extraño, era una técnica con historial de uso seguro y, en coherencia, era una técnica que daba lugar a OMGs exentos de la aplicación de la Directiva (vid supra, letra b del apartado I.2). Aquella previsión, sin embargo, sólo tuvo en cuenta técnicas mutagénicas clásicas, basadas rayos gamma o metanosulfonato de etilo[45], y no a técnicas más recientes, como la mutagénesis dirigida.

Llegará así el debate sobre si la expresión «mutagénesis» la Directiva 2001/18/EC comprendía todo tipo de mutagénesis o, por el contrario, debía limitarse a las técnicas existentes en el momento de la aprobación de dicha Directiva. Con respecto a otros países, el asunto traerá especial tensión en Francia porque, como ya se ha avanzado, la normativa interna de Francia no solo considera la mutagénesis una técnica exenta de aplicación de la normativa europea, sino que (para evitar la distinción entre OMG bajo Directiva y OMG exentos de Directiva), defiende que en su territorio la mutagénesis «*no da lugar a OMG*»[46].

Es por esto último que nueve entidades francesas se dirigieron al gobierno francés[47], reclamando que las plantas modificadas mediante nuevas técnicas de mutagénesis, que no existían al redactarse la directiva, debían considerarse OMGs conforme a la normativa francesa; esto es, en el sentido de OMG sujetos al régimen de la Directiva 2001/18/EC y normativa concordante[48]. Entre las entidades, por ser la primera firmante, en la identificación de la sentencia se ha destacado el nombre de un sindicato agrícola, *Confédération paysanne*, que defiende los intereses de los pequeños agricultores. Se unen a él, no obstante, otras ocho asociaciones: Amigos de la Tierra, Réseau Semences Paysannes, Collectif Vigilance OGM et Pesticides o Fédération Nature et Progress.

Actuando como Tribunal de lo Contencioso-Administrativo el Conseil d'État decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia una serie de cuestiones prejudiciales, a las que el TJUE dio respuesta en la Sentencia del asunto C-528/16. Se pedía, en esencia, que determinase si los organismos obtenidos mediante nuevas técnicas de mutagénesis, como la dirigida, están o no sujetos a las obligaciones establecidas en la Directiva sobre los OMG.

Aunque no es habitual, el Abogado General (AG) Bobek, en su Conclusión no vinculante, y el Tribunal de Justicia de la UE (TJUE) adoptaron una diferente postura respecto a la cuestión planteada en este asunto. El Abogado General Bobek, por su parte,

[45] LI, F./ SHIMIZU, A./ E.AL, «Comparison and Characterization of Mutations Induced by Gamma-Ray and Carbon-Ion Irradiation in Rice», *Using Whole-Genome Resequencing*. G3, 5(9 (11)), 2019 pp. 3743-3751.

[46] Art. L-531, Code de l'environnement.

[47] Son receptoras de este procedimiento el Premier ministre y el Ministre de l'Agriculture, de l'Agroalimentaire et de la Forêt.

[48] PURNHAGEN, K., 2019. «How to manage the Union's diversity: the Regulation of New Plant Breeding Technologies in Confederation paysanne and others». Common Market Law Review, Vol. 56, 1378-1396.

sostuvo que, si bien la UE no tiene por qué realizar actuaciones en todas las materias cuya competencia tiene atribuida, una vez los Estados Miembros se deciden a legislar sobre algo, existe una *obligación constitucional* de mantener actualizada esa legislación. Dado que en los años 2008 y 2015 se reformaron algunos aspectos de la Directiva 2001/18/EC, entiende que no parece haber base para considerar que lo no reformado en 2008 y 2015 quedó congelado en 2001. Expresa también las razones que, en su opinión, jurídicamente sostienen que aquellas *New Plant Breeding Techniques* que dan lugar a mutagénesis —siempre y cuando no impliquen el uso de ADNr—, deben entenderse cubiertas por la exención que la Directiva ha previsto respecto a la mutagénesis[49]. El TJUE, sin embargo, entendió que el asunto debía ser resuelto mediante la aplicación el principio de precaución. El TJUE recordó que, en los años 90 y 2000, la razón que llevó a los Estados Miembros declarar exenta a la mutagénesis fue la existencia de un largo historial de uso seguro sobre las técnicas entonces abarcadas bajo tal concepto. Con independencia de su denominación, las nuevas técnicas de mutagénesis, como la dirigida, no contaban con un historial de uso que justificase eximirlas del análisis de riesgos al que obligan las normas aplicables a los OMG en la UE.

El procedimiento prejudicial incluyó cuatro preguntas de las que el TJUE solo consideró admisibles, y por tanto respondió, a las tres primeras: (1) si las técnicas de mutagénesis, en especial las de mutagénesis dirigida, pueden o no considerarse técnicas amparadas en la exención de los OMG obtenidos mediante mutagénesis a la que se refieren los anexos de la Directiva 2001/18/EC; (2) cómo se les deben aplicar las obligaciones relativas al catálogo común de especies de plantas agrícolas; (3) de qué margen de apreciación disponen los Estados miembros al definir el régimen de los organismos obtenidos mediante mutagénesis.

Aplicando el principio de precaución[50], el TJUE consideró cualquier técnica posterior a la elaboración del catálogo de exenciones anexo a la Directiva 2001/18/EC, con independencia de su denominación, debía entenderse como técnica sin historial de uso seguro y, en coherencia, someterse a los requisitos de evaluación de riesgos exigida en aquella. Ello es así porque si bien los considerandos de la Directiva reconocen que el criterio de exclusión de algunas técnicas fue su «largo historial de seguridad», lo cierto es que los Estados Miembros no contemplaron que, a futuro, nuevos historiales de seguridad —como el obtenido en más de treinta años de cosechas de algunos transgénicos en otras regiones del mundo— puedan ser esgrimidos para considerar exentas a técnicas

[49] AG BOBEK, 2018: para 60 and 62; Purnhagen & Wesseler, cit., 2018: 18.

[50] ESCAJEDO SAN-EPIFANIO, L. «Principio de precaución y riesgos ambientales, especialmente los asociados a OMG», en Principio de precaución, biotecnología y derecho / coord. por Carlos M. Romeo Casabona, 2004, pp. 149 a 186; ESCAJEDO SAN-EPIFANIO, L. «Segurança dos alimentos transgénicos e proteçao constitucional dos direitos dos consumidores», Carlos M. ROMEO CASABONA/ Maria de Fátima Freire de Sá (coords), *Desafios Juridicos da Biotecnologia,* 2007, pp. 449 a 480.

no recogidas expresamente en el listado de los anexos. Es, por tanto, competencia del complejo legislador UE pronunciarse sobre las NGTs y dotarlas de un marco regulador adecuado.

IV. La propuesta legislativa sobre plantas NGT: planteamiento, contenido y escollos para el consenso

Conformar en la UE un marco regulador respecto a las agrobiotecnologías ha resultado muy complicado[51], no sólo por la dificultad de equilibrar múltiples intereses, encontrados entre sí[52], sino por el hecho de que la propia UE estaba, en el momento de la irrupción de la biotecnología, en un momento muy relevante y delicado de su desarrollo. Tres décadas después, y a pesar de que la UE ha adquirido una mayor solidez en todas sus facetas, sigue resultando improbable una revisión holística de todo ese conjunto.

Así, la propuesta legislativa de plantas NGT se muestra muy respetuosa con la normativa en vigor (sin entrar a modificarla) y centra su enfoque en proponer un cuarto estatuto jurídico de plantas mejoradas, a añadir a los tres que hemos visto en el apartado I.2, aunque —como se detallará— subdividida en dos categorías (NGT1 y NGT2) atendiendo a su perfil de riesgo. Se presenta a continuación el núcleo de esta propuesta, junto con la situación en la que se encuentra en la actualidad la tramitación.

IV.1. Un cuarto estatuto jurídico de plantas mejoradas: las NGT

De aprobarse la normativa, contaríamos con una cuarta categoría de plantas genéticamente mejoradas (las plantas NGT), a sumar a: (1) las plantas que no son OMG; (2) las plantas que, conforme a la normativa comunitaria, son OMG, pero están exentas de la normativa comunitaria; y (3) las plantas que son OMG y están sometidas al régimen de la Directiva 2001/18/CE. Esa cuarta categoría se limita sólo a algunas plantas obtenidas mediante nuevas técnicas genómicas; en concreto, a las plantas obtenidas por cisgénesis, intragénesis y mutagénesis dirigida, siempre y cuando no se haya incorporado ADN extraño. Las plantas de genoma editado a las que se incorpore ADN extraño, nótese, quedarían sometidas a la Directiva 2001/18/CE.

El régimen propio que se prevé para determinadas plantas de genoma editado es, en cuanto a su rigor, un régimen intermedio entre, de una parte, el que se aplica a las plantas modificadas exentas de normativa europea (como las modificadas mediante mutagénesis aleatoria) y, de otra, el que se aplica a las plantas transgénicas, sometidas a la rigurosa

[51] Escajedo San-Epifanio, L. / Romeo Casabona, C. M. «Aspectos jurídicos de la nutrigenómica», Nutrigenética y Nutrigenómica, Monografías Humanitas, n. 9, 2005, p. 99.

[52] Romeo Casabona, Carlos M. «La genética y la biotecnología en las fronteras del Derecho», en Bioética y Derecho, CGPJ – Centre d'Estudis Juridics i Formació Especialitzada, Barcelona, 2004, 11-12.

Directiva 2001/18/CE. Decimos intermedio, porque la propuesta de la Comisión básicamente pasa por suavizar los procesos de evaluación de dicha Directiva, así como las exigencias de etiquetado y trazabilidad de los Reglamentos de alimentos y piensos GM.

IV.2. **La subdivisión de las plantas NGT en 1 y 2**

Dado que las plantas NGT pueden suponer riesgos cercanos a las mutantes clásicas o, por el contrario, riesgos más cercanos a los OMG bajo directiva, se recurrió a una subdivisión de las plantas NGT en dos categorías: NGT1 y NGT2, términos que la EFSA detalla en sus «*Criterios para la evaluación del riesgo de las plantas producidas por mutagénesis dirigida, cisgénesis e intragénesis*», elaborados a petición de la Comisión en 2022[53]. Parte de la literatura, no obstante, emplea la expresión riesgo equivalente a las plantas exentas para referirse a las plantas NGT1 y categoría «OMG light» para referirse a las NGT2.

Esta subdivisión basada en el nivel de riesgo ha sido muy discutida en el proceso de tramitación de la propuesta legislativa. El informe elaborado para la Unidad de Prospectiva Científica del Parlamento Europeo —STOA—[54] afirma que ciertas nuevas técnicas de edición genómica son «muy precisas» y que, en términos relativos, sus riesgos e incertidumbres son «*menores que los riesgos e incertidumbres de la mutagénesis aleatoria convencional, que utiliza radiación o productos químicos para inducir cambios genéticos*»[55]. Sin embargo, dada la dificultad de especificar cuándo los riesgos son menores o mayores, el proyecto de reglamento presentado por la CE considera que será *caso por caso*, en concreto en el proceso de autorización, cuando el solicitante pueda demostrar si el riesgo puede considerarse más o menos cercano al riesgo convencional de, por ejemplo, la mutagénesis aleatoria o si, por el contrario, merece considerarse como cercano al de los OMG que han incorporado ADN extraño.

Desde el punto de vista normativo, y dado que cada una de las categorías NGT debía conllevar diferentes exigencias, la Comisión aportó en su propuesta de Reglamento una definición precisa de la delimitación, así como una serie de requisitos para cada una de las subcategorías. En concreto, la plantas NGT se definen con arreglo al artículo 3(2) de la propuesta legislativa de la Comisión en estos términos: son plantas modificadas genéticamente obtenidas por mutagénesis dirigida o cisgénesis, o una combinación de ambas, siempre que no contengan ningún material genético procedente de fuera del

[53] EFSA, Criteria for risk assessment of plants produced by targeted mutagenesis, cisgenesis and intragenesis, *EFSA Journal,* 20 de octubre de 2022.

[54] CUSTERS, R. / DIMA, O. *Genome-edited crops and 21st century food systems challenges*, 2022, 13.

[55] CUSTERS, R. / DIMA, O. Genome-edited crops and 21st century food systems challenges, cit., 2022, 16.

patrimonio genético del obtentor[56]. Asimismo, se presentan las dos subcategorías, que identifican como NGT1 y NGT2, al especificar el proceso de autorización para el uso agrícola y el uso agroalimentario de plantas obtenidas mediante estas técnicas.

Por un lado, la propuesta de la Comisión agrupa las denominadas *plantas NGT1*, describiéndolas como plantas cumplen los criterios de equivalencia para las plantas convencionales establecidos en el Anexo I. Consiguientemente, propone un trato muy similar al de las plantas que son OMG pero que, en tanto convencionales o con un historial de uso seguro, han quedado exentas de la aplicación de la Directiva 2001/18/EC —caso de las obtenidas mediante mutagénesis aleatoria—. Los criterios de equivalencia del Anexo I, en su redacción por parte de la Comisión, permiten un número limitado de alteraciones genéticas, concretamente hasta 20 tipos distintos de modificación genética, incluida la sustitución o inserción de no más de 20 nucleótidos o la supresión de cualquier número de nucleótidos. Sus productos se consideran también homólogos a los convencionales y no están sujetos a la normativa de alimentos y piensos GM, sin perjuicio de que en algún caso puedan entrar en la categoría de nuevos alimentos. Por otro lado, y, en segundo lugar, la Comisión se refiere en su propuesta a las NGT2, definiendo estas como *todas las plantas NGT que no son NGT1* (Art. 3.8. del proyecto de Reglamento) y su régimen es, en muchos de sus elementos, aunque no en todos, análogo al que la Directiva 2001/18/CE establece para los transgénicos.

Pendientes de la toma de postura del Consejo, no obstante, hemos de advertir que, en su votación de febrero de 2024, los diputados del Parlamento Europeo (PE) mostraron parcialmente su acuerdo con la Comisión, pero realizaron importantes enmiendas. Los parlamentarios, esa es sin duda la noticia más relevante, expresaron conformidad respecto a la aprobación de una regulación específica para las plantas NGT, separándolas así de los tres estatutos jurídicos que existían previamente, y aceptaron, asimismo, la existencia de dos subcategorías dentro de las NGT. Discrepan de la Comisión, no obstante, en los criterios de delimitación entre las categorías NGT1 y NGT2, y proponen extender a toda la categoría NGT, sin distinción entre NGT1 y NGT2, los requisitos de etiquetado y trazabilidad y la exclusión de la agricultura ecológica y de las patentes.

V. Reflexiones sobre el camino recorrido y los retos pendientes

Referirse a los retos pendientes y a las perspectivas de futuro era, por recomendación del Profesor Romeo Casabona, una parte muy importante en los apartados finales de trabajos jurídicos relativos a la genética y las nuevas tecnologías. En relación con el fitomejoramiento, el Consejo de la Unión Europea, reconocía en 2019 es imperioso

[56] Kahrman, J. y Legewwie, «European Commission's Plans for a Special Regulation of Plants Created by New Genomic Techniques», *European Papers*, vol. 9, 2024, n.º 1, 21-38. doi: 10.15166/2499-8249/740.

avanzar hacia un «*marco regulador más claro, basado en pruebas, aplicable, proporcionado y suficientemente flexible*»[57], y los años posteriores, hasta la fecha, pasarán a la historia como reflejo de un importante esfuerzo en esa dirección. Las previsiones más optimistas indican que el reglamento sobre las plantas NGT no se aprobará en la UE antes de 2026. En caso de que se apruebe el reglamento, se estima que los primeros productos derivados de plantas editadas genómicamente se importarán a la UE para consumo humano o animal. Las estipulaciones de la legislación propuesta, incluidas las relativas al NGT1, indican que es muy poco probable que se pueda cultivar una planta editada genómicamente en la UE antes de 2032.

El marco regulador que se propone es, sin duda, mucho más claro y proporcionado que el que acoge la Directiva 2001/18/EC, da más peso a las decisiones científicas y, en principio, se prevé más flexible ante los futuros avances científicos y tecnológicos. De algún modo, al menos para las plantas de genoma editado, los treinta años de desencuentros en materia de agrobiotecnología han dado paso a un intento de acuerdo. Podemos ver en ello buena parte del camino recorrido.

Entre los retos pendientes más notables, por su parte, hemos de señalar dos grandes esferas. En primer lugar, no conviene olvidar que la normativa propuesta se centra en algunas técnicas de edición de genomas y, por cuestiones de oportunidad política, evita toda incursión respecto a las técnicas que quedan al amparo de la Directiva 2001/18/EC. Se trata de una práctica habitual en la Unión Europea, que, en su búsqueda de un alto nivel de consenso, intenta encapsular al máximo cada asunto que somete a la negociación de los 27 Estados. Es importante señalar que toda la gama de técnicas de fitomejoramiento (desde las convencionales hasta las más avanzadas), así como la coexistencia de diferentes formas de entender la agricultura, incluida la agricultura ecológica, siguen requiriendo un marco de gobernanza holístico, inclusivo y favorable a la diversidad en la UE. La Comisión ha buscado impedir que ese bloqueo se extienda a las técnicas genómicas, cierto es, pero no hay por el momento previsión alguna respecto a las técnicas afectadas por una norma que, según el Consejo de la UE, adolece de claridad, aplicabilidad, flexibilidad y proporcionalidad. Al margen de eso, y, en segundo lugar, la propuesta legislativa necesitará no sólo ser aprobada sino, muy especialmente, resultar aplicable. La Directiva 200/18/EC es buena muestra de que la aprobación, por si sola, no es garantía de aplicabilidad.

Dicho esto, considero que la legislación en trámite sigue siendo prometedora en muchos sentidos. En caso de que el reglamento no se apruebe finalmente, la normativa sobre OMG de la Directiva 2001/18/CE se aplicará a las plantas editadas genómicamente,

[57] Council Decision (EU) 2019/1904 of 8 November 2019 requesting the Commission to submit a study in light of the Court of Justice's judgment in Case C-528/16 regarding the status of novel genomic techniques under Union law, and a proposal, if appropriate in view of the outcomes of the study

sin posibilidad práctica de que se cultiven plantas editadas en la UE. Este sería un resultado decepcionante. Los objetivos fijados en el Pacto Verde, en particular la reducción del impacto climático de la producción agroalimentaria y la garantía de la seguridad alimentaria y la autonomía estratégica de la UE, requieren esfuerzos significativos en materia de mejora vegetal y esta propuesta legislativa avanza en esa dirección.

El espacio regulador de los OMG ha demostrado ser disfuncional en muchos aspectos y los Estados miembros siguen expresando hoy opiniones contradictorias. La historia, como invitada invisible, está muy presente en este escenario y, como ya se ha explicado, una revisión holística de todas las normas aplicables al fitomejoramiento habría sido impensable. Como alternativa, la Comisión Europea ha realizado un esfuerzo muy importante para poner sobre la mesa lo que debe estarlo y excluir lo que no. El objetivo ha sido evitar intereses contrapuestos que, si bien forman parte del largo camino que va de la granja a la mesa, sólo pueden estar extrínsecamente relacionados con las decisiones sobre el fitomejoramiento. Visto en comparación con cómo ha evolucionado el marco regulador de los OMG, en especial la toma de decisiones analizada en el apartado II, no debe minimizarse el mérito de la Comisión a la hora generar un espacio más razonable a las plantas editadas genómicamente.

VI. Referencias bibliográficas

ABBOTT, Alison, «Europe's genetically edited plants stuck in legal limbo», *Nature*, Vol. 528, 2015, pp. 319-320.

BERNAUER, Thomas / MEINS, Erika, «Technological Revolution Meets Policy and the Market: Explaining Cross-National Differences in Agricultural Biotechnology Regulation», *European Journal of Political research*, 42(5), 2003, pp. 643-683.

CALLAWAY, Ewen, «EU law deals blow to CRISPR crops», *Nature,* 560, 2018, p. 16-16.

CASACUBERTA, Josep / PUIGDOMÈNECH, Pere, «Proportionate and scientifically sound risk assessment of gene-edited plants», *EMBO Reports*, Vol. 19:e46907, 2018.

CUSTERS, René. / DIMA, Oana, *Genome-edited crops and 21st century food systems challenges. In-depth analysis*, Panel for the Future of Science and Technology, Brussels (European Union): Scientific Foresight Unit (STOA), European Parliamentary Research Service – EPRS, 2022.

DAVISON, John / AMMANN, Klaus, «New GMO regulations for old: Determining a new future for EU crop biotechnology», *GM crops & food*, 2017.

ERIKSSON, Dennis, DE ANDRADE, Eugènia, BOHANEC, Borut, *et al.,* «Why the European Union needs a national GMO opt-in mechanism», Nature Biotechnology, 36 (1), 2018, pp. 18-19.

— *et al.,* «Options to Reform the European Union Legislation on GMOs: Scope and Definitions», *Trends in Biotechnology*, 38(3), 2020, pp. 231-234, https://doi.org/10.1016/j.tibtech.2019.12.002.

ESCAJEDO SAN EPIFANIO, Leire / ROMEO CASABONA, Carlos María, «Aspectos jurídicos de la Nutrigenómica», en *Nutrigenética y nutrigenómica*, 2005, pp. 97-120.

ESCAJEDO SAN-EPIFANIO, Leire, «Principio de precaución y riesgos ambientales, en especial los asociados a los OMG», en C. M. Romeo Casabona (ed.), *Principio de precaución, Biotecnología y Derecho*, 2004, pp. 149 y ss.

— *Por un Avance saludable y sostenible de la Biotecnología*, Junta General del Principado de Asturias – Sociedad Internacional de Bioética, 2007.

— «Biotechnologie, santé et environnement dans l'Union européenne: aspects politiques et juridiques», *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, Vol. 517, 2008, pp. 255-266.
— *Towards a New Regulatory Framework for GMOs in the EU*. Wageningen: Wageningen Academic Publisher, 2017.
— «The (un) protection of agri-biotechnological innovation in the EU: when regulations collide with reality», en *Intellectual Property in Agriculture*, Thomson-Reuters Aranzadi, Pamplona, 2022.
EVANEGA, Sarah / CONROW, Joan / ADAMS, Jordan / LYNAS, Mark, «The state of the 'GMO' debate – Toward an increasingly favorable and less polarized media conversation on ag-biotech?», *GM Crops & Food*, 13 (1), 2022, pp. 38-49.
LE DÉAUT, Jean Yves, Preface to C. Regnault-Roger, *Enjeux biotechnologiques Des OGM à l'édition du génome*, Académie d'agriculture de France – Presses des Mines, 2022.
LEE, Maria, *EU Regulation of GMOs. Law and Decision Making for a New Technology*. Edward and Elgar, United Kingdom, 2008.
POLI, Sara, «The Reform of the EU Legislation on GMOs: A Journey to an Unknown Destination?», *European Journal of Risk Regulation*, Vol. 6 (5), 2017, pp. 559-572.
PURNHAGEN, Kai, «How to manage the Union's diversity: the Regulation of New Plant Breeding Technologies in Confederation paysanne and others», *Common Market Law Review*, Vol. 56, 2019, pp. 1378-1396.
— WESSELER, Justus, «Maximum vs. Minimum Harmonization: What to Expect from the Institutional and Legal Battles», *Pest Management Science* 75, 2018, pp. 2310-2315.
ROMEO CASABONA, Carlos María (dir.), *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*. Editorial Comares, Granada, 2011.
— *El derecho y la bioética ante los límites de la Vida Humana*. Editorial Universitaria Ramón Areces, 1994.
— *Del Gen al Derecho*. Universidad Externado de Colombia, 1996.
— «Bioconstitución», en *Enciclopedia de las Ciencias Morales y Políticas para el siglo XXI: Ciencias Políticas y Jurídicas (con especial referencia a la sociedad poscovid 19)*, 2020, pp. 564-567.
VERLUISE, Pierre, *La France et l'Europe stratégique, Geostrategia*: L'agora stratégique 2.0, CSFRS, 2017.

16

ESTUDIOS BIOJURÍDICOS SOBRE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN BRASIL

MARIA DE FÁTIMA FREIRE DE SÁ
Doctora (UFMG/Brasil) y Magíster (PUC Minas/Brasil) en Derecho
Profesora de la Licenciatura y del Programa de Postgrado
(Maestría y Doctorado) en Derecho de la PUC Minas.
Coordinadora del Curso de Especialización en Derecho Médico
y Bioética de la PUC Minas Virtual.
Líder e Investigadora del Grupo de Investigación de la Red CEBID JUSBIOMED.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LOS PROCESOS DE PROCREACIÓN ASISTIDA EN BRASIL: LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN COMO MÉTODO PARA COMBATIR LA INFERTILIDAD. III. EL RÉGIMEN JURÍDICO CONTRACTUAL APLICADO A LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN. IV. CRÍTICA A LAS CONDICIONANTES DE LA NORMATIVA VIGENTE EN BRASIL. V. CLÁUSULAS ESPECIALES: DERECHO AL ARREPENTIMIENTO Y DERECHO A LA LIBERTAD SOBRE EL PROPIO CUERPO. VI. CONCLUSIÓN. VII. BIBLIOGRAFÍA.

> «La reproducción humana y, sobre todo, la reproducción humana medicamente asistida, constituyen un importante desafío, tanto en el marco médico-asistencial y científico como en el jurídico, tantas son las novedades que se vienen desplegando y que repercuten directamente en concepciones tan esenciales como la vida en gestación e in vitro, la familia (ya no solo hetero-biparental, sino también monoparental, en algunos casos homoparental), el matrimonio, la identidad sexual (el reconocimiento de paternidad/maternidad de las personas transexuales) y otras. Hace años se dijo que con las técnicas de reproducción humana asistida la maternidad/paternidad pasó a ser un acto de voluntad de ser padre o madre, más que un asunto puramente biológico o legal, claro está que la ley debía otorgar un reconocimiento a tal acto de voluntad» (p. XI)[1].

Entre los diversos temas que involucran la reproducción humana asistida, la gestación por sustitución es quizás el que genera mayor debate y, precisamente por eso, este capítulo no pretende, ni mucho menos, agotar el tema, sino traer algunas reflexiones que emergen en el Derecho brasileño, relacionándolas, cuando sea pertinente, con el panorama español.

Y quien se proponga estudiar ésta o cualquier otra materia que involucre las Ciencias Biomédicas y el Derecho no puede pasar por alto los escritos de Carlos María Romeo

[1] SÁ, Maria de Fátima Freire de. ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles. *Compêndio Biojurídico sobre Reprodução Humana Assistida*. Editora Foco, Indaiatuba/SP, 2024.

Casabona. Admirado en Brasil, así como en otros países latinoamericanos, el trabajo del profesor Romeo Casabona siempre estuvo marcado por su compromiso con los demás, tanto por su liderazgo y personalidad académica, como por su apoyo permanente a iniciativas que buscaban profundizar el estudio de cuestiones bioéticas y biojurídicas.

Fue incansable en buscar construir soluciones jurídicas a problemas relacionados con un campo de estudio que, en palabras de la profesora Emilsen González de Cancino, «ocupa la cúspide entre la esperanza y el riesgo», difundiendo el pensamiento de que el Derecho tiene la responsabilidad de prevenir las innovaciones científicas se utilicen a favor del totalitarismo de estandarizar o jerarquizar a la persona humana.

Deja un inmenso legado y es un deber de todo investigador mantener viva su memoria.

I. Introducción

A principios del siglo xx, el sistema jurídico brasileño sólo otorgaba reconocimiento legal de familia a las uniones matrimoniales heterosexuales y a los hijos nacidos de esa unión caracterizada, predominantemente, por el paternalismo, la jerarquía y el patrimonialismo. Sin embargo, las décadas siguientes fueron testigos de cambios importantes en este escenario legal. La búsqueda social del reconocimiento jurídico de otros modelos de familia y, sobre todo, el advenimiento de una Constitución que estableció un Estado Democrático de Derecho, impuso la necesidad de prestar mucha atención a la pluralidad de formas familiares, cuya existencia era desconocida y no reconocida.

La consagración del cambio de paradigma llegó con la promulgación de la Constitución de la República Federativa del Brasil, de 1988 (CR/88), de la que se desprende que el ejercicio de las libertades asociadas a la reproducción humana debe ser reconocido como un derecho fundamental que deriva de la dignidad de la persona humana como base del Estado Democrático de Derecho (art. 1, inciso III de la CR/88), el derecho a la libertad y a la igualdad (art. 5, *caput* de la CR/88) y el inviolabilidad del derecho a la vida privada (art. 5, inciso X de la CR/88). En este sentido, el §7 del artículo 226, garantiza la libre planificación familiar como cuestión deliberada de la pareja o de la persona soltera[2].

Para regular la disposición constitucional del derecho a la planificación familiar, en 1996 entró en vigencia la Ley Federal n.º 9.263, que la define como «el conjunto de acciones de regulación de la fecundidad que garantizan la igualdad de derechos de constitución, limitación o aumento de la descendencia por la mujer, el hombre o la

[2] Brasil. [Constitución (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasilia, DF: Presidencia de la República, [2024]. Disponible en: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm [Última consulta: 19 de agosto de 2024].

pareja»[3]. La misma Ley también establece que en el ámbito de la salud pública brasileña (*Sistema Único de Saúde* – SUS) se debe ofrecer, entre otras asistencias, la destinada a la concepción y a la anticoncepción, dejando claro que este derecho a la planificación familiar gratuita va más allá del derecho de tener hijos, también incluye la posibilidad de no tenerlos[4].

En este contexto de transformaciones constitucionales posteriores a 1988, la pluralidad de formas familiares recibe reconocimiento jurídico y, en términos de concepción, los significativos avances en tecnologías de reproducción humana asistida que ya estaban en marcha dieron lugar a un escenario de posibilidades antes inimaginables. Los métodos alternativos de reproducción humana han ampliado el derecho a la libertad de procreación. Sin embargo, los intentos de regulación no son más que varios proyectos de ley, todos ellos incluidos en el Proyecto de Ley n.º 1.184/2003, todavía en lento progreso.

Mientras tanto, la práctica recibe apoyo en la doctrina, en legislaciones dispersas (que tratan temas afines, pero no directamente sobre reproducción asistida) y, principalmente, en resoluciones del Consejo Federal de Medicina (CFM).

El CFM es una autoridad brasileña fundada en 1951 con el objetivo de monitorear y regular, especialmente desde el aspecto ético, la práctica médica en el país. Si bien sus resoluciones se dirigen directamente sólo a los médicos, ante la omisión del Poder Legislativo, este organismo muchas veces actúa de manera que va más allá de los límites de sus competencias, limitando el ejercicio de derechos de los pacientes que acuden a las clínicas y los centros de reproducción humana asistida.

En total, el CFM ya emitió ocho resoluciones sobre reproducción humana asistida, la última de las cuales es la Resolución CFM n.º 2.320, de 1 de septiembre de 2022, actualmente vigente, en la que se centrará el análisis realizado en este artículo, espe-

[3] Brasil. Ley núm. 9.263, de 12 de enero de 1996. Regula el § 7 del art. 226 de la Constitución Federal, que trata de la planificación familiar, establece sanciones y prevé otras medidas. Brasilia, DF: Presidencia de la República, [2022]. Disponible en: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9263.htm [Última consulta: 19 de agosto de 2024].

[4] «Art. 3. La planificación familiar es parte integral del conjunto de acciones de atención a la mujer, al hombre o a la pareja, dentro de una visión de atención global e integral de la salud. Párrafo único – Los órganos gestores del Sistema Único de Salud, en todos sus niveles, al disponer las acciones previstas en el *caput*, están obligados a garantizar, en toda su red de servicios, en materia de atención a la mujer, al hombre o a la pareja, un programa de atención integral en salud, a lo largo de su ciclo de vida, que incluya, como actividades básicas, entre otras: I – asistencia en la concepción y anticoncepción; (…)» Brasil. Ley núm. 9.263, de 12 de enero de 1996. Regula el § 7 del art. 226 de la Constitución Federal, que trata de la planificación familiar, establece sanciones y prevé otras medidas. Brasilia, DF: Presidencia de la República, [2022]. Disponible en: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9263.htm [Última consulta: 19 de agosto de 2024].

cialmente en relación con la gestación por sustitución[5] —práctica regulada en Brasil únicamente por la norma ética antes mencionada—.

Este trabajo tiene como objetivo analizar críticamente la normativa brasileña en materia de gestación por sustitución, presentando aspectos prospectivos sobre sus posibilidades, a la luz de estudios biojurídicos. Con el objetivo de lograr el resultado deseado se ha utilizado una indagación cualitativa, elaborada mediante el método de revisión bibliográfica y consulta legislativa.

II. Los procesos de procreación asistida en Brasil: la gestación por sustitución como método para combatir la infertilidad

El Sistema Nacional de Producción de Embriones (SisEmbrio), vinculado a la Agencia Nacional de Vigilancia Sanitaria (Anvisa), revela que la infertilidad es una condición de significativa relevancia en Brasil, lo que provoca un aumento en la búsqueda de procesos de reproducción asistida por razones biológicas. La infertilidad se define como la ausencia de embarazo después de 12 meses de relaciones sexuales frecuentes y sin protección. Puede ser primario (nunca ha habido embarazo) o secundario (los embarazos no han llegado a término)[6].

El concepto de salud de la Organización Mundial de la Salud (OMS), que considera el bienestar físico, mental y social, orienta la discusión sobre el acceso y los límites de los proyectos parentales asistidos. La investigación de la infertilidad debe considerar múltiples factores: biológicos, emocionales, psicológicos, económicos y sociales.

La infertilidad puede ser causada por factores biológicos y es esencial la investigación simultánea de ambos futuros progenitores. La complejidad de los factores requiere un abordaje diagnóstico detallado y personalizado para optimizar el tratamiento y garantizar la salud física y emocional de los involucrados.

La gestación por sustitución se presenta como una forma posible de afrontar las imposibilidades que impone la infertilidad, ya sea biológica o estructural (social)[7].

[5] A pesar de que las expresiones «gestación por subrogación», «cesión temporal del útero» y «útero de sustitución» se utilizan como sinónimos en Brasil, para afirmar las mismas técnicas, en este escrito se decidió utilizar «gestación por sustitución» en honor de la preferencia del Honorable Profesor, Carlos María Romeo Casabona, en sus escritos.

[6] En el libro *Compêndio Biojurídico sobre Reprodução Humana Assistida*, escrito en coautoría con Ana Thereza Meirelles Araújo, publicado en 2024 por la Editora Foco (Indaiatuba/SP), un capítulo específico (capítulo 2) fue dedicado a abordar el panorama de los estándares de bioseguridad en Brasil, oportunidad en la que se trabajó en detalle las normas establecidas por la Agencia Nacional de Vigilancia Sanitaria (Anvisa).

[7] La infertilidad biológica surge de la imposibilidad de tener hijos de forma natural, por motivos médicos, que enfrenta una pareja, biológicamente hombre y mujer. La infertilidad estructural (social) surge por razones no médicas, resultantes de una imposibilidad estructural, ya sea como resultado de proyectos parentales en solitario o proyectos parentales que surgen de relaciones entre personas del mismo

El procedimiento de gestación por sustitución se produce cuando una mujer cede su útero para tener un hijo que no es suyo. Desde el punto de vista médico, existen circunstancias específicas que pueden llevar a la indicación de la gestación por sustitución. La literatura diferencia entre indicaciones absolutas y relativas, las cuales se consideran precisamente en base al examen diagnóstico realizado por el especialista[8].

La indicación absoluta de gestación por sustitución se da en casos de mujeres que presentan ausencia congénita de útero o que han sido sometidas a una histerectomía (con presencia de ovarios funcionales), hombres en proyectos parentales en solitario y en casos de infertilidad estructural (o social), que son aquellos que involucran a parejas del mismo sexo[9].

Las indicaciones relativas son aquellas relacionadas con determinadas condiciones médicas, como enfermedades renales o cardíacas graves o isoinmunización grave, que pueden poner en riesgo la vida de la mujer o del niño en caso de embarazo, así como situaciones de abortos repetidos y fracasos en la implantación, sin causa definida[10].

Durante la consulta médica, las partes involucradas deben recibir orientación ética y legal para comprender las consecuencias y limitaciones legales de la práctica, como nacimiento, filiación, registro y responsabilidades. La consulta es el momento adecuado para resolver dudas sobre las consecuencias legales del procedimiento, por lo tanto, corresponde a la clínica y al profesional saber qué se informará a los candidatos. Las

---

sexo. En este sentido, se menciona: «La reproducción humana asistida puede utilizarse para donar gametos y preservación de estos, embriones y tejidos germinales, "por razones médicas y no médicas". (ítem 2, I, I). En este sentido, el uso de la técnica va más allá de los problemas físicos, abarcando problemas estructurales, dadas las nuevas posibilidades de la planificación familiar. Así, de la infertilidad funcional se pasa a la infertilidad estructural». (SÁ, Maria de Fátima Freire de. Naves, Bruno Torquato de Oliveira. *Bioética e Biodireito*, 6.ª edición, Editora Foco, Indaiatuba/SP, 2023, p. 116).

[8] Ribeiro, Cláudio Barros Leal; Silveira, George Hamilton Caldas; Ruiz, Erika Caldas Razu, «Gestação de substituição ou cessão temporária do útero», en João Pedro Junqueira Caetano; Ricardo Mello Marinho; Alvaro Petracco; Joaquim Roberto Costa Lopes; Rui Alberto Ferriani (organizadores), *Medicina Reprodutiva SBRH,* Segmento Farma: SBRH, São Paulo, 2018, p. 223.

[9] SÁ, Maria de Fátima Freire de. Araújo, Ana Thereza Meirelles. *Compêndio Biojurídico sobre Reprodução Humana Assistida*, Editora Foco, Indaiatuba/SP, 2024; Ribeiro, Cláudio Barros Leal; Silveira, George Hamilton Caldas; Ruiz, Erika Caldas Razu, «Gestação de substituição ou cessão temporária do útero», en João Pedro Junqueira Caetano; Ricardo Mello Marinho; Alvaro Petracco; Joaquim Roberto Costa Lopes; Rui Alberto Ferriani (organizadores), *Medicina Reprodutiva SBRH,* Segmento Farma: SBRH, São Paulo, 2018, p. 223.

[10] SÁ, Maria de Fátima Freire de. Araújo, Ana Thereza Meirelles. *Compêndio Biojurídico sobre Reprodução Humana Assistida*, Editora Foco, Indaiatuba/SP, 2024; Ribeiro, Cláudio Barros Leal; Silveira, George Hamilton Caldas; Ruiz, Erika Caldas Razu, «Gestação de substituição ou cessão temporária do útero», en João Pedro Junqueira Caetano; Ricardo Mello Marinho; Alvaro Petracco; Joaquim Roberto Costa Lopes; Rui Alberto Ferriani (organizadores), *Medicina Reprodutiva SBRH,* Segmento Farma: SBRH, São Paulo, 2018, p. 223.

clínicas de reproducción asistida, a través de un equipo multidisciplinar, deben valorar el estado emocional de la futura gestante por sustitución.

Como se ha mencionado en la introducción, en Brasil no existe ninguna ley que regule el uso de técnicas de reproducción humana asistida. Por inercia del Poder Legislativo, el CFM, invirtiendo en su papel de normalizar éticamente la profesión médica, reguló el procedimiento en su conjunto, estableciendo, a través de sus resoluciones, no sólo límites en el alcance ético, sino también limitaciones al ejercicio de los derechos fundamentales de los pacientes en las técnicas. Aunque sea objeto de críticas, las acciones del CFM son extremadamente importantes en el contexto brasileño.

Desde la primera Resolución, publicada en 1992, se prevé la gestación por sustitución o cesión temporal del útero. Las resoluciones que siguieron mantuvieron la premisa de que la técnica puede utilizarse siempre que exista un problema médico, con el fin de prevenir o contraindicar el embarazo de la madre de intención.

Esta premisa fue parcialmente modificada en 2022, por la Resolución CFM n.º 2.320[11], que amplió las posibilidades que, en la práctica, ya se aceptaban, en particular, la gestación por sustitución para tener hijos de uno o dos hombres. Cabe señalar que la norma ética vigente permite la práctica por una condición que impide o contraindica el embarazo y, no sólo, por un problema de carácter médico. Se puede observar que el CFM buscó adaptarse a la pluralidad de modelos familiares, reconocidos por las normas jurídicas brasileñas.

En general, la gestación por sustitución está permitida, siempre y cuando exista una condición que impida o contraindique la gestación. La redacción de la actual Resolución establece que:

> VII – SOBRE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN (CESIÓN TEMPORAL DEL ÚTERO)
>
> Las clínicas, centros o servicios de reproducción pueden utilizar técnicas de reproducción asistida para crear la situación identificada como gestación por sustitución, siempre que exista una condición que impida o contraindique la gestación.
>
> 1. La cedente temporal del útero deberá:
>
> a) tener al menos un hijo vivo;
>
> b) pertenecer a la familia de uno de los socios por consanguinidad hasta el cuarto grado (primer grado: padres e hijos; segundo grado: abuelos y hermanos; tercer grado: tíos y sobrinos; cuarto grado: primos);
>
> c) en caso de imposibilidad de cumplir con el ítem b, se deberá solicitar autorización al Consejo Regional de Medicina (CRM).
>
> 2. La cesión temporal del útero no puede tener fines lucrativos ni comerciales y la clínica de reproducción no puede mediar en la elección de la cedente.

[11] CONSEJO FEDERAL DE MEDICINA [BRASIL]. Resolución CFM núm. 2.320/2022. Adopta estándares éticos para el uso de técnicas de reproducción asistida, publicados en el Diario Oficial de la Unión del 15 de junio de 2021, Sección I, p. 60, Brasilia, DF: 20 de septiembre. 2022. Disponible en: https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2022/2320. [Última consulta: 19 de agosto de 2024].

> 3. En las clínicas de reproducción asistida deberán incluirse en la historia clínica del paciente los siguientes documentos y observaciones:
>
> a) declaración de consentimiento libre e informado firmado por las pacientes y la cedente temporal del útero, que abarque los aspectos biopsicosociales y riesgos involucrados en el ciclo embarazo-puerperal, así como los aspectos legales de la filiación;
>
> b) informe médico que certifique la idoneidad de la salud física y mental de todos los involucrados;
>
> c) declaración de Compromiso entre la(s) paciente(s) y la cedente temporal del útero que recibirá el embrión en su útero, estableciendo claramente la cuestión de la filiación del hijo;
>
> d) compromiso, por parte del/los paciente(s) que contratan los servicios de reproducción asistida, públicos o privados, de tratamiento y seguimiento médico, incluso por equipos multidisciplinares, si fuera necesario, para la mujer que cede temporalmente su útero, hasta el puerperio. ;
>
> e) compromiso del registro civil del niño por parte de la paciente, debiendo aportar esta documentación durante la gestación; y
>
> f) aprobación del cónyuge o pareja, presentada por escrito, si la cedente temporal del útero está casado o vive en unión estable[12].

Teniendo en cuenta la escasa información presentada por la resolución del CFM, la gestación por sustitución puede parecer un procedimiento sencillo, pero involucra cuestiones intrincadas por la cantidad de interesados y la polémica que aún genera en la sociedad.

La ausencia de una legislación específica plantea cuestiones importantes que surgen en la práctica. Si bien la norma ética establece directrices que llenan los vacíos dejados por la falta de regulación jurídica, también plantea una cuestión crucial sobre cuáles deben ser los límites de las acciones del organismo que la emitió. Hay puntos del estándar ético que no se alinean con los derechos fundamentales de las personas afectadas, así como de los profesionales que enfrentan restricciones sin justificación adecuada.

A falta de una ley específica, surgen los intentos de incluir otras disciplinas dentro de la reproducción asistida, como es el caso de la Ley de Trasplantes de Órganos y Tejidos. En Brasil, la Ley Federal n.º 9.434, de 4 de febrero de 1997, regula los trasplantes de órganos y tejidos y, en ella, se refuerza la prohibición constitucional de la venta de órganos y tejidos en el país. Esta legislación no se presta a regular la gestación por sustitución. Esto se debe a que, en este proceso, no se extirpa ni implanta ningún órgano, ya sea parcial o totalmente, en otra persona. En la gestación por sustitución, el útero sólo se cede temporalmente para la generación de una nueva vida, sin que exista intención de realizar un trasplante.

[12] Consejo Federal de Medicina [Brasil]. Resolución CFM núm. 2.320/2022. Adopta estándares éticos para el uso de técnicas de reproducción asistida, publicados en el Diario Oficial de la Unión del 15 de junio de 2021, Sección I, p. 60, Brasilia, DF: 20 de septiembre. 2022. Disponible en: https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2022/2320. [Última consulta: 19 de agosto de 2024].

Sin embargo, la ausencia de ley en la materia no impide la autorregulación de la materia por parte de los interesados, correspondiendo a la Ley otorgar protección cuando se impida o dificulte tal ejercicio, utilizando, para ello, el régimen y principios jurídicos contractuales, que se presentarán a continuación.

III. El régimen jurídico contractual aplicado a la gestación por sustitución

A falta de una legislación específica, un análisis adecuado del tema debe partir del contexto práctico, teniendo en cuenta el ordenamiento jurídico vigente. Por tanto, partimos de un supuesto fáctico: la gestación por sustitución es un negocio jurídico que se revela en forma contractual.

César Fiúza afirma que el contrato es un «acto jurídico lícito, con repercusiones personales y socioeconómicas, que crea, modifica o extingue relaciones dinámicas convencionales, de carácter patrimonial, entre dos o más personas de Derecho Privado […], en búsqueda de la satisfacción personal, promoviendo así la dignidad humana»[13].

Caio Mário da Silva Pereira defiende un concepto más amplio de contrato, definiéndolo como «un acuerdo de voluntades, conforme a la ley, y con el fin de adquirir, proteger, transferir, conservar, modificar o extinguir derechos»[14]. La amplitud de esta última propuesta permite agregar cuestiones de carácter patrimonial y no patrimonial.

En este sentido, la afirmación de que:

> La extensión del concepto de contrato a la autorregulación de intereses de carácter no patrimonial encuentra, por un lado, resistencias por parte de los más apegados a la tradición; por otro, propone la ruptura de un paradigma y la evolución del concepto, que se justifica cuando se constata cuán estrechamente vinculados pueden estar los intereses patrimoniales con los intereses no patrimoniales, también llamados existenciales[15].

Es necesario analizar los contratos de derechos de la personalidad, especialmente el contrato de gestación por sustitución, desde la perspectiva de los nuevos principios contractuales, a saber: autonomía privada, buena fe objetiva, función social y justicia contractual, que son fundamentales en la misión de configurar los derechos y deberes de los sujetos participantes[16].

[13] Fiuza, César. *Direito Civil:* Curso completo, 18.ª edición, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2015, p. 524.

[14] Pereira, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil. Contratos,* v. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.7.

[15] Sá, Maria de Fátima Freire de; Lima, Taisa Maria Macena de, «Gestação de substituição: Entre autonomia e vulnerabilidade», *VirtuaJus,* Belo Horizonte, Núm. 4, Vol. 3, 1.º sem. 2018, p.23.

[16] Sá, Maria de Fátima Freire de; Lima, Taisa Maria Macena de, «Gestação de substituição: Entre autonomia e vulnerabilidade», *VirtuaJus,* Belo Horizonte, Núm. 4, Vol. 3, 1.º sem. 2018, p. 23.

La autonomía privada es la concesión de facultades para actuar a la persona. El sistema jurídico brasileño confiere una gama de comportamientos a los seres humanos. Francisco Amaral define la autonomía privada como el «principio por el cual el agente tiene la posibilidad de realizar un acto jurídico, determinando su contenido, forma y efectos»[17].

Se prefiere el uso de la expresión autonomía privada en detrimento de la antigua autonomía de la voluntad. Esto presenta una connotación psicológica, ligada al momento del Estado Liberal en el que la voluntad ocupó un lugar privilegiado, suficiente para crear el Derecho, correspondiéndole al Estado únicamente sancionarlo[18].

La determinación de lo que ellos llaman «límites a la autonomía privada» la lleva a cabo el propio ordenamiento en la constante tensión de principios que las situaciones fácticas llegan a determinar. En lugar de *limitaciones*, que trae la idea de confrontación externa, es más apropiado el término *conformaciones*, que refleja mejor la idea de que el contenido de la autonomía privada está determinado internamente, por la conformidad con el propio ordenamiento, que establece cuál es el contenido de las facultades conferidas a los particulares[19].

En cuanto a la buena fe, al mismo tiempo su definición se centra más en el comportamiento que en la intención del individuo. En relación con la función social, es importante recordar que, en general, el contrato va más allá de los efectos sólo entre las partes, reconociendo, por un lado, el impacto que tiene en la sociedad y, por el otro, la influencia que la sociedad tiene sobre el contenido del contrato. El principio de justicia contractual se manifiesta en la búsqueda de un equilibrio entre las partes contratantes. El contrato de gestación por sustitución debe ser examinado a la luz de estos principios, junto con la valoración de los aspectos involucrados.

Hechas estas consideraciones, cabe entender que «la gestación por sustitución es un contrato de derechos de la personalidad cuyo objeto es el ejercicio del derecho sobre el propio cuerpo, por parte de la gestante, manifestado en la cesión temporal del útero, para gestar el hijo de otra persona»[20].

Una vez demostrada la posibilidad de un contrato de carácter existencial y patrimonial, se propone la existencia de los llamados *contratos coligados* para posibilitar la reproducción asistida mediante gestación por sustitución. Es importante resaltar que la ausencia de alguno de estos contratos hará inviable la técnica, a saber: el acuerdo con-

[17] Amaral, Francisco. *Direito civil*: introdução. 3.ª edición. Renovar, Rio de Janeiro, 2000, p. 337.

[18] Sá, Maria de Fátima Freire de. Naves, Bruno Torquato de Oliveira. *Bioética e Biodireito*, 6.ª edición. Editora Foco, Indaiatuba/SP, 2023.

[19] Sá, Maria de Fátima Freire de. Naves, Bruno Torquato de Oliveira. *Bioética e Biodireito*, 6.ª edición. Editora Foco, Indaiatuba/SP, 2023.

[20] Sá, Maria de Fátima Freire de. Araújo, Ana Thereza Meirelles. *Compêndio Biojurídico sobre Reprodução Humana Assistida*. Editora Foco, Indaiatuba/SP, 2024.

tractual entre la madre sustituta y los padres legales del niño; el contrato entre los padres legales y la clínica o médico responsable del procedimiento; y el vínculo contractual entre la gestante sustituta y la clínica o médico responsable de la técnica[21].

Cuando la gestante está casada o vive en unión estable, es fundamental que exista comunicación entre las partes, respetando el principio de confianza en las relaciones afectivas. Esto permite que el cónyuge o pareja esté de acuerdo con la decisión de su esposa o pareja de gestar el hijo de otra persona.

Tanto la gestante como los padres legales deben ser adultos y tener capacidad civil[22], pero la capacidad jurídica de los involucrados por sí sola no es suficiente para garantizar que comprendan las complejas cuestiones médicas y legales involucradas en este tipo de acuerdo. Debe existir la capacidad de tomar decisiones sobre el propio cuerpo, con capacidad de comprender y evaluar las implicaciones y consecuencias de este acto (competencia).

La noción de competencia se refiere a la capacidad de discernir, que es esencial para tomar decisiones en situaciones de conflicto que pueden involucrar derechos de la personalidad. Aquí, la idea de capacidad se disocia del concepto de competencia[23], conectándola con la comprensión de la autonomía, que no puede medirse objetivamente[24].

Desde que la gestación por sustitución se convirtió en una posibilidad, se han producido intensos debates sobre la licitud del contrato en relación con su objeto, ya que se argumentaba que el niño nacido era el elemento central del contrato. Sin embargo, es importante resaltar que el objeto del contrato es la cesión del útero para la generación de un nuevo ser mediante reproducción asistida.

Por lo tanto, con base en la doctrina civil, la legalidad del contrato de gestación por sustitución en Brasil es perfectamente defendible, incluso si se admite la importancia de su regulación a través de legislación específica, para evitar la extrapolación de competencia por parte del CFM.

[21] SÁ, Maria de Fátima Freire de; LIMA, Taisa Maria Macena de, «Gestação de substituição: Entre autonomia e vulnerabilidade», *VirtuaJus,* Belo Horizonte, Núm. 4, Vol. 3, 1.º sem. 2018, p.25.

[22] En Brasil, los menores de 16 (dieciséis) años son absolutamente incapaces de realizar actos de la vida civil personalmente y son relativamente incapaces, en ciertos actos o en la forma de ejercerlos los mayores de dieciséis años y menores de dieciocho años, los ebrios habituales y los drogodependientes, quienes, por motivos temporales o permanentes, no puede expresar su voluntad y los pródigos (artículos 3 y 4 del Código Civil).

[23] La competencia debe valorarse a partir de la valoración de la capacidad de comprender, evaluar y reflexionar sobre la situación para que la decisión pueda tomarse dentro de un proceso dialógico. El desafío constante es respetar la decisión de un paciente que expresa una voluntad contraria a la opinión médica, como ocurre en los casos de rechazo de tratamientos que podrían provocar la muerte. (SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. Derechos de la Personalidad. 2.ª edición, Arraes, Belo Horizonte, 2021, p.141-144).

[24] SÁ, Maria de Fátima Freire de. ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles. *Compêndio Biojurídico sobre Reprodução Humana Assistida*. Editora Foco, Indaiatuba/SP, 2024.

Algunos países, como España, por ejemplo, optaron por prohibir el contrato de gestación por sustitución o simplemente lo declararon nulo, negándole que cause efectos jurídicos[25].

Al respecto, Carlos María Romeo Casabona, al abordar el tema, resumió el estado regulatorio en su país al señalar que:

> Este régimen legal establecido en 1988 es el que pervive en la actualidad, sin alteraciones en la regulación vigente de las técnicas de reproducción humana asistida, que se modificó en 2006 sin afectar al referido precepto. En 2023 se ha insistido en esta regulación, reproduciendo el precepto de 2006 de forma innecesaria e inútil. Así está actuando el legislador español en estos tiempos de prescripciones aparentemente progresistas, pero con considerables derivas autoritarias, con indudables concepciones restrictivas de las libertades reproductivas que proclama defender[26].

En el contexto del ordenamiento jurídico español, es importante mencionar una reciente decisión de la Corte Suprema (n.º 277/2022, de 31 de marzo), que denegó el registro de un niño nacido en México mediante un proceso de gestación por sustitución, con el solicitante del proyecto parental de nacionalidad española. En esta sentencia, de 2022, el Tribunal Supremo reafirmó argumentos presentados en una decisión anterior (de 2014), afirmando que este tipo de contrato es incompatible con el orden público. La Corte destacó que la cosificación de la madre deriva de varias cláusulas establecidas en esta forma de relación contractual y determinó que el interés del niño nacido debe ser considerado a la luz de otros valores y principios constitucionales, que, según la Corte, no autorizan registro civil, pero favorecen la adopción[27].

Manuel Atienza hace consideraciones sobre la referida decisión en el texto titulado «*Sobre la gestación por sustitución. Otra vuelta de tuerca*», señalando la relación entre el principio de dignidad humana y el contrato de gestación por sustitución y señalando que es fundamental resaltar tres puntos:

(1) la dignidad, en el sentido kantiano, no prohíbe el tratamiento de un ser humano como un medio, sino más bien un trato exclusivo como un medio. El autor aclara que esta conclusión puede parecer obvia, pero no siempre se reconoce plenamente y lo ejemplifica con la discusión sobre permitir la selección de embriones para generar

[25] España. *Ley 14/2006*, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. Disponible en: https://www.boe.es/eli/es/l/2006/05/26/14/con. [Última consulta: 28 de agosto de 2024].

[26] Romeo Casabona, Carlos Maria. «*El debate en España sobre la legalización de la gestación por sustitución*» en Maria de Fátima Freire de SÁ; Ana Thereza Meirelles Araújo; Iara Antunes de Souza (Coordinadoras) Anais do Congresso Internacional de Bioética e Biodireito da Faculdade Mineira de Direito: estudos em homenagem ao professor Carlos María Romeo Casabona, D`Plácido, Belo Horizonte, 2024, p. 26.

[27] Atienza, Manuel, «Sobre la gestación por sustitución. Otra vuelta de tuerca», *Revista Bioetica y Derecho,* Barcelona, 2022, Edição 56. Disponible en: https://scielo.isciii.es/pdf/bioetica/n56/1886-5887-bioetica-56-107.pdf [Última consulta: 28 de agosto de 2024]. p. 119.

un bebé que tenga ADN compatible con el de un familiar enfermo, permitiendo así un trasplante en el futuro que podría salvar la vida del paciente. Esta elección no implica que el niño que nazca será considerado un objeto. El mismo razonamiento se aplica a la gestación por sustitución, sin que haya motivos para creer que la mujer que gestó al bebé será vista como un objeto o simplemente un medio de explotación.

(2) no existe correspondencia entre el principio de dignidad humana y autonomía, según la visión liberal clásica. La capacidad de actuar debe ir acompañada de una protección contra la indignidad, lo que refuerza la necesidad de regular esta práctica en España.

Finalmente, (3) el autor sostiene que las demandas para la realización de la dignidad humana no pueden ser satisfechas plenamente por el Derecho. En otras palabras, la ley no puede abarcar el perfeccionismo moral. Para Atienza, el derecho y la moral son distintos. Su función es, en cierto modo, hacer viable la vida moral de los individuos, lo que exige que, aunque sea parcialmente, se atiendan las exigencias de la dignidad humana[28].

Así, a partir de estas y otras reflexiones, Manuel Atienza defiende la viabilidad de la gestación por sustitución en España, cuestionando la postura del Tribunal Supremo, que se basó en gran medida en el Informe del Comité Español de Bioética sobre su carácter ético y legal.

Sobre el tema, Carlos María Romeo Casabona expresó su defensa de una legislación que establezca criterios para la realización de gestaciones por sustitución en el país, con el objetivo de reducir prácticas ilegales, especialmente aquellas que pueden conducir a la explotación de la gestante:

> Al mismo tiempo, deben establecerse legalmente los requisitos y la supervisión necesarios para poder reducir de manera efectiva las conductas ilegales, especialmente aquellas que puedan conducir a la explotación de la mujer portadora. Así, las personas que deseen satisfacer sus expectativas de maternidad/paternidad a través de esta técnica de procreación asistida lo harían en nuestro país en un marco más transparente y pacífico, y con mayor seguridad jurídica, en particular para el hijo nacido por este procedimiento[29].

Al analizar propuestas que sugieren la necesidad de una regulación internacional (y, por tanto, universal) sobre la gestación por sustitución, discutidas en el contexto europeo, Carlos María Romeo Casabona advirtió que establecer un marco jurídico universal no parece ser una solución adecuada, considerando que el tema es social y

[28] Estos aspectos fueron tratados con mayor profundidad en: SÁ, Maria de Fátima Freire de. ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles. *Compêndio Biojurídico sobre Reprodução Humana Assistida*. Editora Foco, Indaiatuba/SP, 2024.

[29] ROMEO CASABONA, Carlos Maria. «*El debate en España sobre la legalización de la gestación por sustitución*», en Maria de Fátima Freire de SÁ; Ana Thereza Meirelles Araújo; Iara Antunes de Souza (Coordinadoras) Anais do Congresso Internacional de Bioética e Biodireito da Faculdade Mineira de Direito: estudos em homenagem ao professor Carlos María Romeo Casabona, D`Plácido, Belo Horizonte, 2024, p. 37.

políticamente muy controvertido para la mayoría de los Estados. Por tanto, cualquier intento de resolver el problema de esta manera sería excesivamente lento y la cuestión debe permanecer bajo la jurisdicción legislativa de cada país:

> Si queremos terminar con el régimen de incertidumbre, y de inseguridad jurídica actual y si, además, aceptamos que desde el punto de vista ético y jurídico no ofrece reproche, siempre que se realice bajo ciertas condiciones, limitaciones y garantías, el legislador debería tomar cuanto antes la iniciativa para aprobar una ley sobre esta materia. Al mismo tiempo, deben establecerse legalmente los requisitos y la supervisión necesarios para poder reducir de manera efectiva las conductas ilegales, especialmente aquellas que puedan conducir a la explotación de la mujer portadora. Así, las personas que deseen satisfacer sus expectativas de maternidad/paternidad a través de esta técnica de procreación asistida lo harían en nuestro país en un marco más transparente y pacífico, y con mayor seguridad jurídica, en particular para el hijo nacido por este procedimiento[30].

Volviendo a la discusión sobre la naturaleza contractual en Brasil y analizando la perspectiva de los contratos coligados, el segundo contrato, que se celebra entre los padres legales y la clínica o médico responsable del procedimiento, consiste en la prestación de servicios médicos de carácter oneroso y conmutativo, implicando en el pago de honorarios al profesional o clínica responsable.

El tercer contrato se refiere a la relación entre la gestante por sustitución y la clínica o médico responsable de realizar el procedimiento. La transferencia del embrión al útero de la gestante sustituta establece una relación jurídica contractual entre el profesional y la gestante, sin que esta última asuma obligación económica alguna en relación con el procedimiento.

Los tres contratos están interconectados y presentan condiciones impuestas por la actual resolución del CFM que se discutirá a continuación, en particular en relación con el grado de parentesco, la existencia de un hijo nacido vivo y la cuestión de la onerosidad.

IV. Críticas a las condicionantes de la regulación vigente en Brasil

Mediante Resolución CFM n.º 2.320/2022 se establecieron criterios o condiciones que deben cumplirse para la realización del contrato de gestación por sustitución. Es importante resaltar que estas condiciones no están previstas directamente en una legislación específica, lo que deja margen para que las partes involucradas recurran a acciones legales para impugnar la limitación impuesta por el CFM al ejercicio de los derechos y libertades fundamentales.

[30] Romeo Casabona, Carlos Maria. «*El debate en España sobre la legalización de la gestación por sustitución*», en Maria de Fátima Freire de Sá; Ana Thereza Meirelles Araújo; Iara Antunes de Souza (Coordinadoras) Anais do Congresso Internacional de Bioética e Biodireito da Faculdade Mineira de Direito: estudos em homenagem ao professor Carlos María Romeo Casabona, D`Plácido, Belo Horizonte, 2024, p. 36.

Hay tres condiciones principales que merecen espacio para el debate aquí: la necesidad de un cierto grado de parentesco con los creadores del proyecto parental, la necesidad de que la gestante sustituta tenga al menos un hijo vivo y la prohibición de onerosidad.

En relación con la primera condicionante (grado de parentesco) se puede observar, como se ha presentado anteriormente, que la Resolución vigente determina que la cedente temporal del útero debe «pertenecer a la familia de uno de los consanguíneos hasta el cuarto grado (…)» y agrega que «en caso de imposibilidad de cumplir con el apartado b, se deberá solicitar autorización al Consejo Regional de Medicina (CRM)»[31].

El grado de parentesco no debe considerarse, de antemano, como una condicionante para que el médico responsable pueda llevar a cabo el procedimiento. La valoración de la posibilidad de que alguien actúe como gestante sustituta debe basarse en criterios clínicos y la participación activa de las partes interesadas, además de tener en cuenta las condiciones psicológicas de las implicadas. Si bien el grado de parentesco puede facilitar la ejecución del proyecto parental, no debe verse como un factor limitante. Es importante señalar que muchas personas que demandan esta técnica no tienen familiares disponibles. Además, la disposición de consulta a los Consejos Regionales de Medicina no elimina la restricción impuesta.

Es importante reconocer que las directrices establecidas por la norma ética apuntan a reducir los riesgos asociados a la práctica, especialmente cuando se limita a casos de parentesco o situaciones autorizadas por el Consejo. De esta manera, las condiciones impuestas para llevar a cabo la gestación «funcionan como esfuerzos previos para minimizar los riesgos: con el requisito de que entre los involucrados ya exista un vínculo moral (ya sea por parentesco o amistad que será verificado por el Consejo), el objetivo es asegurar en la medida de lo posible la existencia de un círculo en el que exista plena confianza»[32].

La segunda condicionante es la necesidad de que la gestante sustituta tenga al menos un hijo vivo. Esta determinación fue insertada en la Resolución CFM n.º 2.294/2021 y mantenida en la Resolución CFM n.º 2.320/2022.

No es responsabilidad del CFM establecer una condición directamente relacionada con la esfera íntima de una persona, especialmente cuando ésta no desea tener hijos, pero quiere ayudar a otra persona a tenerlos. Además, la existencia de un hijo vivo no impediría un conflicto de maternidad positivo. Si esta es la preocupación del CFM, se

[31] Consejo Federal de Medicina [Brasil]. Resolución CFM núm. 2.320/2022. Adopta estándares éticos para el uso de técnicas de reproducción asistida, publicados en el Diario Oficial de la Unión del 15 de junio de 2021, Sección I, p. 60, Brasilia, DF: 20 de septiembre. 2022. Disponible en: https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2022/2320. [Última consulta: 19 de agosto de 2024].

[32] Rettore, Anna Cristina de Carvalho. *Gestação de substituição no Brasil:* a estrutura de um negócio jurídico dúplice, existente, válido e eficaz. Programa de Postgrado en Derecho, Maestría en Derecho, Tesis, Supervisión: Profesora Maria de Fátima Freire de Sá, PUC Minas, Belo Horizonte, 2018, p. 54.

debe dejar claro, tanto en el formulario de consentimiento libre e informado (*TCLE*, *por sus siglas en portugués*) como en el contrato de cesión temporal del útero, que la relación parental se establecerá con los padres contractuales, y no con la gestante sustituta. El Estado también se responsabiliza de resolver cualquier conflicto relacionado con la configuración de la afiliación.

Al parecer, la idea de un hijo vivo surge de una premisa cultural errónea de que tener uno o más hijos propios impediría la construcción de cualquier vínculo emocional con el ser que se está generando para otra persona. De esta forma, la existencia de hijos anteriores garantizaría una barrera emocional. En este contexto, se refuerza que la resolución, como norma ética, no debe restringir el ejercicio de derechos, sino servir como guía normativa que oriente la práctica profesional, garantizando el acceso universal a las técnicas.

Finalmente, la última condicionante para el uso de la gestación por sustitución en Brasil se refiere al carácter gratuito de la cesión temporal del útero. La Resolución CFM n.º 2.320/2022 establece que la gratuidad es un elemento esencial para su práctica, prohibiendo cualquier forma de compensación económica, ya sea a través de un acuerdo privado entre los involucrados o a través de la clínica responsable del procedimiento.

Al reflexionar sobre este tema, a partir de la observación de que no existen impedimentos previstos en la legislación, ¿puede considerarse ilícito un contrato que estipula alguna forma de pago a la gestante sustituta? Revisando las cuestiones mencionadas anteriormente, es crucial reevaluar la cuestión de los límites de la autoridad normativa del CFM al definir contenidos que podrían limitar la autonomía contractual de las partes involucradas.

Es común encontrar argumentos de carácter moral que buscan descartar la posibilidad de un contrato de gestación por sustitución oneroso. Comprender si la gratuidad debe ser un requisito para la validez del contrato involucra cuestiones relacionadas con la sacralidad del cuerpo y la legislación que debe desarrollarse en base a ello. Es importante reconocer que la noción de sacralidad del cuerpo ha tenido un impacto positivo en la promoción de la dignidad, ayudando a combatir prácticas degradantes y violatorias ocurridas ya a lo largo de la historia de la humanidad. Sin embargo, esta idea no debe utilizarse como un medio para restringir la autonomía del individuo, impidiéndole tomar decisiones que formen parte de la realización de sus proyectos de vida, lo que puede ser posible a través de un contrato que permita la afiliación, por ejemplo[33].

El CFM restringe el uso de la técnica a personas con vínculos familiares, posiblemente con el objetivo de garantizar que el procedimiento sea gratuito. Así, la prohibición de la onerosidad en el contrato de gestación por sustitución exige, «en la práctica, que la gestante sustituta sea una persona sumamente generosa, una verdadera heroína que

[33] SÁ, Maria de Fátima Freire de; LIMA, Taisa Maria Macena de, «Gestação de substituição: Entre autonomia e vulnerabilidade», *VirtuaJus,* Belo Horizonte, Núm. 4, Vol. 3, 1.º sem. 2018, pp. 19-36.

cambia su vida y pone en riesgo su salud por la felicidad de los demás»[34]. Sin embargo, esta restricción no es legítima y no es un factor suficiente para que el contrato se ejecute de forma gratuita[35].

Asumir que condicionar la gestación al grado de parentesco garantizaría que la práctica estuviera motivada únicamente por el afecto o los vínculos familiares resulta ser un error normativo. Esto apunta a algunas perspectivas. La primera proviene de una perspectiva cultural que cree que una mujer sería capaz de sacrificarse física y emocionalmente por los demás, en nombre de la alteridad. Otra perspectiva es que, incluso dentro de una familia, pueda existir un acuerdo económico entre las partes. Por tanto, la creencia de que el vínculo familiar es un factor que puede llevar a la gestante sustituta tomar una decisión libre motivada por su propio deseo es generalizar las relaciones familiares y considerarlas siempre positivas, lo que supone una visión romantizada de la realidad.

Es importante entender qué significa la palabra altruista. ¿El altruismo radica en la decisión de llevar a cabo un embarazo sin recibir pago, o el simple hecho de gestar para otra persona, con todos los sacrificios y consecuencias que ello implica, sería suficientemente altruista en este contexto? No existe una equivalencia directa entre la idea de gratuidad y el significado de altruismo, especialmente si se consideran las consecuencias físicas y emocionales que naturalmente conlleva una gestación.

El tema de la gratuidad es uno de los más complejos a abordar en la legislación sobre la materia. Carlos María Romeo Casabona, si bien sostuvo que la gratuidad representa altruismo y, por tanto, un límite insalvable, reconoció la dificultad de evitar pagos o compensaciones económicas. Precisamente por eso, sostuvo que una norma prohibitiva debe ir acompañada de medidas preventivas y efectivas, como la intervención de organismos de control y la gestión participativa[36].

Justificó su postura destacando la importancia de evaluar las motivaciones de la gestante sustituta, aunque reconoció la dificultad de este proceso, dado que las razones son intrínsecamente subjetivas, como se revela en el siguiente extracto:

> Sin poder extenderme más sobre este asunto, que es, asimismo, de la mayor relevancia por su evidente conexión con la exclusión de la retribución o pago, la cuestión de la admisión de una compensación económica que pudiera cubrir los gastos y otras cargas materiales derivadas o vinculadas con el proceso de fertilización y del embarazo (asistencia médica, baja laboral o reducción de la jornada laboral, contrato de seguro de vida, salud

[34] SÁ, Maria de Fátima Freire de; LIMA, Taisa Maria Macena de, «Gestação de substituição: Entre autonomia e vulnerabilidade», *VirtuaJus,* Belo Horizonte, Núm. 4, Vol. 3, 1.º sem. 2018, pp. 19-36.

[35] SÁ, Maria de Fátima Freire de. ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles. *Compêndio Biojurídico sobre Reprodução Humana Assistida*. Editora Foco, Indaiatuba/SP, 2024.

[36] ROMEO CASABONA, Carlos Maria. «*El debate en España sobre la legalización de la gestación por sustitución*», en Maria de Fátima Freire de SÁ; Ana Thereza Meirelles Araújo; Iara Antunes de Souza (Coordinadoras) Anais do Congresso Internacional de Bioética e Biodireito da Faculdade Mineira de Direito: estudos em homenagem ao professor Carlos María Romeo Casabona, D`Plácido, Belo Horizonte, 2024.

> o enfermedad, entre otros). No pareciendo muy realista rechazar y prohibir cualquier forma de compensación traducible económicamente, es cierto también que no es fácil establecer una línea divisoria: cuándo estamos ante un pago o retribución y cuándo ante una compensación de gastos y pérdidas económicas (daño emergente y lucro cesante). No puedo extenderme aquí en este asunto, sobre el que insisto en que me parece de una relevancia primordial, para lo que será decisiva la motivación por la que actúe la mujer gestante. Pero estamos ante un elemento subjetivo, interno e íntimo de todos los seres humanos que en este contexto será siempre de difícil acreditación y en ocasiones hasta imposible. No se olvide que un mal planteamiento de este asunto y una peor solución del mismo podría ser la puerta abierta —cuasi legalmente— al fraude o, tal vez incluso peor, al fracaso para encontrar una amplia aceptación de la gestación por sustitución y un clima adecuado para su regulación, permitiéndola en ciertos casos[37].

En el contexto brasileño, las tres restricciones (grado de parentesco, hijo vivo y gratuidad) establecidas por el CFM imponen a los padres de intención una tarea que, en la mayoría de los casos, es inviable: encontrar a alguien que cumpla con todos estos requisitos y aún esté dispuesta a pasar por todo el proceso, que exige sacrificios físicos y personales, lo que puede derivar en problemas en las relaciones emocionales (como la falta de aceptación de la pareja) y en las relaciones profesionales (como la necesidad de ausentarse del trabajo).

V. Cláusulas especiales: derecho al arrepentimiento y derecho a la libertad sobre el propio cuerpo

El contrato de gestación por sustitución debe incluir cláusulas que se refieran a los límites de la libertad sobre el propio cuerpo de la gestante por sustitución, así como prever el momento en el que ya no sea posible el arrepentimiento[38]. Esto se debe a que este tipo de contrato, en Brasil, se considera atípico, y conviene perfilar conductas prohibidas a las mujeres gestantes para el sano desarrollo del feto y para prevenir complicaciones en el momento del parto.

Las cláusulas de restricción de libertad presentan una tenue línea entre legalidad y abusividad:

[37] Romeo Casabona, Carlos Maria. «*El debate en España sobre la legalización de la gestación por sustitución*», en Maria de Fátima Freire de SÁ; Ana Thereza Meirelles Araújo; Iara Antunes de Souza (Coordinadoras) Anais do Congresso Internacional de Bioética e Biodireito da Faculdade Mineira de Direito: estudos em homenagem ao professor Carlos María Romeo Casabona, D`Plácido, Belo Horizonte, 2024, p. 35.

[38] Estas cláusulas especiales se abordaron en el texto: SÁ, Maria de Fátima Freire de; Lima, Taísa Maria Macena de, «Gestação de substituição: Entre autonomia e vulnerabilidade», *VirtuaJus,* Belo Horizonte, Núm. 4, Vol. 3, 1.º sem. 2018, pp. 19-36; y retomadas en el libro: SÁ, Maria de Fátima Freire de. ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles. *Compêndio Biojurídico sobre Reprodução Humana Assistida*. Editora Foco, Indaiatuba/SP, 2024.

> No hay manera de negar la legalidad de una cláusula que prohíbe a las gestantes consumir drogas ilícitas. Pero, ¿sería legal prohibirle consumir bebidas alcohólicas socialmente? ¿Sería posible limitar el tipo de actividad física a alguien que siempre ha practicado deportes extremos? ¿Sería posible tener una cláusula que limite la actividad sexual de la gestante durante todo el embarazo o parte del mismo? ¿Sería posible establecer una lista de cláusulas abusivas y, por tanto, inaceptables en un contrato de cesión de útero?[39]

La cuestión va más allá de la mera legalidad, por lo que, a la hora de formular el contrato, es necesario priorizar el uso de cláusulas más abiertas.

El derecho al arrepentimiento está expresamente previsto en el Código Civil brasileño, en el art. 420, que regula esta posibilidad en los siguientes términos:

> Art. 420. Si el contrato estipula el derecho de arrepentimiento para cualquiera de las partes, las arras o señal tendrán únicamente función compensatoria. En este caso, quien las dio las perderá en beneficio de la otra parte; y quien las recibió las devolverá, más su equivalente. En ambos casos no habrá derecho a compensación adicional.

La normativa presenta una situación en la que el derecho al arrepentimiento se ejerce mediante el pago de tasas penitenciales. Cuando se ejerce este derecho, el contrato se rescinde y las partes involucradas quedan liberadas de sus obligaciones. La duda que se plantea es la aplicabilidad de esta cláusula en el contrato de cesión temporal de útero. ¿Se podría reconsiderar el consentimiento a la gestación por sustitución? De ser así, ¿en qué momento sería posible esta retirada?

Se argumenta que el desistimiento es válido hasta el momento previo a la implantación del embrión, lo que debe ser visto como un riesgo inherente al contrato, al estar directamente relacionado con la libertad de disposición sobre el propio cuerpo, basada en derechos de la personalidad. La redacción de este tipo de contrato debe respetar las normas que regulan los derechos de la personalidad, lo que implica que los contratantes deben ser conscientes de los riesgos que implica. Uno de estos riesgos es el derecho de arrepentimiento de la gestante, quien puede revisar su decisión y revocar el consentimiento previamente otorgado[40].

Hasta el momento anterior a la implantación del embrión, la gestante debe tener la prerrogativa de renunciar, sin obligación de pagar arras penitenciarias, y cualquier cláusula que así lo establezca en el contrato debe considerarse nula.

Establecer el momento previo a la implantación como límite del derecho de arrepentimiento de la gestante está en concordancia con el derecho penal, que prohíbe la interrupción del embarazo fuera de las excepciones legales, y con la jurisprudencia

[39] SÁ, Maria de Fátima Freire de; LIMA, Taísa Maria Macena de, «Gestação de substituição: Entre autonomia e vulnerabilidade», *VirtuaJus,* Belo Horizonte, Núm. 4, Vol. 3, 1.º sem. 2018, pp. 19-36.

[40] SÁ, Maria de Fátima Freire de; LIMA, Taísa Maria Macena de, «Gestação de substituição: Entre autonomia e vulnerabilidade», *VirtuaJus,* Belo Horizonte, Núm. 4, Vol. 3, 1.º sem. 2018, pp. 19-36.

vigente (como en la decisión del Tribunal Supremo Federal que autoriza la interrupción del embarazo en casos de anencefalia). Si el desistimiento se produce después de la transferencia del embrión al útero, no existe autorización para interrumpir la gestación, ni para reconocer a la gestante como madre de intención (o legal) del niño. En este caso, la gestante deberá entregar el bebé, ya que el consentimiento ya no podrá revocarse.

Si el contrato incluye derecho de desistimiento para cualquiera de las partes, las arras o señal tendrán una función exclusivamente compensatoria. En este caso, la parte que entregó las arras las perderá en beneficio de la otra parte; y quien las recibió deberá devolverlas, junto con su equivalente. En ambos casos no habrá derecho a una indemnización adicional.

Por otra parte, considerando la posibilidad de abandono del proyecto parental por parte de los padres legales, se entiende que tienen derecho a arrepentirse hasta el momento previo a la implantación del embrión, pero no pueden desistir después de la implantación, por las mismas razones legales que impidan el desistimiento de la gestante.

Es importante resaltar prohibiciones importantes que se aplican a los demandantes del proyecto parental, como la imposibilidad de rechazar al hijo nacido por sexo diferente al deseado, la presencia de una enfermedad grave o el nacimiento de varios bebés cuando solo se deseaba uno. La negativa a aceptar al niño constituiría un conflicto negativo de paternidad/maternidad, indicando un grave error en la interpretación del objeto del contrato, que es la entrega del niño y no sólo la cesión temporal del útero[41].

Por tanto, la adecuada redacción del contrato de gestación por sustitución debe incluir, por escrito, todas las variables mencionadas anteriormente. Esto es fundamental para garantizar la claridad y legitimidad del consentimiento, además de evitar la judicialización resultante de malentendidos sobre los derechos y deberes de los contratantes.

VI. Conclusión

El análisis crítico biojurídico realizado en este artículo, respecto de la normativa brasileña en materia de gestación por sustitución, se inscribe en el contexto de las transformaciones ocurridas durante la segunda mitad del siglo XX, especialmente en el período que siguió a la llegada de la Constitución de República Federativa del Brasil de 1988, en relación con el reconocimiento jurídico de la pluralidad de formas familiares. Este hecho, combinado con importantes avances en las tecnologías de reproducción humana asistida, que ya estaban en marcha, dio lugar a un escenario de posibilidades para quienes sueñan con la maternidad/paternidad.

A pesar de que la práctica de la gestación por sustitución recibe apoyo doctrinal, en la escasa legislación (que trata temas relacionados, pero no directamente sobre la

[41] Sá, Maria de Fátima Freire de; Lima, Taísa Maria Macena de, «Gestação de substituição: Entre autonomia e vulnerabilidade», *VirtuaJus,* Belo Horizonte, Núm. 4, Vol. 3, 1.º sem. 2018, pp. 19-36.

reproducción asistida) no existe ninguna ley que la regule actualmente en Brasil. Ante la omisión legislativa, el Consejo Federal de Medicina (CFM) asume el rol de legislar sobre el tema, habiendo ya emitido ocho resoluciones, la última de las cuales es la Resolución CFM n.º 2.320, de 1 de septiembre de 2022, actualmente vigente. Aunque sea objeto de críticas, las acciones del CFM son extremadamente importantes en el contexto brasileño.

En Brasil, la gestación por sustitución está permitida, siempre que exista una condición que impida o contraindique la gestación. Desde el punto de vista médico, existen circunstancias específicas, absolutas o relativas, que pueden llevar a la indicación de la gestación por sustitución. La evaluación del caso y las orientaciones éticas y legales sobre el uso de esta técnica deben realizarse durante la consulta médica, para que los involucrados comprendan las consecuencias y limitaciones legales de la práctica, como nacimiento, filiación, registro y responsabilidades.

A falta de una legislación específica, un análisis adecuado del tema debe partir del contexto práctico, teniendo en cuenta el ordenamiento jurídico vigente. En este sentido, la gestación por sustitución adopta la forma de un negocio jurídico contractual.

Defendemos la comprensión de un concepto más amplio de contrato, que permita agregar cuestiones de carácter patrimonial y no patrimonial. De esta manera, los contratos de derechos de la personalidad, especialmente los contratos de gestación por sustitución, son analizados desde la perspectiva de los nuevos principios contractuales, a saber: autonomía privada, buena fe objetiva, función social y justicia contractual, dado que estos son fundamentales en la misión de configurar los derechos y deberes de los sujetos participantes.

El objeto del contrato es la cesión del útero para la generación de un nuevo ser mediante reproducción humana asistida. Con base en la doctrina civil, la legalidad del contrato de gestación por sustitución en Brasil es defendible, aunque se admite la importancia de su regulación a través de legislación específica, para evitar la extrapolación de competencia por parte del CFM.

Una vez demostrada la posibilidad de un contrato de carácter existencial y patrimonial, se propuso la existencia de los llamados *contratos coligados* y la ausencia de cualquiera de estos contratos haría inviable la técnica, a saber: (i) el acuerdo contractual entre la gestante por sustitución y los padres legales del niño; (ii) el contrato entre los padres legales y la clínica o médico responsable del procedimiento; y (iii) el vínculo contractual entre la gestante por sustitución y la clínica o médico responsable de la técnica.

La Resolución CFM n.º 2.320/2022 establece criterios o condiciones que deben cumplirse para la realización del contrato de gestación por sustitución. Tres de ellos abren la discusión propuesta en este escrito, a saber: la necesidad de cierto grado de parentesco con los creadores del proyecto parental; la necesidad de que la gestante sustituta tenga al menos un hijo vivo; y la prohibición de la onerosidad.

También fue de suma importancia abordar las cláusulas especiales que se refieren al derecho de las partes al arrepentimiento y al derecho a la libertad sobre el propio cuerpo, en relación con la gestante sustituta.

Dada la magnitud del debate, sería imposible, en una propuesta sucinta, abordar todas las cuestiones biojurídicas relativas a la práctica de la gestación por sustitución. El punto común de todos los aspectos tratados es que el uso de la técnica y la regulación (ética y legal) del tema debe tener siempre en cuenta el establecimiento de límites que respeten la autonomía y los derechos fundamentales de la gestante sustituta y de los padres legales.

VII. **Bibliografía**

Amaral, Francisco. *Direito civil*: introdução. 3.ª edição. Renovar, Rio de Janeiro, 2000.

Atienza, Manuel, «Sobre la gestación por sustitución. Otra vuelta de tuerca», *Revista Bioetica y Derecho,* Barcelona, 2022, Edição 56. Disponible en: https://scielo.isciii.es/pdf/bioetica/n56/1886-5887-bioetica-56-107.pdf [Última consulta: 28 de agosto de 2024]. pp. 107-124.

Brasil. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.* Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponible en: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm [Última consulta: 19 de agosto de 2024].

— *Ley núm. 9.263, de 12 de enero de 1996*. Regula el § 7 del art. 226 de la Constitución Federal, que trata de la planificación familiar, establece sanciones y prevé otras medidas. Brasilia, DF: Presidencia de la República, [2022]. Disponible en: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9263.htm [Última consulta: 19 de agosto de 2024].

Consejo Federal de Medicina [Brasil]. *Resolución CFM n.º 2.320/2022.* Adopta estándares éticos para el uso de técnicas de reproducción asistida, publicados en el Diario Oficial de la Unión del 15 de junio de 2021, Sección I, p. 60, Brasilia, DF: 20 de septiembre. 2022. Disponible en: https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2022/2320. [Última consulta: 19 de agosto de 2024].

España. *Ley 14/2006*, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. Disponible en: https://www.boe.es/eli/es/l/2006/05/26/14/con. [Última consulta: 28 de agosto de 2024].

Rettore, Anna Cristina de Carvalho. *Gestação de substituição no Brasil: a estrutura de um negócio jurídico dúplice, existente, válido e eficaz*. Programa de Postgrado en Derecho, Maestría en Derecho, Tesis, Supervisión: Profesora Maria de Fátima Freire de Sá, PUC Minas, Belo Horizonte, 2018.

Ribeiro, Cláudio Barros Leal; Silveira, George Hamilton Caldas; Ruiz, Erika Caldas Razu, «Gestação de substituição ou cessão temporária do útero», en João Pedro Junqueira Caetano; Ricardo Mello Marinho; Alvaro Petracco; Joaquim Roberto Costa Lopes; Rui Alberto Ferriani (organizadores), *Medicina Reprodutiva SBRH,* Segmento Farma: SBRH, São Paulo, 2018.

Romeo Casabona, Carlos Maria. «El debate en España sobre la legalización de la gestación por sustitución» en Maria de Fátima Freire de Sá; Ana Thereza Meirelles Araújo; Iara Antunes de Souza (Coordinadoras) *Anais do Congresso Internacional de Bioética e Biodireito da Faculdade Mineira de Direito*: estudos em homenagem ao professor Carlos María Romeo Casabona, D`Plácido, Belo Horizonte, 2024, pp. 23-39.

Sá, Maria de Fátima Freire de. Araújo, Ana Thereza Meirelles. *Compêndio Biojurídico sobre Reprodução Humana Assistida*. Editora Foco, Indaiatuba/SP, 2024.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Bioética e Biodireito*, 6.ª edición. Editora Foco, Indaiatuba/SP, 2023.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; LIMA, Taisa Maria Macena de, «Gestação de substituição: Entre autonomia e vulnerabilidade», *VirtuaJus,* Belo Horizonte, Núm. 4, Vol. 3, 1.º sem. 2018, pp. 19-36.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Direitos da Personalidade.* 2.ª edición, Arraes, Belo Horizonte, 2021.

17

BIOÉTICA Y EL DERECHO DE ACCESO UNIVERSAL A LA SALUD

VOLNEI GARRAFA*
Profesor Titular Emérito
Universidad de Brasília (Brasil)

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL ACCESO A LA SALUD COMO DERECHO HUMANO. III. IGUALDAD, JUSTICIA, EQUIDAD Y DERECHO AL ACCESO A CUIDADOS DE SALUD. IV. ACCESO A LA ATENCIÓN EN SALUD Y PRIORIZACIÓN EN LA ASIGNACIÓN DE RECURSOS. V. CONSIDERACIONES FINALES. VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El estudio del acceso a la atención sanitaria puede abordarse desde diferentes ángulos y perspectivas. Para comprender mejor el tema es pertinente establecer inicialmente una aproximación teórica y aplicada a su abordaje. Desde una visión macroscópica del tema, hay dos cuestiones importantes que afrontar. Uno de ellos se refiere a qué tipo de atención de salud se quiere hacer referencia: atención primaria («básica» o «promoción de la salud»); atención secundaria (específica, especializada o terapéutica propiamente dicha); o atención integral, referida conjuntamente a ambas formas de atención. El otro, más complejo, se refiere al controvertido concepto que existe en el contexto contemporáneo de la mayoría de los países sobre lo que se entiende en la práctica concreta por «acceso a la atención de salud». Si se ve este acceso como un bien de consumo, es decir, como una mercancía similar a otros objetos que el mercado libre ofrece a los usuarios para ser vendidos de acuerdo con las reglas de la libre oferta y demanda. O, de otra manera, si se interpreta como un derecho humano universal que se configura desde el nacimiento de la persona y la responsabilidad pública de los Estados y/o la solidaridad de los individuos o comunidades hacia sus semejantes de la especie *homo sapiens*, y al que todas las personas, sin distinción, deben tener acceso.

* En Homenaje al Profesor Doctor Carlos María Romeo Casabona.

En la primera situación arriba presentada, el objetivo será centrarse en el acceso a la atención de salud en su totalidad, es decir, desde las acciones más básicas hasta las más complejas, incluyendo no sólo lo que se entiende por «acceso a cuidados de salud» o «acceso a la atención de salud», sino por el propio «acceso a la salud» en su amplio espectro, no sólo biológico, sino también social (en el sentido de acceso universal para la inclusión de las personas en el sistema de atención y cuidados), económico (en el sentido de costos) y políticos (en el sentido de definir prioridades de los gobiernos con referencia a sus políticas públicas).

En cuanto a la fundamentación teórica a utilizar en la secuencia del trabajo, se tendrá como base la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO[1] que, en su Artículo 14 trata sobre «Responsabilidad Social y Salud», señalando que:

> «La promoción de la salud y el desarrollo social para sus pueblos es un cometido esencial de los gobiernos que comparten todos los sectores de la sociedad. Teniendo en cuenta que el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social, los progresos de la ciencia y la tecnología deberían fomentar: a) el acceso a una atención médica de calidad y a los medicamentos esenciales, especialmente para la salud de las mujeres y los niños, ya que la salud es esencial para la vida misma y debe considerarse un bien social y humano (…)».

Además, también se utilizará el Artículo 15 de la misma Declaración, que trata sobre el «Aprovechamiento Compartido de los Beneficios», que señala que los beneficios derivados de la investigación científica deben incluir también «(…) el acceso a una atención médica de calidad» (tópico b) y «apoyo a los servicios de salud» (tópico d)[2].

Con base en estos dos artículos de la DUBDH, más el Artículo 10 que trata sobre «Igualdad, Justicia y Equidad», se partirá del entendimiento de que el acceso a la atención de salud es un derecho universal de todo ser humano, de tal manera que las acciones necesarias para su logro pueden ser disfrutadas al máximo por las personas y no deben reducirse a simples objetos de consumo, adquiridos en el mercado de la vida sólo por individuos o grupos que tienen los recursos financieros para hacerlo.

En este orden de ideas y con el objetivo de mantener armonía con la propuesta epistemológica expuesta anteriormente, la presentación del tema se dividirá en tres grandes subtemas. En primer lugar, se analizará el porqué de elegir el sesgo de Derechos Humanos como principio rector del estudio sobre la universalización del acceso a la salud, con el desarrollo de algunos conceptos que permitan una mejor comprensión de las bases que sustentan las ideas expuestas. A continuación, intentaremos dejar claro que no tiene sentido discutir sobre «Bioética Global» en los libros académicos, sin el

[1] UNESCO, *Universal Declaration on Bioethics and Human Rights,* 2005. Disponible en: http://www.unesco.org/new/en/social-and-human-sciences/themes/bioethics/bioethicsand-humanrights/

[2] Véase UNESCO, *Universal Declaration on Bioethics and Human Rights,* ob. cit.

coraje de ahondar en temas espinosos como los altos costos relacionados con el acceso a los cuidados y la atención integral a la salud de las personas en este inicio del siglo XXI. En secuencia, un principio indispensable incorporado al debate fue la equidad, en el sentido de la necesidad de que las personas y poblaciones desiguales sean tratadas de manera compensatoria de manera desigual, con el objetivo (aún globalmente lejano, pero que debe ser incansablemente perseguido…) de la búsqueda y consecución de la verdadera igualdad, basada en la voluntad humanitaria de reconocer por igual el derecho de cada persona en función de sus necesidades y diferencias. Y finalmente, el último capítulo aborda la cuestión no menos compleja y espinosa relacionada con priorizar la asignación de recursos —especialmente escasos en los países periféricos y en áreas marginadas de los países desarrollados— para que sea posible obtener cada vez más acceso a la atención sanitaria para la mayor parte posible de personas que la necesitan.

II. El acceso a la salud como derecho humano

En 1978, en la ciudad de Alma Ata, Kazajistán, la Asamblea de la Organización Mundial de la Salud (OMS) celebrada en aquella ocasión definió «Salud para todos en el año 2000» como un objetivo a alcanzar. Aunque a primera vista esta frase podría parecer una mera utopía configurada como un objetivo inalcanzable, estimuló tanto a las naciones industrializadas como a los países pobres y en desarrollo a reflexionar de forma más objetiva sobre la situación sanitaria mundial en aquel momento y sobre el derecho de las personas de los cinco continentes a acceder la salud universal y los cuidados básicos inherentes a ella.

El brasileño Josué de Castro —primer presidente del Consejo Ejecutivo de la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO) entre 1952 y 1956— escribió en el lejano año 1946 el inquietante libro «Geografía del hambre»[3], complementado poco después por la no menos incómoda obra «Geopolítica del hambre»[4], dejando al desnudo el mapa del flagelo que afectaba a gran parte de la población en aquella época[5]. Pasados alrededor de 70 años de aquellas publicaciones, a pesar de los enormes avances registrados en el campo científico y tecnológico, lamentablemente este indeseable panorama poco ha cambiado.

En el campo específico de la salud, con temas aparentemente lejanos como el hambre, antes mencionado —pero también, más recientemente, la obesidad, para contrastar dialéctica y crudamente la situación— formando parte de su ámbito ampliado,

[3] Castro, J., *Geografia da Fome,* 2.ª Ed., Empresa Gráfica O Cruzeiro, Rio de Janeiro, 1948.

[4] Castro, J., *Geopolítica da Fome,* 1.ª ed. Rio de Janeiro, Gráfica Olímpica Editora, Rio de Janeiro, 1951.

[5] Carvalho, L. R. T., Shimizu, H. E., Garrafa, V., «Geografia e geopolítica da fome: bioética na obra de Josué de Castro», *Rev. bioét. (impr.),* Vol. 27, Núm. 1, 2019, pp. 143-52.

las cosas tampoco sucedieron de modo diferente. Por un lado, los países ricos, junto con algunos sectores privilegiados de la población de los países periféricos, comenzaron a experimentar descubrimientos extraordinarios en el sector, que les permitieron acceder a nuevas técnicas, insumos y medicamentos, entre otros aspectos y actividades, agregando varios años a la vida de sus habitantes, con calidad. Por otro lado, en una situación diametralmente opuesta, un sinnúmero de personas de países periféricos, especialmente del hemisferio sur del mundo, continuaron padeciendo y muriendo por las mismas enfermedades que padecieron y murieron sus padres y abuelos en generaciones anteriores, con las estadísticas internacionales presentando sólo ligeras variaciones en sus cuadros epidemiológicos.

Mientras que la esperanza de vida al nacer en Europa Occidental, América del Norte o Japón superaba los 80 años a principios del siglo XXI, en la mayoría de países africanos como Burkina Faso y Sierra Leona, entre otros, apenas supera los 40 años. En otras palabras, a individuos de la misma especie *homo sapiens*, con idéntica programación genómica, debido a que tuvieron el privilegio de nacer en un «mejor» lugar, se les asignará una esperanza de vida el doble de larga que a otros que no lograron tener la misma suerte. La afirmación que surge de esta reflexión, que es real, concreta y actual, es que nada de nuevo está sucediendo en este mundo donde: los países desarrollados globalmente exigen el cumplimiento de los ideales democráticos y los derechos humanos; se sabe que la producción mundial de alimentos es suficiente para garantizar que los ocho mil millones de habitantes del planeta puedan comer por lo menos tres veces al día; la economía acumulada supera con creces la capacidad de proporcionar trabajo, transporte y vivienda digna para proporcionar condiciones para que todas las personas y los pueblos sobrevivan con un mínimo de bienestar y dignidad.

Las consecuencias de toda esta situación se materializan en las precarias condiciones de vida de estas personas, haciéndolas prematuramente frágiles y enfermas y, además, incapaces de acceder a los cuidados mínimos necesarios para garantizar su salud. La concentración de recursos e insumos en algunos lugares, a diferencia de la desigualdad y la inaccesibilidad en otros, sigue siendo enorme. La inversión de algunas decenas de dólares por persona/año en muchos países africanos, por ejemplo, demuestra que la escasez de recursos para su aplicación en salud es una realidad que hace que la cantidad invertida esté muy por debajo de lo estipulado como mínimo necesario por la Organización Mundial de la Salud (OMS).

Además de la escasez de recursos públicos para la inversión en salud en los países periféricos, la pobreza extrema sigue siendo uno de los aspectos que más mata en el mundo globalizado del siglo XXI. Por paradójico que parezca, ya pasados más de medio siglo desde que el hombre llegó a la luna y que ya hemos entrado en la era de los trasplantes múltiples de órganos, de la nanotecnología, de la terapia celular, de la inteligencia artificial… las cosas siguen prácticamente inalteradas. Este es un aspecto crucial que no puede dejarse de lado en cualquier discusión responsable que se produzca a la hora de vincular derechos humanos universales y acceso a la atención sanitaria.

Sin embargo, si el derecho a la salud toca cuestiones claves de justicia social, el incumplimiento del derecho a la atención de salud también puede verse como una consecuencia de la falta de priorización de las medidas gubernamentales de atención pública y/o de la ineficiencia administrativa. Es a través de la demanda sociopolítica del cumplimiento del derecho a la salud que los países y las personas podrán enfrentar todas estas cuestiones repetidamente destacadas en diferentes informes mundiales sobre la salud en el mundo. Situaciones como la exclusión social y la pobreza extrema, por tanto, impiden no sólo la realización del derecho social e histórico a la atención de la salud, sino, principalmente, obstaculizan la realización del derecho humano más fundamental, que es el derecho a la vida misma, a través de uno de sus requisitos primordiales, el derecho a la salud.

Aunque los problemas son muy diferentes, los países industrializados y desarrollados también tienen sus propios problemas que enfrentar y resolver… Si para las naciones pobres la cuestión central es decidir dónde recortar recursos ante las situaciones cotidianas de escasez económica, para las naciones más afortunadas las discusiones generalmente se relacionan con las prioridades y quizás a algunas medidas prácticas para racionalizar los gastos. Sin embargo, un nuevo elemento que ha aparecido en las últimas décadas y que ha sido objeto de críticas por parte de algunos estudiosos más agudos en sus observaciones es el relacionado con los elevados costes derivados del uso de nuevas tecnologías médicas que están trayendo dificultades casi insuperables para el mantenimiento de los sistemas públicos y de seguridad social de atención de salud incluso en los países ricos.

Daniel Callahan, cofundador y durante muchos años presidente emérito del Hastings Center de Nueva York —organización un poco más progresista de referencia en Estados Unidos de Norteamérica en el campo de la bioética— fue un permanente crítico de situaciones del tipo descrito anteriormente, en su larga trayectoria profesional y académica. El autor siempre ha considerado los límites impuestos en el ámbito de la salud como un «insulto» a la medicina y al inexorable proceso de «finitud humana», proceso que, según él, ya tenía enormes poderes a finales del siglo pasado para minimizarlo a través de nuevas posibilidades terapéuticas que traen la esperanza de vida renovada[6]. Callahan, fallecido en 2019, fue un raro estudioso estadounidense que defendió permanente e insistentemente una salud pública y universal que, según él, debería utilizar por lo menos medidas de racionalización en caso de recursos insuficientes. Pero iba más allá: para él, esas medidas de racionalización deberían ser debatidas públicamente y claramente definidas de antemano por los gobiernos, en lugar de simplemente aceptar con tolerancia

[6] Callahan, D., «Porre dei limiti: problemi etici e antropologici», *L'Arco di Giano – Rivista di Medical Humanities* – Roma, Volume 4, 1994, pp. 75-86. También en Callahan, D., *What kind of life: the limits of medical progress,* Georgetown University, United States, 1994. También en Callahan, D., *What kind of life: the limits of medical progress,* Georgetown University, United States, 1995.

la marginación de los pobres y la pérdida de confianza en los profesionales de la salud los cuales, por las circunstancias, se ven obligados a participar en actividades como la llamada «medicina de gestión» que, en opinión de muchos investigadores radicados en el sur geopolítico, por ejemplo, son éticamente bastante dudosas[7].

En una de sus últimas publicaciones[8], Callahan, haciendo balance de su vida profesional, reforzó sus convicciones destacando que:

> «Después de unos 30 o 40 años de esfuerzos e investigaciones gubernamentales y privados internacionales, y después de gastar miles de millones de dólares, la situación está empeorando cada vez más, sin que se hayan logrado avances realmente serios. Quizás haya un cierto masoquismo (o incluso arrogancia) por mi parte al abordar un tema tan difícil y a menudo deprimente, pero también hubo otra razón para la elección: en todos los casos, hay consenso en que abordar el problema requiere cambios profundos en la estructura ya arraigada en diferentes culturas, comportamientos y formas de vida». (p. 250; traducción del autor).

III. Igualdad, justicia, equidad y derecho al acceso a cuidados de salud

La Declaración Universal de la UNESCO sobre Bioética y Derechos Humanos también incorporó el sustantivo «Equidad» al cuerpo de sus principios, al incluirlo en su Artículo 10, ya mencionado, combinado con los temas de «Igualdad» y «Justicia», con el siguiente contenido: «Se habrá de respetar la igualdad fundamental de todos los seres humanos en dignidad y derechos, de tal modo que sean tratados con justicia y equidad»[9]. Se hace mención aquí a este conjunto de referenciales, especialmente con vistas a reforzar la «Interrelación y Complementariedad de los Principios» propuesta en el artículo 26 de la propia Declaración, que le confiere aún más coherencia y armonía:

> «La presente Declaración debe entenderse como un todo y los principios deben entenderse como complementarios y relacionados unos con otros. Cada principio debe considerarse en el contexto de los demás principios, según proceda y corresponda a las circunstancias».

Es fundamental resaltar que la interpretación de la justicia para la Bioética no es la misma proporcionada al tema por el Derecho y por la Filosofía. De la misma manera que con el tiempo se fue construyendo una sólida base teórica y operativa que existe actualmente para el campo de la promoción de la salud y/o la atención primaria, hoy en día resulta imprescindible repensar el Principio de Justicia en la bioética con otros referentes, que se sitúan más allá las contradicciones simplistas y directas que repre-

[7] MATSUI, S., «Daniel Callahan: uma vida dedicada à bioética», *Revista Brasileira de Bioética,* Vol. 12, Núm. e6, 2016, pp. 1-4.

[8] CALLAHAN, D., «How I lost – or found? My way in Bioethic»s, *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics,* Vol. 24, Núm. 3, 2015, pp. 246-251.

[9] Véase UNESCO, *Universal Declaration on Bioethics and Human Rights,* ob. cit.

sentan los conflictos binarios como bien-mal, justo-injusto y, especialmente, entre inclusión-exclusión…[10] En un estudio posterior desarrollado en este sentido, buscamos diferenciar —sin separar— la visión de la justicia de los límites del legalismo jurídico exclusivo, apuntando a ampliar y profundizar la epistemología del tema en la relación entre el campo de la bioética y las cuestiones relacionadas con la justicia como derecho humano[11]. En ese texto, la justicia, como principio indispensable de una bioética pluralista y secular orientada hacia los derechos humanos universales, requiere más fuertemente un carácter de **legitimación moral** que de **legalismo jurídico**. En este sentido, según sus autores:

> «Nunca se insistirá lo suficiente de que el objetivo de la bioética no se dirige preferentemente al tema de los límites, es decir, de lo que se puede o no se puede hacer, de lo que es correcto o incorrecto desde la perspectiva jurídica del principio de justicia. Lo que importa para una bioética justa, democrática y ciudadana son las razones que justifican un determinado juicio de valores y la correcta aplicación de las decisiones». (p. 27)

Considerando que el derecho de las personas a tener acceso a la salud constituye un valor de referencia afirmativa en el contexto de la bioética, la pregunta que surge entonces es: ¿Cómo poner en práctica este justo derecho? Y es precisamente en este sentido que buscamos incluir en esta discusión, además del tema de la justicia, reflexiones sobre la equidad y la igualdad.

Aunque recibe otras denominaciones, las referencias a la **equidad** se remontan a la época de la Antigua Grecia, pasando por el Derecho Romano y la Edad Media, llegando finalmente hasta nuestros días, desde la época posterior a la Segunda Guerra Mundial. En este período más reciente comenzó a aplicarse preferentemente en el ámbito de la justicia, recibiendo diferentes interpretaciones. Los movimientos sociales, especialmente aquellos involucrados en luchas contra diferentes formas de discriminación de género, racial y sexual, fueron sus principales precursores. Más recientemente, a partir de la década de 1970, el concepto de equidad comenzó a adaptarse e incorporarse cada vez más al sector salud, especialmente en las discusiones relacionadas con la toma de decisiones sobre la justa asignación y distribución de recursos escasos en el campo de la salud pública.

En una reunión celebrada en Ginebra en 1996, cuyo propósito era revisar los objetivos de la OMS en relación con la propuesta de «Salud para todos en el Año 2000»[12], el concepto de equidad revivió con fuerza, convirtiéndose definitivamente en una palabra

[10] Garrafa, V., «Principio de Justicia», en: Romeo Casabona, C. M. (dir.), *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética,* Tomo II, Universidad de Deusto / Editorial Comares, Granada, 2011, pp. 1025-35.

[11] Garrafa, V., Manchola Castillo, C., «Releitura crítica (social e política) do princípio de justiça em bioética», *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais,* Vol. 18, Núm. 3, 2017, pp. 11-30.

[12] Bryant, J., Khan, K., Hyder, A., *Ethics, equity and renewal of WHO's health-for-all strategy,* World Health Organization, Genebra, 1996.

clave en el ámbito de la salud pública y colectiva a finales del siglo pasado. En términos básicos, equidad significa la voluntad de reconocer por igual los derechos de cada persona en función de sus diferencias.

En esta línea de reflexión, resulta oportuno centrar la atención en la posibilidad de aplicar criterios justos para la distribución de la salud, aproximando los conceptos de justicia y equidad. A partir de la propuesta de un modelo de justicia anclado en las bases primarias de la sociedad, John Rawls[13] desarrolló una teoría relacionada con el principio de justicia que, según él, debería estar presente en las instituciones públicas y privadas, ya que serían estas las intermediadoras entre las personas en su convivio social. El autor parte de la idea de que la distribución de recursos debe darse en dos etapas. En la primera etapa, la preocupación sería la distribución equitativa de derechos y deberes básicos. En la segunda, basándose en el principio de diferencia, se compensarían las desigualdades injustas, garantizando la igualdad de oportunidades para todas las personas.

La atención de Rawls se centró en la distribución de bienes sociales primarios esenciales, sin incluir la salud, que interpretó como un «bien primario natural». Norman Daniels[14] trabajó la teoría rawlsiana, extendiéndola a la salud en su sentido más amplio, otorgándole un estatus moral especial sustentado en los principios de libertad, diferencia e igualdad de oportunidades. Aunque los dos autores no lograron una respuesta definitiva respecto de la distribución justa de los recursos, sus ideas estimularon reflexiones más avanzadas y útiles sobre la necesidad de reducir las desigualdades injustas en el campo de la salud, además de estimular discusiones sobre cooperación social, libertad, bases de igualdad, asignación de recursos escasos y adecuada distribución de los ingresos, riquezas y oportunidades[15].

Al igual que la Declaración de la UNESCO, al incorporar el tema de la igualdad al debate sobre justicia y equidad, la igualdad ahora pasa a ser interpretada como la consecuencia deseada de la equidad, siendo este el punto de partida de la igualdad. En otras palabras, sólo a través del reconocimiento de las diferencias y necesidades diversas de los sujetos sociales se puede lograr la igualdad. La igualdad dejaría de ser un punto de partida ideológico abstracto que tendía a anular las diferencias, convirtiéndose en el punto de llegada de la justicia social, un referente de los derechos humanos universales, donde la consecuencia natural conduce al reconocimiento de la ciudadanía[16].

[13] RAWLS, J., *A Theory of Justice,* 2.nd ed, Harvard University Press, Cambridge, United States, 1999.

[14] DANIELS, N., *Just Health: meeting health needs fairly,* Cambridge University Press, New York, 2008.

[15] PARANHOS, D. G. de A. M., MATIAS, E. A., MONSORES, N., GARRAFA, V., «As teorias da justiça, de John Rawls e Norman Daniels aplicadas à saúde», *Saúde Soc. São Paulo,* Vol. 26, Núm. 4, 2017, pp. 932-942.

[16] GARRAFA, V. OSELKA, G., DINIZ, D., «Saúde pública, bioética e equidade», *Bioética,* Vol. 5, Núm.1, 1997, pp. 23-33.

En esa línea de ideas, la equidad se convierte en la base ética para guiar el proceso de toma de decisiones en la asignación de recursos para brindar más justicia en el acceso a la atención en salud. Mediante el uso de este principio, asociado a los principios de responsabilidad (individual y pública) y de justicia propiamente dicha, es posible acercar el derecho a la salud a su efectiva realización. La equidad, es decir, el reconocimiento de necesidades diferentes, de sujetos también diferentes, para lograr la igualdad de derechos, es uno de los caminos de la ética práctica —la bioética, en ese caso— hacia la realización de los derechos humanos universales, incluido el derecho a la vida, representado en este apartado analítico por la posibilidad de las personas recibir atención adecuada con relación a sus necesidades de salud. La equidad es, por tanto, un principio teórico-práctico que permite resolver al menos parte de las distorsiones en el acceso a la atención de salud, al brindar condiciones para aumentar las posibilidades de una mejoría en la calidad de vida para una parcela significativa de la población.

Establecer prioridades en el ámbito específico del acceso a la atención sanitaria, una de las cuestiones centrales en el debate sobre la ética de la asignación de recursos en el ámbito de la salud pública o incluso privada, es priorizar las necesidades humanas. En este sentido, los gestores —especialmente los públicos— encargados por la toma de decisiones, deben evitar caer en extremos perversos como los que ya se están produciendo en determinados lugares donde, por ejemplo, se acaban estableciendo comisiones especiales de forma lineal, las cuales determinan aleatoriamente un elenco de prioridades en la atención médico-hospitalaria, sin cuidar de contextualizar cada caso o situación concreta, con prioridades basadas en criterios muy discutibles relacionados con políticas discriminatorias absolutamente alejadas de la ética. No es aceptable, por ejemplo, colocar de forma acrítica a un ciudadano alcohólico (y por tanto, un enfermo) en último lugar en las listas de espera para un trasplante de hígado.

Por otro lado, no se pueden dejar de lado en el contexto de esta discusión los altos costos que han alcanzado los tratamientos médicos de salud en las últimas décadas, que incluyen innumerables pruebas de laboratorio y otros exámenes no siempre indispensables, combinados con intervenciones delicadas y costosas, con consecuente inaccesibilidad para un número creciente de personas. Situaciones de este tipo han llevado a algunos investigadores a plantear inquietantes interrogantes sobre el futuro con relación a los beneficios reales de los avances y descubrimientos, como ya se mencionó anteriormente: ya sea como un bien común o como un privilegio de unos pocos. En este sentido, Montagnier[17] ya señalaba hace más de 30 años una perspectiva de difícil resolución:

[17] Montagnier, L., *Chi avrà il diritto a essere curato? il mondo fra dieci anni,* La Stampa, Milano, Itália, 1991.

> «La investigación médica nos conducirá a soluciones extraordinarias, pero serán tan caras que provocarán enormes deudas sociales. Las terapias preventivas que pueden aplicarse antes de que aparezcan lesiones irreversibles pueden prolongar la esperanza de vida media otros veinte años… Pero las consecuencias sociales de esta revolución biológica serán impredecibles. Está claro que no podrán beneficiar a diez mil millones de personas y que los beneficios sólo afectarán a quienes tengan los medios para pagarlos». (p. 23)

La preocupación por este problema crece según cómo va direccionado el tema a nivel internacional. La imposibilidad de conciliar objetivos contradictorios, como la racionalización y la contención de costes, la calidad de la atención, la igualdad de acceso a los servicios de salud y la libre elección de quién proporciona y quién recibe el tratamiento, exige una reflexión incluso de quienes siempre han defendido el derecho universal a la salud y a la prestación de atención sanitaria[18]. Ya sea desde un punto de vista cultural y moral, o en relación con sus efectos prácticos, todos los derechos mencionados anteriormente constituyeron tesis ganadoras durante gran parte del siglo XX, donde la teoría del estado de bienestar social (*welfare state*) fue un tema presente en varios países, principalmente en Europa occidental[19].

Según Sen y Klisberg[20], la equidad incluye cuestiones directamente relacionadas con el logro de la salud y la capacidad de producir buena salud, considerando no sólo la distribución real de los cuidados y las formas de acceso a ellos, sino también la justicia procesal, agregando así la importancia de la no discriminación en la prestación de servicios de salud. Además, según estos autores, la apuesta por la equidad en salud debe incluir temas más amplios en el ámbito de la justicia social y de la propia equidad en su conjunto, sin perder nunca de vista la aplicación más flexible de los recursos y los posibles alcances e impactos que se pueden alcanzar a través de diferentes acuerdos sociales inclusivos que pueden ser políticamente construidos.

IV. Acceso a la atención en salud y priorización en la asignación de recursos

En los días actuales ya no es posible seguir considerando los preceptos y los valores como variables de derivación exclusivamente emocional o individual; o como se decía antaño, de «carácter supra-estructural». Las cuestiones éticas, en prácticamente todos los campos de la actividad humana, en la mayoría de los países del mundo ya globalizado, han acabado históricamente adquiriendo una connotación pública, dejando de constituir

[18] Berlinguer G., *Ética da Saúde,* Editora Hucitec, São Paulo, 1996.

[19] Berlinguer G., *Bioética Cotidiana,* 1a. reimpresión, Editora Universidade de Brasília, Brasília, 2015.

[20] Sen, A., Klisberg, B., *As pessoas em primeiro lugar – a ética do desenvolvimento e os problemas no mundo globalizado,* Companhia das Letras, São Paulo, 2010.

meros problemas de conciencia individual a ser resueltos en el ámbito privado y de foro exclusivamente íntimo.

Este enfoque no pretende chocar con el discurso de la autonomía. Por el contrario, simplemente busca evitar la connotación marcadamente maximalista que este importante principio bioético ha ido adquiriendo, principalmente desde algunas voces académicas de la cultura anglosajona. Con esta connotación super-dimensionada, el principio de autonomía suele ser llevado hacia la individualidad que, a su vez, se acerca al individualismo y acaba cayendo en el egoísmo, característica prácticamente incompatible con la implementación de políticas públicas (e incluso privadas) moralmente justas y políticamente equilibradas, orientadas al bien común.

Hans Jonas [21] fue uno de los filósofos que más se dedicó en el siglo XX a cuestiones relacionadas con la ética de la responsabilidad. Según su línea de ideas, en lo que respecta al campo de la ciencia y al derecho de acceso a ella, la libertad de crear y utilizar nuevos conocimientos debe estar relacionada con la responsabilidad —individual y pública— en la aplicación de los descubrimientos y sus consecuencias.

Respecto a la «ética de la responsabilidad pública», un aspecto que no debe dejarse de lado en la reflexión sanitaria es el que atañe a la definición de prioridades en las inversiones del Estado, incluido el estudio del destino, asignación, distribución y control de los recursos financieros dirigidos al sector. A diferencia de los países industrializados, las naciones periféricas viven con situaciones paradójicas que van desde la presencia persistente de enfermedades comunes de la pobreza (dengue, malaria, enfermedad de Chagas, esquistosomiasis, fiebre amarilla…) hasta el importante registro en las estadísticas de mortalidad de cuestiones que también ocurren con frecuencia en países más avanzados (cáncer, problemas cardiovasculares, ictus, accidentes de tránsito, etc.). Con los altos costos de los medios de diagnóstico y la natural sofisticación tecnológica, los recursos aplicados a la salud están comenzando a resultar insuficientes incluso en los países ricos del hemisferio norte.

La discusión sobre las «prioridades», por tanto, comienza a adquirir connotaciones éticas cada vez más dramáticas. Es responsabilidad del Estado y de las instituciones públicas y privadas, entonces, individualizar soluciones morales con las que se pueda abordar la escasez, soluciones que no impliquen ni discriminación injusta tampoco tiranía de las minorías[22]. Especialmente en el contexto de los países más pobres, la expresión «individualizar soluciones morales» o «priorizar los recursos públicos» debería significar «atención preferencial a la mayoría de la población necesitada». Este es un aspecto que

[21] Jonas, H., *Il principio responsabilità,* Einaudi Editore, Turim, Itália,1990.

[22] Harris, J., «More and better justice», en: Bell, J. M., Mendus, S., *Philosophy and Medical Welfare,* Cambridge: University Press, 1988, pp. 75-94.

se debe afrontar a partir de la comprensión y utilización del imprescindible enfoque de equidad.

El tema de la asignación y distribución de los recursos sanitarios, por tanto, adquiere cada día mayor importancia política y social. Está directamente relacionado con la determinación de las prioridades de inversión del Estado y cuánto, éticamente, este destinará de su presupuesto global al sector, decisión que es inevitablemente política[23]. Además de este aspecto, también se debe analizar el cumplimiento de lo que ya determina la legislación en cuanto a los porcentajes destinados a salud en cada país, así como, de acuerdo con lo ya dicho, la definición de las prioridades que deben recibir algunas iniciativas en relación con otras menos urgentes.

Las decisiones éticas a menudo están relacionadas con elecciones, que implican seleccionar partes de la humanidad a ser prioritariamente beneficiadas o no. Esto también ocurre con la definición de prioridades en la asignación de recursos escasos para el sector salud. Aunque dramática, esta es una tarea que debe continuar realizándose. El objetivo de esta línea de reflexión es únicamente dejar constancia de que es necesario que exista una base **ética** según la cual se debe guiar este ejercicio de decisiones en los casos de necesidad de priorización en la asignación de recursos y su relación con el derecho al acceso a la atención de salud. Siguiendo la línea crítica señalada por el ya fallecido y notable científico, sanitarista y bioeticista italiano Giovanni Berlinguer[24]:

> «La reflexión ética nos obliga a elegir. Nos obliga a buscar, entre las diversas soluciones posibles, aquellas que corresponden no sólo a criterios de eficiencia y eficacia, de equilibrio entre costes y beneficios, sino, sobre todo, a exigencias de prioridad, equidad, moralidad…» (p. 22).

En América Latina en general, pero especialmente en Brasil, la relación entre ética y salud pública/colectiva ha estado presente desde el inicio del desarrollo de la bioética en el país, contribuyendo significativamente para la ampliación de su enfoque conceptual y práctico, avanzando su alcance más allá de los temas biomédico-biotecnológicos, e incluyendo en su nueva agenda, además, cuestiones sanitarias, sociales y medioambientales como recomienda la DUBDH. Estimulados por Berlinguer, que mantuvo una relación académica permanentemente activa hacia el país y que en los últimos 25 años de su vida decidió dedicarse también a la bioética, un grupo de investigadores brasileños en salud pública optó también por abrazar ese nuevo camino. Las reflexiones presentadas en el presente estudio y que trabajan sobre la relación entre bioética y el derecho de acceso

[23] Garrafa, V., *Dimensão da ética em saúde pública,* Faculdade de Saúde Pública – Universidade de São Paulo/Kellog Foundation, São Paulo, 1995.

[24] Berlinguer G., *Ética da Saúde,* Editora Hucitec, São Paulo, 1996.

universal de todas las personas a la salud, recibieron especial atención por parte de la bioética brasileña desde entonces[25].

Es oportuno señalar que toda esta producción académica politizada fue el resultado de una vigorosa lucha de los investigadores brasileños en los años 1970/80 —durante el período de una sangrienta dictadura militar— en defensa de una Reforma Nacional de Salud, que resultó en la inclusión de la frase «Salud como derecho de todos y deber del Estado» en la Carta Constitucional del 1988[26]. Este expediente histórico fue directamente responsable a principios de los años 1990, de la promulgación de la «Ley Orgánica de Salud» que dio lugar al actual «Sistema Único de Salud» (SUS), universalizado, descentralizado y equitativo[27], que salva anualmente millones de vidas de ciudadanos y ciudadanas «normalmente» excluidos de los beneficios del desarrollo científico-tecnológico[28].

V. Consideraciones finales

Al mismo tiempo que diferentes medios de comunicación de todo el planeta transmiten diariamente nuevos descubrimientos y extraordinarios avances en el campo científico y tecnológico de la salud, el mundo sigue viviendo con los mismos problemas de salud de hace muchas décadas e incluso siglos, especialmente en las naciones del hemisferio sur, aunque también se están registrando algunas situaciones similares en las afueras de las grandes ciudades del hemisferio norte. Estos problemas, si bien por un lado han disminuido cuantitativamente en los últimos años, aún están lejos de ser una solución compatible con niveles mínimos de respeto a la dignidad humana. Al mismo tiempo que los habitantes de algunos lugares del planeta están acostumbrados al acceso a tecnologías de gran complejidad como los trasplantes múltiples de órganos o el uso clínico

[25] Garrafa, V., *Dimensão da ética em saúde pública,* ob. cit., Schramm, F. R. *Bioética – a terceira margem da Saúde,* Editora Universidade de Brasília, Brasília, 1996 / Garrafa, V., Pessini, L., *Bioética, Poder e Injustiça,* Edições Loyola, São Paulo, 2003 / Garrafa, V.; Porto, D., «Intervention bioethics: a proposal of peripheral countries in a context of power and injustice», *Bioethics,Vol. 17, Núm. 5-6,* 2003, pp. 399-416 / Segre, M., *A questão ética e a saúde humana,* Editora Atheneu, São Paulo, 2006 / Fortes, P. A. de C., «A equidade no sistema de saúde na visão de bioeticistas brasileiros», *Rev Assoc Med Bras,* Vol. 56, Núm. 1, 2010, pp. 47-50 / Porto, D.; Garrafa, V., «A influência da Reforma Sanitária na construção das bioéticas brasileiras», *Ciência & Saúde Coletiva,* Vol. 16, Supl.1, 2011, pp. 719-729 / Garrafa, V.; Cunha, T. R., Manchola-Castillo, C., «Access to healthcare – A central question within Brazilian bioethics», *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics,* Vol. 27, 2018, pp. 431-439.

[26] Brasil, *Constituição da República Federativa do Brasil,* Congresso Nacional – Câmara dos Deputados, Brasília, 1988.

[27] Noronha, J. C., Lima, L. D., Machado, C. V., «O Sistema Único de Saúde – SUS», en: Giovanella, L., Escorel, S., Lobato, L. de V. C., Noronha, J. C., Carvalho, A. I. (organizadores), *Políticas e Sistema de Saúde no Brasil*, 2.ª ed, Editora Fiocruz/Cebes, Rio de Janeiro, 2014, pp. 365-93.

[28] Kleinert, S. Horton, R., «Brazil: towards sustainability and equity in health», *Lancet, Vol.* 377, Núm. 9779, 2011, pp. 1721-2.

de células madre embrionarias, miles de adultos y niños siguen muriendo sin ayuda, a diario, en otros lugares, de problemas comunes que podrían haberse evitado mediante medidas sanitarias sencillas.

Ante contextos como éste, la humanidad oscila entre la esperanza y la repugnancia; se espera que la economía, la ciencia y la tecnología médica puedan superar estas situaciones inaceptables para que el mundo pueda superar la contradicción de seguir con un pie en el siglo XIX y el otro en el siglo XXI; y el disgusto por la persistente continuidad de la convivencia cotidiana con tantos niños, mujeres y ancianos que viven por el mundo actual sin acceso a ningún tipo de atención sanitaria[29].

Los conflictos bio(éticos) generados por la contradicción entre la evolución del mundo contemporáneo, el progreso científico y tecnológico en el campo biomédico y la participación y el acceso de las personas a los beneficios resultantes de este progreso son cada día más delicados. En episodios frecuentes, la frágil frontera que separa estas situaciones se ha roto en diferentes partes del mundo, a menudo de forma incivilizada. De esta manera, se crean distorsiones, como la inaccesibilidad para los sectores más pobres de la población globalmente considerada, no sólo en referencia a los beneficios del desarrollo técnico-científico, sino también en relación al alcance de bienes básicos de consumo en salud esenciales para una vida digna, incluido el acceso a la atención sanitaria.

No se puede dejar de reforzar una vez más en este espacio final que, gracias principalmente al conocimiento científico, el siglo XX prácticamente duplicó la esperanza media de vida de las personas en el planeta, dando origen a contingentes numéricamente más representativos de personas de edad avanzada y, por tanto, que requieren atención geriátrica especializada. Además, los avances relacionados con nuevos descubrimientos favorecen que las personas con acceso a estas nuevas tecnologías vivan más tiempo. Todo ello permite que importantes poblaciones sumen más años a su vida, sumando también más calidad de vida a los años que aún les quedan. Esta nueva y positiva situación, sin embargo, genera un impacto económico sin precedentes en el acceso a la atención médico-sanitaria, con un aumento significativo del gasto en el sector.

Para abordar mejor esta gama de cuestiones, es más correcto que cada país o región del mundo comience a interpretar y actuar sobre sus problemas o situaciones moralmente conflictivas con más justicia y equilibrio, según sus propios contextos sociales, culturales, económicos, biológicos… Algunos movimientos políticos y sociales —como los relacionados con las mujeres, negros, indígenas y los homosexuales, entre otros— están logrando mostrar de manera clara y frontal a la sociedad y al mundo la

[29] BERLINGUER, G., GARRAFA, V., *La merce finale – saggio sulla compravendita di parti del corpo umano,* Baldini & Castoldi, Milano, Itália, 1996 & BERLINGUER, G., GARRAFA, V., *O Mercado Humano,* 2.ª edición, Editora Universidade de Brasília, Brasília, 2001.

importancia de comprender y respetar no sólo las diferencias, sino también la fuerza de acciones colectivas justas. El concepto de diferencia, en cuestiones de género, al igual que en cuestiones raciales o de preferencia sexual, no puede significar desigualdad (o inferioridad…). Por el contrario, debe rescatar la necesidad democrática de que cada situación se contextualice exactamente en función de estos parámetros diferenciales para que se pueda buscar la verdadera igualdad. Asimismo, estos grupos organizados que tienen objetivos claros mediante la ejecución de acciones orgánicas están ganando cada vez más atención mediática y presión pública sobre los gobiernos para conquistar el espacio social.

En definitiva, desde aspectos más simples y directos como los relativos a los derechos de la mujer trabajadora embarazada, hasta los relativos a la igualdad de acceso a la salud para todas las personas sin distinción —logros considerados lejanos para la gran mayoría de la población de los países pobres, pero también para algunos grupos sociales excluidos de los países ricos— a pesar de las dificultades que aún enfrentan, pueden obtener un nuevo impulso de las presiones sociales y políticas desarrolladas por estos movimientos democráticos, sumado a posibles avances morales en el comportamiento gubernamental (aunque las dificultades en este sentido…) y de la propia sociedad global.

El propósito de este capítulo, por tanto, fue mostrar que el acceso a la atención sanitaria para todas las personas, cualquiera que sea su nivel de ingresos, debe considerarse un derecho humano universal no negociable que, además de las obligaciones de los gobiernos y del propio sector privado, al apoyar programas inclusivos, también debe considerar como legítima la lucha de los diferentes movimientos sociales en defensa de mejores condiciones de vida y salud para todas las personas sin distinción.

VI. Bibliografia

Berlinguer Giovanni, *Ética da Saúde,* Editora Hucitec, São Paulo, 1996.

— *Bioética Cotidiana,* 1a. reimpresión, Editora Universidade de Brasília, Brasília, 2015.

— Garrafa, Volnei, *La merce finale – saggio sulla compravendita di parti del corpo umano,* Baldini & Castoldi, Milano, Itália, 1996.

— Garrafa, Volnei, *O Mercado Humano,* 2.ª edición, Editora Universidade de Brasília, Brasília, 2001.

Brasil, *Constituição da República Federativa do Brasil,* Congresso Nacional – Câmara dos Deputados, Brasília, 1988.

Bryant, John; Khan, Khausar; Hyder, Adnan, *Ethics, equity and renewal of who's health-for-all strategy,* World Health Organization, Genebra, 1996.

Callahan, Daniel, «Porre dei limiti: problemi etici e antropologici», *L'Arco di Giano – Rivista di Medical Humanities* – Roma, Volume 4, 1994, pp. 75-86.

— *What kind of life: the limits of medical progress,* Georgetown University, United States, 1995.

— «How I lost – or found? My way in Bioethic»s, *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics,* Vol. 24, Núm. 3, 2015, pp. 246-251.

Carvalho, Luciana Rodriguez Teixeira; Shimizu, Helena Eri; Garrafa, Volnei. «Geografia e geopolítica da fome: bioética na obra de Josué de Castro», *Rev. bioét. (impr.),* Vol. 27, Núm. 1, 2-19, pp. 143-52.

Castro, Josué, *Geografia da Fome,* 2.ª Ed., Empresa Gráfica O Cruzeiro, Rio de Janeiro, 1948.
— *Geopolítica da Fome,* 1.ª ed. Rio de Janeiro, Gráfica Olímpica Editora, Rio de Janeiro, 1951.
Daniels, Norman, *Just Health: meeting health needs fairly,* Cambridge University Press, New York, 2008.
Fortes, Paulo Antonio de Carvalho, «A equidade no sistema de saúde na visão de bioeticistas brasileiros», *Rev Assoc Med Bras,* Vol. 56, Núm. 1, 2010, pp. 47-50.
Garrafa, Volnei. *Dimensão da ética em saúde pública,* Faculdade de Saúde Pública – Universidade de São Paulo/Kellog Foundation, São Paulo, 1995.
— «Principio de Justicia», en: Romeo Casabona, Carlos María (director), *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética,* Tomo II, Universidad de Deusto/Editorial Comares, Granada, 2011, pp. 1025-35.
— Oselka, Gabriel; Diniz, «Débora, Saúde pública, bioética e equidade», *Bioética,* Vol. 5, Núm. 1, 1997, pp. 23-33.
— Pessini, Leocir, *Bioética, Poder e Injustiça,* Edições Loyola, São Paulo, 2003.
— Porto, Dora, «Intervention bioethics: a proposal of peripheral countries in a context of power and injustice», *Bioethics,Vol.17, Núm. 5-6,* 2003, pp. 399-416.
— Manchola Castillo, Camilo, «Releitura crítica (social e política) do princípio de justiça em bioética», *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais,* Vol. 18, Núm. 3, 2017, pp. 11-30.
— Cunha, Thiago Rocha, Manchola-Castillo, Camilo, «Access to healthcare – A central question within Brazilian bioethics», *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics,* Vol. 27, 2018, pp. 431-439.
Harris, John, «More and better justice», en: Bell, John Martin; Mendus, Susan, *Philosophy and Medical Welfare,* Cambridge: University Press, 1988, pp. 75-94.
Jonas, Hans, *Il principio responsabilità,* Einaudi Editore, Turim, Itália,1990.
Kleinert, Sabine; Horton, Richard, «Brazil: towards sustainability and equity in health», *Lancet, Vol.* 377, Núm. 9779, 2011, pp. 1721–2.
Matsui, Sussumo, «Daniel Callahan: uma vida dedicada à bioética», *Revista Brasileira de Bioética,* Vol. 12, Núm. e6, 2016, pp.1-4.
Montagnier, Luc, *Chi avrà il diritto a essere curato? il mondo fra dieci anni,* La Stampa, Milano, Itália, 1991.
Noronha, José Carvalho, Lima, Luciana Dias; Machado, Cristiani Vieira, «O Sistema Único de Saúde – SUS», en: Giovanella, Ligia; Escorel, Sarah; Lobato, Lenaura de Vasconcelos Costa; Noronha, José Carvalho; Carvalho, Antonio Ivo (organizadores), *Políticas e Sistema de Saúde no Brasil*, 2.ª ed, Editora Fiocruz/Cebes, Rio de Janeiro, 2014, pp. 365–93.
Paranhos, Denise Gonçalves de Araújo Mello; Matias, Edinalda Araújo; Monsores, Natan; Garrafa, Volnei, «As teorias da justiça, de John Rawls e Norman Daniels aplicadas à saúde», *Saúde Soc. São Paulo,* Vol. 26, Núm. 4, 2017, pp. 932-942.
Porto, Dora; Garrafa, Volnei, «A influência da Reforma Sanitária na construção das bioéticas brasileiras», *Ciência & Saúde Coletiva,* Vol. 16, Supl.1, 2011, pp. 719-729.
Rawls, John, *A Theory of Justice,* 2.nd ed, Harvard University Press, Cambridge, United States, 1999.
Schramm, Fermin Roland. *Bioética – a terceira margem da Saúde,* Editora Universidade de Brasília, Brasília, 1996.
Segre, Marco, *A questão ética e a saúde humana,* Editora Atheneu, São Paulo, 2006.
Sen, Amarthya; Klisberg, Bernardo, *As pessoas em primeiro lugar – a ética do desenvolvimento e os problemas no mundo globalizado,* Companhia das Letras, São Paulo, 2010.
Unesco, *Universal Declaration on Bioethics and Human Rights,* 2005. Disponible en: http://www.unesco.org/new/en/social-and-human-sciences/themes/bioethics/bioethicsand-humanrights/

18

CIUDADANÍA BIOÉTICA COMO PARADIGMA PARA EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CIUDAD: SOLIDARIDAD, TOLERANCIA Y SOSTENIBILIDAD

Fabiana Guancino Persicotti
Universidade Tecnológica Federal do Paraná (UTFPR)
Doctoranda en el Programa de Pós-graduação em Planejamento e Governança Pública (PPGPGP)

Ana Paula Myszczuk*
Universidade Tecnológica Federal do Paraná
Profesora en el Programa de Pós-graduação em Planejamento e Governança Pública (PPGPGP)

Jussara Maria Leal de Meirelles
Pontifícia Universidade Católica do Paraná
Profesora del Programa de Pós-graduação em Direito (PPGD), jubilada

SUMARIO: I. Introducción. II. Derecho a la ciudad. III. Hacia la construcción de la noción de ciudadanía bioética. III.1. Solidaridad. III.2. Tolerancia. III.3. Sostenibilidad. IV. La ciudadanía bioética como paradigma del derecho a la ciudad. V. Conclusión. VI. Bibliografía.

* Con inmensa gratitud y admiración, dedico estas palabras al Profesor Carlos María Romeo Casabona, un mentor cuyos enseñanzas y ejemplo trascendieron los límites de la academia. Su orientación como co-tutor durante mi doctorado fue fundamental no solo para el desarrollo de la investigación, sino también para la formación de mi visión crítica y ética en el campo del Derecho.

El Profesor Romeo Casabona no fue solo un orientador técnico; fue una inspiración. Su dedicación al estudio del Bioderecho y su habilidad para unir el conocimiento jurídico, la bioética y los avances científicos abrieron caminos innovadores y consolidaron paradigmas que influyen en generaciones de investigadores.

La convivencia académica con él en la Universidad de Deusto y en la Universidad del País Vasco representó un hito en mi trayectoria, tanto por el rigor intelectual como por la generosidad con la que compartía su conocimiento. Me enseñó que la ciencia y el Derecho tienen un papel transformador en la sociedad, pero que ese impacto solo se logra con ética, responsabilidad y pasión por la investigación.

Mi respeto por su trayectoria y legado es inmensurable, y llevo sus enseñanzas en cada proyecto, clase y orientación que realizo. Profesor Casabona, mi eterno agradecimiento por ser un faro de sabiduría, humanidad y excelencia. Que su ejemplo siga inspirando a muchos otros, como lo ha hecho conmigo.

Con toda mi gratitud y admiración, Ana Paula.

I. Introducción

El desarrollo continuo de la humanidad ha resultado en logros e innovaciones que han impactado a los humanos y la naturaleza. Sin embargo, estos avances resultan en nuevos temas que desafían la toma de decisiones en el ámbito jurídico y en la construcción de políticas públicas. Problemas como el hambre, la salud, la pobreza y la devastación ambiental exigen respuestas y exigen una reflexión biojurídica y bioética que sirva como herramienta para construir caminos que respeten la dignidad de la persona y la preservación del planeta como valores fundamentales.

En este contexto, la sociedad y los científicos comienzan a evaluar el rumbo que quiere seguir la humanidad y el legado que quiere dejar. Estas consideraciones generan la necesidad de repensar conceptos y desarrollar nuevos referentes para afrontar estos desafíos (Myszczuk, Meirelles, 2020). Entre estos referentes se encuentra el relacionado con la construcción de una práctica bioética amplia que contemple la existencia humana en toda su complejidad, considerando los diversos factores que la afectan y a partir de los cuales es posible construir la noción de ciudadanía bioética.

La bioética surgió como un campo interdisciplinario que restableció la relación entre ciencias y humanidades que se había perdido en el siglo XIX. Sin embargo, con el tiempo, esta visión amplia e integradora de la Bioética se restringió predominantemente a un enfoque en la medicina clínica y la investigación científica. Así se desarrolló la bioética principista de Tom Beauchamp y James F. Childress, que llegó a prevalecer en el debate académico.

Aunque la concepción principista ha demostrado ser eficaz para resolver cuestiones relacionadas con la investigación y el progreso científico, no ha logrado ofrecer respuestas adecuadas a los desafíos contemporáneos, donde la vida, la salud y las condiciones de vida de las poblaciones son cada vez más evidentes.

Así, el enfoque principialista acabó alejándose del análisis de cuestiones bioéticas centradas en la comunidad y la salud pública, ámbitos en los que los principios de la bioética clínica se muestran insuficientes para abordar los dilemas específicos de este campo, que requieren reflexiones más amplias, que consideren el contexto social, cultural y económico.

Esta brecha abrió espacio para el surgimiento de un enfoque distinto de la Bioética, aplicado a la salud pública y orientado a una visión más amplia de la salud. Este enfoque cubre las condiciones de vida, los determinantes sociales de la salud y las desigualdades presentes entre diferentes localidades y poblaciones.

Esta concepción más amplia contribuye al desarrollo de nuevas categorías conceptuales, entre las cuales la noción de ciudadanía bioética, centrada en el ser humano y en el principio de dignidad humana, que se concreta a través de los valores de solidaridad, sostenibilidad y tolerancia.

La construcción de la noción de ciudadanía bioética es propuesta por Myszczuk y Meirelles (2020) quienes, inspirados en el trabajo de Carlos María Romeu Casabona,

la introducen como una respuesta a la insuficiencia de los paradigmas jurídicos clásicos para abordar las complejas cuestiones planteadas por la bioética. Las autoras destacan que la noción de ciudadanía bioética trasciende el tradicional «sujeto de derechos», incorporando una visión holística del ser humano que contempla su integridad física, mental, social y genética.

Este modelo se basa en la idea de que la protección jurídica debe abarcar todos los aspectos de la vida humana, respetando la dignidad, promoviendo la justicia social y reconociendo la interconexión entre los seres humanos y el medio ambiente. Desde esta perspectiva, los principios de solidaridad, tolerancia y sostenibilidad reflejan una ética de responsabilidad ampliada que trasciende las relaciones individuales y se extiende a toda la comunidad y a las generaciones futuras.

Estos valores forman la base de una bioconstitucionalidad que busca, al mismo tiempo, reconciliar el progreso científico con los derechos humanos y ofrecer una mayor concreción al principio de la dignidad humana, en sintonía con los desafíos éticos y legales de la modernidad (Myszczuk, Meirelles, 2020).

Vale señalar que la noción de ciudadanía bioética se alinea con la concepción del derecho a la ciudad, que, al buscar crear espacios urbanos inclusivos donde los derechos humanos y los valores colectivos sean prioritarios, también promueve estos mismos principios de tolerancia, sostenibilidad y solidaridad. Al ampliar la comprensión de la ciudadanía más allá de los derechos individuales, se propone un enfoque integrador que considera tanto el bienestar colectivo como la sostenibilidad ambiental. Esto tiene implicaciones directas para la planificación urbana y la formulación de políticas públicas, especialmente en contextos donde las desigualdades sociales, la salud pública y los impactos ambientales son cuestiones críticas.

Con base en estas premisas, el presente estudio tiene como objetivo desarrollar el concepto de ciudadanía bioética como un paradigma biojurídico orientado a implementar e interpretar el derecho a la ciudad[1]. Este enfoque busca contribuir a la construcción de ciudades más inclusivas y sostenibles, fundamentadas en la dignidad de la persona humana como elemento central para la formulación e implementación de decisiones. En este modelo de análisis, la ciudadanía bioética representa una ampliación de la comprensión de la ciudadanía, al valorar al ser humano en sintonía con la colectividad y el medio ambiente.

De esta manera, el estudio abordará la noción de derecho a la ciudad y de ciudadanía bioética con enfoque en la dignidad de la persona humana. A continuación, se realizarán consideraciones sobre la intersección entre el derecho a la ciudad, la bioética, la equidad y la justicia social.

[1] Se parte del entendimiento de que un paradigma es una estructura conceptual que orienta la forma de comprender una cuestión.

II. Derecho a la ciudad

El derecho a la ciudad surgió como una concepción filosófica a partir de las reflexiones del filósofo y sociólogo francés Henri Lefebvre, consolidadas con la publicación de su libro en 1968, titulado *Le Droit à la Ville*. El término nació vinculado a las manifestaciones populares ocurridas en Francia, cuando multitudes invadieron las calles de París clamando por reformas urbanas y mayor participación social (ROLNIK, 2018).

Lefebvre (2001) defendía el rescate de las ciudades como espacios para la construcción de la existencia humana, valorando su valor de uso en detrimento de su valor de cambio. Esto significa que, en lugar de que los espacios urbanos sean tratados principalmente como mercancías destinadas a la especulación inmobiliaria y la generación de ganancias, deberían ser concebidos como lugares orientados al bienestar colectivo y a la satisfacción de las necesidades humanas, garantizando el acceso de los ciudadanos a la vivienda y al conjunto de derechos que guían el desarrollo de la vida.

Su visión incluye una crítica a la lógica capitalista de mercantilización del espacio urbano y propone una recuperación del sentido de comunidad y de inclusión, donde el acceso a la ciudad no se limita a la vivienda, sino a todos los derechos fundamentales que hacen que la vida en las ciudades sea digna.

Al defender el valor de uso sobre el valor de cambio, Lefebvre impulsa una nueva lectura del urbanismo, donde las decisiones sobre el desarrollo urbano deben estar guiadas por los intereses de los ciudadanos y por la promoción de una vida urbana justa y accesible para todos.

A partir de su obra, se inició el desarrollo de una intensa investigación académica que añadió contenido a la concepción del derecho a la ciudad (Tavolari, 2016), con el objetivo de retratar la necesidad de garantizar la construcción de ciudades justas e inclusivas, con amplia participación popular y acceso a derechos. Entre estos derechos se encuentran la vivienda, la movilidad urbana, la educación y la salud, los cuales se ejercen en el espacio físico de las ciudades, otorgando a este espacio una importancia central como escenario para la expresión de la ciudadanía y el propósito de alcanzar la equidad.

Si bien el derecho a la ciudad se asocia comúnmente con el derecho a la vivienda, no se agota ni se limita a este aspecto. Por el contrario, abarca el conjunto de derechos presentes en el espacio urbano, con el objetivo de producir un entorno renovado y transformado. Por lo tanto, no se constituye en una mera suma de estos derechos.

Así, la noción de derecho a la ciudad implica un carácter complejo y progresivo. Complejo porque, sin identificarse con un mero conjunto de derechos, su existencia depende de la realización simultánea de varios derechos que se entrelazan en capas. Y progresivo porque, cuanto más robusta sea esta realización de derechos, más presente y vigoroso se vuelve el derecho a la ciudad (Persicotti, 2022).

La comprensión de las ciudades como *locus* del desarrollo individual, social y ambiental del ser humano refleja una comprensión integral del valor de la vida en sus

múltiples dimensiones, reconociendo que la protección ética de los derechos humanos en las ciudades debe extenderse más allá del derecho a la vivienda, abarcando las innumerables formas de expresión y disfrute de la vida urbana. En este sentido, Soja (2010a, 2010b) enfatiza el espacio como un factor clave para un análisis crítico de las ciudades, ya que representa el elemento más importante para comprender la vida humana y promover la justicia espacial.

Instrumentos como la Carta Mundial del Derecho a la Ciudad y la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible de la ONU son algunos de los motores que impulsan la expansión de este derecho, que ya está normativizado en sistemas jurídicos, como es el caso de la Constitución Brasileña de 1988 y su legislación infraconstitucional.

En este contexto, la ciudadanía bioética corresponde a una concepción ampliada de ciudadanía que integra la dignidad humana con los valores bioconstitucionales, configurándose como un parámetro para la realización e interpretación del derecho a la ciudad. Esta concepción está vinculada a la protección de la vida en todas sus formas, al considerar al ser humano en su totalidad e interdependencia, ampliando la responsabilidad ética más allá del individuo para abarcar a la colectividad y al medio ambiente.

Es, por tanto, una perspectiva orientadora para el derecho a la ciudad, destacando la importancia de integrar los principios de justicia social y derechos humanos en contextos urbanos, incluyendo la salud como una de sus dimensiones fundamentales. Las siguientes líneas abordarán brevemente los beneficios que se vislumbran con la adopción de la ciudadanía bioética como paradigma.

III. Hacia la construcción de la noción de ciudadanía bioética

La noción más amplia de Bioética, entendida como aquella no circunscrita a la bioética principialista y que corresponde al pensamiento original de Van Potter, debe ser rescatada y desarrollada. Cabe recordar que la Bioética en la década de 2020 tiene un objeto de estudio interdisciplinario, en el que convergen varias disciplinas además de la ética, como la medicina, la biología, la sociología, el derecho y la economía. En los últimos años, se ha confirmado su validez como instrumento para afrontar los nuevos y grandes desafíos que enfrenta la humanidad, al tiempo que señala la necesidad de construir nuevos instrumentos para nuevas situaciones (Romeo Casabona, 2017).

Se puede afirmar que representa una poderosa herramienta intelectual de reflexión y formulación de criterios rectores, sirviendo como base para la toma de decisiones en beneficio de los seres humanos, especialmente los más vulnerables, independientemente de la causa o situación, y se opone a las tentaciones de los excesos del Estado y a los poderes fácticos difusos de presión, ya sean políticos, económicos o industriales (Romeo Casabona, 2017). Esta concepción privilegia la vida en todas sus formas, no solo la vida humana, sino también la de otros seres y su interacción con la naturaleza.

En relación con la vida humana, se adopta la concepción de que esta trasciende el concepto naturalista. Romeo Casabona (1994) afirma que el derecho a la vida, en

una primera aproximación, tiene un significado correspondiente al derecho a la propia existencia físico-biológica del ser humano. Sin embargo, advierte: «el propio sentido biológico de la vida humana comporta la disposición de un mínimo de bienes materiales que garanticen esa existencia», de modo que en el derecho a la vida se sustentan todos los demás derechos, «y la condición necesaria que va a permitir a cada individuo ejercitar y desarrollar sus facultades personales, su desenvolvimiento existencial, aspiraciones y metas, en suma, su destino individual y social» (Romeo Casabona, 1994, p. 27).

De esta manera, el ejercicio del derecho a la vida solo adquiere pleno sentido mediante su proyección social, a partir, por tanto, del desarrollo de relaciones con las demás personas y con las instituciones. Esta dinámica genera otros derechos y deberes correlativos hacia los demás, así como derechos frente al Estado para su efectiva protección (Romeo Casabona, 1994).

El derecho a la vida, por tanto, tiene una relación íntima con otros derechos fundamentales, como el acceso a la salud, el agua, la alimentación, la vivienda y un medio ambiente saludable, que dignifican la existencia humana. En relación con la salud, es importante destacar que se trata de un derecho cuyo objetivo es la propia preservación de la vida. Es a través de ella que se garantizan las condiciones necesarias para vivir con dignidad y bienestar.

Sin un acceso adecuado a los cuidados de salud —que abarcan tanto servicios y tratamientos médicos como factores relacionados con aspectos económicos, sociales, ambientales, políticos y culturales que afectan no solo a los individuos, sino también a las poblaciones y territorios— se pone en riesgo el propio derecho a la vida.

Estos factores están vinculados al concepto de equidad, ya que impactan de manera diferente, y a menudo injusta, la salud de las personas, los grupos sociales y las comunidades, así como sus posibilidades de acceder a la protección y al cuidado de la vida. Las características de los lugares donde las personas viven, por lo tanto, afectan su salud y su capacidad de disfrutar de una vida digna y próspera.

De esta manera, se pone de manifiesto el principio de la dignidad humana y se promueve una conexión de este principio con los demás derechos fundamentales. Es decir, no basta con que el ser humano esté vivo; es indispensable que su existencia sea digna. Para ello, es necesario garantizar el acceso a los derechos y condiciones que dignifican esta existencia.

La dignidad de la persona corresponde a una concepción del ser humano que supone el reconocimiento de su calidad de ser humano por el simple hecho de serlo, independientemente de su reconocimiento en textos normativos (Romeo Casabona, 1994). Es un principio orientador y la raíz de todos los derechos básicos del hombre, y funciona como una herramienta de interpretación e integración valorativa para los poderes públicos. La mayoría de los derechos fundamentales contienen en su núcleo la noción de dignidad de la persona, lo que explica su función integradora e interpretativa (Romeo Casabona, 1994).

Más que una base ética y moral para la protección del ser humano, este principio también constituye el fundamento normativo de diversos Estados, como Brasil y España, configurándose como el eje central para el desarrollo del sistema jurídico y el último pilar en la protección de los derechos civiles.

También es útil para resolver conflictos entre derechos fundamentales, estableciendo la razón óptima para eventuales restricciones necesarias, y sirve como guía para la protección, promoción y no menoscabo de la persona humana (Myszczuk, Meirelles, 2020). Siendo la dignidad de la persona un fundamento de la ordenación política y de la paz social, esto impone jurídicamente la obligación de que todos los poderes públicos lo respeten y protejan, constituyendo así un mínimo inviolable que el orden jurídico debe asegurar (Romeo Casabona, 1994).

Este principio se erige como punto de partida para la construcción de la noción de ciudadanía bioética. Romeo Casabona (2017) se refiere al ciudadano bioético como parte de una respuesta al surgimiento de nuevos derechos relacionados con el genoma humano y otras cuestiones biomédicas en el contexto del constitucionalismo contemporáneo. Según su idea, el ciudadano bioético posee derechos vinculados a su autonomía, a su patrimonio genético y a su identidad genética, los cuales actúan como barreras frente al progreso científico llevado a cabo al margen de las restricciones bioéticas (Casabona, 2017).

A partir de esta concepción y teniendo en cuenta las consideraciones ya realizadas sobre la bioética relacionada con la salud pública, se propone ampliar la noción de ciudadanía bioética como paradigma para el análisis del derecho a la ciudad. Esta ampliación se fundamenta en la preservación de la vida y en la garantía de las condiciones necesarias para la existencia, abarcando los factores esenciales que dignifican la vida, el acceso equitativo no solo a las innovaciones tecnológicas, sino también a los determinantes de la salud, alcanzando no solo al individuo de forma aislada, sino también inserto en su entorno y en la sociedad.

Sin embargo, invocar la dignidad de la persona como fundamento no es suficiente, ya que, al ser un concepto abierto, existe el riesgo de vaciar de contenido la noción que se pretende construir. Romeo Casabona (2017) señala que la dignidad, como un valor superior del ser humano, ha estado presente entre los pensadores desde la antigüedad. No obstante, destaca que la definición de sus contornos sigue siendo imprecisa y que ha sido invocada como un argumento definitivo sin profundizar en el contenido de los intereses o bienes en conflicto, ni en cómo podría ser concretamente afectada.

Esa imprecisión convierte a la dignidad en un argumento de autoridad, vacío de contenido y que no fomenta el diálogo, haciendo que asuma un valor argumentativo solo en torno a consensos ya existentes, pero que aporta poco a las situaciones en las que el consenso aún no se ha alcanzado (Romeo Casabona, 2017).

Por lo tanto, definir jurídica y filosóficamente la dignidad de la persona humana no es una tarea sencilla, ya que su contenido puede ser variable y está influenciado por la cultura y el contexto histórico de cada grupo se seres humanos (Padilha, Bertocini,

2016). Así, para que la dignidad humana se convierta en un argumento eficaz en la construcción de convergencias, es necesario reducir su nivel de abstracción.

En este sentido, Myszczuk y Meirelles (2020, p. 215) proponen otorgar mayor concreción a este principio mediante la consideración de que solo es humanamente digno aquello que cumple de forma simultánea los criterios de solidaridad, tolerancia y sostenibilidad. Estos principios proporcionan una dimensión material a la dignidad de la persona humana, «uniendo al mismo tiempo el ser, el deber ser y el poder hacer», al mismo tiempo que contribuyen a la construcción de la noción de ciudadanía bioética aquí propuesta. A continuación, se abordan dichos principios.

III.1. **Solidaridad**

El concepto de solidaridad se refiere a la unión y cooperación entre individuos de un grupo o sociedad para enfrentar desafíos comunes. La idea es que la fragmentación o división de un colectivo hace que cada uno de sus miembros sea más vulnerable. Así, se vuelve importante tratar a este colectivo como un todo cohesionado, donde todos colaboran y comparten responsabilidades para lograr una unión de esfuerzos individuales para enfrentar las dificultades, defenderse de las amenazas, crear sistemas de protección y buscar el bien común (Schramm Kottow, 2001).

Sin embargo, la solidaridad va más allá de la asistencia voluntaria entre individuos. Esto se debe a que en la medida en que se pretende proteger a la comunidad y la búsqueda del bien común, revela la eterna disputa entre la autonomía individual y el beneficio a la población, donde muchas veces aquella debe ceder en favor de este. Por tanto, las medidas de prevención que aportan muchos beneficios a una población poco pueden ofrecer a cada persona individualmente (Kottow, Medina, 2015). Los episodios relacionados con la vacunación de enfermedades, incluida la Covid-19, evidencian claramente este conflicto.

Desde otra perspectiva, las acciones individuales para el cuidado de la salud y el medio ambiente pueden colaborar con la comunidad, no generando tensión entre intereses, sino una suma de beneficios que se potencia para llegar a todos cuando cuenta con el amplio apoyo del cuerpo social. Acciones orientadas a la preservación y cuidado del medio ambiente, a la educación, a la información y al desarrollo de hábitos saludables son ejemplos de esta cooperación beneficiosa.

Barbieri Blanco (2022) se refiere a la conducta ciudadana que involucra la forma en que las personas responden a los riesgos, se adaptan a nuevas situaciones, confían en la información institucional y científica y al mismo tiempo adoptan hábitos protectores de sí mismos y de la comunidad, contribuyendo a la efectividad de las políticas públicas relacionadas con la salud colectiva.

En este contexto, es importante señalar que el desarrollo de la sociedad, con sus avances tecnológicos, ha traído, por un lado, importantes beneficios en varias áreas y, por el otro, ha empeorado las inequidades y creados desafíos. Estos beneficios no

se distribuyen equitativamente y resultan en el surgimiento de entornos naturales y sociales cada vez más inhóspitos y disruptivos, con impacto en el acceso a derechos fundamentales, como salud, educación, infraestructura, generando impactos ambientales negativos, como daños al medio ambiente, contaminación y pérdida de biodiversidad.

Por tanto, se hace necesario desarrollar una reflexión a favor de la colectividad, que ponga en segundo plano los beneficios inmediatos para ciertos sectores de la sociedad. La solidaridad, como principio rector de la ciudadanía bioética, contribuye a la construcción de diálogos sociales e institucionales útiles para alcanzar consensos y señalar soluciones que puedan traer beneficios para ser compartidos por todos. Actúa como fuerza mediadora no sólo para resolver conflictos entre intereses individuales y colectivos, sino también entre grupos y segmentos sociales y económicos.

En sociedades cada vez más complejas y desiguales, los individuos y los grupos sociales están profundamente interconectados. Las acciones de algunos impactan directamente la vida de otros, por lo que la solidaridad reconoce esta interdependencia y busca formas de cooperar para que todos puedan prosperar, minimizando los impactos negativos de las desigualdades e injusticias. Refiriéndose a Habermas, Varo Baena (2020) señala que la ética es un ejercicio de comunicación, diálogo y formación de la opinión pública. La solidaridad contribuye a este propósito.

III.2. **Tolerancia**

La tolerancia está vinculada al respeto y valoración de la diversidad en sus diversos aspectos, cultural, social, biológico e individual. Se construye a partir del reconocimiento de las diferencias y del compromiso en el diálogo. Respetar la diversidad implica acoger y aceptar las diferencias, combatir los prejuicios y promover la convivencia pacífica y armoniosa. El diálogo, a su vez, es un camino para construir acuerdos, lo que requiere apertura para reconsiderar diferentes concepciones personales.

Tolerar a los demás, otras ideas y visiones del mundo, por lo tanto, caracteriza un desafío ya que implica renunciar a intereses y objetivos particulares. Es una condición de civilidad que garantiza la armonía y la convivencia social, formando uno de los pilares sobre los que se construyen las sociedades democráticas. Es, por tanto, la base que sienta una sociedad plural, diversa y que celebre el pluralismo de ideas.

Kottow y Medina (2025, p. 19) afirman que el pluralismo que celebramos en ambientes democráticos tiene altos costos, «aleja los acuerdos, enardece debates y discusiones, dificulta el lenguaje normativo que no puede faltar en sociedad ordenada». Sin embargo, señalan que estos costos están justificados, ya que esta dinámica nos obliga a repensar constantemente las diversas cuestiones que permean la sociedad y la convivencia social.

La tolerancia está intrínsecamente ligada a la solidaridad, exigiendo la aceptación de posiciones que prioricen lo colectivo, incluso cuando sean contrarias a los intereses individuales. En este sentido, la tolerancia presupone vivir una forma de vida que reconoce tanto la inevitabilidad de la convivencia con otras personas y sus diferencias

como la interdependencia entre los individuos, cuya existencia está directamente ligada a esta convivencia.

Es decir «coexistimos comprometidos con nuestro convivir y por lo tanto nuestra responsabilidad personal se materializa frente a los demás seres humanos y la naturaleza, como una responsabilidad social de proceder solidario» (Cantu-Martinez, 2019, p. 65). Este proceder, tolerante y solidario orienta el camino hacia la justicia social, permitiendo superar exclusiones y asimetrías.

En la práctica, la tolerancia puede manifestarse en acciones simples como respetar y aceptar la opinión de los demás, evitar el discurso de odio, apoyar políticas e iniciativas que promuevan la inclusión y la igualdad, promover el diálogo y la voluntad pacífica de resolver conflictos. Pero más allá de estas situaciones circunscritas al entorno social en que están insertos los ciudadanos, la tolerancia abarca la necesidad de reconocer la diversidad entre sociedades y estas diferencias no son sólo culturales, sino también económicas.

De esta forma, se deben considerar las profundas diferencias entre países, donde las capacidades económicas para enfrentar la solución de importantes problemas que impactan la salud y la dignidad de la vida humana son diferentes. La tolerancia implica reconocer estas diferencias para fomentar acciones y políticas que puedan impactar positivamente a estas naciones. Kottow y Medina (2015) señalan que el análisis bioético debe contextualizarse socialmente, alejándose de una ética global incapaz de reconocer que, aunque los problemas son globales, las soluciones deben ser locales.

De manera similar, Aparisi (2020), al presentar el concepto de bioética intercultural, enfatiza la relevancia de considerar las diferencias culturales entre las personas como un elemento central en el análisis bioético. Este enfoque nos permite fomentar la ciudadanía bioética buscando soluciones a los problemas sociales, promoviendo una práctica más inclusiva, basada en el respeto a las diferencias y complejidades inherentes a cada sociedad.

Además, es importante mencionar que según la Declaración de Principios sobre la Tolerancia (UNESCO, 1995), la tolerancia se define como «el respeto, la aceptación y la apreciación de la riqueza y diversidad de las culturas de nuestro mundo, nuestras formas de expresión y formas de expresar nuestra calidad como seres humanos». Esto significa la existencia de la armonía en la diferencia y un horizonte para sustituir una cultura de opresión por una cultura de paz (Myszczuk, Meirelles, 2020).

III.3. **Sostenibilidad**

La sostenibilidad implica la necesidad de equilibrar el desarrollo humano y tecnológico mediante la preservación del medio ambiente natural, económico y social. Se logra mediante la adopción de una racionalidad que optimice la asignación de recursos, asegurando su disponibilidad para las generaciones futuras.

Se relaciona con la adopción de prácticas cotidianas y acciones institucionales. Entre los primeros se encuentran aquellos que minimizan el impacto ambiental, como reducir el consumo de recursos naturales, reciclar, utilizar el transporte público y el consumo consciente, evitando productos que contribuyan a la explotación humana o la degradación ambiental. En cuanto a las prácticas institucionales, destacan políticas públicas orientadas a conservar el medio ambiente y el planeta y anticipar situaciones futuras que podrían impactarlos.

Por tanto, más que promover acciones equilibradas para preservar el medio ambiente, evitando daños y pérdidas inmediatas, la sostenibilidad abarca una visión prospectiva y crítica del futuro. Esto implica que las decisiones y prácticas que hoy se adopten deben estar encaminadas no sólo a mitigar o prevenir impactos ambientales, sino también a crear herramientas y condiciones que permitan enfrentar, de manera más efectiva, desafíos que aún no han sido resueltos.

La sostenibilidad, a su vez, trasciende la mera preservación ambiental y abarca la innovación y la preparación para desafíos futuros. Su propósito es sentar las bases que permitan alcanzar soluciones que, en la realidad actual de la década 2020, aún resultan inviables. Esta idea resalta la importancia del aprendizaje continuo y la resiliencia, para que los desafíos enfrentados y las pérdidas sufridas por la sociedad sean entendidos como lecciones capaces de orientar y mejorar las prácticas futuras.

En este línea, al abordar la gestión bioética en situaciones complejas, Barbieri Blanco (2022, p. 103) enfatiza que las crisis también generan procesos de «liberación cognitiva lo cual hace posible la transformación de la conciencia de los potenciales afectados». Sostiene, así, que las dificultades permiten superar el fatalismo y la inacción, permitiendo encontrar soluciones antes inimaginables.

La sostenibilidad, por tanto, es uno de los pilares sobre los que se sustenta la noción de ciudadanía bioética, llamando a una reflexión centrada en acciones a través de las cuales sea posible evitar y predecir las consecuencias desequilibradas e indeseables derivadas de la ausencia de un direccionamiento ético (Myszczuk, Meirelles, 2020).

IV. La ciudadanía bioética como paradigma del derecho a la ciudad

Considérese que la ciudadanía bioética propone una comprensión en la que el ser humano, así como las autoridades que lo representan, al interactuar con el entorno urbano, deben actuar no solo en beneficio propio, sino también en favor de toda la comunidad y de las generaciones futuras, incorporando prácticas que garanticen el equilibrio social y ambiental, y reconociendo las desigualdades y vulnerabilidades presentes en las diferentes localidades.

Este nuevo paradigma evita una visión fragmentada del derecho a la ciudad, proponiendo su articulación con todos los derechos que lo componen, los cuales tienen una relación intrínseca con los derechos humanos. Ofrece, así, una concepción que unifica tres pilares fundamentales, la protección ambiental, la justicia social y los derechos

humanos, proporcionando un enfoque unificador que reconoce el bienestar, el equilibrio ecológico y económico como necesarios para la equidad social.

Con este enfoque, se presenta una herramienta capaz de ayudar a afrontar los retos contemporáneos de las ciudades, como la desigualdad, la crisis medioambiental y la exclusión social. El foco pasa del mero acceso a los recursos urbanos hacia una atención a la calidad de vida y la equidad de las condiciones en las que las personas viven. En este contexto, la dignidad humana emerge como un criterio central para evaluar si las ciudades ofrecen condiciones de vida adecuadas para sus habitantes.

Según los términos ya discutidos, la solidaridad constituye uno de los fundamentos centrales de la noción de ciudadanía bioética, exigiendo acciones conscientes y colectivas encaminadas a mejorar las condiciones de vida de todos, con especial atención a los más vulnerables. En el contexto del derecho a la ciudad, esta perspectiva implica la adopción de una planificación y gestión urbana guiada por las necesidades de todas las poblaciones, especialmente las más marginadas.

La tolerancia, como concepto asociado al respeto a la diversidad, requiere el reconocimiento de que las ciudades son espacios de convivencia entre múltiples culturas, creencias y formas de vida. Además, también son lugares marcados por profundas disparidades económicas y sociales. Estas diferencias requieren comprensión y cooperación para que las mejoras en el entorno urbano se dirijan a las áreas de mayor necesidad. De esta manera, la tolerancia contribuye a enfrentar los desafíos que plantean las desigualdades urbanas.

El concepto de sostenibilidad se relaciona con la necesidad de preservar los recursos naturales, gestionar adecuadamente los recursos económicos y garantizar que el desarrollo urbano no comprometa el bienestar futuro. Al incorporar este principio al derecho a la ciudad, se propone que las políticas de planificación y desarrollo urbano consideren los impactos ambientales y sociales de sus acciones.

Todo ello exige, por ejemplo, el desarrollo de ciudades más verdes, con mayor inversión en energías renovables, transporte público sostenible, políticas de reciclaje y uso eficiente de los recursos naturales. Además, como ya se ha mencionado, la sostenibilidad ofrece la oportunidad de aprendizaje, permitiendo que los desafíos enfrentados en el presente sirvan de base para la creación de soluciones eficaces para el futuro.

El concepto de ciudadanía bioética, por lo tanto, coloca la dignidad humana en el centro de la discusión sobre el derecho a la ciudad, de una manera directamente vinculada a las condiciones de vida en el entorno urbano. Como enseña Romeo Casabona (1994), el sentido de la vida humana depende de un conjunto mínimo de derechos y bienes materiales que aseguren su existencia. Estos elementos son fundamentales para posibilitar el pleno ejercicio y desarrollo de las conquistas personales y sociales de cada individuo, sus metas y aspiraciones.

Además, es fundamental resaltar que la idea de ciudadanía bioética implica una responsabilidad compartida entre el Estado y los individuos, de modo que el ciudadano es llamado a actuar como un agente de transformación en la construcción de la ciudad en

la que vive, asumiendo la responsabilidad de contribuir al bienestar colectivo mediante acciones que cumplan simultáneamente con los principios de solidaridad, tolerancia y sostenibilidad.

A partir de las consideraciones realizadas, es posible representar, a través de la Figura 1, la intersección entre ciudadanía bioética y derecho a la ciudad, en la que la primera se presenta como paradigma para el segundo.

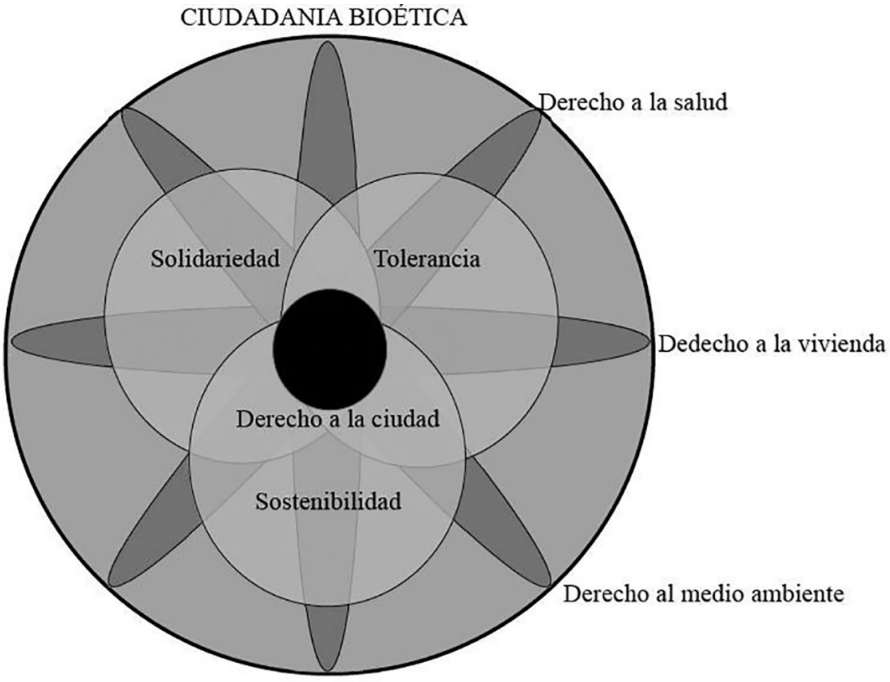


Figura 1. Representación de la intersección del derecho a la ciudad con la ciudadanía bioética. Elaborado por las autoras.

La figura ilustra la interdependencia de los derechos que integran el derecho a la ciudad, así como los principios éticos que fundamentan la ciudadanía bioética, representando un modelo integrador para la comprensión y construcción de ciudades que respeten el principio de dignidad humana, el equilibrio con el medio ambiente y equidad social.

Cada una de las elipses corresponde a uno de los derechos que se interconectan para formar el derecho a la ciudad, como el derecho a la vivienda, la salud, la educación, el medio ambiente, entre otros. En el punto central, indicado por el círculo oscuro y donde confluyen todos estos derechos, se encuentra el derecho a la ciudad. Este derecho, más que la suma de varios otros posee su propria autonomía y está directamente relacionado con la renovación y transformación de la vida urbana, con el objetivo de garantizar que las ciudades se desarrollen en sintonía con la equidad y la justicia social.

Los círculos de tamaño mediano representan los principios de solidaridad, tolerancia y sostenibilidad. Existe una zona de intersección entre estos principios, tanto entre ellos mismos como con el derecho a la ciudad. Estos, a su vez, informan y sustentan el principio central de la dignidad humana, que debe guiar las decisiones relacionadas con la planificación y la gestión de las ciudades.

Finalmente, el círculo más grande, con el borde destacado, abarca y articula todos estos elementos, representando la ciudadanía bioética como un paradigma integrador que une estos principios y derechos, destacando la responsabilidad ética y colectiva para el desarrollo de las ciudades.

V. Conclusión

A lo largo de este estudio, se buscó destacar la importancia de rescatar y promover una visión más amplia de la bioética, tal como la propuso originalmente Van Rensselaer Potter, evitando restringirla a las limitaciones de la bioética clínica o principialista, que se centra en la práctica clínica y en la investigación con pacientes.

Con el paso del tiempo y con el surgimiento de problemas que afectan la salud de las poblaciones y su entorno social, como el hambre, la miseria y la devastación ambiental, se hizo necesario desarrollar una bioética capaz de ofrecer respuestas a la salud pública y su relación con factores sociales, culturales y económicos, con el objetivo de una mayor justicia y equidad.

Así, a partir de la década de 1990, comenzaron a desarrollar estudios centrados en la salud pública y que tomaban en consideración los factores sociales e institucionales que la impactaban, contribuyendo a ampliar el alcance de la bioética. Esta visión ampliada prioriza la vida y promueve análisis que colocan al ser humano, en sintonía con el medio ambiente, en el centro de las discusiones, revelando una preocupación centrada en la dignidad de la persona humana.

Basándose en estas reflexiones, este estudio buscó desarrollar la noción de ciudadanía bioética, que corresponde a una concepción ampliada de ciudadanía, integrada por el principio de dignidad humana y los valores de solidaridad, tolerancia y sostenibilidad. Se trata de un concepto que se relaciona con la protección de la vida en todas sus formas, considerando al ser humano de manera holística y extendiendo la responsabilidad ética más allá del individuo, abarcando la comunidad y el medio ambiente.

El concepto de ciudadanía bioética surge como una propuesta para responder a los desafíos contemporáneos en las áreas de salud pública, derechos humanos y desarrollo urbano sostenible, y de este modo resulta útil como un paradigma a adoptar en el contexto del derecho a la ciudad.

La integración de la ciudadanía bioética con el derecho a la ciudad favorece una visión no fragmentada de este derecho y fortalece el compromiso con la equidad y la justicia social en las áreas urbanas. Al adoptar esta perspectiva, los planificadores urbanos y los gestores públicos están llamados a desarrollar políticas que consideren

los desafíos colectivos que afectan el bienestar común, especialmente de los grupos más vulnerables. Por otro lado, el ciudadano bioético está llamado a desempeñar un papel activo en la construcción de ciudades, actuando como agente transformador al incorporar prácticas éticas, solidarias, tolerantes y sostenibles.

Este estudio, al proponer la idea de ciudadanía bioética como paradigma del derecho a la ciudad, busca contribuir al desarrollo de sociedades donde los derechos humanos, la preservación del medio ambiente y la promoción de la salud estén en el centro de las políticas públicas. La construcción de un entorno urbano que respete y valore la dignidad humana es un desafío colectivo, que requiere el compromiso de todos los actores involucrados. Se pretende que este sea un punto de partida para futuras reflexiones encaminadas al desarrollo de las ciudades, colocando la valoración de la condición humana como principio fundamental y teniendo en el ciudadano como un agente de transformación.

VI. Bibliografía

Aparisi, Juan Carlos Siurana, «Los principios de bioética y el surgimiento de una bioética intercultural», *Veritas*, Núm. 22, 2010, pp. 121-157. Disponible en: http://dx.doi.org/10.4067/S0718-92732010000100006 [Última consulta: 22 de septiembre de 2024].

Barbieri, Alberto Edgardo; Blanco, Isabel, «Gestión de la salud pública en entornos complejos», *Recherches en Sciences de Gestion*, Núm. 153, 2022, pp. 95-177.

Borba, Marina de Neiva, *Bioética e Direito: biodireito? Implicações epistemológicas da Bioética no Direito*, Dissertación de Maestría, Programa de Posgrado en Bioética del Centro Universitário São Camilo, 2010.

Cantú-Martínez, Pedro César, «Propósitos y desafios de la bioética em salud pública», *Revista Latinoamericana de Bioética*, Núm 1, Vol. 31, 2019, pp. 63-76. Disponible en: https://doi.org/10.18359/rlbi.3680 [Última consulta: 22 de septiembre de 2024].

Fórum Social Mundial Policêntrico (FSM), *Carta mundial pelo direito à cidade*. 2006. Disponible en: https://www.right2city.org/pt/document/carta-mundialdo-direito-a [Última consulta: 07 de febrero de 2022].

Kottow, Miguel; Medina, Sebastián, «Vinculación entre bioética y salud pública», en Correa Francisco Javier León; Sorokin, Patricia (coordinadores), *Bioética y salud pública en y para América Latina*, Felaibe, Chile, 2015, p. 17.

Lefebvre, Henri, *O Direito à Cidade*, Centauro, São Paulo, 2001.

Marcuse, Peter Marcuse, «Os direitos nas cidades e o direito à cidade», en Mathivet, Charlotte; Sugranyes, Ana, (editores), *Cidades para todos: propostas e experiências pelo direito à cidade*, HIC, Santiago, p. 89.

Myszczuk, Ana Paula; Meirelles, Jussara Maria Leal de «Genoma humano, desarollo científico y siglo xxi: construcción de basas interpretativas biojurídicas iluminadas por la obra de Carlos María Romeo Casabona», *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Núm. 46, Vol. 23, 2020, pp. 202 223.

Oliveira, Fabiano Melo Gonçalves; Neto, Manoel Lemes da Silva, «Do direito à cidade ao direito dos lugares», *Revista Brasileira de Gestão Urbana*, Vol. 12, abril, 2020. Disponible en: https://periodicos.pucpr.br/Urbe/article/view/26123 [Última consulta: 06 de enero de 2022].

Padilha, Elisângela; Bertoncini, Carla, «A dignidade da pessoa humana na teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy: uma análise sobre o seu caráter absoluto ou relativo na ordem jurídico-constitucional», *Revista Brasileira de Direito*, Núm. 2, Vol. 12, 2016, p. 137-145.

Penchaszadeh, Victor, «Bioética y salud pública. *Revista Iberoamericana de bioética*», Núm. 7, 2018, pp. 01-15. Disponible em: https://doi.org/10.14422/rib.i07.y2018.004 [Última consulta em: 23 de septiembre de 2024].

Persicotti, Fabiana Guancino, *Um direito para todos?: reflexões sobre a relação entre direito à cidade, judicialização da saúde e planejamento urbano no município de Curitiba*, Disertación de Maestría, Programa de Planificación y Gobernanza Pública de la Escuela de Gestión y Economía de la Universidad Tecnológica Federal de Paraná, 2022.

Potter, Van Rensselaer, «Bridge to the future: the concept f human progress», *Land Economics*, Núm. 1, Vol. 38, 1962, pp. 1-8.

Rodrigues, Carlos Alberto Bizarro; Schramm, Fermin Roland, «Bioética de proteção: fundamentos e perspectivas», *Revista Bioética*, Núm. 2, Vol. 30 abril/junio, 2022, pp. 355-365.

Rolnik, Raquel, *maio de 1968 e as lutas pelo direito à cidade*. Blogsfera Uol, 23 de noviembre de 2018. Disponible en: quelrolnik.blogosfera.uol.com.br/2018/11/23/maio-de-1968-e-as-lutas-pelodireito-a-cidade/ [última consulta em: 23 de septiembre de 2024].

Romeo Casabona, Carlos María. *et al., El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1994.

— «El Bioderecho y la Bioética, un largo camino en común», *Revista Iberoamericana de Bioética*, Núm. 3, 2017. p. 1-16.

Schramm, Fermin Roland; Kottow, Miguel, «Principios bioéticos en salud pública: limitaciones y propuestas. *Cad. Saúde Pública*, v. 14, n. 4, jul-ago., 2001, pp. 949-956.

Simón, Pablo, «La ética de las organizaciones sanitarias: el segundo estadio de desarrollo de la bioética», *Rev. Calidad Asistencial*, Núm. 4, Vol. 17, 2002, pp. 247-249.

Soja, Edward W, *Seeking spatial justice*, Misesota Press, Minneapolis, 2010a.

— «Spacializing the urban, part I», *City: analysis of urban*, Núm. 6, Vol. 14, 2010b pp. 629-635, Disponible e: http://dx.doi.org/10.1080/13604813.2010.539371 [Ultima consulta en: 08 de febrero de 2022].

Tavolari, Bianca, «Direito à cidade: uma trajetória conceitual», *Novos estudos CEBRAP*, Vol. 35, pp. 93-109, marzo, 2016. Disponible en: http://novosestudos.com.br/produto/104/ [Última consulta em: 20 de diciembre de 2021].

Varo Baena, A, «Bioética de vacunaciones y salud pública», *Vacunas*, Núm. 1, Vol. 21, 2020, pp. 57-63. Disponible en: https://doi.org/10.1016/j.vacun.2019.10.002 [Última consulta en: 22 de septiembre de 2024].

19

PLANIFICACIÓN COMPARTIDA DE LA ATENCIÓN (PCA): ORIGEN, DESARROLLO, HERRAMIENTAS Y PROPUESTAS

Javier Júdez*
Médico de Atención Primaria / Cuidados Paliativos
Equipo de Soporte de Atención Domiciliaria (ESAD)
Área VI Vega Media del Segura, Servicio Murciano de Salud

Marina Gandía
Médica internista, Unidad de Cuidados Paliativos
Hospital General Universitario J.M. Morales Meseguer Meseguer
Servicio Murciano de Salud

Nuria Pérez de Lucas
Médico Paliativista
Equipo de Soporte de Atención Paliativa Domiciliaria (ESAPD)
Servicio Madrileño de Salud

SUMARIO: I. Los seres humanos como sujetos con proyecto, que tomamos decisiones de las que somos responsables. II. Autonomía relacional y toma de decisiones compartidas. III. Insuficiencia de la inercia normativa y biomédica. Nuevo paradigma de la PCA. IV. Nueva semiología para acompañar y ayudar a vivir bien la enfermedad y el morir. V. «¿Qué tengo que conocer de ti para ayudarte mejor ahora?» (Harvey Chochinov) en interacción con los «fines de la medicina» y la visibilización del sufrimiento: recalibrar las buenas prácticas para ayudar a vivir mejor la enfermedad y el morir. VI. La PCA y la deliberación ante la enfermedad avanzada y el morir. VII. Trayectorias de enfermedad y etapas. VIII. «Siempre parece demasiado pronto, hasta que es demasiado tarde». IX. Toma de decisiones compartida en situaciones de incertidumbre y fragilidad. X. ¿Quién debe acompañar los procesos de PCA? IX. ¿Quién debe acompañar los procesos de PCA? XI. Mapa y territorio: identificar trayectoria, planear etapa; explorar la experiencia y adaptar según evolución. XII. Sufrimiento: problema a resolver, realidad a acompañar. XIII. Una semiología reflejada en la historia clínica electrónica. XIV. Verba volant, scripta manent: PCA como narrativa y puente entre la vivencia y la documentación. XV. Importancia de la visibilidad en los instrumentos clínicos para facilitar el proceso de pca: deseos kayrós, código a19 y estándares de calidad. Verba volant, scripta manent. XVI. Deseos kayrós:

* A Carlos, por su amistad y magisterio, *in memoriam.*

UN INSTRUMENTO DELIBERATIVO DE PLANIFICACIÓN COMPARTIDA DE LA ATENCIÓN EN LA ENFERMEDAD Y EL FINAL DE LA VIDA (VER ANEXO 1). XVI.1. Contexto y justificación. XVI.2. Estructura del documento DESEOS KAYRÓS (DK). XVI.3. Aportaciones innovadoras. XVI.4. Inserción normativa y operativa. XVI.5. Contribución a la PCA. XVI.6. Conclusión. XVII. CÓDIGO CIAP2 «A19»: VISIBILIZAR LA DELIBERACIÓN BIOÉTICA EN LA HISTORIA CLÍNICA (VER ANEXO 2). XVIII. ESTÁNDARES DE CALIDAD DE PROCESO Y DOCUMENTACIÓN (IMPRESCINDIBLES PARA CASOS PARTICULARMENTE COMPLEJOS). XIX. CONCLUSIÓN. XX. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS Y VIDEOGRÁFICAS SOBRE EL ORIGEN Y DESARROLLO DE LA PCA. ANEXO I. ANEXO II.

I. LOS SERES HUMANOS COMO SUJETOS CON PROYECTO, QUE TOMAMOS DECISIONES DE LAS QUE SOMOS RESPONSABLES.

La raigambre ética de la acción humana es la experiencia de obligación, la capacidad de **proyectar** y proyectarse, de **ser responsables** de lo que hacemos. Y debemos hacer lo que resulte óptimo para la **construcción y** realización **de valores intrínsecos (cultura) e instrumentales (civilización)**, mediante la **deliberación**, buscando responsablemente, con razonabilidad y prudencia.

El estar en el mundo, por otro lado, asemeja un **transcurrir**, como conducir hacia un horizonte, entre lo que tenemos del pasado (retrovisor), lo que estamos realizando en el presente (acciones al conducir) y el horizonte o destino hacia el que nos dirigimos (futuro). Nos desplazamos en algo (nuestro cuerpo), que condiciona algunas de las acciones que podemos realizar; y en un contexto (carretera) o entorno, con sus propios condicionantes. Esta analogía de la vida como un desplazarse permite entender algunas características de la empresa del ser humano, sus acciones, proyectos y circunstancias.

Los seres humanos vivimos en el transcurrir cronológico imparable (**Chrónos**), con momentos críticos de decisión (**Kairós**). En este transcurrir, vistos como realidad biológica, el auge del conocimiento neurocientífico nos devuelve una realidad del **ser humano** como un **complejo equilibrio de sistemas interrrelacionados e interdependientes** (en lo *biológico*, sistema nervioso autónomo, central, sistema inmune, sistema endocrino, sistema cardiopulmonar, aparato digestivo, aparato músculo-esquelético; en lo *psicológico*, emociones y cognición, reacciones instintivas o automatizadas junto a ejecutivas y despliegue volitivo) que interacciona buscando **homeostasis interna y con el entorno**, que nos condiciona y amenaza o aporta recursos.

Esta conciencia, por tanto, de uno mismo en **interdependencia** con el entorno, va a tener un trasfondo en la concepción de la **realidad dinámica de las decisiones**. Por ejemplo, con el modelo de concebir el **consentimiento informado** y la **autonomía**, en **situaciones vivenciales de vulnerabilidad y fragilidad,** como las que produce la enfermedad. El marco de la experiencia y la vivencia de enfermedad, como circunstancias que amenazan a la **salud**, concebida como ***«habilidad de adaptarse y autogestionarse al afrontar desafíos sociales, físicos y emocionales»*** permiten fundamentar la **auto-**

nomía en clave **relacional**, proclive a facilitar la deliberación y acompañar la toma de decisiones compartida.

II. Autonomía relacional y toma de decisiones compartidas

El concepto de **«autonomía relacional»** surge de una crítica a la noción liberal clásica de autonomía que enfatiza la independencia y la autodeterminación individual. Autores como **Jennifer Nedelsky**, **Catriona Mackenzie**, **Natalie Stoljar**, **Susan Sherwin** y **Diana Meyers** han sido fundamentales en el desarrollo de este enfoque, especialmente dentro de la **filosofía feminista** y la **ética del cuidado**.

Aparte del contexto de la **ética feminista**, pensadores como **Alasdair MacIntyre**, **Charles Taylor**, **Michael Sandel**, **Paul Ricoeur**, y **Axel Honneth** han desarrollado enfoques de la autonomía que se alinean con la **autonomía relacional**, subrayando la importancia de los **contextos sociales y comunitarios** en la construcción de la agencia moral y política. Estos autores no usan el término explícitamente en todos los casos, pero sus enfoques critican la autonomía individualista y ofrecen una concepción más rica y matizada que destaca cómo **la agencia y la autonomía personal están siempre mediadas por relaciones sociales, políticas, y culturales**.

Por último, en el auge de los retos de la inteligencia artificial, **Mark Coeckelbergh** aunque no utiliza explícitamente el término «autonomía relacional» de manera sistemática, desarrolla un pensamiento que se alinea con los principios que este concepto implica. A través de su desarrollo del concepto de autonomía, que integra las influencias de las relaciones sociales, la tecnología y el contexto, Coeckelbergh ofrece una **crítica al concepto de autonomía individualista tradicional** y expande la noción de lo que significa ser un **agente autónomo en un mundo interconectado y tecnológicamente mediado**.

Este concepto de **autonomía relacional** reconfigura la forma en la que entendemos la **toma de decisiones de salud** especialmente en circunstancias de **enfermedad avanzada** y final de la vida, donde el obvio objetivo predominante durante la vida de «supervivencia» cede a otros **objetivos asistenciales** como la «funcionalidad» y el «confort», en un marco de mantenimiento del sentido vital. No se niega el derecho fundamental de cada persona a tomar decisiones sobre su vida y su salud. Ahora bien, se reconoce que estas decisiones no se producen en aislamiento, sino que están influenciadas por las **relaciones sociales**, sobre todo **de cuidado**, las **interacciones con los profesionales de la salud**, y las **condiciones estructurales** en las que vive el paciente. Este enfoque implica que los profesionales de la salud, de por sí **«arquitectos en las decisiones»**[1], no solo deben proporcionar información médica, sino también apoyar al paciente en el proceso de toma de decisiones, reconociendo y abordando las influencias

[1] Thaler, R./Sunstein, C., *Nudge*, Penguin Publishing Group, 2021.

contextuales que afectan su autonomía. Como reflejaba Chris Silagy, primer Presidente de la iniciativa Cochrane (pioneros de la medicina basada en la evidencia) y Tony Hope, ya en 1997, la **información relevante para la toma de decisiones en circunstancias de fragilidad e incertidumbre** desborda, con mucho, la esfera de la información «basada en la mejor evidencia disponible» en el mundo real así como en el idealmente identificable. Las decisiones de los seres humanos no son, solo, cuestión de datos, información y «evidencia». Bien lo sabemos desde la bioética familiarizados con la deliberación necesaria en los saberes prácticos (*tékne*) siguiendo a nuestro maestro Diego Gracia[2]: no sólo es cuestión de **hechos**, aunque sea un punto de partida que deba ser lo más preciso posible. Se requieren **valores**, su construcción y promoción en nuestras actuaciones, así como la identificación de cuándo entran en conflicto. Son necesarios también los **deberes**, para identificar los cursos de acción óptimos que salven del mejor modo los valores en conflicto de una manera prudente, responsable, trasparente, consistente.

Todo esto es relevante a la hora de superar una visión muy plana (administrativa, normativa o epidérmicamente jurídica) del consentimiento informado. Y por ende de sus extensiones volcadas en documentos que prolongan esta visión plana de la autonomía en documentos como los de instrucciones previas propuestos habitualmente por la administración como ejercicio de un irrenunciable derecho, casi concebido de una manera predominantemente estática. Una visión más **comunicativa, deliberativa, relacional y dinámica**, debe tener en cuenta cómo está «cableado» estructuralmente el ser humano (sesgos, ruido, heurísticos o pensamientos rápidos semi-automatizados, experiencias pasadas, percepción de riesgo, miedos, traumas, deliberación o pensamiento lento). Dejamos apuntado aquí, para esta tarea, el relevante tema de la **epistemología de las decisiones** en donde tenemos que dialogar con lo aprendido con **Tversky, Kahneman, Gigerenzer, Thaler, Sunstein**. Sobre esta visión más sofisticada si se quiere de la **autonomía relacional** y la **toma de decisiones**, que resulta, habitualmente, **compartida** en contextos de fragilidad e incertidumbre, es sobre la que se construye la **propuesta proactiva** de la **Planificación Compartida de la Atención (PCA)**. Información, claro. Pero en interacción con emociones, experiencias pasadas, relaciones, comunicación a través de estilos de comunicación, deliberación de valores, de cara a la toma de decisiones compartida.

III. Insuficiencia de la inercia normativa y biomédica. Nuevo paradigma de la PCA

¿Cómo concebir la formación de los profesionales para contribuir a cambiar el paradigma de la toma de decisiones? Cómo hacerlo para que realmente seamos útiles como profesionales a las personas que están en situación de enfermedad, en circuns-

[2] Gracia, D., *El animal deliberante*, Triacastela, Madrid, 2025.

tancias de la vida, en las que afrontar un reto de salud/enfermedad implica una serie de retos o amenazas generadoras de sufrimiento que pueden afectar al proyecto vital.

En el corazón de las competencias básicas profesionales están elementos centrales que interaccionan de manera interdependiente, en torno a la **relación clínica** y la **comunicación** entre personas, a través de los cuales se encarna o despliega la **deliberación** para la **toma de decisiones centrada en la persona**. De ahí el carácter cualitativo que tonifica estos procesos desde una **realidad relacional y compartida**, muy propia de la **vulnerabilidad** y la **fragilidad** reveladas por el padecimiento de una enfermedad.

Esta realidad experiencial, relacional, compartida, deliberativa en contexto de vulnerabilidad y fragilidad, requiere un **giro antropológico a algunas de las herramientas en las que los profesionales registramos nuestras actuaciones**, que subraye la necesidad de ligar las decisiones a la **experiencia real de enfermedad, incertidumbre y adaptación a niveles decrecientes de funcionalidad y crecientes de dependencia**, que se concrete en **planes de actuación** resultado de la exploración, la identificación de necesidades y alertas, que se especifiquen en los citados planes de actuación, dinámicos, a revisar y actualizar a lo largo de los procesos de atención articulados durante la trayectoria de salud/enfermedad de una persona.

Los procesos deliberativos de toma de decisiones, que articulan hechos, valores y deberes, deben contextualizar los cursos de acción óptimos en este humus relacional y experiencial. Dado que es un proceso contingente, requiere constante revaluación y actualización.

Los promotores de la bioética española en ámbito clínico no hemos sabido reflejar suficientemente esta realidad cuando se ha formalizado en las herramientas del bioderecho. Y esto es especialmente relevante en el ejemplo de un aproximación médico-legal a las preferencias o decisiones de salud recogidas en herramientas como los llamados, popularmente, testamentos vitales, más técnicamente, instrucciones previas (u cualquiera de sus denominaciones alternativas). De ahí que hace años, desde 2011 al menos, apoyados inicialmente en los trabajos previos de RIMARED (2003-2006), con Inés Barrio y Pablo Simón, entre otros[3], venimos criticando un enfoque insuficiente[4], buscando una reorientación más comprehensiva y adecuada. Esta empezó a coger forma en 2014 con la difusión y recapitulación del trabajo realizado en torno al proyecto KAYRÓS-Conversaciones que ayudan, entre 2006-2014[5], y culminó en la propuesta de la Planificación Compartida de la Atención o PCA[6].

[3] Barrio, I.M. / Simón, P. / Júdez, J., «De las voluntades anticipadas…, ob. cit.

[4] Júdez, J., «De la impotencia y fracaso de la bioética…, ob. cit.

[5] Júdez, J., *La facilitación como herramienta básica…,* ob. cit.

[6] Altisent, R. / Júdez, J., «El reto de la planificación anticipada…, ob. cit.; Saralegui, I. / Lasmarías, C. / Júdez, J. / Pérez De Lucas, N. / Fernández, J. / Velasco, T. *et al.,* «Claves en la planificación compartida…, ob. cit.; Lasmarías, C. / Carrero, V. / Fernández-Bueno, J. / García-Llana, H.

La propuesta de la PCA, con coherencia profesional individual, organizativa y social[7], promulga un necesario modelo comunicativo-relacional-deliberativo alimentado desde premisas éticas de buena práctica, que llene los agujeros que la mera formalización médico-legal no alcanza a iluminar[8]: de la información a la decisión, de esta a una eventual revocación posterior.

Esta PCA, que venimos promoviendo y caracterizando desde hace una década, es la que rescata, desde la **bioética**, el ***counselling*** y la **comunicación asistencial**[9] el **componente experiencial y evolutivo de la deliberación**, ejercida y promovida, incluso en los momentos de más **sufrimiento**[10], desde una **autonomía relacional**, y materializada en procesos de **toma de decisiones compartida** con el **acompañamiento proactivo** profesional desde las **buenas prácticas**[11].

Una **semiología renovada de conceptos y procesos** será relevante para intentar acercarnos a modular la formación para ayudar a acompañar mejor a los pacientes, dándonos pistas y elementos de buena práctica, de práctica virtuosa que aspira a la excelencia, en una cultura de la atención y los cuidados. Para acercarnos al tipo de profesional que debemos ser y al tipo de deliberaciones que debemos fomentar en torno al valor salud, valor evolutivo a seguir construyendo individual y colectivamente, en la línea de la definición propuesta comentada de «**habilidad de adaptarse y autogestionarse ante desafíos físicos, emocionales y sociales**».

Una parte significativa de la orientación de adaptación y autogestión, que se expresa en preferencias se basa en la **experiencia previa**, en la **vivencia**, en la modulación de lo que ahora me hace sufrir, amenazas que me afectan o que siento, y cómo puedo encontrar recursos para gestionarlo.

El esquema general ante cada **persona enferma** es que, constitutivamente es **sujeto de derechos y agente de su propio proyecto de vida y decisiones**. Pero sin olvidar el carácter antropológico del **ser humano** que es **sano, enfermable, enfermo, sanable** y, a la postre, ineludiblemente, **mortal** (antropología de Laín Entralgo). Cuando hay amenazas sobre este funcionamiento estándar, cuando la persona presenta dificultades para ejercer su capacidad de tomar decisiones, necesitamos una alternativa para adoptarlas.

/ Granero-Moya, N. / Júdez, J. / Pérez De Lucas, N. / Saralegui, I. / Velasco, T., «Advance Care Planning…, ob. cit.

[7] Júdez, J. (coord.), *Modelo de Planificación Compartida de la Atención…,* ob. cit.

[8] Consejo Asesor Regional de Ética Asistencial «Dr. Juan Gómez Rubí», «Atención integral al final de la vida…, ob. cit.

[9] Pérez de Lucas, N. / García-Llana, H. / Gómez-Iglesias, E. / Júdez Gutiérrez, J., «Planificación Compartida de la atención…, ob. cit.

[10] Júdez Gutiérrez, F.J. / Expósito Duque, V. / Regato Pajares, P., «Solicitudes de eutanasia…, ob. cit.

[11] Novoa Jurado, A.J. / Júdez Gutiérrez, J. / Melguizo Jiménez, M., «Construir buenas prácticas…, ob. cit.

El paradigma clásico que venimos manejando en bioética, de decisiones de sustitución, ha experimentado algunos cambios culturales, normativos (Ley 8/2021) y de buenas prácticas con el empuje del **nuevo paradigma de los apoyos** y la ausencia de falta de capacidad (desaparición de la tutela), si acaso dificultad para ejercerla.

IV. Nueva semiología para acompañar y ayudar a vivir bien la enfermedad y el morir

La **PCA** es la promoción activa, por parte de los profesionales, de una **cultura de la atención** que incorpora la **deliberación** y **toma de decisiones compartida** (que no, necesariamente, consensuada) en este **contexto narrativo biográfico, clínico y socio-familiar** en la trayectoria de enfermedad donde se despliega la **autonomía relacional** (revisitando la ética de la elección).

Es mucho más que informar y consentir/rechazar, parte visible del iceberg del contexto antropológico de deliberación y toma de decisiones. Mucho más que preguntar por preferencias o decisiones para un eventual futuro de incapacidad.

Se trata de acompañar la deliberación y toma de decisiones de **objetivos de cuidado y tratamiento**, también del sujeto perfectamente autónomo. No sólo prever escenarios hipotéticos. Si no que, mediante este proceso de acompañamiento de la PCA, documentado, podremos reevaluar, con la evolución de la experiencia de enfermedad, las decisiones, ante la incertidumbre por la materialización de complicaciones, incluidas las de los planes de contingencia para un futuro, con escenarios hipotéticos de pérdida de capacidad de ejercer la autonomía, por si acaso.

El **paradigma relacional, experiencial y narrativo** que proponemos desde la visión de la **PCA recoloca la deliberación**, de hechos, valores y deberes, con tres perspectivas interrelacionadas para materializar la autonomía relacional: la **perspectiva biográfica**, la **clínica** y la **socio-familiar**. Y se genera una nueva **semiología** que tenemos que conocer, desplegar, fomentar: diferencias entre temer/experimentar una enfermedad, modulación de amenazas y recursos, no cambiar la realidad pero poder resignificarla (nuevo sentido), acomodándose a las capas o estratos de la esperanza, posibilitar la reflexión sobre el legado vital, identificar etapas, trayectorias de enfermedad y transiciones, concebir los cuidados en una red de soporte integrable (familia, amigos, compañeros, profesionales, etc.).

La pirámide de la atención tampoco refleja fotos fijas ni situaciones estáticas. La vida, el proyecto que desplegamos a lo largo de la misma, se sucede en el tiempo cronológico, lo que implica, necesariamente, un dinamismo donde se modulan las relaciones, interacciones, deliberaciones y decisiones. En este dinamismo general se presentan **momentos críticos**, de oportunidad (**kairóticos**), que se graban a fuego por su significación y trascendencia.

Cuando se acompaña y facilita la deliberación para tomar decisiones compartidas no sólo es preciso información «biomédica». Hay que incorporar esta información clínica,

y ponderarla, en un **contexto socio-familiar y biográfico**. No es lo mismo, tomar decisiones preventivas ante algo que temo (amenaza), que experimentar su efecto y descubrir recursos de afrontamiento que modulen, si no la amenaza o las implicaciones reales a la funcionalidad o la supervivencia que represente, sí quizá su sentido, tolerabilidad y preservación de la confortabilidad, día a día.

Por otro lado, las mismas necesidades se reevalúan en función de distintos **momentos evolutivos de la enfermedad** y hay **transiciones** identificables si estamos atentos a la realidad de una **trayectoria**. Elementos que inicialmente esperamos que no sucedieran, pueden acabar sucediendo (complicaciones), ensombreciendo la prospectiva (pronóstico). Esta progresión tiende, por la enfermedad o la acumulación de años (envejecimiento) a ir decreciendo la funcionalidad y la vitalidad, comprometiendo, eventualmente, expectativas de vida. Es la velocidad de progresión lo que ayuda a modular adaptaciones y apoyos, acomodando, en mayor o menor grado, la esperanza (fuerza motriz para perseguir dejar un mundo mejor del que nos hemos encontrado).

No menos importante, son los elementos socio-familiares, donde se metaboliza el cuidado, el confort, las pérdidas crecientes y, con ellas, la sensación de ser una carga para otros, la instalación de la desesperanza y la eventual generación de un marcado sufrimiento.

V. «¿Qué tengo que conocer de ti para ayudarte mejor ahora?» (Harvey Chochinov) en interacción con los «fines de la medicina» y la visibilización del sufrimiento: recalibrar las buenas prácticas para ayudar a vivir mejor la enfermedad y el morir

La interacción relacional y comunicativa, en un marco de **confianza mutua**, de acompañamiento de cara a la deliberación en el contexto concreto de enfermedad, implica acceso a diferentes **esferas de la persona (íntima, privada, pública)**, sobre las que esta debe mantener el mayor control posible. De ahí los **deberes y obligaciones** con diferente intensidad que se generan **en los profesionales** (**profesionalidad**) que interaccionamos con personas enfermas en sus entornos de cuidado (**obligaciones de cuidado, de respeto a la dignidad, de «guardar secreto» —discreción, confidencialidad—**).

El tema de los **fines de la medicina** (o la atención a la salud) fue remozado, meritoriamente, a mediados de los 90 por el conocido proyecto del *Hastings Center* que estableció cuatro «fines» de la medicina (valores nucleares o ideales regulativos a ser perseguidos):

- La prevención de *enfermedades* y *lesiones,* así como la promoción y la conservación de la *salud*
- El alivio del ***dolor*** y el ***sufrimiento*** causados por *males*
- La atención y la curación de los *enfermos (curables)* así como los cuidados a los *incurables*
- La evitación de la *muerte prematura* y la búsqueda de una *muerte tranquila*.

Proponemos agrupar los tres últimos en parafraseo de expresión de Juan Masiá como **«Ayudar a vivir bien (o mejor) la enfermedad y el morir»**, donde cabe destacar el elemento de «**sufrimiento**», el gran ausente de nuestras actuales modos de construir historias clínicas de marcado tono biomédico y que los que promovemos la bioética y la deliberación deberíamos promover para que se **visibilice** como una parte oculta del iceberg relevante para la toma de decisiones de las personas, como ya apuntaba hace décadas, el ya fallecido, **Eric Cassell**. Debemos promover **tomar decisiones** en un contexto de **incertidumbre y relacional**, basadas primariamente en la **persona enferma** y no (tanto) en su enfermedad, maximizando la **función** más allá de la mera longitud de la vida y **minimizando activamente** el sufrimiento. Actuar así previene y/o alivia el **sufrimiento evitable**, realidad multidimensional, cuando es un **problema que resolver**, y nos coloca en disposición de **acompañarlo**, desde el no-abandono y la **garantía de soporte**, cuando es una **realidad no soluble**. Este es el crítico núcleo terapéutico de la relación clínica y del profesional como persona, en línea con la propuesta de terapia de la dignidad de Chochinov[12].

Esta **recalibración de nuestra diana relacional** para **acompañar** los **procesos** de **deliberación** al hilo del afrontamiento de los desafíos que plantea la enfermedad es, si cabe, más perentoria cuando el legislador ha modificado las líneas rojas del final de la vida identificando el **sufrimiento** devenido en **intolerable** y prolongado como el cualificador para optar a la **ayuda médica para morir**, actuación irrevocable. Toca rearmar nuestras **buenas prácticas clínicas** para promover la deliberación responsable, prudente y razonable[13]. Toca **visibilizar** en nuestras historias clínicas la exploración, manejo, acompañamiento del sufrimiento, de cara a la deliberación y toma de decisiones compartida desde el ejercicio de la autonomía relacional a través de unas relaciones clínicas con garantía de soporte. Es esta una de las potencialidades transformadoras de la propuesta de PCA.

VI. La PCA y la deliberación ante la enfermedad avanzada y el morir

Explorar, manejar, acompañar el sufrimiento requiere profundizar en el **modelo bio-psico-social** promovido hace décadas por nuestros psicólogos clínicos españoles (Bayés, Arranz, Barreto, Barbero) que han sido «faro-guía» para su compresión como equilibrio/desequilibrio entre **amenazas y recursos** en las diferentes dimensiones relevantes para el ser humano (física, emocional/psíquica, social, espiritual).

[12] Chochinov, H.M., *Dignity Therapy: Final Words for Final Days*, Oxford University Press, USA, 2012; Chochinov, H.M., *Dignity in Care: The Human Side of Medicine,* Oxford University Press, USA, 2022.

[13] Novoa Jurado, A.J. / Júdez Gutiérrez, J. / Melguizo Jiménez, M., «Construir buenas prácticas…, ob. cit.

La **PCA** promueve un **rol proactivo de profesionales sociosanitarios**, si bien sin restar el protagonismo de la persona enferma (**atención centrada en el paciente**), como eje en torno al cual articular nuestras actuaciones. Eje y actuaciones resultado de la exploración del balance de sufrimiento entre amenazas y recursos de la persona enferma y su entorno, junto con nuestras actuaciones, para vivir lo mejor posible la enfermedad según avanza la trayectoria de la vida.

Las expresiones que empleamos forman parte de la **renovada semiología de la atención** que introduce la PCA: amenazas, recursos, relaciones, sufrimiento, biografía, biopatografía (trayectoria de vida y enfermedad), experiencias y vivencias, preferencias y valores, red de cuidados, estilo de gestión de la información y toma de decisiones, grado de autoridad, niveles de esperanza, transiciones, objetivos asistenciales.

Requerimos, por tanto, una cierta **mayéutica renovada** para reactivar elementos básicos latentes de nuestra atención humanizadora enfocados, especialmente, a etapas dependientes, frágiles y finales de la vida. Hemos recurrido durante años, desde el desarrollo del **Proyecto KAYRÓS-Conversaciones que ayudan**[14], a la idea del «río de la vida». También es fecundo, gráficamente, el uso de la «película de la vida», empleado por Gómez-Batiste y Amblás, con etapas. Otras imágenes para la tarea de acompañamiento para «salir» de la vida, lleva décadas recogida en el concepto de ***matrona para el proceso de morir***, de Tim Quill (*A midwife through the dying process*, 1996*).* En esa línea apunta el corto de Chapero Jackson «Alumbramiento» de 2009 (https://vimeo.com/5317622?p=1l).

Todas estas imágenes ofrecen una **perspectiva dinámica**, de etapas, con transiciones, con diferentes necesidades, amenazas y recursos donde las decisiones no son simples, ni prefabricadas, ni anticipatorias solo de escenarios hipotéticos de futuro, si no que ante la incertidumbre son deliberadas, prudentes, razonables, tentativas, revisitables tras la experiencia. Y esto es lo que apuntala la cultura de la PCA que acompaña las decisiones que debe afrontar una persona ante la enfermedad y sus desafíos, facilitando su ponderación, ejecución, revisión, adaptación. **La PCA le aporta longitudinalidad, marco comunicativo-relacional y herramientas a la deliberación aplicada a las transiciones críticas durante la vida y a las decisiones incardinadas en dicha trayectoria.**

No otra cosa se refleja en la apuesta programática del **Grupo de Trabajo de Planificación Compartida de la Atención de la Región de Murcia**, articulado en 2018 (Modelo de PCA de la Región de Murcia, Consejería de Salud, Servicio Murciano de Salud, 2019), que recoge experiencias aprendidas del proyecto **KAYRÓS-Conversaciones que ayudan**[15], del que vamos a desglosar algunas aportaciones y propuestas prácticas desarrolladas en los últimos años.

[14] JÚDEZ, J., *La facilitación como herramienta básica…,* ob. cit.

[15] JÚDEZ, J., *La facilitación como herramienta básica…,* ob. cit.

VII. Trayectorias de enfermedad y etapas

Vivir sanos. Vivir con algún reto de salud autolimitado. Vivir con una enfermedad crónica que nos permite funcionalidad para desarrollar nuestro proyecto de vida. Vivir con una enfermedad crónica que genera fragilidad y dependencia crecientes. Vivir el final de la vida.

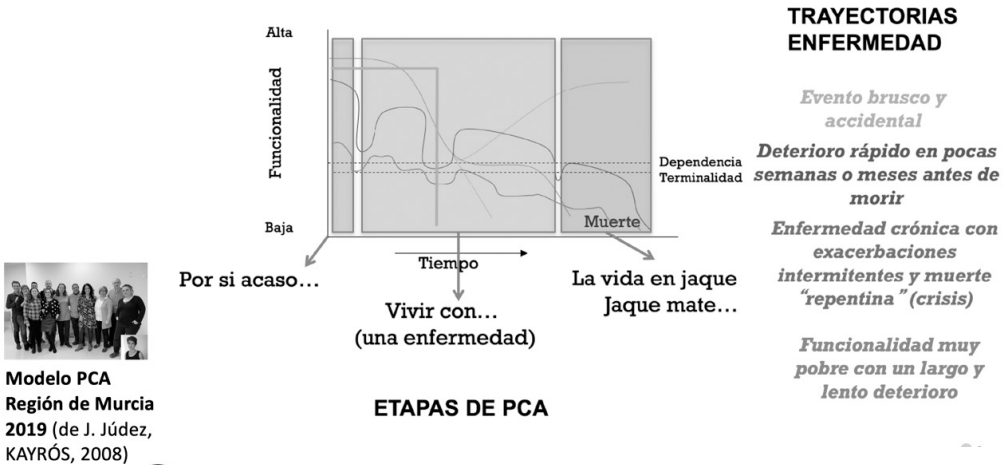


Figura 1. Trayectorias de enfermedad y etapas de intervención PCA. Grupo de Trabajo PCA-RM.

Durante las primeras etapas, puedo tener preferencias basadas en mis creencias, experiencias pasadas, prioridades, carácter. Decido sobre las cosas que me suceden y/o preveo decisiones o planes de contingencia para escenarios hipotéticos. Como llevar cinturón de seguridad y chaleco reflectante en el vehículo o la cajita de «rómpase en caso de incendio».

Entre la persona sana y la persona «sana concienciada» sobre el impacto de la enfermedad, median experiencias de cuidados de otros seres queridos, por ejemplo. Experiencias que hacen pensar sobre qué haría yo o querría yo de estar en esas circunstancias. Lo anticipo. Tras mi experiencia de testigo y cuidador. Pero todavía esa experiencia no es igual que la de vivir en primera persona algo, sufrirlo, vivenciarlo.

Cuando no se trata de padecer enfermedades agudas o autolimitadas, sino enfermedades crónicas, complejas, multifactoriales, que van condicionando funcionalmente en el tiempo según progresa la trayectoria de vida y enfermedad, cambia el contexto. Son enfermedades que no se «curan» o no se modifica su curso de enfermedad hasta el punto de ser irrelevantes funcionalmente. Al contrario, nos van afectando, según patrones distintos de velocidad y pérdida funcional nuestra calidad de vida, introduciendo fragilidad y dependencia crecientes. También pueden presentar complicaciones, crisis, brotes, o reagudizaciones que pongan en riesgo la vida y requieran hospitalizaciones, cuidados urgentes o intensivos.

Si seguimos en la película o río de nuestra vida, sobreviviendo, iremos acumulando un conjunto de elementos de pérdida funcional cada vez mayores, con la variabilidad o especificidad propias de distintas funciones, órganos o sistemas hasta el punto de poner la vida en jaque, inicialmente en contexto de crisis, brotes, reagudizaciones, progresión de enfermedades crónicas complejas avanzadas.

A la postre, si hemos ido sobreviviendo a los retos funcionales previos (incluidos jaques previos), acumularemos una marcada dependencia y fragilidad, aceleradas o no por un sobreañadido deterioro cognitivo que afecte a funciones ejecutivas, entraremos en una fase última, de final de la vida.

VIII. «Siempre parece demasiado pronto, hasta que es demasiado tarde»

El contrapunto a estos patrones de trayectorias de vivencia de la enfermedad por parte de la persona enferma y sus diferentes etapas, es la **proactividad** de los profesionales sociosanitarios para reconocerlos, acompañarlos, facilitar conversaciones y deliberaciones así como documentarlos. La proactividad de los profesionales es necesaria porque en el fragor de los desafíos que nos lanza el río de la vida no es fácil reconocer o anticiparse a cambios de las condiciones de desempeño personal, sumados a la incertidumbre, los miedos, las experiencias previas. Tendemos a retrasarlo, postponerlo, procrastinarlo.

Para ser proactivos se requiere **tener actualizado «el radar»**. La proactividad precisa garantía de soporte. La proactividad amerita herramientas de buenas prácticas que exploren el sufrimiento, las amenazas y los recursos, con capacidad de planificación. **Prepararse para la peor, esperar lo mejor**[16]**.** Y seguir la sucesión de acontecimientos para adaptarse y revisar lo pensado y planificado. Tanto salir sin paraguas ante la perspectiva de una tormenta probable (o casi segura) como salir con paraguas y que no llueva, tienen su propia epicrisis o balance. También salir con paraguas y que sea insuficiente ante la intensidad de una imprevista tormenta o una eventual inundación. O salir sin él y que no llueva ni sea necesario. ¿Cuál sería una analogía equivalente para afrontar mejor la enfermedad, del objetivo del «cinturón de seguridad» y tener «chalecos reflectantes» o «triángulos señalizadores» si tenemos un accidente?

Somos los profesionales los que, ante determinadas trayectorias de enfermedad y determinadas patologías, podemos ayudar a la gente a explorar qué cosas les preocupan (miedos) y qué puede complicarse. El argumento de la ansiedad anticipatoria que nos tienta a contener malas noticias es endeble si existe **garantía de soporte y no abandono** para acompañar durante el proceso de enfermedad. Además del sentido común y las experiencias personales, los trabajos publicados al respecto ratifican esta lógica antropológica, sin soslayar la variabilidad entre los seres humanos que requiere

[16] Júdez Gutiérrez, F.J. «Cuando se desea morir…, ob. cit.

personalización. Se repite el patrón de que lejos de la «ansiedad» o «depresión», como trasfondo, la válvula de escape, el ser escuchado, el ser acompañado produce efectos reguladores y, en un sentido profundo, terapéuticos[17].

IX. Toma de decisiones compartida en situaciones de incertidumbre y fragilidad

Es en estas condiciones de vulnerabilidad, zozobra, incertidumbre y fragilidad en donde, la PCA integra el componente comunicativo de «counselling» con el bioético de facilitación de la deliberación y toma de decisiones, ponderando el sufrimiento multidimensionalmente y las amenazas y los recursos percibidos por la persona enferma[18].

Los patrones de trayectorias de enfermedad y etapas nos ayudan a identificar transiciones y necesidades diferentes que requieren planes de actuación y dispositivos asistenciales diferentes para atenderlas. Nuestras actuaciones basadas en actos clínicos sucesivos (árboles) a lo largo de meses y años (en estas enfermedades crónicas avanzadas) no pueden perder de vista el horizonte decisional (bosque), frente al que no tiene sentido la invocación de la «falta de tiempo». Algo debemos hacer muy mal si, en una asistencia prestada por un puñado de profesionales a lo largo de años no se encuentra «tiempo» para según qué cosas. Parece más bien un problema de «paradigma asistencial» con un **modelo biomédico insuficiente para afrontar la multidimensionalidad y complejidad de las decisiones en contextos de enfermedad avanzada**. Recordemos el rol mayéutico y de partera o matrona en el proceso de hacernos más dependientes, frágiles y afrontar la mortalidad.

X. ¿Quién debe acompañar los procesos de PCA?

La respuesta corta es: todos los profesionales que atienden personas con enfermedades crónicas avanzadas. La respuesta amplia, se despliega en este texto. Si trabajamos en entornos asistenciales o puntos de atención que interaccionen con personas con enfermedades crónicas avanzadas, con cierta visión longitudinal y no mera atención transversal (urgente o emergente), la responsabilidad profesional es insoslayable. «Pero ¡eso es tarea de los psicólogos o de los trabajadores sociales sanitarios!» invoca el que se estresa con la posibilidad de que haya que revisar nuestras prácticas profesionales para ver si responden a las necesidades que encarnan los pacientes y sus cuidadores. Sin entrar aquí en detalle, al atender a una persona, ésta debe recibir planes que intenten identificar sus necesidades y tratar de abordarlas. Que cada organización resuelva cómo, quién y cuándo; pero debe ser atendido. Puntos de atención y dispositivos de

[17] Chochinov, H.M., *Dignity Therapy…*, ob. cit.; Chochinov, H.M., *Dignity in Care…*, ob. cit.

[18] Pérez De Lucas, N. / García-Llana, H. / Gómez-Iglesias, E. / Júdez Gutiérrez, J., «Planificación Compartida de la atención…, ob. cit.

trabajo multiprofesionales (cuidados paliativos, por ej.) son a veces «estación término» o «final de etapa» de una trayectoria de enfermedad y no hay ya posibilidad de seguir escurriendo el bulto, por más residuo o sedimento que venga arrastrado de la atención recibida «río arriba».

Idealmente, pues, se acompaña a personas a través de procesos de atención que incorporan información clínica, de trayectorias de enfermedad, de deliberación para la toma de decisiones. Mucho más fructífero y terapéutico que sumar atenciones puntuales «rebobinando» información en contextos de crisis sin aprovechar el trayecto recorrido. Episodios aislados o no suficientemente coordinados entre sí, alejados de la exploración de la vivencia de enfermedad y el sufrimiento asociado, en los que soltar información para que decida el «sujeto autónomo». Mucho menos, esperar que el trabajo venga hecho por documentos «burocrático-administrativos» a menudo de una calidad insuficiente para el objetivo que persiguen como los de instrucciones previas a los que solo recurre menos de un 1 % de la población, a menudo, para reflejar opciones pensadas en contextos hipotéticos donde puede venir bien una instrucción de «utilizar en caso de incendio».

XI. Mapa y territorio: identificar trayectoria, planear etapa; explorar la experiencia y adaptar según evolución

Se vienen destacando los elementos nucleares de la PCA: acompañar proactivamente creando espacios de comunicación, relación y deliberación ante el impacto de la enfermedad en los proyectos de vida de las personas, para facilitar la toma de decisiones compartida.

Para este proceso nos movemos entre el «**mapa**» (lo que nos ayuda a planificar y orientar el viaje de la vida) y el «**territorio**» (lo que se vive durante el viaje, la realidad vivencial).

Esta diferencia es importante no olvidarla en relación con la toma de decisiones, pues tienen distinto color las **decisiones basadas en la expectativa y la preferencia**, que las **decisiones acrisoladas por la experiencia**.

Cuando no ha sucedido algo, tener criterios para establecer estimaciones es, sin duda útil. Ahora bien, es **requerido explorar el impacto real** para dar oportunidad de **reevaluar** lo que se había estimado en un escenario hipotético anticipatorio (por si se asocia a la pérdida de capacidad para tomar decisiones). Cuando se vive con enfermedades crónicas y estas van avanzando, se recorre el territorio de la trayectoria de la enfermedad y se ve cómo afecta a las diferentes dimensiones de la vida. *Matronas para el proceso de morir*, decíamos. En efecto, el rol de los profesionales de acompañar, especialmente cuando los recursos terapéuticos no pueden modificar el curso natural de la enfermedad, entronca, en el polo opuesto de la vida, con lo que hacen las matronas a las mujeres embarazadas y primera valoración del recién nacido.

XII. Sufrimiento: problema a resolver, realidad a acompañar

Este acompañamiento requiere explorar la experiencia y el sentido del sufrimiento. Intentar aliviarlo cuando es posible. Acompañarlo, siempre. Una etapa que puede ser intensa en emociones, trufada de transiciones y cambios en las expectativas y reajustes de la esperanza o resignificación del sentido vital.

Ese proceso, gradual, en el que van decantándose las decisiones que acompañan, con intensa incertidumbre, el decurso por etapas avanzadas de enfermedad tiene momentos de «llamadas de atención» como los que reflejan el fluctuante **deseo de adelantar la muerte**. Es este el contexto ético adecuado para la reexploración desde la deliberación de hechos, valores y deberes, para identificar cursos de acción posibles intentando elegir el óptimo. Se trata de **ayudar a vivir mejor la enfermedad y el morir**. No caben aquí atajos por conflictos o insuficiencias en la atención. Estos atajos apuntarían a serias insuficiencias éticas, inaceptables en nuestras sociedades y estados de derecho.

La PCA es ese elemento común que vertebra, esa *matrioska* grande que contiene otros procesos que pueden surgir según progresa la enfermedad, se manejan alternativas y se maneja o persiste un sufrimiento, hasta el eventual momento de opciones de último recurso abierto por el legislador, desde 2021, de ayuda médica para morir[19].

Esas interacciones que estamos reflejando, acompañadas por la deliberación y toma de decisiones compartidas, sea lo que sea lo que brinda la realidad, la vida y la enfermedad, porque nos plantea circunstancias y amenazas que no elegimos (realidad antropológica), aúnan los pilares de la **bioética** y el ***counselling*** (comunicación asistencial), que deben ser una constante de formación y desarrollo profesional continuo.

En esta formación deben estar presentes **componentes narrativos** que faciliten el acercamiento a lo **biográfico** de cada paciente en su contexto de cuidados. Como la **terapia de la dignidad** de Harvey **Chochinov**, psiquiatra y paliativista canadiense: *«¿qué debo conocer de ti para ayudarte y cuidarte mejor ahora?»*[20]. Elemento narrativo que realza y apuntala la eventual preservación de un **legado** que puede facilitar la **resignificación** de la vida en su última etapa[21].

En un marco semejante, sinérgico con la PCA, se ubican los modelos de **integración** sociosanitaria en los que ha evolucionado el modelo catalán de atención a la cronicidad compleja y avanzada, con tres principales **objetivos asistenciales interrelacionados**: supervivencia, funcionalidad y bienestar/confort. Objetivos que van modificándose en preponderancia según se agotan las opciones clínicas modificadoras del curso de la enfermedad.

[19] Pérez De Lucas, N. / García-Llana, H. / Gómez-Iglesias, E. / Júdez Gutiérrez, J., «Planificación Compartida de la atención…, ob. cit.

[20] Chochinov, H.M., *Dignity Therapy…*, ob. cit.

[21] Chochinov, H.M., *Dignity in Care…*, ob. cit.

XIII. Una semiología reflejada en la historia clínica electrónica

Como vemos la PCA propone una **semiología** para el acompañamiento de la enfermedad con elementos para la deliberación y decisión que van especificándose según la trayectoria de enfermedad y la etapa de esta. Es aquí donde tienen utilidad herramientas para la identificación de **alertas sociofamiliares, clínicas y biográficas** para la toma de decisiones y para concretar **planes de actuación** a partir de los diferentes episodios abordados en diversos puntos de atención, en los que aportar recursos para contrarrestar, en la medida de lo posible, las amenazas y sufrimiento que plantea la enfermedad.

Esta semiología, estas alertas, estos planes de actuación que promueve la PCA deben visibilizarse en la **histórica clínica electrónica (HCE)**, en los documentos o informes clínicos, en las interconsultas y derivaciones que realizamos en los procesos asistenciales, así como en el lenguaje y diálogos realizados con la ciudadanía, en la comunidad, en la sociedad. Este es un ámbito en el que los profesionales interesados en la bioética no hemos sido todo lo diligentes e incisivos que deberíamos[22]. Nos hemos conformado con que las interacciones propias fueran orales o tuvieran una sucinta presencia en la información clínica que forma parte de los estándares profesionales. Si acaso en las deliberaciones de los órganos asesores, como los Comités de Ética Asistencial. Pero sin trazas que no sean elementos biomédicos o, si acaso, de medicina legal y bioderecho, en las historias clínicas. De esta paupérrima realidad nos desnuda la repentina irrupción de la prestación de ayuda médica para morir, con su procedimiento burocratizado pero comprimido en un momento crítico e intensivo en el tiempo, que se documenta[23]. Frente al cual hay una ausencia de elementos deliberativos y de acompañamiento para la toma de decisiones a lo largo de la trayectoria de enfermedad en las historias clínicas electrónicas, especialmente cuando las enfermedades ponen la vida en jaque, representan una amenaza para la supervivencia, requieren un cambio de objetivos asistenciales y plantean una toma de decisiones para la transición a nuevas etapas, incluida la etapa final de la vida[24].

En las siguientes tablas se pueden ver los elementos que pueden formar parte de los procesos de PCA ligados a diferentes trayectorias de enfermedad, en clave recursos/amenazas, alertas y planes de actuación.

La exploración por bloques que se propone desde el *Grupo de Trabajo de Planificación Compartida de la Atención de la Región de Murcia* (Tabla 1) cumple dos objetivos principales:

[22] Júdez, J., «De la impotencia y fracaso de la bioética…, ob. cit.

[23] Júdez Gutiérrez, F.J. / Expósito Duque, V. / Regato Pajares, P., «Solicitudes de eutanasia…, ob. cit.

[24] Júdez, J., «Construyendo valores…., ob. cit.

— sistematizar la exploración de la información en favor de la exhaustividad

— guiar al entrevistador en una conversación de PCA, poniendo de manifiesto los puntos relevantes que ayudarán en la deliberación y la toma de decisiones.

Tabla 1. Estructura de exploración y registro de PCA. Grupo Trabajo PCA-RM.

Bloques	Apartados	Alertas
Información socio-demográfica y familiar	• Situación familiar • Capacidad • Dependencia • Cuidador principal • Representante	• Falta de autonomía • Ausencia de apoyo familiar • Representante enfermo o de edad avanzada • Complejidad en la dinámica familiar • Mala adherencia a planes terapéuticos • Trámites sociales relevantes pendientes
Información clínica (Ver tablas 2 y 3)	1. Pérdida de funcionalidad brusca y accidental 2. Oncológica/infecciosa grave 3. Cronicidad avanzada Cardíaca Respiratoria Renal Hepática 4. Fragilidad y dependencia Enf. neurodegenerativa motora Demencia Fragilidad avanzada	• Complicaciones • Signos y síntomas de mal pronóstico • Tratamientos específicos
Información biográfica	• Exploración de amenazas, experiencias pasadas, sufrimiento, expectativas • Conocimiento de la enfermedad • Identidad biográfica • Recursos, fortalezas, toma de decisiones • Red de cuidados • Dimensión espiritual. Trascendencia, legado	• Negación • Disonancia diagnóstica • Disonancia pronóstica • Desbordamiento emocional • Desistimiento de tratamientos • Riesgo de /pacto de silencio • Malas experiencias pasadas • Actitudes hostiles ante el equipo profesional • Ausencia de representante • Conflictos familiares • Situaciones gatillo, transición, crisis • Asuntos pendientes • Importancia de la dimensión espiritual • Deseo de adelantar la muerte
Deliberación y plan de actuaciones	• Proceso de toma de decisiones compartida (deliberación) • Plan de actuaciones • Acuerdo de intensidad asistencial • Documentación (HCE) • Registro formal (IIPP) • Donación	• Problemas de continuidad asistencial • Riesgo de sufrimiento intolerable

Adicionalmente, se describen en cada bloque aquellas situaciones que, por su complejidad, suponen «alertas» que debe ser consideradas de manera especial, de las que se deben derivar las actuaciones y reevaluaciones que el profesional considere oportunas. Todo ello con el objetivo de no pasar por alto situaciones que sabemos que añaden sufrimiento a las experiencias de enfermedad y que habitualmente son detectadas o intuidas, pero que en muy escasas ocasiones son registradas adecuadamente en nuestras historias.

Para guiar y ayudar en la proactividad a los profesionales sociosanitarios se abordan los siguientes bloques temáticos:

1.- Información sociodemográfica y familiar. Recogerá la información relativa a las capacidades y apoyos que precisa la persona y al entorno de cuidados. Se remarca la importancia de conocer quién es el representante en la toma de decisiones, que no siempre coincide con el cuidador principal, y cuya figura resulta de gran importancia en la PCA. Una herramienta como el genograma es de conocida utilidad para este contexto y red de cuidados. También ayuda a identificar reajustes: nuevas necesidades, nuevos recursos (nuevos roles, más apoyos, etc.)

2.- Información clínica. En este bloque se registrará la información habitual de las patologías del paciente, pero se prestará atención a la visión de trayectoria de enfermar, descritas ampliamente en la literatura. Tras los trabajos pioneros de Joanne Lynn, recientemente, Scott A Murray enriquece la descripción de las trayectorias no sólo desde el punto de vista funcional, sino también en las dimensiones social, psicológica y espiritual, habitualmente más ocultas o sumergidas[25].

En este bloque de información merece la pena recordar que la trayectoria de enfermar es un soporte necesario para la PCA, ya que el conocimiento de la enfermedad permite indagar en complicaciones, signos y síntomas de mal pronóstico para situar a entrevistador y entrevistado en la etapa evolutiva actual, explorando experiencias pasadas y preferencias de tratamientos para el momento actual y para complicaciones futuras. Según la enfermedad reconoceremos unas transiciones, complicaciones y eventuales tratamientos, pudiendo agruparse y esquematizarse como vemos en la figura 2.

[25] Murray, S.A., «Using illness trajectories to inform person centred, advance care planning», *BMJ*, Núm. 384, 2024.

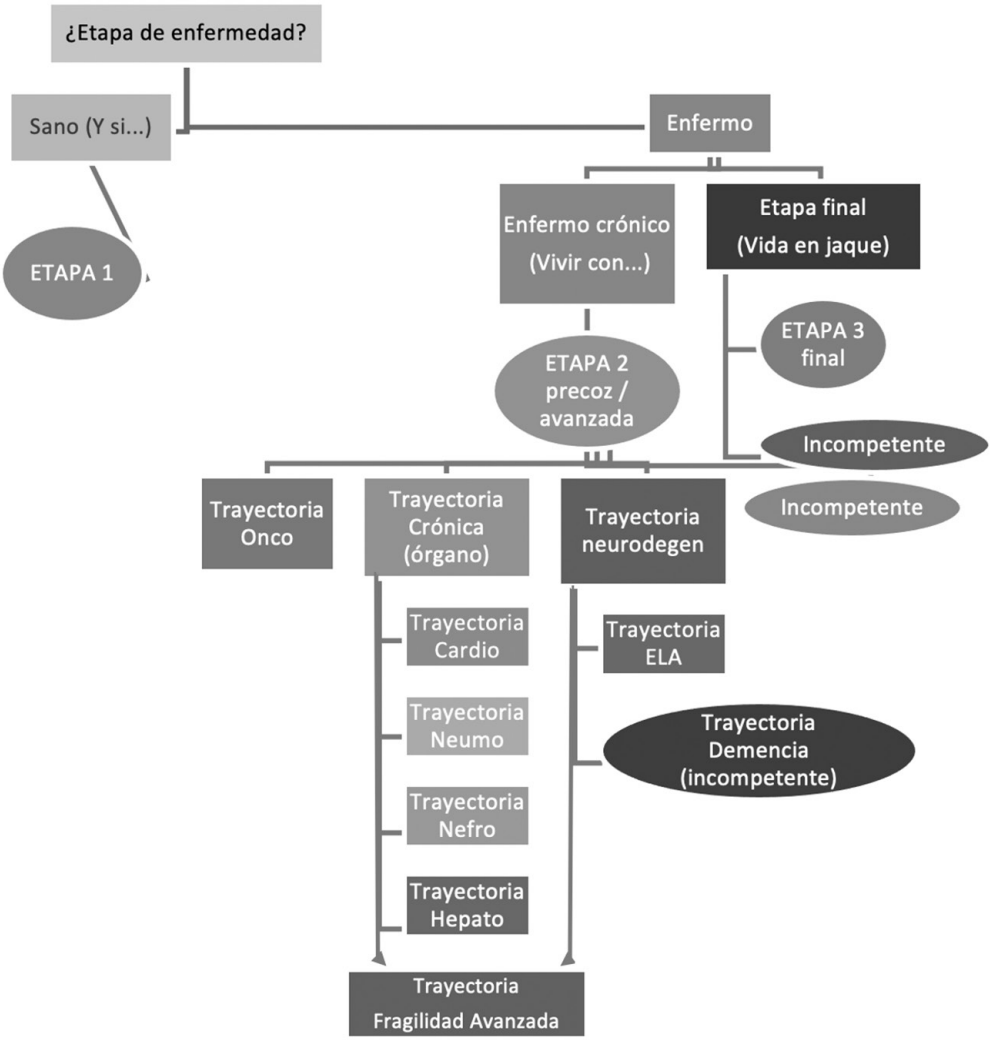


Figura 2. Trayectorias y etapas de enfermedad. Grupo de Trabajo PCA-RM.

Tabla 2. Complicaciones según trayectorias de enfermedad. Grupo de Trabajo PCA-RM.

Complicaciones	Trayectorias							
	Onco	Card	Resp	Nefro	Hep	Nrl.M	Dem	Frag
Insuficiencia cardíaca								
Cardiopatía isquémica								
Arritmias								
Enfermedad cerebrovascular								
Enfermedad tromboembólica venosa								
Enfermedad vascular periférica								
Insuficiencia respiratoria								
Broncoaspiraciones								
Hipercalcemia								
Compresión medular								
Insuficiencia renal								
Trombosis de acceso vascular								
Obstrucción intestinal								
Descompensaciones hidrópicas								
Ascitis								
Encefalopatía hepática								
Síndrome hepatorrenal								
Hemorragia digestiva								
Hepatocarcinoma								
Inmunodepresión								
Infecciones/sepsis								
Úlceras crónicas								
Osteoporosis/fracturas								
Deterioro cognitivo								
Deterioro funcional								
Desnutrición/caquexia								
Ingresos frecuentes								

***Onc**: oncológica, **Card**: cardíaca, **Resp**: respiratoria, **Nefro**: nefrológica, **Hep**: hepática, **Nrl.M**: neurológica motora degenerativa, **Dem**: demencia, **Frag**: Fragilidad*

Las tablas 2 y 3 pueden ayudar al profesional en la exploración de la **etapa de enfermedad**, siguiendo con la idea de guía (sin que suponga una entrevista rígida), recapitulando información sobre las **complicaciones y los signos/síntomas de mal pronóstico**, al tiempo que se orienta la conversación hacía una **visión común de la historia clínica y situación actual del proceso**. Para ello se han seleccionado aquellas complicaciones y signos/síntomas de mal pronóstico más frecuentes y relevantes en cada trayectoria de enfermedad.

Tabla 3. Signos y Síntomas de mal pronóstico según trayectorias de enfermedad. Grupo de Trabajo PCA-RM.

Signos y síntomas de mal pronóstico	Trayectorias							
	Onco	Card	Resp	Nefro	Hep	Nrl.M	Dem	Frag
Angor de pequeños esfuerzos/reposo								
Edemas refractarios								
Hipertensión refractaria								
Hipotensión								
Disnea NYHA III-IV								
Ortopnea								
Anemia								
Fiebre recurrente								
Hipercapnia crónica								
Nauseas/vómitos								
Disfagia								
Dolor crónico								
Depresión/ansiedad/insomnio								
Deterioro cognitivo/delirium								
Deterioro funcional								
Escasa respuesta a tratamientos específicos								
Conducta desadaptativa/ escasa adherencia a tratamientos								

***Onc**: oncológica, **Card**: cardíaca, **Resp**: respiratoria, **Nefro**: nefrológica, **Hep**: hepática, **Nrl.M**: neurológica motora degenerativa, **Dem**: demencia, **Frag**: Fragilidad*

En la tabla 4 se han seleccionado, en la misma línea, los **tratamientos** más relevantes relacionados **con cada trayectoria de enfermedad**, de manera que tengamos presente los que ha recibido el paciente y aquellos que eventualmente puede necesitar, lo que nos permitirá aclarar conceptos y deliberar sobre su idoneidad. Cómo explicábamos previamente, anticiparse a los cuidados que pueden ser necesarios no supone aumentar una presumible ansiedad anticipatoria si esto se acompaña de **garantía de soporte** y se lleva a cabo atendiendo al **ritmo** y las **necesidades** del paciente.

Tabla 4. Tratamientos específicos según trayectorias de enfermedad. Grupo de Trabajo PCA-RM.

Tratamientos específicos	Trayectorias							
	Onco	Card	Resp	Nefro	Hep	Nrl.M	Dem	Frag
Reanimación cardiopulmonar/IOT								
VMNI								
Traqueotomía								
Drogas vasoactivas								
Vías venosas centrales								
Transfusiones sanguíneas								

Tratamientos específicos	Trayectorias							
	Onco	Card	Resp	Nefro	Hep	Nrl.M	Dem	Frag
Medicación/Hidratación endovenosa								
Sondas de alimentación								
Quimioterapia/Inmunoterapia								
Radioterapia								
Terapia renal sustitutiva								
Intervenciones quirúrgicas								
Paracentesis evacuadoras								
Endoscopias								
Trasplante								
Cateterismo/Marcapasos/DAI								
Ingresos hospitalarios								
Control de síntomas								

***Onc**: oncológica, **Card**: cardíaca, **Resp**: respiratoria, **Nefro**: nefrológica, **Hep**: hepática, **Nrl.M**: neurológica motora degenerativa, **Dem**: demencia, **Frag**: Fragilidad, **IOT**: intubación orotraqueal, **VMNI**: ventilación mecánica no invasiva, **DAI**: desfibrilador automático implantable*

3.- Información biográfica. Contendrá información sobre las amenazas percibidas por el paciente y sus recursos para afrontarlas, así como las experiencias de cuidados en el entorno cercano. También incluirá las expectativas, los valores, la dimensión espiritual y las ideas de trascendencia y legado, dimensiones todas que definen a la persona enferma.

Para ayudar en la exploración, se proponen ejemplos orientativos que recogemos en la tabla 5 para que sirva, de nuevo, de guía al profesional en la exploración de esta información más sensible, en la que no estamos tan formados. De nuevo, la relación de situaciones de «alerta» facilitará una nomenclatura que, habitualmente, nos cuesta manejar, con la intención de fomentar su registro y promover actuaciones por parte del profesional. Por lo tanto, se podría decir que facilita la traducción al lenguaje clínico de las expresiones de nuestros pacientes en relación con su vivencia de enfermedad (figura 3).

Figura 3. Traducción de la vivencia de enfermedad para registro en la historia clínica.

Tabla 5. Exploración de la historia biográfica. Grupo de Trabajo PCA-RM.

Información biográfica		
Apartados	**Ejemplos de exploración**	**Alertas**
Conocimiento de la enfermedades	• ¿Qué sabe sobre su enfermedad? • ¿Y sobre la evolución? • ¿Qué información le gustaría tener? ¿quiere que hablemos con alguien más sobre esto?	• Negación • Disonancia diagnóstica • Disonancia pronóstica • Desistimiento de tratamientos • Situaciones gatillo, transición, crisis • Desbordamiento emocional • Malas experiencias pasadas • Asuntos pendientes • Deseo de adelantar la muerte • Ausencia de representante • Riesgo de /pacto de silencio • Conflictos familiares • Actitudes hostiles ante el equipo profesional • Importancia de la dimensión espiritual
Exploración de amenazas, experiencias pasadas, sufrimiento, expectativas	• ¿Cómo ha influido la enfermedad en su vida? • ¿Qué le preocupa más en estos momentos? • ¿Hay algo que le haga sufrir especialmente? • ¿Qué experiencias semejantes ha vivido (de paciente o cuidador? • ¿Qué ha aprendido de esas experiencias? • ¿Qué espera de la atención que reciba?	
Identidad biográfica	• *¿Qué debo saber de usted como persona para cuidarle lo mejor posible?* • ¿Qué es importante para usted en estos momentos, en esta etapa?	
Recursos, fortalezas. Toma de decisiones	• En momentos difíciles ¿qué o quién le sirve de apoyo? ¿qué le da fuerzas? • ¿Cómo suele tomar las decisiones? ¿quiere compartirlas con alguien?	
Red de cuidados	• ¿Cómo considera los cuidados que recibe? • ¿Siente que controla su cuidado? ¿le preocupa su atención en esta etapa?	
Dimensión espiritual. Trascendencia, legado	• ¿De qué se siente orgulloso/a en su vida? • ¿Qué consejos/enseñanzas quisiera transmitir a otros? • ¿Cómo lo describen sus seres queridos?	

4.- Deliberación y plan de actuaciones. Tras toda la información recogida en los bloques previos, llegados a este punto, la guía orienta a la deliberación y toma de decisiones compartida, animando a dejar registrada tanto la **intensidad terapéutica** acordada como los **planes concretos de actuación** cuando se llega a establecerlos. Esto no siempre será posible en una entrevista y el registro permite retomar la exploración en sucesivas visitas acomodando la información, exploración y deliberación al ritmo del paciente. Será necesario, igualmente, **reevaluarlo** de forma continuada, acompañando al paciente en las sucesivas **transiciones**, atendiendo la reformulación de **esperanzas** y las modificaciones en la escala de valores y prioridades que forman parte de la vida.

Finalmente, se registrará también la posible aportación de documentación y el eventual registro de planes de actuación en Instrucciones Previas. Idealmente, para optimizar la potencialidad de la PCA debe haber coherencia entre la información clínica en lenguaje para profesionales (HCE) y los documentos registrados por los pacientes. Con

DESEOS KAYRÓS, recogido en anexo adjunto se intenta ofrecer y utilizar un documento más narrativo que cumpla este requisito de coherencia con la PCA aquí defendida.

En definitiva, con esta estructura de PCA se facilita la visibilización en nuestras historias de conceptos y procesos relevantes que nos ayuden a acompañar mejor a nuestros pacientes en la enfermedad y en las etapas finales de su vida, situando sus necesidades y autonomía relacional en el centro de la atención.

XIV. VERBA VOLANT, SCRIPTA MANENT: PCA COMO NARRATIVA Y PUENTE ENTRE LA VIVENCIA Y LA DOCUMENTACIÓN

Como venimos reivindicando la necesidad de no perder de vista el componente vivencial, subjetivo, veamos algunos ejemplos narrativos de trayectorias de enfermedad, vistos desde la perspectiva de los cuidadores, cuyo acompañamiento y atención se ve reforzado por una cultura de la PCA como la que estamos proponiendo, y utilizados en redes sociales (LinkedIn y X).

La vida, a poco que sea larga, con el extraordinario éxito de la medicina para evitar muchas muertes prematuras, va a llenarse de retos y transiciones según bajamos en funcionalidad y subimos en dependencia. Las decisiones que debemos adoptar para acomodarnos vienen marcadas por unos elementos clínicos importantes, propios de cada trayectoria de enfermedad.

Pero lo clínico, condicionante, no es lo único a considerar. Está la realidad sociofamiliar que rodea a la persona enferma. Está el recorrido biográfico que ha forjado el carácter, las expectativas y preferencias. Todo juega un papel en la coctelera de la toma de decisiones, las necesidades y los apoyos.

¿Qué reflejo hay de ello en nuestras historias clínicas? Más que probablemente, solo elementos clínicos: fisiopatología, diagnóstico y tratamientos. Habitualmente, sin discriminar explícitamente, si persiguen supervivencia, funcionalidad o confort.

Del resto de la «historia», un pálido reflejo, si acaso indirecto. Todo se mueve como si se tratara de movimientos de aguas subterráneas. ¿Debe de ser así?

Hasta que surge el géiser del sufrimiento intolerable. Entonces, sí. Entonces, debemos recoger que uno está ya cansado de vivir así y que quiere ayuda para morir. Que no hay alternativa.

¿Dónde está el reflejo de las corrientes de agua que llevan a esa catarata determinante? ¿Cómo se ha llegado a ese punto?

Nuestro esquema de atención por episodios y por crisis, «con profesionales intercambiables» en una atención cronológicamente continua, 24x7, se apoya en información biomédica, necesaria pero no suficiente para tomar decisiones.

No refleja bien este enfoque, a menudo a remolque, la productividad de acompañar las trayectorias de enfermedad, con sus transiciones de objetivos asistenciales al hilo de la funcionalidad menguante y la dependencia creciente.

Mañana eres tú el que afrontará un reto de salud. No eres un cuerpo enfermo. Eres una persona enferma. Con la biografía que te ha traído hasta dónde estás. Y con expectativas de lo que te puede deparar el resto de tu vida.

No te conformes con que te ayuden a remendar el cuerpo. Aspira a que te acompañen a readaptarte y reformular la gestión de tu proyecto de vida con el nivel de salud que tengas en cada etapa. Y que de esa aventura personal quede constancia en TU historia.

Es hora de habilitar pozos y generar cauces que canalicen la realidad biográfica, las relaciones y las deliberaciones sobre lo que afrontamos en la vida. Que recoja amenazas, recursos, alertas y planes de actuación.

Es hora de revaluar estos elementos cada nueva etapa, en el siguiente reto, con cada transición. Conversando. Deliberando. Escribiendo.

Porque una cosa es el mapa del viaje y otra la experiencia de recorrer el territorio de la vida de cada cual. Cada enfermedad y, sobre todo, cada enfermo, es un mundo (experiencia). Pero hay ciertos patrones de trayectorias que tienen necesidades y retos identificables (mapas).

Siempre es demasiado pronto hasta que es demasiado tarde (Ellen Goodman). *Verba volant. Scripta manent.*

A vueltas con el cáncer de papá

Tienes unos 35 años. Tu padre tiene sangre en la orina, de vez en cuando y es diagnosticado de un tumor en el riñón. No se sabe lo que es. Pero quitar el riñón es la opción recomendada.

La cirugía va bien. Os dan los resultados de la anatomía patológica. ¡Era cáncer! Pero la cirugía ha ido bien. ¡Menos mal!

Seis meses después, empieza a perder peso, está decaído. ¡Tremenda noticia: tiene metástasis en hígado y en pulmón! Hay venenos (quimioterapia) para intentar ganar terreno. ¡Adelante! Al fin y al cabo tiene 62 años.

En los meses que transcurren tu padre recibe apoyo psicológico, apoyo espiritual (que para él es importante) y os apodera a los hijos para gestionar aspectos económicos, por si acaso.

Nada de esto lo han recomendado o facilitado los profesionales que le atienden. Os lo habéis buscado vosotros. Están en a ver qué tal va la quimioprofiláctica. Los 5 minutos de consulta no dan para mucho más.

Los ciclos de quimio son duros y le debilitan. Y evoluciona, de la esperanza en la providencia a una esperanza más realista. Es curioso ver cómo la esperanza es como un edificio con pisos: del luminoso ático, al oscuro sótano.

Se baja y se sube. En algunos pisos hay llave que uno no tiene o se niega a utilizar según qué etapa de enfermedad esté uno. Algunos pisos es mejor visitarlos, en general, acompañado.

Viendo el coste de la quimio para su calidad de vida propones centrarse en los cuidados paliativos. Tu padre estaba pensando algo parecido. ¡Que bueno que lo habéis comentado!

Dais los pasos para ello. No te lo han recomendado los profesionales. Todavía no. Tenéis bagaje personal y profesional para identificar que había que reevaluar el objetivo asistencial.

Ingresos imprevistos por debilidad, ¿necesidad de transfusiones? No bastan planes para tú médico de referencia, entre semana. La enfermedad descoloca por las noches y los fines de semana.

En esos momentos «fuera de hora», atienden profesionales «aleatorios», con otro esquema mental. A menudo, sin acceso a las anotaciones de tu médico.

¿Cómo ha ido cambiando el objetivo de tratamiento en cada fase? ¿Cuál debe el objetivo asistencial ahora? ¿cómo se han reflejado las incertidumbres y las deliberaciones ante cada nuevo reto, ante cada transición, en tu historia clínica? Probablemente de ningún modo.

Lo que hayas pensado, hablado y comentado con los profesionales de la salud, no estará detallado en tu historia clínica. Curioso.

Tu padre fallece en una complicación en Urgencias/Hospitalización. Por suerte, os dejaron una habitación solos para despediros. DEP

¿Cómo influirá esta experiencia en los retos de salud que tengas en el futuro? ¿Cómo quedará recogido cuando te toque a ti tomar decisiones?

Si lo dejamos al estado actual de la cuestión y a las prácticas profesionales al uso, de ningún modo. Siempre es demasiado pronto hasta que es demasiado tarde. *Verba volant, scripta manent.*

A vueltas con el deterioro cognitivo de mamá

Algo chirría cuando padecemos enfermedades crónicas que progresan comprometiendo nuestra funcionalidad e incrementando nuestra dependencia si la asistencia clínica permanece focalizada en supervivencia, en clave biomédica: los circuitos al uso con nichos de urgencias-hospitalización-consulta-domicilio resultan insuficientes.

Se requiere proactividad para ofrecer apoyos acordes con nuevas necesidades ante el desequilibrio entre amenazas planteadas por una enfermedad crónica que se extiende a lo largo de años con diferentes etapas y los recursos personales, familiares, sociales disponibles para cada una.

Esa proactividad es uno de los tesoros que pueden aportar los profesionales con perspectiva y compromiso de acompañamiento, para conformar planes de actuación compartidos. ¿No debería ser el estándar, sin esperar a que las necesidades sean acuciantes?

Suele darse en equipos multiprofesionales coordinados «sensibles», que son escasos y para situaciones, a menudo, demasiado avanzadas. Tras crisis ¿evitables?

Para ilustrarlo narrativamente esta dinámica puede ser útil la historia del deterioro cognitivo progresivo de tu madre, viuda con cuidadora interna en su domicilio, desde hace años. No es fácil anticipar velocidad de deterioro, si va a afectar o no a la docilidad y al carácter.

Perdiste a tu padre demasiado joven, teniendo él 62 años, por un cáncer, que parecía que se le podía mirar por el retrovisor, pero vino con rebajas y cierre.

Pero pudisteis acompañarle en sus últimas horas, rodeado de los suyos. Toda su trayectoria de enfermedad, generó unas experiencias indelebles para ti.

Tu mirada de algunas cosas ha evolucionado, como los Pokemon que coleccionaban tus hijos. De Charmander a Charmeleon.

Pasan dos décadas. Tu madre, viuda durante 20 años, presenta síntomas de pérdida de memoria. El progresivo deterioro cognitivo se hace evidente.

Vive sola desde hace años. Valora su independencia. Pero cada vez es más evidente que no va a poder cuidarse a sí misma. Poco a poco irá declinando en capacidades ejecutivas.

¿Cuánto? ¿Cuáles? Nadie lo sabe. No es fácil cambiar el chip para tomar conciencia de las implicaciones y cambios que requieren algunas circunstancias con las que convivimos cotidianamente y tenemos delante de los ojos. La gestión del dinero, conducir, despistar las llaves de casa, que se aprovechen de ella los vendedores de enciclopedias… Anécdotas, que se hacen categoría. Necesita tener apoyos.

¿Una cuidadora? ¿Una interna? ¿Ayudas a la dependencia? ¿Teleasistencia? No suelen ser cosas que hablar con los profesionales que cuidan de su salud. Si acaso si tienes suerte de hablar con algún profesional de trabajo social. Con frecuencia, no antes de que lleven siendo largo tiempo necesarias, al menos.

Especialmente relevante las implicaciones que va a tener tener uno u otro contexto familiar. En tu caso, sois dos hijos varones. Tú vives a 400 km y tu hermano en las afueras.

Ella se niega a meter a nadie en su casa. Conversaciones entre tu hermano y tú. ¿Esperar? ¿Presionar? ¿Porfiar? Quizá es demasiado pronto… salvo que la vida ya os mostró con la enfermedad de papá que puede parecer demasiado pronto hasta que es demasiado tarde. Bufff.

A regañadientes acepta una cuidadora. Tiene que ser interna. Cruzáis los dedos… No hay suerte. No se lleva bien con ella. No le gusta como cocina. No le gusta como limpia. No le deja gestionar «sus» medicinas.

Pasa algún año. Habéis cambiado de cuidadora tres veces. Ahora está interna. Ya no lo discute tu madre, que va al centro del día del barrio. ¡Qué suerte que hay uno en el barrio!

Limita su radio de acción, por suerte, al entorno familiar que conoce. Las calles y el bulevar con las tiendas de siempre y las cafeterías. Fabula sobre lo que es y no es capaz de hacer: dice que conduce todavía.

Ya no se lava igual. Ya no cuida su aspecto igual. Ya no lee los libros que devoraba. Apenas ve la tele o pone la radio, aunque ya no se acuerda de lo que pasó en la serie que está siguiendo. Agradece la compañía. Estar. Aprecia el cariño.

No es fácil estar con ella. Porque repite muchas preguntas, no se acuerda de lo que estáis hablando. Es como si hubiera que reaprender cómo interaccionar con una persona amnésica. Nadie os lo sugiere.

Tampoco os han hablado de apoyos para gestionar la vida civil, como los poderes preventivos. O de no retrasarse en pedir ayudas a la dependencia que llevan meses de trámites.

Sí os recomendó la enfermera del centro de salud hacer adaptaciones en la casa: poner ducha con agarre, en vez de bañera.

Pasan algunos años más, menudean los problemas médicos: una fibrilación auricular, problemas con los dientes, no oye bien, tiene dolores de vez en cuando. Para estas cuestiones «objetivas» hay rutinas de atención.

Tu hermano lleva el peso de las múltiples incidencias. Te vas a vivir unos meses con ella, a reevaluar la situación. Te cambias de trabajo y tu familia nuclear se queda donde vives, a 400 km.

Nuevo cambio de cuidadora. Empieza a caerse. Empieza a tener pérdidas de orina y accidentes. Cuando descansa la cuidadora hay que hacer turnos. Ya no puede estar sola en ningún momento. Agradece la compañía. Estar. Aprecia el cariño.

Nada de esta evolución y estas progresivas congojas se ve recogida en las frías consultas en las que le hacen pruebas de memoria o le recomiendan mantenerse activa y hacer sudokus.

La casa, refugio y entorno de cuidados principal, empieza a ser problema y no solución. Empieza a caerse con bajarse de la cama. Empieza a tener pérdidas de orina y accidentes. ¡Se pierde en su propia casa!

Tu hermano propone pensar en una residencia. Era lo último, mientras mamá pudiera disfrutar en su propia casa. Pero es que ya se pierde en ella y no encuentra el baño.

El traslado a una residencia se decide con una congoja que nunca habíais tenido como hijos. Era lo último, mientras mamá pudiera disfrutar en su propia casa. Pero es que ya no encuentra su propio baño… Por suerte, ¡todo va bien! Mamá está en el presente continuo, y agradece el cariño, ser vestida, alimentada y «paseada».

Ha reducido su comunicación que a menudo se refugia en su mirada. Unos pocos monosílabos o gestos. Mantiene buen apetito. Parece reconoceros. Muestra placidez.

Maldita pandemia. Aislamiento y barreras para proteger. Perder el contacto para proteger. No hay manera de zafarse del señorío de la «salud pública» en centros sociosanitarios.

Se relaja la pandemia. Caída, fractura de cadera. ¡Cirugía! Curiosa realidad en la que se opera con edades muy avanzadas con la esperanza de una recuperación funcional,

porque la alternativa es una condena segura. Pero luego no hay suficientes recursos para buenas recuperaciones.

La anestesia apaga sus ojos. La encierra en un mundo de neblina mayor que el propio Alzheimer. Silla de ruedas. Más dependencia.

Vuelve a andar. Con apoyos. Sigue comiendo. Con texturas. Más lunas se suceden.

Un ictus se une a la «fiesta». Deja de mover un brazo. Solo. Por suerte. Le cuesta tragar más. Baja un piso de la funcionalidad. Sube uno de la dependencia. Nuevas texturas. Espesantes también para líquidos.

Los profesionales no os han planteado nunca qué hacer si acaba atragantándose o deja de interesarle comer. No hay conversaciones. Tampoco anotaciones al respecto en la historia clínica.

Hasta que llega una crisis. Neumonía por aspiración. Urgencias. No puede estar acompañada durante muchas horas o algún día. Está sola en un inmenso mar de camas «accesibles» para los profesionales. Nuevas cábalas familiares. Tomáis conciencia de que puede haber nuevos retos de cara al futuro. Lo que ha funcionado hasta ahora, puede dejar de hacerlo en un tiempo. Seguís buscando recursos, lecturas, asociaciones.

Pasa a planta. Supera la neumonía. Sigue viviendo en el presente, agradeciendo el cariño, sigue la vida en sus ojos. Pero ya no siempre. Vuelve a la residencia.

Conversaciones difíciles entre los hijos. ¿Qué objetivos? ¿Qué es pasar un buen día? ¿Función de las urgencias?

Nueva neumonía por aspiración. Esta vez no aguanta el cuerpo. Muere sola en Urgencias, mientras vais de camino. ¡Mierda!

Un pensamiento magro y fugaz en medio de la tristeza: No ha habido que plantearse qué hacer si hubiera dejado de comer. Se estaba muriendo a cámara lenta, en un remedo en que cada función fisiológica como encogiéndose de hombros espeta «que apague la luz el último».

Es necesario tener un radar afinado para identificar los marcadores de los retos y transiciones más habituales en este dilatado recorrido del deterioro cognitivo y funcional: memoria e interacciones afectivas, alteraciones del comportamiento, actividades instrumentales y básicas de la vida diaria, alimentación…

A través de la experiencia se toma conciencia de que las preocupaciones de seguridad, de socialización, de interrelación afectiva, tres pilares básicos de una vida con dependencia creciente, no se pueden equilibrar al máximo en etapas avanzadas. Apostar por un pilar puede suponer sacrificar parte de otro.

¿Podría ser este un objetivo del acompañamiento a las personas con demencias y sus cuidadores: monitorizar y ajustarse ante la evolución de la enfermedad? ¿Lo es habitualmente?

Siempre parece demasiado pronto hasta que es demasiado tarde. *Verba Volant. Scripta Manent.*

XV. Importancia de la visibilidad en los instrumentos clínicos para facilitar el proceso de PCA: deseos kayrós, código A19 y estándares de calidad. Verba volant, scripta manent

Finalmente, vamos a presentar tres herramientas o instrumentos clínicos e iniciativas útiles para profundizar en la cultura de la PCA en el proceso de ayudar a vivir mejor la enfermedad y el morir.

Un documento narrativo pensado para uso y deliberación de paciente y cuidadores (destacando la figura de un representante) para reflejar sus preferencias en coherencia con su situación de enfermedad y con la PCA reflejada en la HCE.

Un espacio de visibilidad en las historias clínicas por episodios (típicamente, en Atención Primaria) con un código CIAP2 para recoger procesos de deliberación bióetica para la toma de decisiones en clave PCA: código A19.

Una propuesta de estándares de calidad para los procesos de PCA y los documentos, de especial trascendencia en el nuevo desarrollo normativo de la LORE y la solicitud anticipada por escrito de ayuda médica para morir (típicamente en escenarios de personas con demencia).

XVI. DESEOS KAYRÓS: un instrumento deliberativo de planificación compartida de la atención en la enfermedad y el final de la vida (ver anexo 1)

Necesitamos mejores procesos, mejores documentos y mejor documentación en HCE. Empecemos por mejorar los documentos que facilitan la deliberación de los pacientes con sus familiares. Hace 11 años[26], realizamos la propuesta de *DESEOS KAYRÓS* (conversacioneskayros.es) que hemos seguido actualizando, tras la LORE.

XVI.1. Contexto y justificación

Los documentos de instrucciones previas (IP) en España, concebidos como garantía de la autonomía del paciente, suelen limitarse a escenarios hipotéticos y a la designación de un representante, sin integrar de forma dinámica la experiencia vivida en trayectorias de enfermedad. El documento DESEOS KAYRÓS, desarrollado en el marco de la Planificación Compartida de la Atención (PCA) en la Región de Murcia, representa un modelo narrativo, deliberativo y complementario que:

- Cumple con los requisitos legales de IP (Decreto 80/2005 RM, Ley 41/2002, LORE 3/2021, Ley 8/2021).
- Se articula con las anotaciones en la historia clínica electrónica (HCE).
- Permite identificar, revisar y deliberar deseos, criterios y decisiones según evoluciona la enfermedad y el afrontamiento.

[26] Júdez, J., *La facilitación como herramienta básica…,* ob. cit.

XVI.2. **Estructura del documento DESEOS KAYRÓS (DK)**

Inspirado en *Five Wishes* (https://www.fivewishes.org/), en su día, en 2013, obtuvimos permiso de adaptación a nuestro contexto español y propuestas de PCA.

En DK se mantienen las cinco secciones originales, modificadas:

1. Representante: designación de representante principal y alternativo, con nivel de autoridad deseado (desde seguir instrucciones literales hasta interpretación flexible).

2. Preferencias de tratamiento: reflexión «por si acaso» o en contexto de enfermedad, con identificación de tratamientos de soporte vital y decisiones en tres escenarios: enfermedad terminal, coma/alteración de conciencia y dependencia/sufrimiento intenso.

Concreción/especificación si hay diagnóstico de patología

3. Cuidados de confort: medidas de alivio de síntomas y preferencias de confort.

4. Trato y entorno: deseos sobre acompañamiento, ambiente, espiritualidad y lugar de fallecimiento.

5. Mensajes a seres queridos (legado): reconciliación, afecto y sentido de trascendencia.

Incluye otras consideraciones sobre donación de órganos, autopsia, embarazo y disposiciones post-mortem, así como concreciones específicas que caractericen un eventual sufrimiento intolerable (contexto LORE).

XVI.3. **Aportaciones innovadoras**

- **Integración con PCA y HCE:** favorece el seguimiento de la trayectoria de enfermedad y las transiciones.
- **Deliberación de «líneas rojas»:** identifica situaciones de sufrimiento intolerable vinculadas a la LORE.
- **Gradación de la autoridad del representante** según estilo relacional y circunstancias.
- Lenguaje narrativo, accesible a pacientes y familias, facilitando el diálogo.
- Instrumento dinámico, actualizable con adendas.

XVI.4. **Inserción normativa y operativa**

Cumple normativa autonómica y estatal de IP, integra criterios de la Ley 41/2002, LORE 3/2021 y Ley 8/2021, y es compatible con los registros de instrucciones previas de las distintas CCAA.

XVI.5. **Contribución a la PCA**

DESEOS KAYRÓS fortalece la autonomía relacional, facilita la toma de decisiones compartidas y se convierte en una herramienta viva de comunicación, confianza y cuidado, insertando valores personales en las decisiones clínicas con un enfoque deliberativo, realista y centrado en la persona. Complementariedad coherente con las anotaciones en HCE.

XVI.6. **Conclusión**

DESEOS KAYRÓS transforma las instrucciones previas en un proceso de deliberación compartida, insertando el cuidado y la PCA en el contexto real de enfermedad, de forma respetuosa con la normativa, útil en la práctica clínica (complementaria a las anotaciones y planes de actuación de los profesionales en HCE) y centrada en el paciente y su red de cuidado, constituyendo un modelo innovador y replicable para sistemas de salud.

XVII. **Código CIAP2 «A19»: visibilizar la deliberación bioética en la historia clínica (ver anexo 2)**

Facilitada la deliberación de paciente y familiares, que puede documentarse en documentos facilitadores como DESEOS KAYRÓS, tenemos los profesionales el reto de documentar estos procesos en nuestras herramientas clínicas, sean en programas con codificación de atención primaria (CIAP2) o de la CIE, en formularios o protocolos de historia clínica electrónica.

Dime lo que exploras y te diré lo que valoras. Dime lo que escribes y registras y te diré el marco mental y las herramientas con las que trabajas.

Las éticas médica y enfermera siempre han estado en el corazón de estas profesiones de cuidado. La profesionalidad, también llamada, en dudoso préstamo anglosajón, «profesionalismo», acoge el latir de las buenas prácticas que se despliegan en el ejercicio clínico. Este se encarna en el quehacer diario a través de las relaciones clínicas que se establecen con pacientes y sus entornos. Desde hace más de 30 años una versión más democrática de estos valores profesionales rinde cuentas en la bioética, competencia nuclear y transversal del ejercicio profesional. Integración de hechos, valores y deberes.

Sin embargo, no hemos dado suficientemente la batalla epistemológica del valor y función de lo que escribimos al atender a una persona enferma. No nos hemos dotado de un marco mental y unas herramientas que nos permitan recoger lo que decimos que es el corazón de nuestras profesiones, lo que tienen de «arte» y no solo «ciencia». Utilizamos herramientas de registro e historia clínica que son fiel reflejo de un modelo biomédico que adolece de injustificables lagunas para un ciudadano del siglo XXI, autónomo, ciudadano de derechos, pero sobre todo, ser humano vulnerable en situación de riesgo o pérdida funcional, de fragilidad, de vulnerabilidad o de dependencia. Cuando la vida aprieta, cuando hay que tomar decisiones es preciso deliberar sobre las amenazas y los recursos que tenemos para afrontar el «apretón». Es preciso que los profesionales que brindan su conocimiento técnico para generarnos oportunidades (recursos) para recuperar salud o funcionalidad, también sepan acompañarnos en nuestros procesos de enfermedad. Exploren nuestro sufrimiento, generado por un disbalance entre amenazas y recursos. Nos faciliten la necesaria deliberación sobre disyuntivas, beneficios y riesgos, transiciones, intensidad de tratamiento, objetivos asistenciales. Esto no es tanto recoger preferencias para escenarios hipotéticos a modo de planes de contingencias para situa-

ciones imprevistas. Es más, ayudarnos a explorar, pensar y probar dichas preferencias a lo largo de la trayectoria de enfermedad que vamos padeciendo. Porque todos vamos a morir de algo. Cada vez más, evitando muertes prematuras, con el progreso de la atención sanitaria, transitamos a edades más avanzadas. Acumulamos más achaques propios de la cronicidad avanzada. Según ganamos años, podemos ir perdiendo funcionalidad y hacernos más frágiles. La buena noticia del aumento de nuestra expectativa de vida implica tener diferentes etapas de vida, con diferentes planes de cuidado, para diferentes contingencias previsibles. No queremos lo mismo todo el tiempo. No necesitamos lo mismo en cada etapa de la vida.

Es preciso colocar la deliberación en el corazón de nuestro proceso asistencial. Es imprescindible acompañar y recoger mejor los procesos de deliberación, de toma de decisiones, en nuestras historias clínicas. Necesitamos desarrollar mejores herramientas, una semiología y una propedéutica de los valores para ayudar a la toma de decisiones.

La semiología enseña a cómo buscar, identificar y jerarquizar las manifestaciones de la enfermedad para los clínicos. La propedéutica es el conocimiento de los procedimientos y técnicas necesarios para investigar en un área científica. Necesitamos una semiología de los procesos de toma de decisiones para acompañar los retos que las enfermedades plantean a los pacientes a lo largo de la trayectoria de compromiso funcional. Necesitamos una propedéutica de cómo debemos facilitar conversaciones y registrar la información para acompañar esta toma de decisiones compartidas. Este es el aliento ético que late en las propuestas de la llamada «planificación compartida de la atención» que algunos profesionales llevamos alumbrando en los últimos años integrando intuiciones parciales.

La PCA, el acompañamiento a lo largo de la trayectoria de enfermedad para deliberar y tomar decisiones idealmente compartidas requiere, perentoriamente, de una manera más adecuada de explorar y recoger en la historia clínica no solo la fisiopatología, el diagnóstico y la terapéutica, sino también el componente biográfico con su entramado de relaciones, deliberaciones y decisiones. Este es el reto que afrontamos desde hace décadas, que se vuelve necesidad imperiosa con el proceso de envejecimiento demográfico y los fenómenos de cronicidad avanzada. Más aún con la ratio última que nos hemos dado como sociedad de acoger, en circunstancias de sufrimiento intolerable que no puede ser aliviado por otros medios, de la posibilidad de ayudar médicamente a morir. No cabe explorar y deliberar «in extremis» sin que haya constancia alguna en la historia clínica de aquellas circunstancias que han infligido un sufrimiento intolerable.

Como parte de esta convicción y de este proceso de renovación de herramientas se inserta una modesta iniciativa de «crear» un código para que los profesionales en Atención Primaria puedan recoger episodios de «deliberación bioética» con nodos de decisión relevantes en la evolución de la enfermedad. Se explicaba en el formulario https://forms.gle/MU7SLKaPsPgAQMNR7

Necesitamos más que códigos, por supuesto. Necesitamos resetear nuestro sistema operativo, actualizar nuestro marco mental, recablear nuestro sistema de transmisión de

información. Los dispositivos móviles han cambiado nuestro acceso a la información. Hablamos del impacto exponencial de las tecnologías en nuestras vidas. Analizamos las repercusiones que la llamada «inteligencia artificial» puede tener en todo tipo de actividades. Igual que hemos desbordado las líneas telefónicas terrestres, el VHS, los disquetes, el mapa de carreteras en papel o el disco de vinilo, necesitamos actualizar el modo como está concebida la recogida de información asistencial, especialmente para acompañar procesos crónicos avanzados que tienen diferentes transiciones.

Generar un código para visibilizar un espacio que refleje nuestras deliberaciones sobre decisiones difíciles es solo un primer paso. Más actuaciones son necesarias a desarrollar e implantar. No descuidemos cuidar y acompañar aquello que nos hace humanos: nuestras decisiones y cómo llegamos a ellas. También cómo las cambiamos en función de las circunstancias que nos toca experimentar o sufrir. Necesitamos historias clínicas 3.0 que recojan la exploración del sufrimiento producido por las enfermedades y la toma de decisiones relevantes combinación de aspiraciones de supervivencia, funcionalidad y confort. Necesitamos una semiología y una propedéutica de las deliberaciones que nos exige vivir la vida que nos toca y afrontar la enfermedad que, a menudo, nos lleva a reformular las expectativas que teníamos y modular la intensidad de tratamiento en función del objetivo asistencial perseguido. No hay tiempo que perder. Se nos va la vida pensando que es demasiado pronto hasta que es demasiado tarde. Verba volant, scripta manent.

En este sentido, el grupo de PCA-RM lanzó a profesionales interesados en la bioética la propuesta del código CIAP2 «A19». La propuesta fue acogida por la ABFyC, a través de su Junta y Comisión Científica y elevada al Ministerio de Sanidad en una «carta abierta». La acogida inicial a estudio del Ministerio se ha enredado en aspectos supuestamente técnicos, para concluir lo que la propuesta plantea de partida.

XVIII. Estándares de calidad de proceso y documentación (imprescindibles para casos particularmente complejos)

Ninguna patología pone más de manifiesto la necesidad de estándares de calidad en la documentación que recoge las preferencias de los pacientes que el tema de la atención a personas con demencias.

Tenemos que revisitar las buenas prácticas de acompañamiento a los procesos de deterioro cognitivo y desde la PCA identificamos amplio margen de mejora en la calidad comunicativa, deliberativa, y documental de los mismos, como participantes en la arquitectura de las decisiones (Tversky, Kahneman, Gigerenzer, Thaler, Sunn): grado de autoridad, líneas rojas, escenarios según severidad, afectación comportamental y sufrimiento asociado, no sólo anticipado, visión sobre la propia identidad del sufriente, fluctuaciones y acomodación de preferencias anticipadas, tras experiencia de afrontamiento, poderes preventivos, etc.

En los últimos años venimos deliberando sobre los aspectos bioéticos y la PCA en el ámbito de las personas con demencias: en el *webinario de la ABFyC de diciembre del*

2023[27]. Sobre nutrición enteral en personas con demencia avanzada y el papel de la PCA, en la *toma de posición de la SEEN*[28]. Finalmente, respecto a la respuesta a los miedos anticipados que provoca la demencia y la complejidad de abordarlos mediante procesos inadecuados de comunicación y documentación, incluido marcar un clic en un documento de instrucciones previas, estando sano, estipulando que se acogerá uno a la *eutanasia* según la LORE (auténtico tiro al pie respecto a buenas prácticas en estos procesos), en el capítulo de Memoria del CAREA sobre solicitudes de eutanasia anticipadas por escrito[29].

Recogemos aquí la síntesis de recomendaciones y propuestas en formato de tablas 6-9, desarrolladas por primera vez en 2022[30], remitiendo al texto completo, accesible gratuitamente, para su mejor comprensión y contextualización[31].

Tabla 6. Recomendaciones generales (aspectos comunicativos, deliberativos, relacionales de proceso de acompañamiento de la enfermedad).

a) Fomentar proactivamente el seguimiento y acompañamiento de una enfermedad crónica con objetivos específicos comunicativos, relacionales y deliberativos articulados a través de procesos de PCA a lo largo de la evolución de la enfermedad.
Requiere atención a diferentes etapas e identificación de la trayectoria de compromiso funcional, teniendo como guía la vivencia de enfermedad y el sufrimiento generado por la misma.
b) Documentar en la historia clínica los elementos biográficos a monitorizar según evolucione la enfermedad. Especial atención al acompañamiento e identificación de transiciones que puedan afectar a las decisiones, según el impacto del sufrimiento generado y las alternativas para aliviarlo y/o acompañarlo.
Valorar aspectos como:

- amenazas principales para el paciente,
- conocimiento de su enfermedad,
- identidad biográfica
  - experiencias pasadas,
  - valores y preferencias principales,
  - recursos disponibles,
  - red de cuidados y contexto familiar,
- elementos de trascendencia o legado (cuando la vida está en jaque).

[27] Pérez De Lucas, N. (moderadora) / Seoane, J.A. / Morera, B. / Júdez, J., Webinario ABFyC: «Planificación Compartida de la Atención…, ob. cit.

[28] Pita, F. / Álvarez, J. / Ballesteros-Pomar, M.D. / Botella, F. / Bretón, I. / Campos, R. / Hernández, A. / Júdez, J. / De Montalvo, F., «Executive summary…, ob. cit.

[29] Júdez Gutiérrez, F.J., «La solicitud de eutanasia expresada por anticipado en documentos de instrucciones previas. Revisión bibliográfica y buenas prácticas ante la LORE en la atención a los procesos que desemboquen en "situaciones de incapacidad de hecho"», en Consejo Asesor Regional de Ética Asistencial «Dr. D. Juan Gómez Rubí» (CAREA), *Memoria 2020-2023,* Murcia, 2024. Accesible en: https://scanned.page/p/672226378d6be

[30] Júdez Gutiérrez, F.J. / Expósito Duque, V. / Regato Pajares, P., «Solicitudes de eutanasia…, ob. cit.

[31] Júdez Gutiérrez, F.J., «La solicitud…, ob. cit.

Tener presente que diferentes vivencias de enfermedad (recursos y percepción de amenaza) pueden generar más o menos sufrimiento ante la misma situación clínica. Necesidad de personalización.
c) Como complemento al seguimiento clínico documentado en la historia, recoger, formalmente, algunas decisiones relevantes para que estén disponibles en distintos contextos asistenciales y geográficos.
DIP con:
- pautas para escenarios imprevistos,
  - selección de representante,
  - discusión de su grado de autoridad,
  - caracterización específica en aspectos críticos de la patología principal (p.ej. demencia, TSM, etc.)
  - apartado específico para solicitud de AMpM, si procede.

Leyenda: AMpM: ayuda médica para morir; DIP: documento de instrucciones previas; PCA: planificación compartida de la atención; TSM: trastornos de salud mental.

Tabla 7. Recomendaciones específicas para las personas con demencias (elementos propios a deliberar teniendo en cuenta la patobiografía).

- Discusión sobre la incertidumbre de la evolución clínica y el sufrimiento futuro.
- Etapas de enfermedad (leve, moderada, avanzada) y marcadores de situaciones consideradas indeseables o indignas.
- Acomodación de la intensidad y proporcionalidad de tratamiento en diferentes etapas de la enfermedad (adecuación de esfuerzo terapéutico ante comorbilidades; alimentación e hidratación enterales y de confort, en etapa avanzada; marcadores de activación de la opción, en su caso, de AMpM)
- Grado de autoridad del representante para gestionar la incertidumbre ante la evolución concreta de la enfermedad con/sin valoración de criterios de profesionales sanitarios.
- Preferencias sobre el criterio para dilucidar eventuales conflictos de intereses del «yo demenciado futuro», frente al «yo planificador competente que redacta» un documento guía.

Leyenda: AMpM: ayuda médica para morir.

Tabla 8. Componentes de calidad de un documento de instrucciones previas que incluya una solicitud anticipada de eutanasia en caso de personas con demencias.

- Componente general de preferencias, valores
- Selección de representante. Grado de autoridad en caso de incapacidad e incertidumbre ante escenario clínico
- Criterios para escenarios hipotéticos con patrones de enfermedad tipo (oncológico, cronicidad avanzada, discapacidad física significativa, estado vegetativo permanente, muerte cerebral, deterioro cognitivo)
- Criterios específicos ante enfermedades padecidas
- Instrucciones (apartado) específicas sobre demencias
  - Etapas enfermedad, con marcadores de limitaciones, para modular la intensidad del tratamiento según progresa enfermedad
  - Abanico de preferencias sobre limitación tratamiento, incluida alimentación e hidratación (según etapa de enfermedad) enteral y de confort
  - Cualificación de situaciones de estimación de sufrimiento intolerable

- Pautas específicas sobre AMpM en caso de demencias o incapacidad.
  - Indicación de que es suficiente con limitación de tratamiento o petición de eutanasia
- Criterio preferido para resolver eventuales discrepancias según evolucione la demencia y según el grado de autoridad conferido al representante (seguir instrucciones o valorar, representante y profesionales, expresiones y sufrimiento actual)

Leyenda: AMpM: ayuda médica para morir.

Tabla 9. Recomendaciones y pautas de exploración y evaluación de deseos de adelantar la muerte y solicitudes anticipadas de eutanasia formales por escrito.

La documentación de una SAE puede ser de **muy alta calidad**, de modo análogo y sustitutivo del proceso deliberativo desarrollado con un paciente capaz que solicita AMpM, cuando:

- es el resultado de un proceso comunicativo de PCA acompañando la trayectoria y vivencia de enfermedad,
- se documenta adecuadamente:
  - especificando marcadores de enfermedad que articulan preferencias de intensidad de tratamiento y alivio del sufrimiento,
  - concretando el grado de autoridad que se le otorga al representante en la interacción real con los profesionales sanitarios a la hora de afrontar una disyuntiva clínica,
- ha sido ampliamente discutido con representante y profesionales sanitarios,
- ha existido durante su elaboración un proceso de «enfriamiento» que asegura ratificación de la decisión reiterada en el tiempo,
- ha ido actualizándose a la evolución clínica, contrastando escenarios hipotéticos con situaciones afrontadas, y
- se verifica un sufrimiento presente, intolerable y no aliviable, en el momento de la consideración de la solicitud.

Por el contrario, la mera existencia de un documento puede ser **insuficiente** para sustituir el proceso deliberativo que se despliega con un sujeto capaz y las interacciones actuales con la persona enferma sobre su evolución clínica, a la hora de solicitar la AMpM, si:

- hay ausencia de un proceso comunicativo a lo largo de la enfermedad,
- el documento es de baja calidad (escenarios hipotéticos, genéricos, antiguos),
- no ha sido discutido ni con representantes ni con profesionales sanitarios a lo largo de la evolución de la enfermedad, y
- hay ausencia de sufrimiento contemporáneo verificable.

Leyenda: AMpM: ayuda médica para morir, DAM: deseo de adelantar la muerte. DIP: documento de instrucciones previas o equivalente, PCA: planificación compartida de la atención, SAE: solicitud anticipada de eutanasia (escrita, incluida en DIP o independiente).

XIX. Conclusión

Este trabajo ha mostrado que la Planificación Compartida de la Atención (PCA) no es un mero añadido burocrático ni una extensión administrativa del consentimiento informado, sino un verdadero cambio de paradigma cultural en la atención sanitaria, que trasciende la visión biomédica tradicional para integrar la experiencia subjetiva, la trayectoria biográfica y las circunstancias sociofamiliares de cada persona. La PCA es, en esencia, una práctica deliberativa aplicada, que recupera el núcleo relacional

de la atención, fomenta la autonomía relacional y se articula como herramienta para ayudar a vivir mejor la enfermedad y el morir, garantizando coherencia entre objetivos asistenciales, funcionalidad, confort y preservación de la dignidad.

En este sentido, la PCA se configura como un puente entre el mapa de la planificación y el territorio de la experiencia vivida, adaptándose de forma dinámica a las trayectorias de enfermedad y a las transiciones de cada etapa vital. Promueve espacios de conversación y deliberación, genera confianza y corresponsabilidad, y permite documentar en la historia clínica electrónica no solo decisiones anticipadas o planes de contingencia «por si acaso», sino también alertas, planes de actuación y valores que guían la toma de decisiones compartida a lo largo del tiempo, de forma evolutiva y revisable. Esto contribuye a una atención más humana, integral y centrada en la persona, facilitando que las decisiones críticas no sean fruto de la improvisación o de la prisa en situaciones de crisis, sino de un acompañamiento continuo y proactivo.

Además, la propuesta de PCA recogida en este trabajo integra la dimensión ética, comunicativa y clínica en los cuidados, utilizando herramientas innovadoras: como la articulación de una semiología reconocible en apartados estructurados socio-familiares, clínicos y biográficos, con identificación de alertas y planes de actuación, ligados a las diferentes trayectorias de enfermedad y etapas; el correlato documental narrativo de Deseos Kayrós; códigos de visibilidad en la historia clínica (A19); estándares de calidad que aseguran la coherencia en el tiempo y la calidad de los procesos comunicativos y documentales. Todo ello convierte a la PCA en un instrumento transformador que permite que cada persona pueda afrontar los desafíos de la enfermedad con mayor sentido, menor sufrimiento evitable y con la garantía de apoyo de los profesionales y de su red de cuidados, favoreciendo, indirectamente la equidad y la justicia en la atención.

En definitiva, la PCA abre una vía de renovación de la semiología de la atención, que no se limita a describir patologías y tratamientos, sino que documenta y acompaña la vivencia de la enfermedad y los valores de las personas. Es, al mismo tiempo, una metodología de deliberación bioética, una herramienta de buena práctica clínica y un compromiso con la dignidad, la autonomía relacional y la justicia sanitaria. Por ello, la apuesta por la PCA es, en último término, una apuesta por una medicina mejor: más prudente, más responsable, más humana y más acorde con los fines auténticos y renovados de la medicina y de los cuidados en nuestra sociedad.

Tenemos que profundizar en los retos que tenemos para la práctica clínica y la formación y en los que la PCA aporta valor añadido, especialmente en cronicidad avanzada y final de la vida. Ahondar en el modo de cómo debemos modular y hacer más sofisticada la deliberación, más allá de la metodología hechos/valores/deberes/cursos de acción, intentando acompasarla a la realidad, a la experiencia de enfermedad, a su vivencia y al acompañamiento de los profesionales de la misma explorando amenazas y recursos (sufrimiento) para ver cómo podemos traducirlo en encuentros clínicos que fomenten la generación de mejores mimbres deliberativo-relacionales para incorporar estas dimensiones no sólo clínicas sino biográficas y socio-familiares.

XX. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS Y VIDEOGRÁFICAS SOBRE EL ORIGEN Y DESARROLLO DE LA PCA

ALTISENT, R. / JÚDEZ, J., «El reto de la planificación anticipada de la atención al final de la vida en España», *Medicina Paliativa*, Núm. 23(4), 2016, pp. 163-164.

BARRIO, I.M. / SIMÓN, P. / JÚDEZ, J., «De las voluntades anticipadas o instrucciones previas a la planificación anticipada de las decisiones», *Nure Investigación*, Núm. 5, 2004, pp. 1-9. Accesible en: https://www.nureinvestigacion.es/OJS/index.php/nure/article/view/154

BRIGGS, L., «Adaptations of the Respecting Choices ACP Program: International. Examples», en *To Know and Honor: Building a Culture of Person-Centered Decision-Making***,** BookBaby, 2021, pp. 387-390.

CONSEJO ASESOR REGIONAL DE ÉTICA ASISTENCIAL «DR. JUAN GÓMEZ RUBÍ», «Atención integral al final de la vida. Aspectos éticos y derechos y garantía de la persona», Consejería de Salud, Región de Murcia. Murcia: noviembre 2023. Accesible en: https://sms.carm.es/ricsmur/bitstream/handle/123456789/13664/informe.carea.pdf?sequence=4

JÚDEZ GUTIÉRREZ, F.J. «Cuando se desea morir antes que seguir viviendo. ¿Calidad frente a cantidad de vida?», en L. Feito Grande (editor), *Estudios de bioética*, Dykinson, Madrid, 1997, pp. 67-117. Accesible en: http://www.dykinson.com/libros/estudios-de-bioetica/9788481552911/

— «Suicidio asistido y eutanasia: un debate clásico y trágico, con pronóstico reservado», *Anales del Sistema Sanitario de Navarra*, Núm. 30(3), 2007, pp. 137-161. Accesible en: http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/18227887

— «El final de la vida: esperar lo mejor, preparándose para lo peor», en D. Gracia / J.A. Martínez Martínez (editores), *La Bioética en la Educación Secundaria*. Aulas de Verano (Instituto Superior de Formación del Profesorado). Ministerio de Educación y Ciencia, Madrid, 2007, pp. 151-231. Accesible en: https://www.libreria.educacion.gob.es/libro/la-bioetica-en-la-educacion-secundaria_181484/

— «De la impotencia y fracaso de la bioética cuando renuncia a los que tiene que ser: el caso de la planificación anticipada de la asistencia sanitaria», en L. Feito / D. Gracia / M. Sánchez (editores), *Bioética: el estado de la cuestión,* Triacastela, Madrid, 2011, pp. 253-80. Accesible en: https://triacastela.com/producto/bioetica-el-estado-de-la-cuestion/

— *La facilitación como herramienta básica de Planificación Anticipada de la Asistencia Sanitaria. Fundamentos del programa «KAYRÓS-Conversaciones que ayudan» (inspirado en Respecting Choices®)*, Tesis Doctoral Sobresaliente «cum laude» (Ciencias Clínicas en Medicina). Universidad de Murcia, 2 octubre 2014.

— Webinario del Seminario de Investigación Complutense: «Planificación Compartida de la Atención: oportunidad para ahondar en procesos deliberativos más relevantes», 30 de enero de 2023. Accesible en: https://www.youtube.com/watch?v=Mj2VVAhyixE

— «La solicitud de eutanasia expresada por anticipado en documentos de instrucciones previas. Revisión bibliográfica y buenas prácticas ante la LORE en la atención a los procesos que desemboquen en "situaciones de incapacidad de hecho"», en Consejo Asesor Regional de Ética Asistencial «Dr. D. Juan Gómez Rubí» (CAREA), *Memoria 2020-2023*, Murcia, 2024. Accesible en: https://sms.carm.es/ricsmur/bitstream/handle/123456789/16344/Actividad_del_CAREA_2020-2023.pdf

— «Construyendo valores. Dejar un mundo mejor que el que recibimos», en Busquets, E. / Terribas, N. (eds)., *Horizontes de la bioética,* II Congreso Internacional Bioética. Cátedra Bioética UVic-UCC, Editorial Herder, Barcelona, 2024.

— (coord.) / Grupo de Trabajo de PCA-RM, *Modelo de Planificación Compartida de la Atención de la Región de Murcia (PCA-RM),* Noviembre 2019 (documento corporativo de la Consejería de Salud).

— (moderador/ponente) / Seoane, J.A. / Morera, B. / Pérez de Lucas, N., Webinario ABFyC: «Deliberando en torno a la ayuda médica para morir (1): Peticiones escritas previas de anticipar la muerte en sujeto incapaz», ABFyC, 13 de mayo de 2021. Accesible en: https://www.youtube.com/watch?v=jNQErmMnAng

— Expósito Duque, V. / Regato Pajares, P., «Solicitudes de eutanasia en casos particularmente complejos: demencia y salud mental», *AMF*, Núm. 18(5), 2022, pp. 303-310.

Lasmarías, C. / Carrero, V. / Fernández-Bueno, J. / García-Llana, H. / Granero-Moya, N. / Júdez, J. / Pérez de Lucas, N. / Saralegui, I. / Velasco, T., «Advance Care Planning in Spain», *Zeitschrift für Evidenz, Fortbildung und Qualität im Gesundheitswesen*, 2023. S1865-9217(23)00102-2. doi: 10.1016/j.zefq.2023.05.011. Epub ahead of print. PMID: 37442683.

Novoa Jurado, A.J. / Júdez Gutiérrez, J. / Melguizo Jiménez, M., «Construir buenas prácticas en la ayuda médica para morir (Editorial)», *AMF*, Núm. 18(5), 2022, pp. 242-243.

Pérez de Lucas, N. (moderadora) / Seoane, J.A. / Morera, B. / Júdez, J., Webinario ABFyC: «Planificación Compartida de la Atención en cronicidad avanzada: Reflexiones éticas sobre el cambio de paradigma de la capacidad», Jornada de Bioética, Semana de la Bioética ABFYC, 1 de diciembre de 2023. Accesible en: https://www.youtube.com/watch?v=NQz24qVUQXg

— García-Llana, H. / Gómez-Iglesias, E. / Júdez Gutiérrez, J., «Planificación Compartida de la atención, comunicación y eutanasia», *AMF*, Núm. 18(5), 2022, pp. 297-302.

Pita, F. / Álvarez, J. / Ballesteros-Pomar, M.D. / Botella, F. / Bretón, I. / Campos, R. / Hernández, A. / Júdez, J. / De Montalvo, F., «Executive summary of the position paper on the use of enteral nutrition in advanced dementia», *Endocrinología, Diabetes y Nutrición (English ed.),* Núm. 69(10), 2022, pp. 878-887.

Saralegui, I. / Lasmarías, C. / Júdez, J. / Pérez De Lucas, N. / Fernández, J. / Velasco, T. *et al.,* «Claves en la planificación compartida de la atención. Del diálogo al documento», en AA.VV., *Cronicidad avanzada,* Monografías SECPAL, 2018, pp. 87-89.

Anexo 1. **Documento DESEOS KAYRÓS (2024)**

Descargable en: https://www.adpsalud.es/conversacioneskayros/?p=666

Anexo 2. **Solicitud códigos CIAP2 (Clasificación Internacional de Atención Primaria) para deliberación en bioética**

Accesible en: https://forms.gle/MU7SLKaPsPgAQMNR7

20

LA METODOLOGÍA DEL BIODERECHO DESDE UN ENFOQUE INSTITUCIONAL: LA GOBERNANZA ANTICIPATORIA DE LOS RIESGOS HOMENAJE A CARLOS MARÍA ROMEO CASABONA

JUAN ALBERTO LECAROS URZÚA
Director Observatorio de Bioética y Derecho
Instituto de Ciencias e Innovación en Medicina (ICIM)
Universidad del Desarrollo (Chile)

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. CONEXIÓN BIOÉTICA Y DERECHO Y LOS MODELOS DE BIODERECHO. III. EL BIODERECHO EN SU PRIMERA FASE: ENFOQUE REGULATORIO REACTIVO FRENTE A LOS RIESGOS DE LA TECNOLOGÍA. IV. DILEMA DEL CONTROL DE LA TECNOLOGÍA: ENTRE EL ENFOQUE DESREGULATORIO Y EL PRECAUTORIO. V. LA GOBERNANZA ANTICIPATORIA DE LOS RIESGOS GLOBALES Y A LARGO PLAZO. VI. CLAVES PARA UN BIODERECHO ANTICIPATORIO. VII. CONCLUSIONES. VIII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Antes del nacimiento del bioderecho, a principios de los años 1990 y dentro del contexto de la «cultura legal europea»[1], como una «disciplina jurídica autónoma de naturaleza interdisciplinar»[2], como le gustaba definirla a Carlos Romeo Casabona, la relación metodológica que mantenía el derecho con la ciencia y la tecnología era escasamente problematizada desde un punto de vista jurídico. El espacio de análisis y comprensión de dicha relación estaba radicado en el ámbito disciplinar de la bioética y, especialmente, dentro del entendimiento de sus antecedentes históricos, donde la función que se le asigna al derecho fue bastante equívoca, marginal o indirecta. Para mencionar

[1] KEMP, P., «Bioethics and Law and Biolaw in Ethics», en Peter Kemp / Jacob Rendtorff y Niels Mattsson (eds.), *Bioethics and Biolaw*, Copenhague, Rhodos International Science and Art Publishers-Centre for Ethics and Law, Vol. I Judgement of Life, 2000, p. 68. Véase también RENDTORFF, Jacob, «Basic ethical principles in European bioethics and biolaw: Autonomy, dignity, integrity and vulnerability – Towards a foundation of bioethics and biolaw», *Medicine, Health Care and Philosophy*, Octubre, Vol. 5, n.º 3, 2002, pp. 235-244.

[2] ROMEO CASABONA, C. M., ROMEO MALANDA, S., «Approach to Biolaw as an Autonomous Juridical Discipline», en Erick Valdés / Juan Alberto Lecaros (editores), *Biolaw and Policy in the Twenty-First Century: Building Answers for New Questions*, Switzerland, Springer, 2019, pp. 59-76.

algunos hitos que dan cuenta de esa lectura podríamos mencionar el surgimiento de los principios éticos que regulan la investigación científica con seres humanos.

La primera consolidación de criterios éticos con validez universal para la investigación con seres humanos fue plasmada en el Código Nuremberg. Este documento tuvo su origen en el juicio a los médicos nazi dentro de los juicios de Nuremberg, en el que el juez norteamericano que instruyó este juicio solicitó a dos médicos que fijaran principios mínimos para conducir una experimentación con seres humanos. La relación de la ciencia con el derecho en este hito ha sido tradicionalmente leída por la bioética como un vínculo tangencial[3], pese a que es bien sabido que anticipa la fructífera interacción que tendrá el Derecho Internacional de Derechos Humanos, como una de las fuentes del bioderecho, con el ámbito regulatorio de la investigación de las ciencias biomédicas, tal como argumentaron ampliamente G. Annas y M. Grondin en *The Nazi Doctors And The Nuremberg Code Human Rights In Human Experimentation*[4].

Otro ejemplo es la creación de la primera comisión nacional (*National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research*) para regular la práctica de las ciencias biomédicas y de la conducta con seres humanos en los Estados Unidos, que preparó y publicó el conocido *Informe Belmont*. Los principios contenidos en este informe (respeto de la persona, no maleficencia y justicia) fueron expresamente recogidos en la primera formulación teórica de la bioética (*Principles of Biomedical Ethics*, 1979), realizada por dos jóvenes colaboradores de esa comisión nacional (T. Beauchamp y J. Childress), quienes apostaron por la desvinculación de los cuatro principios éticos —autonomía, maleficencia, beneficencia y justicia y que fundan en la moral común— de cualquier formulación en términos de principios generales del derecho o principios constitucionales[5]. Solo al final de su trayectoria, uno de los creadores de esta teoría ética (T. Beauchamp) reconoció que los principios de la bioética, entendidos como principios éticos universales de moral común, pueden interpretarse como correlativos con los principios de los derechos humanos, concluyendo que tanto la bioética como el bioderecho están fundados en estos principios éticos[6].

A lo largo de su recorrido intelectual, Carlos Romeo Casabona, apostó por un enfoque distinto, argumentó a favor de la vinculación de la bioética con los principios jurídicos, fundamentando y sistematizando la relación directa entre el derecho y la cien-

[3] Pellegrino, E. D., «The Nazi doctors and Nuremberg: Some moral lessons revisited», *Annals of internal medicine*, vol. 127, 1997, pp. 307-308.

[4] Annas, G. J., Grodin, M. A. *The Nazi doctors and the Nuremberg code. Human rights in human experimentation*, Oxford, Oxford University Press, 1995.

[5] Childress, J. F., Meslin, E. M., Shapiro, H. T. (ed.). *Belmont revisited: Ethical principles for research with human subjects*, Washington, Georgetown University Press, 2005.

[6] Beauchamp, T. L., «A defense of universal principles in biomedical ethics», en Erick Valdés / Juan Alberto Lecaros (editores), *Biolaw and Policy in the Twenty-First Century: Building Answers for New Questions*, Switzerland, Springer, 2019, pp. 3-17.

cia y la tecnología (especialmente, las ciencias de la vida y de la salud). No se aproxima a esta relación priorizando el vínculo con la bioética, sino desde el particular cometido que desempeña el derecho en la sociedad en relación con las ciencias de la vida. Partía de la premisa de que las ciencias jurídicas tradicionales son desafiadas directamente en sus métodos e instituciones clásicas y empujadas por la necesidad de tratar nuevos fenómenos u objetos jurídicos que surgen de la implementación social de las actividades y productos tecnocientíficos. Tuvo muy claro que de las iniciativas y operaciones de la actividad científica y las aplicaciones tecnológicas emergen fenómenos jurídicos inéditos que mueven a las ciencias jurídicas tradicionales hacia un tratamiento transversal e integrador del derecho e incluso innovador, tanto en la producción normativa como en la actividad jurisprudencial.

El trabajo jurídico que realizó durante más de cuatro décadas lo convirtió en uno de los juristas pioneros en Europa en la comprensión de la relación entre la ciencia y el derecho, rehabilitando un entendimiento de esta relación sin una mediación interpretativa prioritaria o dominante desde la bioética —disciplina que ya estaba en formación y comenzaba a institucionalizarse cuando inició su carrera académica—, todo lo cual lo llevó adherir a nuevo término, el bioderecho[7], dentro del cual comprendió y desarrolló su concepción metodológica e institucional del derecho, tanto en su función garantista como de limitación del poder, ante la actividad científico-tecnológica en la sociedad. Recuerdo muy bien las muchas veces que enfatizó en nuestras conversaciones la importancia de darle fuerza a este término, especialmente, cuando se debía delimitar conceptualmente a la bioética en relación con el derecho, pues comprendía muy bien la irrenunciable y esencial función que desempeña el derecho en regular la ciencia en una sociedad democrática y pluralista, y en el contexto de la globalización. Tengo la impresión de que la elección del título de la enorme obra colectiva que dirigió, la *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, anteponiendo el término «bioderecho», refleja la autonomía que le quería imprimir a esta nueva disciplina, pues da cuenta del interés en evitar el entendimiento de los aspectos legales relativos a las ciencias de la vida y la salud como meramente extensivos o complementarios de los aspectos éticos.

En este sentido, ideó una visión capaz de entender la relación fluida y fructífera entre la bioética y el bioderecho, delimitando bien cada campo disciplinar sin caer ni en una juridificación de la bioética ni en una sustitución de una en otra, ni una confrontación entre ambas, construyendo un espacio interdisciplinar para el bioderecho con cuatro dimensiones: (1) las fuentes comunes (*soft law*) con alcance moral universal como son

[7] Véase Casonato, C., *Biodiritto: oggetto, fonti, modelli, método*, Torino, Giappichelli, 2023, pp. 59-60. El profesor Casonato destaca que este es un término que ha sido mayormente referido y desarrollado en el contexto de la academia iberoamericana. Para una revisión histórica del término «bioderecho», véase Valdés, E., *Biolaw: Origins, doctrine and juridical applications on the biosciences*, Cham, Springer, 2021.

los principios y derechos del derecho internacional de derechos humanos en relación con las fuentes nacionales de los principios constitucionales y derechos fundamentales (*hard law*); (2) el aporte doctrinal de la bioética y el debate moral público que suscita en la sociedad; (3) la descripción acuciosa del fenómeno tecnocientífico concreto para elaborar la construcción del objeto o fenómeno jurídico a analizar, junto con la actualización de la evolución y progresión de las tecnociencias y sus aplicaciones, poniendo atención a la hibridación entre ellas en distintos ámbitos como el inicio y fin de la vida, avances en tecnologías de atención en salud, aplicaciones de las tecnologías digitales en salud y desarrollos biotecnológicos en animales, alimentos y medioambiente; (4) por último, el desarrollo y perfeccionamiento de la metodología y la institucionalidad del bioderecho, con un especial énfasis en la función que desempeñan los comités consultivos y la metodología deliberativa y el método del derecho comparado.

La proyección que tiene tanto la obra de Romeo Casabona como su trabajo de institucionalización de las investigaciones biojurídicas —principalmente a través de la Cátedra de Derecho y Genoma Humano y las enormes redes de colaboración que construyó[8]— invita a seguir explorando la necesaria y continua adaptación que requieren los sistemas jurídicos para asimilar y anticipar la complejidad del desarrollo y aplicación de las tecnologías emergentes (IA, CRISPR Cas9, biología sintética, interfaz cerebro-computadora, entre otras), que gozan de características altamente desafiantes para las ciencias jurídicas. Por mencionar algunas de estas: la aceleración infinita de sus mejoras, la potenciación entre ellas (hibridación de las tecnologías emergentes), descentralización de su acceso (cada vez serán más accesible para más personas), y la incertidumbre respecto de sus posibles riesgos y usos indeseados como, asimismo, la ambigüedad en la valoración social.

Sin duda la contribución que hizo Romeo Casabona para avanzar en el control de los riesgos de las biotecnologías (per ejemplo, en genética y genómica, medicina de precisión, medicina regenerativa, entre otros muchos ámbitos de las ciencias de la vida y la salud) fue muy relevante para la construcción de doctrina biojurídica, recomendaciones y políticas regulatorias, pero su trabajo se llevó a cabo en una fase del bioderecho donde la dimensión de futuro y la anticipación de los riesgos de las tecnologías emergentes estaba menos desarrollado y donde la reflexión estaba centrada en el principio precautorio, al que él le dedicó muchas páginas[9]. En esta contribución en homenaje al maestro me enfocaré en extender y aplicar las cuatro dimensiones del bioderecho que

[8] Gracias a su capacidad para formar redes de colaboración y su generosidad, pudimos dictar conjuntamente el Observatorio de Bioética y Derecho (Universidad del Desarrollo) y la Cátedra de Derecho y Genoma Humano (Universidad del País Vasco) el Diplomado Internacional Regulación para la Innovación Tecnológica, en dos versiones, 2019 y 2021.

[9] Romeo Casabona, C. M., (coord.), *Principio de precaución, biotecnología y derecho*, Madrid, Comares, 2004.

él destacaba y explorar una aproximación metodológica a la anticipación de los riesgos de las tecnologías emergentes para definir las condiciones y los elementos claves de una regulación anticipatoria.

Comenzaré aclarando una cuestión previa que tiene importancia para la compresión metodológica de la anticipación de los riesgos, el cómo se conecta el discurso de la bioética con el bioderecho y cómo este último se articula con dos tipos de modelos regulatorios frente a las tecnologías emergentes. Lo anterior nos permitirá entender el apartado siguiente dedicado a los enfoques regulatorios reactivos del bioderecho en su primera fase frente a los riesgos e incertidumbre de la tecnociencia. En el siguiente apartado analizo el dilema regulatorio frente a tecnologías que generan incertidumbre, la tensión entre la desregulación de la tecnología sin gestión *ex ante* de los riesgos y la regulación precautoria que frena el desarrollo tecnológico. Para terminar, expongo la gobernanza anticipatoria de los riesgos como un mecanismo para gestionar la incertidumbre de los efectos de las tecnologías y cuáles son los elementos claves del bioderecho para crear una regulación anticipatoria.

II. Conexión entre bioética y derecho: los modelos de bioderecho

La conexión entre bioética y bioderecho sigue siendo aún una cuestión debatida, debido a las complejidades crecientes que posee el ámbito de aplicación que comparten ambas disciplinas —el acelerado ritmo de los avances (bio)tecnológicos y la necesaria adaptación social y cultural a estos en el contexto de la globalización—, y que, desde un inicio, invita a repensar la discusión tradicional acerca de la relación entre ética y derecho.

Asumiendo la tesis de la conexión necesaria entre ética y derecho, cuando se observa la aplicación de la bioética y el derecho en el análisis de un mismo objeto, queda en evidencia que, pese a sus diferencias como sistemas normativos, estos guardan una estrecha dependencia entre sí. La bioética y el bioderecho, como destacó muchas veces Romeo Casabona, comparten la función de identificación de valores (la dimensión axiológica), el enfoque epistemológico (interdisciplinariedad) como el metodológico (ponderación o balance de intereses), y la dimensión institucional donde los procedimientos deliberativos incluyen tanto el análisis ético como el jurídico (v. gr. comités éticos asistenciales y de investigación o comités consultivos nacionales e internacionales)[10].

[10] Romeo Casabona, C., «Bioderecho y bioética», en Romeo Casabona, Carlos (director), *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, Granada, Comares, 2011, pp. 187-205; Romeo Casabona, Carlos M., «El Bioderecho y la Bioética, un largo camino en común», *Revista Iberoamericana de Bioética*, N.º 3, 2017, p. 1-16; Romeo Casabona, Carlos / Romeo Malanda, Sergio, «Approach to Biolaw as an Autonomous Juridical Discipline», ob. cit.

Para expresarlo de una manera más esquemática, la relación entre bioética y derecho se puede analizar en tres niveles de conexión: material, formal y procedimental. El nivel de conexión material se refiere a la forma de entender la relación entre el sistema normativo ético y el sistema normativo jurídico, y dentro de ese entendimiento cuál es el reconocimiento del contenido axiológico común entre la bioética y el bioderecho. A nivel de conexión material normativa, cabe distinguir los siguientes aspectos: primero, la adecuados procedimientos de asimilación de las cuestiones extrajurídicas científico-biomédicas y bioéticas por parte de la discrecionalidad legislativa (*rule-making process*) y judicial (*adjudicatory process*); segundo, el proceso de integración intradisciplinaria del derecho, esto es, de sus diversas ramas, para el análisis, discusión y elaboración de legislación; tercero, la integración de los procesos de formación del consenso moral en contextos sociales de pluralismo axiológico y cultural dentro de los procesos institucionales de discrecionalidad legislativa y judicial.

En este nivel de conexión, lo fundamental es tener en cuenta que las cuestiones moralmente controversiales que la bioética discute y analiza junto con las cuestiones científicas, son parte de los fenómenos sociales que el derecho debe asimilar como un subsistema socialmente diferenciado. Y para ello el derecho tiene que considerar de manera realista que esas controversias, alimentadas por necesidades, deseos y valoraciones sociales muy diversas y plurales, nacen antes y fuera del mundo legal. Por lo tanto, en este sentido el bioderecho cumple una función garantista de las situaciones marginales y complejas y no debería abordar, por tanto, el núcleo de comportamientos socialmente aceptados.

El segundo y tercer nivel de conexión, el formal y procedimental, se refieren a las relaciones y diferencias en términos epistemológicos y metodológicos entre bioética y bioderecho. A nivel de la conexión metodológica, una visión de complementariedad entre ambas disciplinas se hace cargo de adaptar el diseño y la técnica legal a la complejidad axiológica del fenómeno moral y científico a regular, buscando para ello estrategias de balance entre reglas definitorias (aproximación sobre la base de contextos, distinguiendo las calificaciones apropiadas a cada hecho o proceso, midiendo el peso de definir o no definir), reglas sustantivas (con requisitos de necesidad, factibilidad y compatibilidad sistemática) y procedimentales (orientadas, por ejemplo, a evitar la judicialización de los conflictos). Al mismo tiempo, en este nivel, el reconocimiento del pluralismo axiológico por parte del bioderecho —a través de instancias como los comités ad hoc o comisiones nacionales de bioética— debe ser complementario a la integración de un pluralismo material (autoridades independientes u órganos técnicos con funciones regulatorias o decisorias, o también instancias consultivas), un pluralismo normativo (interacción entre la jurisdicción nacional y la jurisdicción supranacional, como ya se ha experimentado con las cortes regionales de derechos humanos) y un pluralismo legal (reconocimiento en la legislación nacional de cuerpos normativos de tradiciones legales diferentes, como pueden ser las indígenas, tribales, religiosas, entre otras).

Una de las características del bioderecho que hemos destacado es su estructural desfase para regular el progreso biotecnológico en contextos sociales complejos en lo valórico (pluralismo axiológico) y bajo la tensión de fuerzas extramorales (impulso de la innovación tecnológica, fuerzas del mercado y globalización). Si bien ese desfase es explicable por la naturaleza y función social que desempeña el derecho —dar seguridad jurídica y paz social mediante principios, reglas y procedimientos que garanticen decisiones autónomas, protejan a los más vulnerables y distribuyan equitativamente los beneficios y las cargas— y razón por la cual no puede anticiparse a las prácticas y conductas a regular socialmente, el debate ético-científico y ético-social sobre nuevos avances biomédicos cada vez más se da simultáneamente con un análisis regulatorio que añade recomendaciones a nivel de *best practice policies* y llamados a la armonización regulatoria internacional[11]. La forma, por ejemplo, como se han abordado nuevas tecnologías de la salud como las terapias avanzadas y la edición genética mediante la técnica del CRISPR Cas9 muestra esta convergencia y simultaneidad de los argumentos bioéticos y biojurídicos. Sin embargo, esos procesos están aún en el ámbito de las recomendaciones éticas de organizaciones científicas y no en los procesos políticos de generación de normas jurídicamente vinculantes que siempre exige a los diseñadores de las políticas regulatorias o legislativas mayor tiempo de análisis, deliberación y decisión.

Pero más allá de este fenómeno de crecimiento del *soft law* a nivel internacional en la actividad científica globalizada y la transferencia de tecnologías emergentes, la co-evolución entre bioética y bioderecho, desde sus inicios, ha sido mucho más problemática y azarosa, oscilando entre dos tendencias contrapuestas que aún perduran en muchas sociedades, caracterizadas por escasos espacios de participación ciudadana y por la falta o debilidad de una institucionalidad *ad hoc* para canalizar el proceso regulatorio. Por un lado, se puede identificar una tendencia hacia un *modelo de anomia en biodereho*, en el sentido de evitar o dilatar la discusión y adopción de normas jurídicas en estas materias sensibles y complejas desde el punto de vista moral, o bien, con el fin de evitar los frenos que la regulación puede eventualmente imponer en el mercado de la innovación tecnológica. Por otro, se puede identificar una tendencia hacia un *modelo proteccionista en bioderecho*, en el sentido de una sobrerregulación, tanto en el contenido normativo como en lo procedimental, en respuesta al temor social interpretado por la autoridad regulatoria o en respuesta a presiones ideológicas del más variado tipo (confesionales, laicistas, políticas, etc.). Estos dos modelos se reflejan claramente no solo ante la aplicación de tecnologías moralmente controversiales, sino también en tecnologías emergentes, como veremos a continuación, asociadas a riesgos inciertos en la salud o el medioambiente.

[11] Dove, E. S., Knoppers, B. M., Zawati, M. H. «Towards an ethics safe harbor for global biomedical research», *Journal of Law and the Biosciences*. Vol 1, n.º 1, Febrero, 2014, pp. 3-51.

III. El bioderecho en su primera fase: enfoque regulatorio reactivo frente a los riesgos de la tecnología

El bioderecho, en sus primeras etapas, a inicios de 1990, manifestó, tanto en la doctrina como en su positivización, un enfoque regulatorio más reactivo que proactivo frente a los desafíos de la biociencia. Al mismo tiempo, las políticas regulatorias en esta materia asumieron un enfoque de futuros cerrados más que abiertos, con la tendencia a extrapolar los eventos pasados y descartar la posibilidad de aquellos no ajustados a los criterios y valores dominantes en el presente. Por esto mismo, la gobernanza de las tecnologías emergentes en esta etapa era estática, los distintos componentes del sistema de investigación y desarrollo se relacionaban de manera lineal, y la predicción de su avance no era participativo ni inclusivo, por lo que dependía exclusivamente de los expertos, del estado regulatorio y de las buenas prácticas vigente.

En esta etapa, el bioderecho aparece vinculado con la bioética, pero con escasa claridad epistemológica de las diferencias y convergencias que guardan entre sí[12]. La gobernanza de los riesgos de las aplicaciones más disruptivas de las biociencias estuvo centrada en principios rectores de alto nivel aplicados de manera directa a las tensiones y conflictos éticos, jurídicos y sociales. Un ejemplo de ello fue la propuesta de principios europeos de bioética y bioderecho[13], un marco teórico que juridifica principios éticos (autonomía, dignidad, integridad y vulnerabilidad) para orientar la producción de nuevas reglas legales y la interpretación judicial de los derechos fundamentales ante las consecuencias del impacto de las tecnologías aplicadas a la vida. A su vez, la positivización del bioderecho toma forma por medio del *soft law*, esto es, el consenso internacional sobre principios generales del derecho contenidos en instrumentos internacionales de derechos humanos, con el fin de orientar las políticas regulatorias nacionales y la institucionalidad de supervisión para asegurar sistemas regulatorios *command-and-control* de la ciencia y la tecnología[14].

La aplicación de este modelo del bioderecho fue compatible, como destaca Brownsword, con «un enfoque de 'cuadrícula rígida' (que opera con un 'conjunto predeterminado y fijo de valores, principios y normas' para enmarcar y analizar las cuestiones éticas y hacer recomendaciones de políticas)» y «un enfoque de 'foco flexi-

[12] Lecaros, J. A., «Biolaw and bioethics: convergences and divergences», en Erick Valdés / Juan Alberto Lecaros (editores), *Biolaw and Policy in the Twenty-First Century: Building Answers for New Questions*, Switzerland, Springer, 2019, p. 93-118.

[13] Rendtorff, J. D., Kemp, P., *Basic Ethical Principles in European Bioethics and Biolaw* (Vols. 1-2), Copenhagen and Barcelona, Centre for Ethics and Law & Institut Borja de Bioetica, 2000.

[14] Los instrumentos de la unesco han jugado un rol clave en la primera fase de positivización del bioderecho con tres instrumentos del soft law: la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos (1997); Declaración Internacional de Datos Genéticos Humanos (2003); Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos (2005).

ble' (donde los valores, principios y normas que dan forma al encuadre y análisis tanto de las cuestiones éticas como de las recomendaciones de políticas 'no son fijos y no necesariamente explícitos')»[15]. Estos principios biojurídicos de alto nivel encontraron su aplicación, con uno u otro de estos enfoques, a través de resoluciones de las cortes, la producción legal en los parlamentos, o las recomendaciones de comisiones de expertos, comités éticos, comisiones nacionales, sociedades científicas u otras instancias. En cada una de ellas los principios se especifican en reglas concretas para hacerse cargo de los diversos escenarios de avances biomédicos y biotecnológicos, pero en etapas bien diferenciadas en el arco del proceso que va desde la innovación hasta la traslación, bajo una lógica de ajuste continuo de más o menos regulación, según la evaluación de riesgos y equilibrios razonables, o definitivamente ausencia de regulación.

Las posturas que proponían menos o ninguna regulación para la innovación tecnológica criticaban duramente el uso del principio de precaución, al menos en su versión fuerte, como un instrumento que conduce a la sobreregulación[16]. Con el concepto de «highly inappropriate legislation», se argumenta que la biolegislation puede ser altamente inadecuada para regular las aplicaciones tecnológicas de las ciencias de la vida, si la intervención pública del regulador termina por restringir la libertad del avance científico y las decisiones autónomas de las personas. Estas posturas promueven la autorregulación de la comunidad científica a través de códigos de conductas y buenas prácticas[17]. Con el concepto de «permissionless innovation» argumentan que las intervenciones regulatorias sobre las innovaciones tecnológicas deben ser excepcionales y no justificarse sobre la base del peor escenario posible, sino más bien en una evaluación de daños potenciales y con un enfoque flexible *bottom up* y *ex post*, en vez de aplicar controles rígidos, anticipatorios y *top down*[18].

Las tensiones que produjo este tipo de gobernanza bajo un modelo de bioderecho rígido, oscilando entre la desregulación y la sobrerregulación, tuvo un claro ejemplo en las primeras etapas de la gobernanza de las terapias génicas y celulares, donde se presentó una doble tensión entre la gobernanza local y la internacional, la cual se vio reflejada en las estrategias regulatorias[19]. La primera tensión regulatoria se dio entre, por un lado, las

[15] Brownsword, R., *Technology, governance and respect for the Law: pictures at an exhibition*. Taylor & Francis, 2022, p. 95.

[16] Hemphill, T. A, «The innovation governance dilemma: Alternatives to the precautionary principle», *Technology in Society*, *63*, 2020, p. 2.

[17] Palazzani, L., «Biolaw», en Henk Ten Have (eds), *Encyclopedia of Global Bioethics*, Springer, Cham, 2014.

[18] Thierer, A., *Permissionless innovation: The continuing case for comprehensive technological freedom*, Mercatus Center at George Mason University, 2016.

[19] Sleeboom-Faulkner, M., *et al.,* «Comparing national home-keeping and the regulation of translational stem cell applications: an international perspective», *Social Science & Medicine*, vol. 153, 2016, p. 240-249.

recomendaciones internacionales (*soft law*) para la investigación en células madre y sus aplicaciones clínicas, bajo condiciones ideales de ensayos clínicos aleatorios controlados y buenas prácticas clínicas, de manufactura y de laboratorio, exigidos por los países líderes en ciencia (v. gr. EE.UU y UE), y, por otro, la oferta y acceso a tratamientos celulares no probados, por ejemplo, en países de ingresos medio-bajo tanto grandes (v. gr. China e India) como pequeños (v. gr. Malasia, Vietnam, Tailandia). La segunda tensión se dio entre, por un lado, aquellos países del Asia, científicamente desarrollados (v. gr. Japón y Corea del Sur), que comenzaron a rediseñar radicalmente su regulación para acelerar el proceso de investigación traslacional mediante vías de aprobación rápidas o condicionales para ciertos tipos de aplicaciones de células, y, por otro, aquellos países que, si bien tradicionalmente habían liderado la innovación biotecnológica, iniciaron ajustes tímidos y paulatinos a su regulación (v. gr. EE.UU y UE), lo que fue percibido por la industria y la academia como un freno al desarrollo científico. Este modelo de gobernanza del bioderecho dejó en evidencia la falta de capacidad para enfrentar los nuevos desafíos que trajo consigo la innovación en terapias celulares y genéticas, debido a la falta de armonización regulatoria a nivel internacional y la capacidad de anticiparse a los nuevos escenarios de riesgos globales.

La llegada de la técnica de la edición genética con CRISPR Cas9 acentuó aun más los límites de este tipo de gobernanza del bioderecho centrada en la precaución mediante moratorias o en el consenso experto a nivel internacional. Sin embargo, aplicar el razonamiento precautorio en este contexto no es del todo justificado, pues, como apunta Sarah Chan, si no se tiene en cuenta que la «presunción contra la acción supone que las consecuencias de hacerla probablemente serán peores que las de no hacerla» y, además, que «los juicios sobre el riesgo no son absolutos sino comparativos: si una consecuencia probable es mejor o peor que la alternativa»[20]. Por lo tanto, para abordar los riesgos e incertidumbres de esta tecnología, según Chan, no basta con una gobernanza ética que oriente la actividad científica y la regulación. Tampoco basta con quedarse con una crítica a la gobernanza internacional que opera con el consenso experto de las academias científicas y proponer, en cambio, una gobernanza democrática a nivel global como un mecanismo capaz de ampliar el consenso experto con otras voces, como los académicos representantes de otras disciplinas y los representantes de organizaciones civiles, políticas y religiosas[21]. En este contexto, el desafío que debe asumir el bioderecho frente a tecnologías con capacidad de generar riesgos catastróficos globales y

[20] Chan, S., «Playing it safe? Precaution, risk, and responsibility in human genome editing», *Perspectives in Biology and Medicine*, vol. 63, no 1, 2020, p. 111-125.

[21] Jasanoff, S. / Hurlbut, J. B. / Saha, K., «Democratic Governance of Human Germline Genome Editing», *The CRISPR journal*, *2*(5), 2019, pp. 266–271.

existenciales[22], como la edición genética en línea germinal, es asumir la gobernanza en un sentido más amplio, una concepción de esta como sistema adaptativo complejo, proyectando futuros abiertos, y no solo probables, sino también plausibles, y con una racionalidad que habilite una regulación anticipatoria.

A continuación, vamos a desarrollar la idea de gobernanza anticipatoria y luego proponerla como marco para identificar los elementos claves que un bioderecho debe contener para que opere como habilitante de una regulación anticipatoria, y esto a la luz de ciertas condiciones claves de una gobernanza de riesgos catastróficos globales y existenciales.

IV. Dilema del control de la tecnología: entre el enfoque desregulatorio y el precautorio

Desde hace más de una década se ha comenzado a discutir y diseñar sistemas de gobernanza de los riesgos catastróficos globales para tecnologías emergentes que, como dice Bostrom, «pueden ampliar radicalmente nuestra capacidad de manipular el mundo externo o nuestra propia biología»[23], por ejemplo, algunos desarrollos avanzados en biotecnología, la nanotecnología y la inteligencia artificial.

Entre los enfoques que se han explorado para enfrentar contextos de alta incertidumbre y complejidad producto del impacto de las tecnologías antes mencionadas están las gobernanzas anticipatorias. Este tipo de gobernanza es necesaria, entre otras cosas, porque la comprensión pública de este tipo riesgos es muy divergente entre los distintos *stakeholders* y, además, porque las actitudes frente a los escenarios de riesgo e incertidumbre no siempre comparten una comprensión racional convergente. Esto acrecienta la «paradoja de percepción de riesgo» en la población, ya que pueden existir temores sobre riesgos cuya posibilidad de impactos negativos es menor, pero, al mismo tiempo, esta puede tener total ceguera «cuando se trata de riesgos catastróficos globales como el cambio climático antropogénico o la pérdida de biodiversidad, que amenazan nuestro ser social y la civilización humana»[24].

En este contexto, el desafío que los *policy-makers* y los reguladores enfrentan con este tipo de tecnologías con capacidad de generar riesgos catastróficos deja más

[22] Este término fue introducido por el filósofo Nick Bostrom para expresar aquellas amenazas que podrían poner en peligro la supervivencia a largo plazo de la humanidad, incluso llevarla a la extinción (riesgos existenciales), y son de una magnitud tan significativa que trascienden los límites de los riesgos tradicionales que enfrentamos en la vida cotidiana o incluso en el ámbito de la gestión de riesgos convencional. Véase Bostrom, N., Cirkovic, M. M., *Global Catastrophic Risks*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

[23] Bostrom, N., «Existential Risk Prevention as Global Priority», *Global Policy*, 4, 2013, pp. 15-31.

[24] Klinke, A., «Public understanding of risk and risk governance», *Journal of Risk Research*, *24*(1), 2021, pp. 2-13.

en evidencia el dilema que David Collingridge planteó en 1980 en su libro *The Social Control of Technology* con el nombre de «dilemma of control»: «cuando el cambio es fácil, no se puede prever su necesidad; cuando la necesidad del cambio es evidente, el cambio se ha vuelto costoso, difícil y requiere mucho tiempo»[25]. Efectivamente, cuando el regulador quiere influir o controlar el desarrollo de las tecnologías, especialmente las disruptivas o emergentes, enfrenta un problema de doble vínculo entre la información, por un lado, y el control, por otro. El problema de información se da porque en las primeras etapas de desarrollo de una tecnología el regulador no tiene información suficiente para asignar probabilidades precisas a los riesgos que la aplicación de esa tecnología puede tener en la sociedad (estado de incertidumbre). Pero cuando esa tecnología se está utilizando y puede conocerse o predecirse la distribución del riesgo, surge para el regulador un problema de control, porque se hace más costoso, lento y difícil gestionar los riesgos por los intereses económicos y sociales que están en juego. El problema de información también se expresa en las asimetrías de información entre los diversos actores (innovadores, empresas, consumidores, reguladores) en relación con la factibilidad, probabilidad y posibilidad de cada una de las etapas de desarrollo de una tecnología emergente, lo cual hace más complejo, ambiguo y diverso el escenario para la toma decisiones de control del riesgo tecnológico.

Si una de las características centrales de las tecnologías emergentes es la incertidumbre respecto de sus posibles riesgos y usos indeseados como, asimismo, la ambigüedad en la valoración social, los mecanismos tradicionales que tiene el regulador son insuficientes para hacerse cargo de las fases tempranas de su desarrollo que se caracterizan por una evolución acelerada y no lineal. Mecanismos tales como la evaluación de riesgos, establecimiento de normas basadas en productos o rendición de cuentas, son sistemas de control *ex post*, al final del proceso (*downstream*), y, por tanto, con incapacidad de anticipar escenarios de riesgos futuros a largo plazo. Así, el regulador queda atrapado en el «el problema del desfase» de la política regulatoria para adaptarse a los cambios acelerados de una tecnología emergente y para corregir, mitigar o controlar los impactos negativos una vez adoptada.

En un entorno regulatorio de este tipo, el dilema de Collingridge tiende a exacerbarse en posiciones dicotómicas, entre aquellos que abogan por la desregulación y seguir el curso determinado por el impulso tecnológico, adaptándose en el camino, a riesgo de que sea tarde, y aquellos que abogan por una línea de demarcación fija *ex antes*, un enfoque precautorio que opta por no tomar medidas riesgosas en contextos de incertidumbre científica. Al final, ambas posiciones quedan atrapadas en una relación improductiva a lo largo del tiempo, entre la adaptación o anticipación a los riesgos al momento de la

[25] Collingridge, D., *The social control of technology*, Pinter, London, 1980, p. 11.

toma de decisiones regulatorias y la reducción de la brecha epistémica con respecto a la incertidumbre que produce la política de implementación progresiva de una tecnología.

Harris y Holmes (2002) expusieron esta relación improductiva en el caso del principio de precaución, denominándola la «Precautionary Paradox». La paradoja consiste en que, si bien la aplicación del principio de precaución evita el daño postergando la introducción de una o más tecnologías, aunque que no haya evidencia científica de que puedan producir amenazas de daño grave, irreversible o irremediable a la salud humana o el medio ambiente, durante la moratoria las tecnologías pueden ser potencialmente beneficiosas y aliviar el sufrimiento a aquellas personas que las necesitan[26]. Para Cass Sunstein también la aplicación del principio de precaución entraña una paradoja que conduce a recomendaciones de políticas contradictorias, porque decidir no actuar también puede implicar riesgos[27]. Aunque en escenarios catastróficos, para Sunstein, sí hace sentido tomar precauciones para evitar el peor escenario de daños catastróficos, pero siempre y cuando se aplique bajo ciertas condiciones, entre las cuales está tener suficientemente clara la distinción entre riesgo e incertidumbre[28].

Estas dos posiciones extremas, la desregulatoria y la precautoria, se pueden caracterizar como gobernanzas verticales e ineficaces por cuanto conducen a dos estrategias erróneas de intervención regulatoria que se mueven en la lógica binaria de intervención o no intervención durante el tiempo de evolución de las tecnologías emergentes. Sin embargo, como demuestran Waring *et al.,* si se asume la hipótesis nula que las tecnologías disruptivas son perjudiciales para los ciudadanos, esta lógica no funciona porque se presentan dos opciones regulatorias que llevan a dos tipos de errores de intervención regulatoria. «La primera es que el gobierno no interviene ni aprueba inmediatamente la tecnología. La segunda es que el gobierno interviene agresivamente, establece salvaguardias y retrasa la tecnología. Dada la hipótesis nula, la decisión del regulador está sujeta a dos tipos de errores: Error tipo 1: La tecnología es "dañina" para la sociedad y el gobierno no interviene. Error tipo 2: La tecnología es "amigable" con la sociedad y el gobierno interviene»[29]. El primer error coincide con la posición desregulatoria y el segundo, con la posición precautoria.

Si bien las tecnologías emergentes usualmente nacen en un contexto de «vacío institucional», pues no está claro quién debe liderar el proceso regulatorio y bajo qué reglas y consensos, uno debería pensar que es deber de los gobiernos y los reguladores

[26] Harris, J., Holm, S., «Extending human lifespan and the precautionary paradox», *The Journal of medicine and philosophy*, 27(3), 2002, pp. 355-368.

[27] Sunstein, C. R., «Beyond the precautionary principle» *U. Pa. L. Rev.*, *151*, 2002, p. 1003.

[28] Sunstein, C. R., «The catastrophic harm precautionary principle», *Issues in Legal Scholarship*, *6*(3), 2007.

[29] Waring, P., Bali, A., Vas, C., «The fourth industrial revolution and labour market regulation in Singapore», *The Economic and Labour Relations Review*, vol. 31, no 3, 2020, pp. 347-363.

tomar decisiones racionales al respecto. No pareciera racional quedarse en algunas de las posiciones dicotómicas antes mencionadas. En cada una de estas posiciones el futuro es estático y no un horizonte productivo para generar conocimiento frente a la incertidumbre, y la actitud es más pasiva y reactiva que proactiva. Es la tendencia de los *policy-makers* de asumir suposiciones implícitas sobre los futuros potenciales que conducen a pensar que un futuro potencial es más probable que otros, produciendo una falsa sensación de certeza en vez de reconocer abiertamente la incertidumbre en las decisiones de políticas orientadas al futuro[30]. Además, es importante considerar que el conocimiento de los expertos que asesoran a los *policy-makers* no está exento de sesgos cognitivos, como, por ejemplo, el sesgo de disponibilidad y sesgo de confirmación. Este enfoque estrecho en la comprensión de la incertidumbre está asociada al modelo de causalidad lineal. El futuro es extrapolado a partir de los eventos pasados manteniendo los mismos valores y normas establecidas y descartando las posibilidades que no sean coherentes con ese futuro potencial, en otros términos, es un futuro cerrado[31].

Aproximarse a la incertidumbre con este enfoque estrecho, como sugiere Stirling, es tratar «cada problema como si fuese un clavo de riesgo que debe reducirse con un martillo probabilístico»[32], cuando en estricto rigor la incertidumbre es inmensurable. El problema se produce cuando la asesoría experta se ve presionada política y socialmente a simplificar el conocimiento incompleto como riesgo mensurable. Como consecuencia, el espacio de los tomadores de decisiones, supuestamente basado en la ciencia, se rigidiza y se abre a los grupos sociales y políticos de presión. Finalmente, esta aproximación impide a expertos y tomadores de decisión ir más allá del riesgo y por lo tanto hacerse cargo en sentido estricto tanto de la incertidumbre como de la ambigüedad y la ignorancia. La ignorancia es el estado en el que «no sabemos lo que no sabemos» y donde, según Stirling, «se plantea la cuestión de cuál de una serie de caminos futuros factibles y económicamente viables hay que apoyar, ya sea mediante financiación o regulación, para las tecnologías emergentes»[33].

Las decisiones en políticas orientadas al futuro en relación con las tecnologías emergentes para ir más allá de este enfoque estrecho respecto de la forma de abordar el conocimiento incompleto, deben estar basadas en una comprensión de la incertidumbre que reconoce la naturaleza intrínsecamente plural y condicional del conocimiento. Asimismo, las decisiones deben ser consideradas desde la multicausalidad que supone un enfoque pluralista, inclusivo y participativo que facilita proyectar futuros abiertos, esto

[30] Vervoort, J., Gupta, A., «Anticipating climate futures in a 1.5 C era: the link between foresight and governance», *Current Opinion in Environmental Sustainability*, vol. 31, 2018, pp. 104-111.

[31] Bussey, M., «Concepts and effects: ordering and practice in foresight», *Foresight*, vol. 16, no 1, 2014, pp. 1-16.

[32] Stirling, A., «Keep it complex», *Nature* 468, 2010, pp. 1029–1031.

[33] Stirling, A., «Keep it complex», ob. cit. p. 1030.

es, posibilidades futuras múltiples y contextualizadas de manera diversa. Crear conocimiento de esos diversos futuros posibles o plausibles se conoce como anticipación, aunque ese conocimiento sea tentativo o exploratorio. Ese conocimiento puede incluir escenarios de alternativas tecnológicas o escenarios basados en valores (*technomoral scenarios*[34]), o también lo que Jasanoff denomina sociotechnical imaginaries que son «visiones de futuros deseables sostenidas colectivamente, estabilizadas institucionalmente y representadas públicamente»[35].

V. La gobernanza anticipatoria de los riesgos globales y a largo plazo

El concepto de anticipación ha estado vinculado especialmente con los procesos de gobernanza de la innovación tecnológica que tienen en común la deliberación pública basada en escenarios y las actividades participativas de previsión, con particular aplicación en el área de los estudios sociales de tecnologías disruptivas como la nanotecnología y la biología sintética. La idea de la anticipación en contextos de gobernanza tecnológica y de sustentabilidad apunta no a predecir el futuro, sino a plantearse las preguntas sobre los futuros plausibles, de tal modo que pueda ayudarnos actuar en el presente en dirección hacia el futuro respecto de las tecnologías que decidimos adoptar. En este sentido, comenta Guston que el término anticipación no es sinónimo de expectativa, predicción o previsión, sino que consiste «más en practicar, ensayar o ejercitar una capacidad de una manera lógica, espacial o temporalmente previa que de adivinar un futuro»[36]. La finalidad de estos procesos de anticipación «a menudo buscan ampliar los límites de la imaginación, explorar direcciones futuras bajo múltiples impulsores del cambio y guiar las transiciones y políticas de sostenibilidad en condiciones de complejidad e incertidumbre científica»[37].

El concepto de «gobernanza anticipatoria» es una aproximación al *policy-making* y a la regulación que viene discutiéndose desde hace veinte años como estrategia para enfrentar y gestionar las consecuencias disruptivas de las tecnologías emergentes como, asimismo, los desafíos ambientales y de sustentabilidad global. El foco de esta aproximación está en generar capacidades para gestionar las tecnologías emergentes en sus

[34] Nordmann, A., «Responsible innovation, the art and craft of anticipation», *Journal of Responsible Innovation,* vol. 1, no 1, 2014, pp. 87-98.

[35] Jasanoff, S., «Future imperfect: science, technology, and the imaginations of modernity», en Sheila Jasanoff / Sang-Hyun Kim (Eds.), *Dreamscapes of modernity: Sociotechnical imaginaries and the fabrication of power*, Chicago, University of Chicago Press, 2015, p. 4.

[36] Guston, D. H., «Understanding 'anticipatory governance», *Social studies of science*, vol. 44, no 2, 2014, p. 218-242.

[37] Muiderman, K., et al, «Four approaches to anticipatory climate governance: Different conceptions of the future and implications for the present», *Wiley Interdisciplinary Reviews: Climate Change*, vol. 11, no 6, 2020, p. 2.

etapas más tempranas (*upstream*) del ciclo de I+D, anticipando escenarios de riesgos futuros con el fin de reducir la brecha de conocimiento respecto del impacto en sistemas complejos (socioeconómicos y ecológicos) en contextos de incertidumbre radical, disolviendo de este modo las tensiones del dilema de Collingridgen. Guston la define como «una capacidad de base amplia que se extiende a través de la sociedad y que puede actuar sobre una variedad de inputs para gestionar las tecnologías emergentes basadas en el conocimiento mientras dicha gestión aún sea posible». Y la caracteriza como «un enfoque no lineal y co-constructivo y flexible frente a la serendipia científica; evitando las instrucciones políticas impuestas desde arriba; previsión y flexibilidad en condiciones de incertidumbre; fomento de la participación pública; evaluación participativa de la tecnología e innovación responsable»[38].

La forma de aproximarse a la incertidumbre en relación con los riesgos globales catastróficos depende de la concepción sobre el futuro que tienen las diversas aproximaciones a la gobernanza anticipatoria. Desde una gobernanza anticipatoria que privilegia la idea de riesgos e incertidumbres como parcialmente cognoscibles y gestionables, el futuro se concibe como probable. Su objetivo es prevenir y gestionar los riesgos futuros, reduciendo la incertidumbre científica y la complejidad de los escenarios futuros improbables con «infraestructuras de conocimiento para detectar alertas tempranas de contingencias de baja probabilidad, pero de alto impacto»[39]. En cambio, cuando la gobernanza anticipatoria pone el foco en el manejo de la incertidumbre más que en la posibilidad de gestionar la reducción de los riegos, el futuro se concibe como múltiples trayectorias futuras plausibles que no pueden clasificarse ni reducirse a un único futuro más probable. El objetivo de este enfoque es anticiparse reflexivamente en el presente a los diversos escenarios plausibles para comenzar a adaptarse al futuro impacto de la innovación tecnológica y al futuro cambio socio-ecológico. Para alcanzar este objetivo se necesitan espacios de deliberación, no solo entre los *policy-makers* y los asesores expertos, sino también con la participación continua de los ciudadanos, porque los futuros plausibles apelan a una subjetividad colectiva que se expresa en espacios reflexivos ampliamente deliberativos y participativos.

VI. Claves para un bioderecho anticipatorio

Si asumimos que los riesgos globales catastróficos operan dentro de una red adaptativa compleja que es nuestro sistema socio(económico)-ecológico global[40], la gobernanza

[38] Guston, D. H., «Understanding 'anticipatory governance», ob. cit, p. 228.

[39] Muiderman, K., *et al.,* «Four approaches to anticipatory climate governance: Different conceptions of the future and implications for the present», ob. cit, p. 7.

[40] Fisher, L., Sandberg, A., «A safe governance space for humanity: necessary conditions for the governance of global catastrophic risks», *Global Policy*, vol. 13, no 5, 2022, p. 792-807.

de este tipo de riesgos debe asociarse con un enfoque anticipatorio de futuros plausibles en vez de futuros probables. Las redes adaptativas complejas, en las que los componentes interactúan de manera no lineal, tienen características que hacen inviable proyectar su futuro en escenarios probables.

Fisher y Sandberg sostienen que las gobernanzas actuales son inadecuadas para hacerse cargo de los riesgos globales catastróficos si estos no se enmarcan conceptualmente dentro de una red adaptativa compleja. Las condiciones necesarias que ellos proponen para la gobernanza de este tipo de riesgos que operan en redes complejas e incertidumbre extrema, pueden correlacionarse con elementos claves que un bioderecho debería contener como habilitante de una regulación anticipatoria. Para proponer estos elementos claves del bioderecho utilizamos los seis principios de la regulación anticipatoria que se desarrollan en el informe *«Renewing regulation 'Anticipatory regulation' in an age of disruption»*[41]: inclusivo y colaborativo, orientado al futuro, proactivo, iterativo, basado en resultados, y experimental. Establecer la correlación entre estos elementos claves y las condiciones necesarias para la gobernanza de los riesgos catastróficos globales de Fisher y Sandberg son pasos necesarios para salir de las posiciones dilemáticas de la regulación de las tecnologías emergentes (desregulación vs. precaución). Las condiciones que identifican estos autores para una gobernanza adecuada son: reconocimiento, flexibilidad y rapidez, seguimiento y acción integradas, cooperación y coordinación, resiliencia y preparación.

Una primera condición clave es el reconocimiento de que si los riesgos catastróficos globales emergen en sistemas adaptativos complejos no es posible un sistema de gobernanza vertical con objetivos de certeza y control y, por tanto, utilizar el modelo regulatorio tradicional de *command-and-control*. Para lidiar con la incertidumbre extrema propia de este tipo de riesgos, la regulación debe asumir una humildad epistémica, utilizando herramientas como el escaneo de horizonte o del entorno para identificar los cambios sistémicos y luego explorar el potencial impacto de esos cambios, y finalmente construir escenarios de futuros plausibles, considerando la interacción entre los distintos impactos de cambio identificados. Esta condición de gobernanza requiere también que los *policy-makers* y reguladores asuman un enfoque proactivo, interactuando aguas arriba con los innovadores y otros actores del ecosistema de innovación.

La gobernanza global de las tecnologías emergentes en contexto de incertidumbre necesariamente debe ser flexible y rápido, porque los cambios en los desarrollos de este tipo de tecnologías pueden ser muy acelerados, lo que plantea brechas para su gestión, en sus fases tempranas, tanto para computar gran cantidad de información necesaria para controlarla (brechas cibernéticas) como para gestionar socialmente la ambigüe-

[41] Véase Armstrong, H., Gorst, C., Rae, J., *Renewing regulation*. 2019. Disponible en: https://www.nesta.org.uk/report/renewing-regulation-anticipatory-regulation-in-an-age-of-disruption/

dad en la valoración de su impacto (brechas éticas). La dimensión regulatoria de esta condición de la gobernanza está correlacionada con dos elementos: la regulación debe ser iterativa y experimental. Por iterativa se entiende que la regulación debe ir adaptándose a los cambios, mediante estrategias tales como las aprobaciones condicionales de las tecnologías o la aplicación de *sunset clauses*. Por experimental se entiende que la regulación debe construirse con los distintos actores del ecosistema de innovación desde abajo hacia arriba y poniéndola a prueba en espacios y tiempos acotados, por lo tanto, abandonando el modelo regulatorio vertical, de arriba hacia abajo.

Si bien es esencial a la regulación anticipatoria el principio de orientación al futuro que comentábamos antes, también debe tener una mirada hacia atrás. Como ha sostenido acertadamente H. Greely, la gobernanza de las tecnologías emergentes debe estar mirando hacia adelante con un escaneo de horizonte y mirando hacia atrás con auditorías tecnológicas, destacando que, en las cuatro fases de las políticas regulatorias (reconocimiento inicial de posibles nuevas tecnologías, evaluación preliminar, formulación de políticas sobre adopción tecnológica y regulación, y seguimiento de sus impactos efectivos de la tecnología), las mayores deficiencias de gobernanza se producen en la primera y última etapa[42]. En otros términos, afecta a los elementos claves de una regulación orientada al futuro (escaneo de horizontes y proyección de escenarios futuros plausibles) y basada en resultados opuesta a la basada en reglas. A nivel de condiciones necesarias de gobernanza, estos elementos clave regulatorios corresponden al seguimiento y acción integradas, lo que, según Fisher y Sanders, «requiere la capacidad de monitorear el comportamiento en curso dentro de la red y sus interacciones y actuar en función de esa información» e «incluso en condiciones de incertidumbre profunda», porque «el monitoreo puede ser valioso para establecer límites en el número y tipo de escenarios que deben considerarse»[43].

La condición de gobernanza relativa a la cooperación y coordinación es una consecuencia de la condición anterior de seguimiento y acción integradas. La cooperación debe darse en las múltiples dimensiones en que operan los actores (individual, organizaciones, estados y a nivel internacional). A nivel regulatorio esta condición debe estar correlacionada con la necesaria inclusividad y colaboración de los distintos actores (innovadores, empresas, ONGs, ciudadanos, entre otros) desde las fases tempranas de desarrollo de las tecnologías emergentes, porque es condición de legitimidad y trasparencia de la adopción tecnológica, y además, porque involucrar a la ciudadanía en la toma de decisiones del regulador permite desambiguar, desde un punto de vista valora-

[42] Greely, H. T., «Governing emerging technologies —looking forward with horizon scanning and looking back with technology audits», *Global Public Policy and Governance*, vol. 2, no 3, 2022, p. 266-282.

[43] Fisher, L., Sandberg, A., «A safe governance space for humanity: necessary conditions for the governance of global catastrophic risks», ob. cit., p. 800.

tivo, el impacto potencial de una tecnología. La inclusión del público puede aportar en cuatro aspectos al regulador: «1. Establecer prioridades basadas en valores públicos; 2. Ampliar la gama de perspectivas representadas; 3. Identificar cuestiones que de otro modo no podrían articularse o priorizarse; 4. Observar los imperativos morales de una buena gobernanza (justa, equitativa)»[44].

Por último, la condición necesaria de resiliencia y preparación para una gobernanza efectiva tiene relación con el hecho de que los riesgos globales catastróficos en sistemas adaptativos complejos son altamente impredecibles, por lo tanto, es necesario estar preparado para adaptarse al impacto de los cambios generados. En el corazón de esta condición de gobernanza está la anticipación, pues, en la medida que los riesgos son impredecibles, se debe estar preparado invirtiendo en sistemas resilientes con la debida anticipación. Aquí está también la clave en la regulación anticipatoria, pues el elemento esencial de que sea orientada al futuro, implica, primero, escaneo de horizontes para identificar riesgos y oportunidades emergentes en las primeras etapas del desarrollo de una tecnología disruptiva; segundo, invertir en evaluaciones de posibles impactos posibles; y, tercero, para hacer lo anterior, es clave elaborar escenarios plausibles, distinguiendo los tipos de impactos en cada escenario proyectado, y ponderar mejor el impacto de los posibles riesgos y las oportunidades alternativas que puede tener la adopción de una tecnología con impacto global en la humanidad.

VII. **Conclusiones**

En esta contribución en homenaje a uno de los juristas que anticipó con extremada lucidez los escenarios de riesgo que las tecnologías aplicadas a la vida, la salud y el medioambiente nos imponen, quisimos destacar, dentro de la comprensión de la disciplina que cultivó, aquellos aspectos más formales y procedimentales, me refiero a la metodología y la función de las instituciones del bioderecho. En la obra del maestro se puede leer una persistente confianza en la metodología de ponderación y deliberación en órganos colegiados como los comités consultivos o comisiones nacionales o internacionales de bioética u otros para hacer frente a la necesaria adaptación y flexibilidad que debe tener el derecho para regular el acelerado cambio tecnológico.

En la producción normativa de estas instancias en un *soft law* se expresan las dimensiones que para Romeo Casabona articulaba el bioderecho: 1) fuentes del bioderecho: los principios y derechos de instrumentos de derechos humanos relacionados a la biomedicina (*soft law*) y su vínculo con los principios y derechos constitucionales (*hard law*); 2) discurso de la bioética y su integración al análisis del bioderecho; 3) la precisión en la descripción del fenómeno tecnocientífico permite delimitar bien el fenómeno u objeto jurídico del bioderecho; 4) la metodología y la institucionalidad del

[44] Armstrong, H., Gorst, C., Rae, J., *Renewing regulation*, ob. cit., p. 22.

bioderecho, con un especial énfasis en la función que desempeñan los comités consultivos y la metodología deliberativa y el método del derecho comparado.

El bioderecho se enfrenta crecientemente a fenómenos que dejan en evidencia el problema del desfase en la regulación y la evaluación de los riesgos debido a tecnologías con capacidad de generar riesgos globales catastróficos (IA, CRISPR Cas9, biología sintética, interfaz cerebro-computadora, entre otras). En este trabajo analizamos los enfoques con los cuales tradicionalmente el bioderecho ha enfrentado la regulación de los riesgos tecnológicos (enfoques desregulatorios vs. enfoques precautorios), para luego avanzar a un enfoque que supera la dicotomía de más o menos regulación y de regulación vertical, las llamadas gobernanzas anticipatorias de los riesgos, como un mecanismo plausible y eficiente para enfrentar tecnologías en escenarios de incertidumbre más que de riesgos probabilísticos. Consideramos al final las condiciones de un sistema de gobernanza de riesgos catastróficos globales (reconocimiento, flexibilidad y rapidez, seguimiento y acción integradas, cooperación y coordinación, resiliencia y preparación) y los correlacionamos con seis principios claves para construir una regulación anticipatoria dentro de esa gobernanza: inclusivo y colaborativo, orientado al futuro, proactivo, iterativo, basado en resultados, y experimental.

VIII. Bibliografía

Annas, George J. / Grodin, Michael A. *The Nazi doctors and the Nuremberg code. Human rights in human experimentation*, Oxford, Oxford University Press, 1995.

Armstrong, Harry; Gorst, Chris; RAE, Jen. *Renewing regulation*. 2019. Disponible en: https://www.nesta.org.uk/report/renewing-regulation-anticipatory-regulation-in-an-age-of-disruption/

Beauchamp, Tom L., «A defense of universal principles in biomedical ethics», en Erick Valdés/ Juan Alberto Lecaros (editores), *Biolaw and Policy in the Twenty-First Century: Building Answers for New Questions*, Switzerland, Springer, 2019, pp. 3-17.

Bostrom, Nick / Cirkovic, Milan M., *Global Catastrophic Risks*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

Bostrom, Nick, «Existential Risk Prevention as Global Priority», *Global Policy*, 4, 2013, pp. 15-31.

Brownsword, Roger, *Technology, governance and respect for the Law: pictures at an exhibition*. Taylor & Francis, 2022.

Bussey, Marcus, «Concepts and effects: ordering and practice in foresight», *Foresight*, vol. 16, no 1, 2014, pp. 1-16.

Collingridge, David, *The social control of technology*, Pinter, London, 1980.

Casonato, Carlo, *Biodiritto: oggetto, fonti, modelli, método*, Torino, Giappichelli, 2023.

Chan, Sarah, «Playing it safe? Precaution, risk, and responsibility in human genome editing», *Perspectives in Biology and Medicine*, vol. 63, no 1, 2020, p. 111-125.

Childress, James F. / Meslin, Eric Mark / Shapiro, Harold T. (ed.). *Belmont revisited: Ethical principles for research with human subjects*, Washington, Georgetown University Press, 2005.

Dove, Eward S. / Knoppers, Bartha M. / Zawati, Ma'n H. «Towards an ethics safe harbor for global biomedical research», *Journal of Law and the Biosciences*. Vol 1, n.º 1, Febrero, 2014, pp. 3-51.

Fisher, Len / Sandberg, Anders, «A safe governance space for humanity: necessary conditions for the governance of global catastrophic risks», *Global Policy*, vol. 13, no 5, 2022, pp. 792-807.

GREELY, Henry T., «Governing emerging technologies—looking forward with horizon scanning and looking back with technology audits», *Global Public Policy and Governance*, vol. 2, no 3, 2022, p. 266-282.

GUSTON, David H., «Understanding 'anticipatory governance», *Social studies of science*, vol. 44, no 2, 2014, p. 218-242.

HARRIS, John / HOLM, Søren, «Extending human lifespan and the precautionary paradox», *The Journal of medicine and philosophy*, 27(3), 2002, pp. 355–368.

HEMPHILL, T. A, «The innovation governance dilemma: Alternatives to the precautionary principle», *Technology in Society*, *63*, 2020, p. 2.

JASANOFF, Sheila / HURLBUT, J. Benjamin / SAHA, Krishanu, «Democratic Governance of Human Germline Genome Editing», *The CRISPR journal*, *2*(5), 2019, pp. 266–271.

JASANOFF, Sheila, «Future imperfect: science, technology, and the imaginations of modernity», en Sheila Jasanoff / Sang-Hyun Kim (Eds.), *Dreamscapes of modernity: Sociotechnical imaginaries and the fabrication of power*, Chicago, University of Chicago Press, 2015.

KEMP, Peter, «Bioethics and Law and Biolaw in Ethics», en Peter Kemp / Jacob Rendtorff y Niels Mattsson (eds.), *Bioethics and Biolaw*, Copenhague, Rhodos International Science and Art Publishers-Centre for Ethics and Law, Vol. I Judgement of Life, 2000, pp. 63-76

KLINKE, Andreas., «Public understanding of risk and risk governance», *Journal of Risk Research*, *24*(1), 2021, pp. 2-13.

LECAROS, Juan Alberto, «Biolaw and bioethics: convergences and divergences», en Erick VALDÉS/ Juan Alberto LECAROS (editores), *Biolaw and Policy in the Twenty-First Century: Building Answers for New Questions*, Switzerland, Springer, 2019, p. 93-118.

MUIDERMAN, Karlijn, et al, «Four approaches to anticipatory climate governance: Different conceptions of the future and implications for the present», *Wiley Interdisciplinary Reviews: Climate Change*, vol. 11, no 6, 2020.

NORDMANN, Alfred, «Responsible innovation, the art and craft of anticipation», *Journal of Responsible Innovation,* vol. 1, no 1, 2014, pp. 87-98.

PALAZZANI, Laura, «Biolaw», en Henk TEN HAVE (eds), *Encyclopedia of Global Bioethics*, Springer, Cham, 2014, pp. 338–347.

PELLEGRINO, Edmund D., «The Nazi doctors and Nuremberg: Some moral lessons revisited», *Annals of internal medicine*, vol. 127, 1997, pp. 307-308.

RENDTORFF, Jacob Dahl / KEMP, Peter, *Basic Ethical Principles in European Bioethics and Biolaw* (Vols. 1-2), Copenhagen and Barcelona, Centre for Ethics and Law & Institut Borja de Bioetica, 2000.

RENDTORFF, Jacob, «Basic ethical principles in European bioethics and biolaw: Autonomy, dignity, integrity and vulnerability – Towards a foundation of bioethics and biolaw», *Medicine, Health Care and Philosophy*, Octubre, Vol. 5, n.º 3, 2002, pp. 235–244.

ROMEO CASABONA, Carlos (coord.), *Principio de precaución, biotecnología y derecho*, Madrid, Comares, 2004.

ROMEO CASABONA, Carlos, «Bioderecho y bioética», en Romeo Casabona, Carlos (director), *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, Granada, Comares, 201, pp. 187-205.

— «El Bioderecho y la Bioética, un largo camino en común», *Revista Iberoamericana de Bioética*, N.º 3, 2017, pp. 1-16

— ROMEO MALANDA, Sergio, «Approach to Biolaw as an Autonomous Juridical Discipline», en Erick Valdés / Juan Alberto Lecaros (editores), *Biolaw and Policy in the Twenty-First Century: Building Answers for New Questions*, Switzerland, Springer, 2019, pp. 59-76.

SUNSTEIN, Cass R., «Beyond the precautionary principle» *U. Pa. L. Rev.*, *151*, 2002, p. 1003.

— «The catastrophic harm precautionary principle», *Issues in Legal Scholarship*, *6*(3), 2007.

SLEEBOOM-FAULKNER, Margaret, *et al.,* «Comparing national home-keeping and the regulation of translational stem cell applications: an international perspective», *Social Science & Medicine*, vol. 153, 2016, pp. 240-249.

STIRLING, Andy, «Keep it complex», *Nature* 468, 2010, pp. 1029–1031.

THIERER, A., *Permissionless innovation: The continuing case for comprehensive technological freedom*, Mercatus Center at George Mason University, 2016.

VALDÉS, Erick, *Biolaw: Origins, doctrine and juridical applications on the biosciences*, Cham, Springer, 2021.

Vervoort, Joost; GUPTA, Aarti, «Anticipating climate futures in a 1.5 C era: the link between foresight and governance», *Current Opinion in Environmental Sustainability*, vol. 31, 2018, pp. 104-111.

WARING, Peter / BALI, Azad / VAS, Chris, «The fourth industrial revolution and labour market regulation in Singapore», *The Economic and Labour Relations Review*, vol. 31, no 3, 2020, pp. 347-363.

21

LA MENTALIDAD BIOÉTICA ANTE EL FIN DE LA PERSONA HUMANA. «SISTEMAS DE MUERTE» Y SUS IMÁGENES

Fernando Lolas Stepke*

SUMARIO: I. Introducción: Humanidades Traslacionales. Ii. La Muerte y el Morir. III. «Sistemas de muerte» y «sistemas de morir». IV. Símbolos e imágenes del morir. V. Funciones de los sistemas de muerte y de morir. VI. Discursos de la muerte. Representación y vivencia. VII. Bibliografía.

I. Introducción: humanidades traslacionales

Suele en medicina usarse el término «*medicina traslacional*» para indicar la «traducción» de información científica a la práctica clínica. De igual modo, podemos emplear la expresión «*humanidades traslacionales*» para aludir al empleo de conceptos surgidos en un área del saber humanístico a otras. La obra de Romeo Casabona es fértil en sugerencias sobre cómo algunos conceptos jurídicos pueden ampliar sus significaciones a problemas morales universales y a situaciones que requieren reflexiones diversas. Sus numerosas publicaciones son prueba de ello. Lo que sigue está pensado como homenaje a intuiciones surgidas de sus lecturas y de su trato.

* Profesor Titular, Universidad de Chile y Universidad Central de Chile. Miembro de Número, Academia Chilena de la Lengua e Instituto de Conmemoración Histórica de Chile, Académico Correspondiente, Real Academia Española de la Lengua y Academia de Ciencias Médicas de Córdoba (Argentina), Miembro de Honor, Sociedad Española de Medicina Psicosomática y Academia Chilena de Medicina. Dr h.c. Universidad de San Marcos (Perú), Universidad Ricardo Palma (Lima), Universidad Nacional de Córdoba y Universidad Nacional de Cuyo (Argentina). *International Distinguished Fellow, American Psychiatric Association.*

II. La muerte y el morir

Todo texto sobre la **muerte** debe considerarla como radical humano asociado a la finitud que en la Antigüedad clásica se vinculaba a la palabra *Brotós*, lo perecedero, y el **morir**, como proceso transicional que lleva de la vida a la muerte.

Cuando se habla de prolongar la vida o aliviar el sufrimiento en realidad se habla del proceso de morir, de la agonía y del padecer. No es «buena muerte» sino «bien morir» lo aludido en términos como eutanasia y ortotanasia. La vida es enfermedad mortal, como dicen Hölderlin y Kierkegaard, pues siempre termina en *exitus*, salida, término. El temor más difundido no es al hecho irrevocable de la muerte sino a este proceso terminal, a cómo y cuándo ocurrirá. También a lo que se deja, personas, proyectos, tareas. Bien morir no es lo mismo que la buena muerte. *Ars bene moriendi* («un bel morir tutta la vita onora»)

Heurísticamente es útil el concepto de «*sistema de muerte*» («sistema mortuorio»), adoptado por el informe *Lancet* de 2022[1]. Lo relevante es el «modo de morir» y no la muerte per se. Sería más correcto decir «sistemas de morir» o «formas de morir». O, más genéricamente, «sistemas tanáticos».

Por nominalización substantivante, Muerte engloba desde la desaparición física hasta la agonía. Se asocia con lo macabro, lo cadavérico, lo malo y se le simboliza con esqueletos e instrumentos de tortura. Las sagas heroicas del oficio médico lo equiparan a una «lucha» contra la muerte. Las escatologías religiosas y las formas políticas de las religiones la convierten en rito de pasaje a otras vidas o realidades.

Los «sistemas tanáticos» son parte de las «formas de vida» de las sociedades humanas. Cambian según la cultura y la circunstancia. Tienen historia. Son indisociables de las creencias sobre lo humano. Demandan definiciones: de protagonistas, agonistas, lugares, circunstancias, rituales e interpretaciones. Se asocian a *narraciones* y *discursos*. Estas concreciones textuales (lingüísticas y no lingüísticas) deben examinarse para enjuiciar axiológicamente (valorativamente) actos e intenciones. La moral es la forma espontánea de comportarse, lo que «se» hace o dice en una sociedad determinada. Las éticas son «juegos de lenguaje» (*Sprachspiele*) íntimamente asociados a formas de vida (*Lebensformen)* (y obviamente a formas de morir). Mediante ellos se *justifica* acciones, no se las *fundamenta*. La especie, más que *Homo sapiens*, es *Homo narrativus* y *Homo rhetoricus*. Las formas culturales se resumen en narraciones, textos que se crean para entender y dar sentido. Los mitos (fundacionales, de origen, heroicos), los sistemas filosóficos, las creencias existen en y por el lenguaje. La escritura lo hace permanente y público.

Cabría intentar una clasificación de estos «sistemas sociales» asociados al morir.

[1] Report of the Lancet Commission on the Value of Death: bringing death back into life, 31 de Enero de 2022. Disponible en: https://doi.org/10.1016/ S0140-6736(21)02314-X

Algunos son *teocéntricos*: las narraciones y discursos tienen que ver con la divinidad o lo trascendente. Otros son *antropocéntricos*: el acento recae en formas de humanidad históricamente determinadas: ser racional, ser partícipe de un grupo o casta, ser producto de una evolución y una biografía, tener derechos y deberes. Los hay *tecnocéntricos*, cuando el énfasis recae en razones instrumentales determinadas por prácticas sociales; por ejemplo, la medicina o la ingeniería.

En todo *sistema tanático* (de muerte y de morir) están presentes estos factores como *dimensiones* o aspectos. Con relevancia mayor o menor según contexto y circunstancia. Alguno se hace hegemónico en algún momento o cultura. Los historiadores juzgarán que nuestra época es tecnocéntrica; nuestros sistemas hegemónicos de morir son sociotécnicos. No solamente se han tecnificado los modelos de relación. La medicalización de la vida y la tecnificación de la medicina conducen a una realidad: la «mortificación» de lo médico, al punto que el único lenguaje legítimo para aludir al morir se asocia con instituciones y prácticas médicas. La mayoría de las discusiones considera a los moribundos y agonizantes «pacientes» que requieren «intervenciones» de un sistema sanitario. La narración se hace diádica, ignorando otras voces y otros discursos, como asimismo las biografías y sus historias. Precisamente ellos son constituyentes de los sistemas tanáticos, cuyo análisis quizá contribuya a humanizar las prácticas.

Los sujetos humanos, por contingencias evolutivas (de genes y de memes) ya no son «humanos» como lo eran las gentes del Medioevo europeo o los persas y griegos antiguos. Aunque la palabra *transhumano* propuesta por Julian Huxley ha sido abusada, sugiere que el ser humano de hoy es diferente. Los individuos viven sometidos a tecnologías (fundamentaciones de técnicas, *ratio technicae*). No se sirven de ellas, aunque usen sus productos. Aún en lugares poco civilizados de la Tierra la gente siente el impacto de Internet, se ve influida por lo que predicen los satélites, habita una «noósfera híbrida» en que las decisiones no las toman solamente personas sino algoritmos. Sus comportamientos están influidos por «redes sociales» y empresas transnacionales de comunicaciones. Es post-humanismo en sentido cabal; mejor expresión sería *tecno-humanismo*. Las técnicas incluyen, además de máquinas e instrumentos, formas estereotipadas de relación, ejercicio de poder, asignación de identidades, manipulación de símbolos. La mayor parte de la reflexión bioética relativa a la «eutanasia» es tecnocrática. Se refiere a regulaciones, disposiciones y prácticas estandarizadas, legisladas y reguladas[2].

Ciertamente, lo usual en la «cultura occidental» (de imprecisos contornos), de predominio anglófono y formas narrativas peculiares no es válido para todo el mundo. Ni siquiera en un mundo «globalizado». La globalización es la absolutización de un punto

[2] Romeo Casabona, Carlos María, «Suicidio y eutanasia», *Tratado de Derecho y Envejecimiento. La adaptación del Derecho a la nueva longevidad*, Fundación Mutualidad Abogacía, Wolters-Kluwer, Madrid, 2021, pp. 483-519.

de vista y una forma de vida. Esclarecer nuestro punto de partida (nuestros pre-juicios) requeriría esfuerzo y siempre habría componentes inexpresables. Hablamos «desde» una posición (*Standort*) o perspectiva determinada. Todo sistema social es también un sistema axiológico. Los valores son palabras universales que «dan sentido» y «justifican» las conductas. Así, por ejemplo, liberarse de la «tecnocracia diádica» del discurso médico actual y explorar las dimensiones morales de la polifonía narrativa que podría asociarse a la «ortotanasia» (morir correcto, no bueno) exige distanciarse de lo habitual.

Es central vincular los sistemas tanáticos, sistemas de morir, formas de morir con las expresiones narrativas que los describen, enjuician y sustentan.

III. «Sistemas de muerte» y «sistemas de morir»

La muerte es «tema para los vivos»[3]. Los muertos no hacen tema de ella. Solamente tiene sentido para quienes la anticipan, la temen, la desean o la niegan.

Como dice el filósofo, no hay que temerla. Vendrá ineluctablemente. Cuando ya no estemos, nada tendrá importancia. Si hay algo después de morir, no debe preocuparnos, aunque la apuesta de Blas Pascal por la vida eterna es atendible. Es mejor apostar a que sí la habrá. Si perdemos, no ocurre nada. Si ganamos, será la dicha misma. La inmortalidad no es humana, por ahora[4].

Hay acuerdo entre quienes escriben sobre la muerte: es lo más importante de la vida. La existencia de las personas cobra sentido —pleno sentido, como conclusión— sólo cuando mueren. Entonces se puede indagar por su sentido propio y significado para otros. Filosofar, decía Platón (en *Fedón*) es el aprendizaje de la muerte. También Montaigne, Heidegger y una pléyade de filósofos destacan que el valor de la muerte y las «obligaciones» que impone[5] es dar sentido a la vida. El proyecto Gilgamesh, que promete inmortalidad o prolongación de la vida, plantea más dudas que tranquilidades. En «*Todos los hombres son mortales*», Simone de Beauvoir aborda el tema. Lo que el protagonista experimenta al vivir tantas épocas y ver morir a tantas personas es finalmente aburrimiento. Si no hubiera muerte, ¿de qué serviría esforzarse, trabajar? Siempre habrá un mañana. Si la inmortalidad no es universal, se verá morir a muchas personas queridas; habrá duelo permanente. El tema es materia de ficciones literarias y cinematográficas y ha ocupado a historiadores, filósofos y psicólogos.

La importancia de la muerte, como la del olvido, es la renovación. Decía Max Planck (1858-1947) que la ciencia avanza no porque los científicos cambien sus opiniones sino

[3] Lolas, Fernando, «La muerte es problema para los vivos. Una reflexión socioética», *Anales de la Universidad de Chile Sexta Serie*, Núm. 6, 1997, pp. 83-90.

[4] Sciacca, Michele, *Muerte e inmortalidad*, Miracle, Barcelona, 1961.

[5] Cooley, Dennis, *Death's values and obligations: a pragmatic franmework*, Springer, Dordrecht-Heidelberg, 2015.

porque las nuevas generaciones parten de otras bases. La ciencia, según esto, avanza gracias a los funerales. Todo sería distinto si ningún ser humano muriera.

Si los vaticinios de quienes hoy trabajan para prolongar la vida se cumplieran la muerte sería una elección individual, como la jubilación. Los acaudalados querrían seguir disfrutando su riqueza. Los poderosos y los autócratas desearían continuar ejerciendo poder. Inglaterra sería distinta si una afección (probablemente un cálculo renal) no hubiera eliminado a Oliver Cromwell. Alejandro Magno, Julio César, Napoleón Bonaparte hubieran querido continuar sus exitosas existencias. Las generaciones se superpondrían en formas más extremas que ahora, en que por primera vez en la historia personas muy jóvenes conviven con muy viejas. Las condiciones de vida en el planeta se verían trastornadas; la idea de generación perdería sentido. Las utopías distópicas de inmortalidad universal obligan a preguntarse si la «medicina del deseo» la incluiría; habría que determinar si la calidad de la vida sería igual para todo el mundo o, como es probable, la pervivencia (ya que no la inmortalidad), como logro técnico, estaría restringida a quienes pudieran pagarla. La selección artificial impactaría en la humanidad como un logro evolutivo de alcances imprevisibles.

La comisión *Lancet* de 2022 llama la atención sobre el «**valor de la muerte**», como otros textos[6]. La Fundación *Viktor von Weizsäcker*, un foro para las ciencias humanas, dedicó su reunión de 2017 a la presencia de la muerte en la vida. Sabemos que hay formas *descriptivas* y *prescriptivas* de hablar sobre la *muerte*, como estadio, y del *morir*, como proceso. Este último nos concierne.

La distinción es esencial. La muerte, aunque se dilate en agonías prolongadas, ocurrirá en algún momento que requiere definición Es materia de debate. La «muerte cerebral» permite disponer del cadáver para fines de trasplante. Se relaciona con la idea de persona social. No todo el cuerpo muere al mismo tiempo, así como no todos los órganos envejecen a la misma velocidad. Los dispositivos sociales y jurídicos que permitieron crear «muertos parcialmente vivos» plantean, como otros «avances», diversos dilemas. Empezando por la definición de persona humana, que debe reformularse para los cadáveres vivientes que dan vida a otras personas. Hay que considerar también la mercantilización del cuerpo y la determinación de qué es valioso cuando de un bien escaso se trata. La tensión entre valor y precio debe examinarse en este contexto.

Por egocentrismo «*sapiens*», hablamos de muerte real aludiendo a individuos humanos, pues el flujo de la vida es inmortal. Las células se renuevan, las materias inorgánicas entran en nuevos ciclos de integración, las sociedades desaparecen pero la Sociedad perdura. Tanto en el plano macro como en el micro, la noción de muerte no concita sentimientos. Metafóricamente se habla de la muerte de imperios, civilizaciones

[6] Cooley, Dennis, *Death's values and obligations: a pragmatic franmework*, Springer, Dordrecht-Heidelberg, 2015.

e instituciones. Pero son metáforas como las que describen la vida humana como río (Jorge Manrique), como camino (Dante), como sucesión de estadios (Erickson), como alegoría (Baltazar Gracián); son ejemplos. La naturaleza muta permanentemente, las células del cuerpo mueren cada día, el individuo permanece y muere tras un período de tiempo rigurosamente determinado por la biología.

No extraña que el informe *Lancet* se inicie con la comprobación de un cuadro contradictorio. Algunas personas mueren bien, otras, mal. La medicalización de la muerte, como faceta complementaria de la medicalización de la vida, la presenta como derrota de las ciencias auxiliares del oficio médico. La «tabuización» del tema en el imaginario colectivo le presta el carácter de asunto prohibido o de mal gusto. Lo cual se opone a la ritualidad comercial de los «*funeral homes*», la inevitable celebración de los méritos de quienes fallecen o el escarnio de quienes mueren o son ajusticiados por acciones execrables.

Así como se envejece de muchas maneras y la «obsolescencia social» se manifiesta de modos diversos e inesperados, la muerte —pese a la rotunda monotonía del final— es diversa. No solo por los afectos y sentimientos de quienes están en trance de morir, por las reacciones de sus personas cercanas, por los contextos institucionales en que ocurre, por las prácticas sociales que la preceden, acompañan y siguen, por los significados que se le asocian. Además, por la época y la cultura.

La noción de «**sistema de muerte**», «**sistema mortuorios**» o «**sistema de morir**» (preferible) alude al complejo entramado de factores necesarios para situar con pleno sentido la muerte humana y realizar esa «utopía realista» (John Rawls) de la muerte «correcta» o del «morir digno». Lo que puede llamarse **ortotanasia**[7]. A diferencia de la corriente expresión eutanasia (voz cargada de ecos no siempre edificantes), la ortotanasia no es buena ni mala. Es «correcta» en sentido de ser construcción discursiva de muchas voces, polifónica, distinta de la medicalización simple y las regulaciones legales e institucionales sobre «eutanasia», rescatando el derecho a bien morir («*ars bene moriendi*») de los antiguos en clave contemporánea, «transhumanística», adecuada al sistema sociotécnico predominante. La «muerte correcta» se predica en muchos discursos conciliando voluntades y voces, en una «meta-narración» inclusiva.

Un sistema *tanático* (de muerte y morir) refleja una forma cultural. Sus elementos son los propios de cualquier sistema social; podríamos preguntarnos en qué se diferencia de una institución social: ¿en su permanencia tal vez?

Por de pronto, tenemos las **personas**. Aunque morir es asunto personal, no es privado. En quienes mueren están presentes los otros. Como recuerdo, como afecto, como

[7] Lolas, Fernando, «Consideraciones sobre el morir 'correcto'. Necesidad de una tanatoiatría», en Juan Pablo Beca / Rodolfo Armas (editores), *El final de la vida*, Mediterráneo, Santiago de Chile, 2021, pp. 85-92.

presencia física. Lo deseemos o no, morir es un proceso relacional. Se es en cuanto se ha sido y tenido un *sentido propio* de la vida y un *significado* para otros. Las personas en trance de morir, o amenazadas por la probabilidad de desaparecer, quizá sigan las fases descritas por Elizabeth Kübler-Ross (1926-2004): negación-ira-negociación-depresión-aceptación. Esto vale también para la pena y el duelo de quienes sufren la pérdida, y las «etapas» descritas por numerosos autores tratan de universalizar el proceso (aparte de Kübler-Ross, hay sugerencias en Bowlby, Horowitz, Jacobs y otros autores citados por Gil-Juliá y Ballester-Arnal, 2020). Sin embargo, hay personas que no seguirán esa secuencia o no tendrán tiempo de experimentarla. Asimismo, es útil distinguir personas moribundas de personas agonizantes. Moribundos son todos los seres humanos desde que nacen; cada día mueren un poco. Se es *moriturus* como se es *nasciturus*: se está siempre en transición. Agonizan quienes ven cercano el deceso y «luchan» o lo «aceptan». Regla hipocrática era que el médico sapiente debe saber cuándo dejar de actuar. El signo agónico bien reconocido es indicio de prudencia.

Tampoco es siempre válida, aunque puede ser útil, la idea de «tareas» asociadas al morir y al duelo. La muerte «preferida» o «deseada» difiere según la cultura; contemporáneamente en Occidente parece ser la súbita, que sorprende durante el sueño o de modo abrupto e inesperado, sin preparación, sin anuncio. En el horizonte de expectativas de una sociedad coexisten muchos modelos, según la circunstancia, el contexto y las biografías.

Deben considerarse las diferencias individuales. La personalidad, sistema de disposiciones o proclividades, determina la actitud y la preparación para la muerte. Un talante optimista, una extraversión salutífera, son distintas del ánimo penumbroso de personas pesimistas. La sensación de tareas inacabadas, de futuros imposibles pero anhelados, la angustia por quienes se deja atrás, son parte de la constelación afectiva de quienes van a morir y de quienes sobreviven.

También están los «otros». Los significativos y los anónimos. Los que acompañan y los que ignoran. Quienes sienten y quienes son indiferentes. En su historia de la muerte en Occidente, Philippe Ariés (1914-1984), presenta una imagen idealizada de la época que llama de la *muerte domesticada*. Imagina que aquellas personas consideraban natural morir. Pocos individuos llegaban a la adultez o la vejez. La muerte ideal se producía en casa, rodeado el moribundo por sus familiares y amigos, como el Alonso Quijano que recupera la lucidez en medio de los suyos. Este deseo encuentra ecos contemporáneos[8] que piden el derecho a morir en casa. La medicalización de la muerte la convierte en «falla técnica» o derrota, lo que explica por qué los profesionales tienden a evitar a los

[8] Godzik, Peter / Muschaweck, Petra (editors) *Lasst mich doch su Hause sterben*! Verlagshaus Gerd Mohn, Gütersloh, 1989.

moribundos[9] y los entregan a los cuidados de pastores y sacerdotes. También modifica el escenario —el *locus*— del morir. También puede hablarse de la *muerte obligada*, de la demografía (que es número anónimo), la *muerte vivida* (que nos importa) y de los *discursos que le otorgan sentido* (Vovelle, 2000)

Después de las personas, los **lugares** son importantes. El hospital se ha convertido en el sitio donde se nace y se muere en gran parte del mundo. La idea de hospital cambia en la historia. De ser lugar de muerte o reclusión, es hoy templo de la técnica en que imperan jerarquías distintas de las habituales. El poder del hospital moderno radica en gerencias y administraciones instrumentales, su prestigio en las cualidades profesionales de su personal. Aunque los médicos no tienen el control, lo representan frente a quienes demandan ayuda como *pacientes* o padecientes; por desempeñar ese *papel social* de enfermos (*infirmus*, sin firmeza) pierden derechos y se someten a rutinas y procedimientos que deben aceptar. El *papel de enfermo* (*sick role*), en la sociología de Talcott Parsons, incluía derechos (restarse a actividades propias de su actividad, por ejemplo) y deberes (volver pronto al sistema productivo y entregarse a cuidados competentes) pero es cualitativamente distinto según el contexto social y el lugar. No enferma ni muere igual el presidente de la compañía que el portero. La *Station* alemana, el servicio de urgencias, la internación prolongada, ejemplifican las distintas funciones de sus integrantes. Una **tanatoiatría** (Lolas, 2019,2021) reflexiva debe considerar las variaciones inducidas por el *locus.* El *triage* fue inventado en el campo de batalla; allí se decidía sobre gravedad y prioridades. En un hospital o un consultorio el juicio clínico decide, no quienes padecen.

No se muere solamente en el hospital. También en la calle, en el campo de batalla, en el hogar, en el asilo de ancianos, en un hotel. Los azares son innumerables. Tipificar los lugares de la muerte desafía toda sistematización; todo ser humano muere pero se ignora cuándo y cómo. De allí que el **tiempo** deba considerarse al describir sistemas de muerte y formas de morir. Una connotación del «morir dignamente» incluye modo y momento. Horizonte de expectativas que se asocia a la posibilidad de elegir, evitar el encarnizamiento terapéutico o el dolor insoportable, con o sin ayuda de otras personas. La retórica del suicidio asistido, de la eutanasia pasiva o activa, del rechazo a medidas extraordinarias produce tensiones entre creencias, deseos y prescripciones jurídicas. El suicidio, considerado por algunas tradiciones como homicidio autoinducido es a veces deliberada elección o acto desesperado explicable por trastorno mental. Reconocer las preferencias individuales es complejo. La muerte propia es distinta de la muerte de otros y está ausente como tema de conversación y reflexión. «Dad a cada uno su propia muerte», pedía el poeta Rilke. También puede recordarse la expresión «*un bel*

[9] Chistian-Widmaier, Petra, *Krankenhausseelsorger und todkranker Patient*, Springer Verlag, Heidelberg, 1988.

morir tutta la vita onora». Lo que abre la pregunta sobre qué es morir bellamente, qué es lo «natural» si, como recuerda Simone de Beauvoir, no existe la muerte natural; el ser humano ya no es «natural».

La literatura, el cine y las artes plásticas estimulan la imaginación y permiten experiencias vicariantes que influyen en las creencias colectivas. La trivialización de la muerte en la violencia televisiva genera sensaciones contradictorias. Nuestro morir socio-técnico entroniza los testamentos vitales y directrices anticipadas. Creaciones textuales comparables a ficciones anticipatorias y desiderativas. Instrumentos menos personales que técnicos y jurídicos. Un género literario que merece atención.

Cabe preguntarse si existe un «tiempo justo» para morir. Daniel Callahan, en su libro «*Setting Limits*» (1987), sugiere que las vidas tienen una «completitud» que se puede alcanzar a temprana edad, en la madurez, en la vejez o nunca. El tiempo vital de Mozart fue breve pero alcanzó plenitud por su obra. Tal precocidad no se da en todos los creadores; el genio matemático se manifiesta tempranamente pero el talento literario suele esperar la madurez para florecer. Goethe tomó, retomó y abandonó el «*Fausto*» durante décadas. Para «racionar» los recursos terapéuticos, conclusión obligada al privilegiar a individuos según la edad y sus potencialidades, se necesita considerar esta noción de vida plenamente vivida y del futuro individual. La enseñanza de Séneca, en sus «*Cartas a Lucilio*» es que no importa tanto la duración de la vida como su completitud. El «florecimiento» de una persona (*flourishing* es buena traducción de *eudaimonía*) no se mide por años.

En un sistema social, además de personas, lugares y tiempos, han de considerarse **objetos, cosas**. La muerte puede conceptualizarse como enfermedad. Las enfermedades se deben a mal diseño (genética predisponente), mal uso (hábitos dañinos) o mala suerte (inevitables accidentes o circunstancias). Morir puede deberse tanto a usar mal o no usar lo que se tiene, estar en la trayectoria de un proyectil o un vehículo, padecer una agresión o sufrir una caída. La búsqueda de responsables o culpables es invariante cultural; los objetos tienen diseño y designio humanos. Cuando mueren personas por la construcción defectuosa de un puente o de un edificio, se enjuicia a sus constructores. Los códigos deontológicos de las profesiones sanitarias suelen contener imputaciones de ignorancia, impericia o negligencia para quienes no conocen o aplican inapropiadamente medios terapéuticos. En sistemas socio-técnicos, si fallan máquinas o algoritmos de inteligencia artificial, debe decidirse a quien culpar.

Es imposible no considerar las cosas intangibles que rodean a la muerte, como los algoritmos, lenguajes artificiales y dispositivos electrónicos. Se integran a lo natural-humano de modo tan indisoluble que la distinción entre lo artificial y lo natural se desdibuja. Somos seres híbridos, casi *cyborgs* (*cybernetic organisms*); es contingencia evolutiva que hoy la especie *Homo sapiens* sea transhumana, metahumana o posthumana. El *Homo narrativus* y el *Homo rhetoricus* de hoy son indisociables de artefactos electrónicos y una «noósfera digital» que determina preferencias, comportamientos y destino. Nadie vive hoy sin computadores, *smartphones* y algoritmos. Algunos de estos

aparatos permiten dejar legados *post mortem* como archivos y contactos y la trascendencia personal se almacena en dispositivos que perpetúan memorias e imágenes. La «inmortalidad en internet» es tanto un bien como una maldición.

IV. Símbolos e imágenes del morir

Tal vez lo más significativo de los sistemas de muerte y morir sean los **símbolos** y las **imágenes.** El registro arqueológico y la investigación antropológica revelan que para *Homo sapiens* la muerte se asocia a significados culturales. El morir ha cambiado de faz. Desde considerar la muerte inseparable del ciclo vital hasta asociarla con creencias en otras vidas o estados, estudiar las formas simbólicas permite entender y anticipar usos y consecuencias sociales. La inmortalidad no es humana, como enseñan las tradiciones escatológicas, desde el poema de Gilgamesh hasta los monoteísmos «del libro» (judaísmo, cristianismo, islam) y otras religiones, algunas de las cuales aceptan la metempsicosis y la transmigración de las almas. La inmortalidad es atributo divino. Los mortales pueden aspirar a la pervivencia en legados y recuerdos; son las fuentes de la resignación que necesitan quienes sobreviven. Los estudios de Aries y otros autores se basan en textos testamentarios indisociables de sus contextos sociales. El testamento pasa de ser un ajuste de cuentas con la divinidad a convertirse en disposiciones relativas a las personas sobrevivientes, próximas o lejanas, y a la salvación de la propia alma. Instituciones como la capellanía y las misas de difuntos a perpetuidad o por largos períodos demuestran que hay una retórica *post-mortem* que convierte el morir en manifestación social. En las sociedades estratificadas por fortuna, casta o clase social, quienes mueren y sus cercanos impregnan de significación el acto de morir. La pompa y solemnidad de los funerales, los modos de la despedida o los escenarios tras el deceso son parte del simbolismo asociado a la muerte. Reafirman que morir nunca es acto puramente individual. Su faz social no se restringe al duelo de los deudos ni lamentaciones por la ausencia. Es representación y memento. El funeral de Estado, la muerte glorificada del héroe, la demostración de riqueza o posición social manifiestan las valencias societarias de modo palpable y perdurable. Las conmemoraciones y los recuerdos institucionalizados contribuyen a forjar sentidos de pertenencia para comunidades y naciones. Los héroes tutelares se convierten en signos identitarios. Confieren poder y son susceptibles de manipulación por intereses políticos o propagandísticos. Una causa sin mártires es una causa incompleta.

La muerte sirve a los vivos. No solo como fuente de informaciones sobre causas (la tanatología forense y médica), también como argumento para acciones políticas. El soldado desconocido es un muerto socialmente útil. El líder carismático se perpetúa cuando sus seguidores mantienen los ritos y prescripciones de su doctrina. En nombre de los muertos se ensalza la vida y se promueven muertes. Por venganza, por diseminar la fe, por fidelidad a la doctrina. No es causal que los monoteísmos sean religiones violentas y sanguinarias; personalizan la doctrina y la hacen exclusiva y excluyente. En la tradición,

como explica René Girard, lo sagrado se asocia con lo violento (es el origen de todo *sacri-ficio*, que se ejecuta sobre víctimas propiciatorias, herejes, apóstatas o infieles). En sus dimensiones textuales, el género literario «*texto sagrado*» debe estudiarse junto a otros, más propios de la modernidad socio-técnica: los obituarios, las oraciones fúnebres, los avisos de prensa. Tales textos se integran al *meta-texto* narrativo que configura imaginarios culturales en nuestros sistemas tanáticos (de morir y de muerte).

V. Funciones de los sistemas de muerte y de morir

Sistema de muerte o **sistema mortuorio** es constructo histórico-cultural. Describir algunas de sus *funciones* en relación al trance de fallecer es conveniente antes de examinar las narraciones que caracterizan a sus diversas formas. Ya advertíamos que lo aludido es el *proceso* de morir y no el *estado* definitivo muerte.

Una función importante es **predecir y advertir**. Una enfermedad, una situación violenta, una crisis telúrica son factores de riesgo. Riesgo es probabilidad de daño. Su magnitud es el producto de ponderar gravedad y frecuencia. Posibilidad de muerte es algo grave pero según las circunstancias puede ser improbable. La medicina contemporánea es tanto «*de deseo*» (esperamos ser mejores y más longevos) como «*de riesgo*» (no tratamos síntomas o signos, prevenimos complicaciones). Según el sistema tanático que consideremos habrá advertencias o predicciones. Con ellas se puede **prevenir**. Pero prevención es concepto ambiguo y polisémico. La hay primaria, secundaria, terciaria. Se previenen enfermedades, complicaciones o muertes. La literatura popular está llena de advertencias. No hay día en que no se descubran asociaciones deletéreas entre alimentos, prácticas individuales, condiciones sociales y muertes prematuras o evitables. Bien lo ilustran las tradiciones médicas. Los elevados niveles de colesterol o glicemia, los síndromes metabólicos, la falta de ejercicio físico, la ingesta de sustancias, los hábitos malsanos destacan la entelequia de lo normal o lo sano como preventivos de la enfermedad y la muerte. Es toda una industria y una «*commodity*» propalar riesgos y medidas preventivas. Los seguros de salud y de vida son algunas de sus expresiones. Las directrices anticipadas y los testamentos vitales evocan imaginarios colectivos o expectativas individuales y deben estudiarse en sus formas narrativas.

Los sistemas de muerte también prescriben **formas de cuidado**. No es lo mismo enfermar de gravedad en una aldea perdida en los Himalayas que en Manhattan. La medicina del deseo y del riesgo se torna medicina de lo posible o cuidado razonable. No todos quienes merecen «morir bien» pueden hacerlo. Faltan recursos, falta experiencia, faltan oportunidades. Podríamos hablar de imperfecciones de los sistemas de cuidado de la salud o variantes de los sistemas mortuorios. La tradición asigna funciones de cuidado a diferentes agentes. Parientes y amistades —a menudo mujeres— lo hacen por benevolencia, compasión u obligación. Profesionales lo hacen por fidelidad al *ethos* de su oficio. Instituciones se diseñan para anticipar formas de cuidado que atenúen la angustia o incrementen la sensación de solidaridad y empatía.

Otra función de los sistemas de muerte es **prescribir cómo han de tratarse los cuerpos**. Es su faz más visible, junto con la de indicar como **reconstituir el tejido social tras la muerte**. Repitamos que la muerte tiene una apariencia bifronte: es individual y social. En cada cultura o grupo social los usos y costumbres prescriben ciertas conductas y prohíben otras. Según el rango o la clase social, el cuerpo puede ser exhibido públicamente o expuesto solamente para deudos y personas próximas. En algunas tradiciones se acepta que el cuerpo sea incinerado, en otras es más aceptable el entierro en lugar sagrado. Se ha descrito, en relación con esta práctica, que el sitio de la inhumación en una iglesia cristiana guarda relación con el estatus de la persona fallecida: mientras más elevado, más próximo al altar mayor[10]. La práctica del luto ha sufrido cambios y si antes, en países como España, para las viudas era corriente usar vestidos negros por largo tiempo, las sanciones por ignorar este uso han variado. En algunas culturas, la muerte del hombre suponía enterrar o quemar con él a sus viudas, especialmente si eran jóvenes.

Las prácticas funerarias y las tumbas (*funebria*) proporcionan materiales al arqueólogo y al paleontólogo. Objetos y monumentos subsisten a las inclemencias del clima o las depredaciones de ladrones e invasores. La reconstrucción de las tumbas egipcias proporciona material para discernir cómo se concebía el más allá, qué cosas debían acompañar a los muertos, cuan lujoso debía ser el sitio en que dejar el cadáver. Uno de los hitos de la egiptología del siglo XX, el descubrimiento de la tumba de Tutankamón por Howard Carter y Lord Carnavon en 1922, aparte del revuelo mediático que provocó, indicó fehacientemente cuan valioso podía ser un sarcófago y cuan protegido quedaba de las miradas indiscretas y la intervención de profanadores. La momificación, practicada también en culturas andinas prehispánicas, puede interpretarse como deseo de preservar la integridad corporal; a menudo se acompañaba de objetos valiosos, acompañantes y animales.

El comportamiento de las personas próximas a quien fallece también está regulado por reglas implícitas o explícitas, cuyo desciframiento señala que la muerte es tema para los vivos. Aparte de las ceremonias fúnebres, las reuniones mortuorias pueden acompañarse de expresiones de dolor o celebraciones. En algunos grupos, la convicción de que los muertos perviven y merecen compañía y cuidados puede llevar a que, por ejemplo, sus huesos sean cuidadosamente desenterrados y limpiados como señal de afecto, respeto o recordación. Los actos de conmemoración adoptan caracteres diversos. En particular, cuando se trata de individuos ilustres o respetados, suelen ser componentes indispensables de recuerdo y veneración, como también la preservación de algo que les perteneció. Las reliquias de santos fueron en Europa una verdadera fiebre, y las falsificaciones abundaron. Muchos guerreros y cruzados se sintieron protegidos por fragmentos de la

[10] OVALLE, Daniel «El paso de la muerte narrada a la muerte callada en Chile, siglos XVI-XIX. Reflexiones para una historia hermenéutica de la muerte», *Cuadernos de Historia Cultural*, Núm. 1, 2012, pp. 21-38.

cruz verdadera (Veracruz) en que se inmoló a Cristo. Fue gran pérdida de los cruzados en la batalla de Hattin (1187), que selló la caída de Jerusalén. Los restos de Catalina de Siena fueron distribuidos a distintas congregaciones para hacerlas partícipes de una comunidad de devotos; tales objetos producían milagrosos efectos, protección contra amenazas y esperanza para el futuro. En algún museo se puede contemplar con unción un pelo de la barba del profeta Muhammad y en cada iglesia cristiana de importancia no faltará algún recuerdo del patrono o santo tutelar, cuya intercesión ante el Altísimo se implora mediante adecuados ritos e imploraciones. Las peregrinaciones al santuario de Santiago de Compostela han permanecido por siglos.

La contingencia evolutiva determinada por la irrupción de las tecnologías también impacta en los sistemas de muerte, modificando su fisonomía. La criopreservación del cuerpo, aunque pueda tener como finalidad mantenerlo hasta que la ciencia médica descubra curas o pueda ser reanimado en un período propicio, si bien no pertenece necesariamente al sistema de muerte, indica que la irrupción de lo artificial también afecta al modo como se manifiesta el deseo de perpetuidad. Algunos *smartphones* proporcionan la posibilidad de dejar un legado bajo la forma de archivos imperecederos y, ciertamente, la inmortalidad digital es una forma de pervivir bajo forma no corpórea. Tales legados son recuerdo y enseñanza para generaciones futuras. Complementan a los tradicionales codicilos y testamentos sin caer en la esfera actuarial y jurídica de modo integral.

Una función importante de un sistema mortuorio es **modelar expectativas.** El horizonte de expectativas determina tanto el campo o ámbito de experiencias como las actitudes de las personas. Es un factor que crea tanto esperanza como predispone a frustraciones e influye en los rituales de preparación para la muerte como el duelo y la rememoración. Es la suma de los prejuicios, las creencias y las convicciones que las personas desarrollan en un contexto cultural determinado. Éticamente, como juego de lenguaje justificatorio, es importante indagar por este componente del imaginario social e individual.

En épocas en que las *infotecnologías* se imbrican estrechamente con las *biotecnologías* y en que los seres humanos son híbridos (o incluso *cyborgs*) el escenario de la muerte quizá pueda ser diseñado o creado. Podrían usarse *metaversos*. Por ejemplo, diseñar un entorno en el cual estén presentes «avatares» de seres queridos ya ausentes o escenografías que contribuyan a plasmar las preferencias individuales, debidamente anticipadas y respetadas. Se crearía así un entorno que no solamente respeta las directrices anticipadas sino también anticipa sus formas de ejecución.

VI. Discursos de la muerte. Representación y vivencia

Un discurso es un juego de lenguaje que construye realidades. Lo que se dice no se dice *sobre* la muerte ni *de* la muerte. Lo que se dice es la *muerte constituida* en un modo de hablar, construida por el lenguaje. Todo *juego de lenguaje* se asocia a una *forma de vida*, de modo que se vive tantas vidas como discursos sean posibles. Y si hablar de la vida es hablar de la muerte, entonces los discursos son formas de constituir una y otra.

Pueden tipificarse los discursos aludiendo a los hablantes. Hay discursos en primera, en segunda y en tercera persona. Hay narradores personales, interpersonales e impersonales. Los hay omniscientes, que todo ven y saben, y los hay con punto de vista, con perspectiva irrepetible y única.

También los discursos pueden estudiarse según su finalidad. Retórico es el discurso que persuade porque se pronuncia desde un *ethos*, con un *pathos* y usando un *logos* particular. Un carácter o individuo, una pasión y una forma. Clásicamente se distingue *inventio*, *dispositio*, *elocutio*, *memoria* y acto o *pronuntiatio*, operaciones retóricas que tienen auges y decadencias según la época. Importante es señalar que toda persuasión se basa en una convicción que desea transmitirse y por lo tanto debe con-vencer a otros. Hay una dimensión deontológica, de deber-hacer o de obligar a hacer. Deontología, término acuñado por Bentham para hablar de teoría de los deberes, incluye no solamente lo que se *debe hacer* (justificadamente) sino lo que se *tiene que hacer* (por vocación o imperativo moral)

En las construcciones discursivo-narrativas, constitutivas de realidades, conviene distinguir entre la prefiguración, la configuración y la re-configuración (re-producción o manifestación final). En ellas inciden momentos histórico-biográficos, constelaciones situacionales, factores temporales y audiencias. Conviene distinguir entre la narración histórica y la narración de ficción. Aunque ambas se rigen por una retórica constructivista, en la cual la veracidad y la verosimilitud, más que una pretendida «verdad», son determinantes, es usual distinguir entre *Historie* y *Geschichte*, entre lo que ocurrió y lo que se narra. Hay hechos y hay ficciones. Construcciones textuales de distinta entidad, creadas en y por el lenguaje. («*avez vous un texte*?», preguntaba Fustel de Coulanges como prueba de veracidad)

Los discursos en primera persona sobre la muerte reflejan los miedos, angustias y perspectivas de los hablantes. Ningún muerto crea discursos, salvo quienes declaran haber «retornado» de una experiencia terminal. Son valiosos para juzgar cómo las culturas y las disposiciones individuales afrontan la caducidad propia y la obsolescencia de sus actos. Debemos preguntarnos si los testamentos, los auténticos —que se hacen para la posteridad o los otros— o los que anticipan sucesos personales como directrices anticipadas, deben considerarse en primera o en tercera persona. Parece evidente que quien los redacta o los acepta de formularios preparados lo hace de modo autónomo; la circunstancia difiere de la redacción de un diario de vida o una carta personal que refleja ansiedades personales e íntimas. Son disposiciones concretas sobre cómo desearía el hablante ser tratado de no poder expresarse, o cómo terminar la vida de modo apacible sin sobrecargar a la familia con gravosas responsabilidades. La falta de espontaneidad y la demanda imaginativa sobre un futuro desconocido, que quizá conlleve cambio de intereses, no permite incluirlos en lo que denominamos primera persona. Sin embargo, si se los diseña considerando el horizonte de expectativas individuales (moldeado por cultura, peripecia biográfica y deseo de trascendencia) podría hacérselos más adecuados a las realidades personales. Las notas de quienes intentan suicidarse son un género

particular de texto. En algunos estudios, pudo observarse que quienes efectivamente tenían real intención de morir escribieron notas muy fácticas, sin demasiado adorno, sin autoconmiseración y sin grandilocuencia.

La segunda persona refleja cómo se experimenta la muerte de otros, a menudo con sentimientos tales como pena, admiración o ira. La literatura refleja emociones asociadas a la muerte de una persona admirada o amada. Ejemplos hay numerosos. Tanto Simone de Beauvoir (1985) como Roger Peyreffitte (1955) se refieren a la muerte de sus madres. También los escritos filosóficos pueden considerarse en esta categoría. Aunque pueden estar escritos en primera persona, se refieren a experiencias que se juzga universales y de las cuales se extraen máximas o enseñanzas. Las «*Cartas a Lucilio*» de Séneca constituyen casi un texto de autoayuda en el contexto moderno

El libro de Peyreffitte «*La muerte de una madre*» puede ilustrar. En primera persona informa tanto de su vida como escritor y diplomático como de la de su madre, a cuya muerte no alcanza a asistir por triviales retrasos que le sumergen en culpa. El libro recuerda a la madre propia pero se titula de manera neutral «una» madre. La facticidad de la vida extinguida se expresa en recuerdos y en objetos que traen recuerdos. También en fotografías y cartas. La narración construye una identidad compleja, el binomio madre-hijo. Mueve a los lectores a recordar sus propias experiencias y compararlas con las descritas en el libro. La identidad de la madre y del hijo emergen de y se constituyen en la palabra escrita.

La narración de Simone de Beauvoir «*Une morte tres douce*» describe el proceso de hospitalización de su madre a causa de una fractura que luego se revela señal metastásica de un cáncer del cual ya no se recuperará. Escribe la autora con su identidad real y la de su hermana, Poupette, algo menor, cuyas diferencias afloran en el cuidado de la madre. A diferencia del texto de Peyrefitte, se agrega el trato con el sistema hospitalario, a la vez elogiado y criticado. Los médicos, impecables y perfumados, pasan como seres superiores frente a la vulnerabilidad de quienes sufren. La relación es ambigua pero en el fondo crítica. Destaca la observación de que después de las rutinas de cuidado de la moribunda, muy demandantes por los dolores y la solicitud permanente de calmantes, se describe un período de paz, de extrañeza y hasta de nostalgia. Las cuidadoras han adoptado una forma de vida cuya impronta perdurará. La desaparición física, por triste que sea, se experimenta en casos como éste en forma de liberación.

C.S. Lewis, en «*Una pena observada*» (también traducida como «*Una pena en observación*») (1961) describe sus vivencias tras la muerte de su esposa. Se pregunta por qué la pena se puede parecer al miedo y cómo, ante ella, sus conocidos reaccionan con evitación porque no saben qué decir. La perplejidad de los niños, que el autor recuerda como propia, delata lo inefable de la experiencia. Uno de los puntos que merece atención en este texto es lo que podría llamarse «el silencio de Dios». Se encuentra en muchos relatos de creyentes, que finalmente se aferran a la inescrutabilidad de los designios divinos y se resignan a través de la fe; para los cristianos y otros adeptos a religiones que proclaman la eternidad de las almas a veces sirven expresiones como «está en el

regazo del Padre» o en un lugar mejor (el Cielo). Esta función tranquilizadora de la creencia es reemplazada, para quienes abrigan creencias seculares, por la idea de que el recuerdo mantiene viva la presencia de quienes ya no están.

La tercera persona, en el texto de ficción, aunque puede adoptar formas que parecen próximas y personales, se diferencia del recuento en segunda persona por ser ficción verosímil o convincente. Obviamente, las experiencias de los narradores influyen en sus creaciones —materia que aquí no tratamos— pero en la ficción prima el deseo de otorgar verosimilitud a una trama (*plot*) que no es la vida misma sino su imitación o invención. No es veracidad, es verosimilitud, lo que determina el carácter de una creación y la hace «legible» o comprensible. La creación puede adoptar formas literarias y géneros diversos, mas no se presenta como reacción o biografía de quien escribe. Se atribuye a un carácter ficticio.

Algunas obras literarias se han escrito en forma de cartas, como epistolario, otras son poemas, muchas novelas. Este último género cautivó a la Europa novecentista por su proximidad a la vida y por transmitir desde sentimientos hasta consignas ideológicas, además de reflejar la existencia tal y como la concebirían sus destinatarios, la «lectoría».

En ocasiones el narrador adopta el carácter de un observador distante y es omnisciente en relación a los hechos, pues tanto indaga por los contextos como se adentra en la interioridad de sus personajes. Ejemplos como los de Madame Bovary e Iván Illich, en tanto personajes de ficción, no muestran los sentimientos o aflicciones del narrador; a diferencia de las narraciones en segunda persona no manifiesta, aunque puede inferirse, su propia postura frente a las peripecias vitales de sus personajes. En otras, como Werther y el género epistolar, el narrador parece compartir algunos sentimientos propios.

La tercera persona se emplea en el discurso científico de la tanatología. Considera determinantes biológicos, predictores estadísticos o clínicos, condiciones preexistentes o lesiones que explican causalmente los decesos. Es un grado mayor de impersonalidad. Se trata de textos que informan sobre estadísticas, sobre bioquímica de los procesos vitales, sobre cambios en las estructuras biológicas que preceden, acompañan y siguen a la muerte.

También hay narraciones en tercera persona que merecen estudio. Las historias clínicas de hospitales y sistemas sanitarios son textos cuya retórica y estilo obedecen a necesidades concretas: diagnóstico, pronóstico, tratamiento, evolución. La anamnesis no ocupa un lugar destacado en la enseñanza de los libros clásicos sino hasta que se instala en la conciencia médica la idea de persona enferma y se desarrolla la medicina biográfica de un Richard Siebeck o el modelo biopsicosocial de George Engel y otros. Cuando lo hace es un instructivo para arribar a conclusiones aceptables o situar la indagación somática y psicológica en un plano de mayor certidumbre. No es biografía, es recolección.

Hay formas de obituario y de oraciones fúnebres difíciles de situar. Algunas podrían estar en el ámbito de la segunda persona, si son formuladas con afecto y con voz propia

y personal (como un hijo que exalta la figura de su padre muerto en combate), pero en otras son equivalentes a textos impersonales (y por eso ficticios, por no contener realidad humana directa). El discurso de despedida del mismo soldado, hecho por el ministro que no le conoció, aunque emplee recursos hagiográficos y exaltados, no contiene la densidad sentimental del de sus deudos. En realidad, el discurso fúnebre es un género sujeto a reglas pragmáticas, con elementos identificables que pueden llamarse «pragmamemes». Son las piezas de construcción de un discurso que recoge semejantes elementos en distintas culturas.

En las narrativas que constituyen el meta-texto de las muertes no deben olvidarse las manifestaciones escritas del anuncio periodístico. Su importancia no debe infravalorarse. Como textos *post-mortem* interesan más a los vivos que a los muertos. Las dimensiones, el texto, la duración de su publicación dicen mucho sobre quienes tienen interés en preservar la memoria.

No hay que olvidar la «textualidad» de las imágenes. La plástica ha tenido importancia decisiva para representar la muerte y el morir. De modos enormemente expresivos, especialmente cuando las personas no sabían leer, las obras plásticas y la arquitectura fueron textos educativos. Así lo recuerdan Victor Hugo en «*Nuestra Señora de París*» y lo manifiesta el elocuente título de John Ruskin, «*La biblia de Amiens*». La imaginería medieval sobre la muerte y las manifestaciones actuales en ciertas culturas expresan la muerte y el morir de modo gráfico, con el valor de la inmediatez que se salta el verbo. Un recorrido por la plástica y la integración de la imagen a las narraciones aumentan la potencia expresiva y reflejan los «sistemas de muerte y morir» de épocas distintas.

A la textualidad de la imagen pertenece el cine; como el «arte total» que pedía Wagner para la ópera, el cine conjuga imagen, sonido y texto de maneras altamente expresivas. Cabe destacar, como ejemplo, «*El séptimo sello*», película de Ingmar Bergman de 1957. Situada en el medioevo amenazado por la peste negra, con una escenografía elocuente, cuenta la historia del caballero que juega ajedrez con la muerte. En el contexto, como trasfondo y escenario, se atisba la vida corriente de juglares, herreros y gente común, que desprecian muerte o temen la muerte. El escudero del señor piensa que la muerte es el fin de todo, que nada hay después de ella. El pueblo llano la teme porque los penitentes la hacen visible a través de las admoniciones de que es castigo divino. El caballero, que apuesta al juego su supervivencia, desea una respuesta de Dios que nunca llega. Este silencio de la divinidad, la indiferencia del Supremo Ser, es una clave escatológica que no se resuelve. Deja la duda creativa de qué hacer y finalmente, como moraleja, parece indicar que la libertad humana consiste en escoger lo que sea mejor para vivir, porque la Muerte es inevitable. Se pregunta el espectador si es necesario hacer obras buenas, como pregonó la iglesia romana en tiempos de la Reforma, o si la salvación es decisión inalienable de la divinidad, pues basta la fe para salvarse. En la película, la fe hace cometer actos brutales como la quema de la supuesta bruja que trata con el Demonio a fin de aplacar a la divinidad que ha enviado la peste como castigo.

VII. **Bibliografía**

Ariés, Philippe, *Historia de la Muerte en Occidente. Desde la edad media hasta nuestros días,* El Acantilado, Barcelona, 2005.

Beauvoir, Simone de, *A very easy death*, Pantheon Books, Nueva York, 1985.

Becker, E., *Denial of Death,* Free Press, Nueva York, 1973.

Callahan, Daniel, *Setting Limits*, Simon & Schuster, Nueva York, 1987

Cassell, E.J., *The nature of suffering and the goals of medicine*, Oxford University Press, Oxford, 2004.

Cooley, Dennis, *Death's values and obligations: a pragmatic franmework*, Springer, Dordrecht-Heidelberg, 2015.

Chistian-Widmaier, Petra, *Krankenhausseelsorger und todkranker Patient*, Springer Verlag, Heidelberg, 1988.

Gil-Julia, Beatriz / Ballester-Arnal, Rafael, «In the wake of loss. Grief, mourniing and bereavement», en Vincent Salvador / Adela Kotlakova (editores), *Discourses on the edges of life,* John Benjamins Publishers, Amsterdam/Philadelphia, 2020.

Godzik, Peter / Muschaweck, Petra (editors) *Lasst mich doch su Hause sterben*! Verlagshaus Gerd Mohn, Gütersloh, 1989.

Lofland, LH. *The craft of dying*, MIT Press, Cambridge, 2019.

Lolas, Fernando, «Tanatoterapéutica», *Acta Psiquiátrica y Psicológica de América Latina*, 40, 1994.

— «Tanatoterapéutica. Hacia un arte del buen morir», *Revista Argentina de Gerontología y Geriatría*, 15, 1995, pp. 34-45.

— «La muerte es problema para los vivos. Una reflexión socioética», *Anales de la Universidad de Chile Sexta Serie*, Núm. 6, 1997, pp. 83-90.

— «Evitar la distanasia tecnocrática: objetivo de los cuidados paliativos», *Ars Medica, (Pontificia Universidad Católica de Chile),* Núm. 11, 2005, pp. 17-22.

— *Escritos sobre vejez, envejecimiento y muerte*, Ediciones Campus, Universidad «Arturo Prat», Iquique, Chile, 2002 (2.ª edición 2006).

— «Ortotanasia y tanatoiatría. Una consideración sobre «juegos de lenguaje bioéticos», *Jurisprudencia Argentina Número Especial de Bioética III*, 10, 2019, pp. 137-146.

— «Moral ortothanasia and the right to die. A multinarrative approach», en V. Salvador / A. Kotlakova (editor), *Discourses on the edges of life*, John Benjamins Publishers, Amsterdam/Philadephia, 2020.

— «Consideraciones sobre el morir 'correcto'. Necesidad de una tanatoiatría», en Juan Pablo Beca / Rodolfo Armas (editores), *El final de la vida*, Mediterráneo, Santiago de Chile, 2021, pp. 85-92.

Mainetti, José (editor), *La muerte en medicina*, Quirón, La Plata, 1978.

Ovalle, Daniel «El paso de la muerte narrada a la muerte callada en Chile, siglos XVIXIX.Reflexiones para una historia hermenéutica de la muerte», *Cuadernos de Historia Cultural*, Núm. 1, 2012, pp. 21-38.

Peyreffitte, Roger, *La muerte de una madre*, Editorial Raigal, Buenos Aires, 1955.

Report of the Lancet Commission on the Value of Death: bringing death back into life, 31 de Enero de 2022. Disponible en: https://doi.org/10.1016/ S0140-6736(21)02314-X

Romeo Casabona, Carlos María, «Decisiones al final de la vida», *Tratado de Derecho y Envejecimiento. La adaptación del Derecho a la nueva longevidad*, Fundación Mutualidad Abogacía, Wolters-Kluwer, Madrid, 2021, pp. 453-482.

— «Suicidio y eutanasia», *Tratado de Derecho y Envejecimiento. La adaptación del Derecho a la nueva longevidad,* Fundación Mutualidad Abogacía, Wolters-Kluwer, Madrid, 2021, pp. 483-519.

Salvador, Vincent / Kotatkova, Adela / Clementi, Ignasi, *Discourses on the edges of life*, John Benjamins, Amsterdam/Philadelphia, 2020.

Sciacca, Michele, *Muerte e inmortalidad*, Miracle, Barcelona, 1961.

Vovelle, Michel, *La mort et l'Occident: de 1300 à nos jours. précédé de La mort, état des lieux, préface à la nouvelle édition,* Gallimard, Paris, 2000.

22

ADAPTACIÓN DE LAS PRINCIPALES NORMATIVAS DEL DERECHO BIOMÉDICO A LOS CAMBIOS EN MATERIA DE CAPACIDAD JURÍDICA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD*

ANDREA MACÍA MORILLO
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL CAMBIO DE MODELO A RAÍZ DE LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK. III. EL IMPACTO EN EL DERECHO BIOMÉDICO. III.1. La tarea pendiente del legislador. III.2. Diversidad normativa y de adaptación a la reforma. III.2.1. *Normas ya reformadas.* III.2.2. *Normas que aparentemente se adaptan al nuevo modelo o podrían interpretarse en clave de adaptación.* III.2.3. *Normas que mantienen referencias al modelo anterior.* III.2.3.1. *La intervención de un representante en sustitución de la persona con discapacidad.* III.2.3.2. *Referencia al mejor interés o mayor beneficio de la persona con discapacidad.* III.2.3.3. *Privación de derechos a la persona con discapacidad.* III.3. ¿Un paso más? III.3.1. *La oportunidad de unificar el sistema.* III.3.2. *Pautas para la unificación.* IV. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Es de todos conocido que el Derecho evoluciona con la sociedad. Un cambio en la configuración de los intereses de las personas o en las concepciones sociales obliga a reformar la regulación de las relaciones personales o patrimoniales de los individuos, a fin de adaptar el Derecho a su función ordenadora de la convivencia, que no puede perder nunca de vista la propia realidad social que regula. Así ha ocurrido con el cambio de la concepción sobre la capacidad que el ordenamiento debe reconocer a todas las personas, que ha ido calando progresivamente en la sociedad, impulsado por el creciente reconocimiento de la dignidad de la persona y autonomía que debe reconocerse a todo individuo. Notablemente, así ha ocurrido en relación con el propio concepto de

* El presente trabajo se enmarca dentro del Proyecto I+D «Hacia una revisión del principio de solidaridad familiar: análisis de su alcance y límites actuales y futuros» (PID2019-104226GB-100) del Plan Estatal de Investigación Científica del Ministerio de Ciencia e Innovación, liderado por las profesoras Benavente Moreda y Rodríguez Guitián.

discapacidad y con el papel que desempeñan en la sociedad las personas con diversidad funcional o capacidades diferentes.

El cambio, materializado en el núcleo de las normas civiles por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (en adelante, Ley 8/2021), repercute, sin embargo, en el resto del ordenamiento, resultando necesario revisar todas las normas que de forma directa o indirecta tomen como referente o punto de partida la capacidad de los individuos. Notablemente, así ocurre con el ámbito de la salud, en el que, por razón de los bienes afectados, varias normas parten de la capacidad del sujeto para legitimar sus actuaciones sobre su vida o integridad física, su intimidad o su autonomía en la configuración de sus elecciones vitales. Se produce aquí, por tanto, un infrecuente fenómeno, en el que el ordenamiento se ve obligado a evolucionar en el ámbito biomédico, pero no —como es habitual— por causa de avances científicos que revolucionan el Derecho, sino por cambios sociales.

En las páginas siguientes vamos a centrarnos en determinar cómo incide esta nueva perspectiva de la discapacidad sobre las normas más emblemáticas del Derecho biomédico que no han sido adaptadas todavía al nuevo paradigma. Sobre el punto de partida del régimen introducido por la Ley 8/2021 y el espíritu que inspira la reforma a partir de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, de 13 de diciembre de 2006 (en adelante, Convención de Nueva York), analizaremos en qué medida tal regulación se adapta a ese nuevo modelo y cómo debe reformarse o reinterpretarse para ser coherente con la finalidad por ella perseguida, a fin de aportar algunas ideas de cara a la necesaria reforma de estas normas.

II. El cambio de modelo a raíz de la convención de Nueva York

Tradicionalmente, la discapacidad se ha considerado desde una perspectiva médica, como un problema de la persona, causado directamente por una enfermedad o condición que requiere asistencia médica y rehabilitadora. En esa línea, la persona discapacitada se contemplaba por el Derecho como un sujeto necesitado de protección y de guía, pues la enfermedad lo situaba en una condición inferior respecto del resto de los individuos[1]. Así, las normas reguladoras del estatuto civil de las personas con discapacidad enfocaban su actuación en el tráfico jurídico otorgando un claro predominio a su sustitución en la toma de las decisiones que le afectaban. La distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar convertía la discapacidad en un estado civil[2], en el que la persona declarada incapaz perdía la posibilidad de ejercitar sus derechos o contraer obligaciones, quedando las decisiones relativas a su patrimonio y a su persona en manos de sus

[1] Ver García Rubio, M.P., «La necesaria…», ob. cit., p. 152.

[2] Al respecto, Pau, A., «De la incapacitación…», ob. cit., pp. 10-12.

representantes legales, quienes determinaban su destino y el de sus bienes tomando como parámetro lo que podía redundar en su mayor y mejor interés.

A finales de 2006, sin embargo, se aprueba en Naciones Unidas la Convención de Nueva York, como resultado de un largo proceso en el que participaron varios actores de la sociedad política y civil. Con ello, se sienta la primera pieza de un cambio que socialmente se venía gestando desde hace tiempo, ante la insatisfacción que el sistema anterior producía en los colectivos afectados por esas medidas protectoras paternalistas, que, en definitiva, actuaban «por» el discapacitado, pero «sin» el discapacitado.

Ese texto de Derecho internacional supone la consagración del cambio de paradigma de las políticas sobre discapacidad, al superar definitivamente la perspectiva médica de la discapacidad para dar paso a otra (social) que configura la discapacidad como un complejo conjunto de condiciones, muchas de las cuales están originadas o agravadas por el entorno social[3]. Se impone con ello un cambio radical del sistema, que pasa a pivotar sobre los principios del respeto a la voluntad y las preferencias de la propia persona discapacitada, quien, como regla general, será la encargada de adoptar sus propias decisiones. Correlativamente, se pasa a considerar plenamente a las personas con discapacidad como sujetos titulares de derechos, protagonistas y actores en su ejercicio.

Como tratado internacional, su texto vincula a los firmantes a cumplir las obligaciones en él recogidas. Es más, de acuerdo con su artículo 4.1.a), los Estados parte se comprometen a adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad. Esta obligación pesa también sobre el Estado español, en la medida en que España ratificó la citada Convención de Nueva York y su Protocolo Facultativo el 23 de noviembre de 2007[4], y entró en vigor el 3 de mayo de 2008.

En cumplimiento de tales obligaciones, fueron diversas las normas que se promulgaron para adaptar nuestro ordenamiento a los postulados de la Convención. Al objeto de este trabajo, destaca entre ellas, especialmente, la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa de la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad (en adelante, Ley 26/2011). No obstante, la mayor parte de tales normas se había centrado en aspectos colaterales que afectaban principalmente a la discapacidad física y que no introducían grandes cambios en nuestro panorama desde la perspectiva estructural del derecho de la persona y de sus relaciones personales y patrimoniales[5]. Pese a que el artículo 12.2 de la Convención de Nueva York proclamaba

[3] Sobre ambos modelos, Pau, A., «De la incapacitación…», ob. cit., p. 11 o Sánchez González, M., «Análisis…», ob. cit., p. 702.

[4] BOE núm. 96, de 21 de abril de 2008.

[5] Así lo destacan García Rubio, M.P., «Algunas…», ob. cit., p. 177, y Pau, A., «De la incapacitación…», ob. cit., p. 6.

que las personas con discapacidad «tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida», se entendía que el régimen jurídico existente respetaba de manera suficiente la mencionada previsión, dada la posibilidad de graduar en la sentencia de incapacitación el régimen de guarda o tutela al que quedaba sometido el sujeto, así como la concreta limitación de su capacidad de obrar en función de sus circunstancias.

Tal era, de hecho, la interpretación de la jurisprudencia, que fue aplicando de manera paulatina los postulados de la Convención de Nueva York e interpretando nuestro ordenamiento para justificar su compatibilidad con el espíritu de aquella[6]. A juicio del Tribunal Supremo, bastaba con adaptar los diversos cargos tutelares a las necesidades concretas de cada persona incapacitada, para hacerle, por así decirlo, un «traje a medida» que atendiera a lo que era adecuado y necesario en sus particulares circunstancias[7].

Tal opinión generalizada se vio, sin embargo, modificada por la Observación General núm. 1 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas, de 19 de mayo de 2014[8], en la que se interpretó —de manera contundente— que la mención del artículo 12 a la «capacidad jurídica» abarcaba tanto la titularidad de los derechos como la legitimación para ejercitarlos, debiendo removerse todos los obstáculos legales al pleno ejercicio de sus derechos por parte de las personas con discapacidad. Aunque la fuerza vinculante de ese texto haya sido objeto de debate[9], lo cierto es que introdujo un notable cambio de rumbo. Concretamente, comenzó a consolidarse progresivamente la idea de una reforma de mucho mayor calado en el ámbito civil[10], idea que, finalmente, se ha reflejado en el profundo cambio que introdujo la Ley 8/2021 en el régimen de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad.

Esta norma traslada no solo la derogación de la distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar para las personas con discapacidad, sino igualmente otras de las interpretaciones del artículo 12 de la Convención de Nueva York que realiza la citada Observación General y que definen los rasgos característicos del nuevo sistema. Por resumir brevemente tales rasgos, podemos centrarlos en cuatro puntos que nos van a resultar posteriormente de utilidad para entender la incidencia de esta reforma sobre las normas del Derecho biomédico:

[6] Destaca García Rubio, M.P., «La necesaria…», ob. cit., pp. 159, la importante labor de la jurisprudencia, ante la inacción del legislador. Ver también González Carrasco, M.C., «La prestación…», ob. cit., p. 218.

[7] Un análisis jurisprudencial en García Rubio, M.P., «La necesaria…», ob. cit., pp. 159-171.

[8] http://www.convenciondiscapacidad.es/wp-content/uploads/2019/01/Observaci%C3%B3n-1-Art%C3%ADculo-12-Capacidad-jur%C3%ADdica.pdf (consulta 27/11/2024).

[9] Ver Sánchez González, M., «Análisis…», ob. cit., p. 690 y los que cita.

[10] Por todos, Pau, A., «De la incapacitación…», ob. cit., p. 8.

- Se prescinde del procedimiento de incapacitación (o de modificación judicial de la capacidad), que atenta contra la dignidad de la persona[11]. Se pasa a prever únicamente un nuevo proceso para la provisión de apoyos para la persona con discapacidad.
- Se cambia el régimen de representación de la persona con discapacidad por un régimen de «apoyos» basado en los criterios de proporcionalidad, necesidad y subsidiariedad (adaptado, por tanto, a las necesidades de la persona concreta)[12]. Además, se consolidan como preferentes las medidas de autotutela previstas por el propio discapacitado, estableciéndose la curatela como régimen subsidiario (arts. 249 y 269 CC) y ganando peso la guarda de hecho.
- Se cambia la función que han de asumir las personas que prestan el apoyo a la persona con discapacidad. Por un lado, la función del apoyo no es solo «patrimonial», sino que es más amplia y se extiende también al acompañamiento y asistencia[13]. Es más, el apoyo debe tratar de promover la autonomía de la persona con discapacidad con relación a sus derechos y obligaciones[14]. En otras palabras, la persona que presta el apoyo no debe decidir «por» la persona con discapacidad, sino ayudarla en su proceso de toma de decisiones «informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias» (art. 249 II CC)[15].

  Consiguientemente, la representación de la persona con discapacidad se contempla como excepcional. De hecho, se limita a los casos en que resulte imprescindible por las circunstancias del discapacitado (art. 269 III CC), así como a aquellos otros en los que sea la propia persona necesitada del apoyo la que lo disponga voluntariamente[16].
- El criterio rector de las actuaciones de la persona que presta el apoyo no es ya el del mejor o mayor interés de la persona con discapacidad, sino el del respeto

[11] Según Pau, A., *Ibidem*, p. 27, cualquier limitación —física o jurídica—, por mínima que sea, contra cualquier persona con discapacidad constituye una grave vulneración de su dignidad.

[12] Ver García Rubio, M.P., «La necesaria…», ob. cit., p. 174 y Sánchez González, M., «Análisis…», ob. cit., pp. 694 y 702: las medidas de apoyo no podrán exceder de lo que precisa la persona con discapacidad, pero han de ser suficientes para que pueda ejercer su capacidad jurídica en plenitud de condiciones.

[13] De acuerdo con la Exposición de Motivos de la Ley 8/2021 (III) el apoyo abarca «desde el acompañamiento amistoso, la ayuda técnica en la comunicación de declaraciones de voluntad, la ruptura de barreras arquitectónicas y de todo tipo, el consejo, o incluso la toma de decisiones delegadas por la persona con discapacidad».

[14] Inciden sobre ello Elizari Urtasun, L., «Adopción…», ob. cit., p. 350 y Torrelles Torrea, E., «La voluntad…», ob. cit., p. 83.

[15] Es lo que Pau, A., «De la incapacitación…», ob. cit., p. 9, denomina el «apoyo atento», que se produce, no de arriba abajo, sino de abajo hacia arriba.

[16] Torrelles Torrea, E., «La voluntad…», ob. cit., p. 90.

a su voluntad, deseos y preferencias (arts. 249 y 250 CC)[17]. Es más, cuando excepcionalmente no sea posible determinarlo, pese a haber realizado un esfuerzo considerable, el apoyo deberá tratar de reconstruir dicha voluntad y adoptar la decisión que previsiblemente habría adoptado el discapacitado, tomando en cuenta su trayectoria vital y experiencias personales (art. 249 III CC). Tal idea, no obstante, no ha estado exenta de críticas, tanto por su difícil concreción[18], como por su imposible ejecución en ciertos casos, en los que hay que buscar un criterio alternativo[19].

III. El impacto en el derecho biomédico

III.1. La tarea pendiente del legislador

La profunda reforma de la Ley 8/2021 «solo» incide de forma directa sobre ocho normas centrales del ámbito civil (entre ellas, por supuesto, el Código civil)[20]. Subrayamos, no obstante, lo de «solo», porque el cambio de enfoque trasciende con mucho respecto de ese ámbito[21]. Es más, la idea de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad para el ejercicio de sus derechos y la toma de sus propias decisiones se extiende a todos sus asuntos de naturaleza patrimonial y personal, así como a sus decisiones sobre las vicisitudes de su vida ordinaria, lo que incluye, de forma destacada —y para lo que aquí nos concierne—, el ámbito de su salud.

No se puede señalar, sin embargo, que este importante campo haya sido olvidado por completo por el legislador español en su tarea de adaptación de nuestro ordenamiento a las exigencias de la Convención de Nueva York. A fin de cuentas, las personas con discapacidad se han considerado tradicionalmente un colectivo especialmente vulnerable que ha recibido una especial atención y regulación en algunas normas tradicionales del

[17] Según García Rubio, M.P., «La necesaria…», ob. cit., pp. 154-155, el concepto del mejor interés solo es válido para los menores de edad. Para las personas adultas, se rechaza todo paternalismo, pasándose de un ejercicio objetivo de la protección o apoyo a un ejercicio subjetivo (Pau, A., «De la incapacitación…», ob. cit., p. 8).

[18] Ver en Torrelles Torrea, E., «La voluntad…», ob. cit., pp. 95-100, los criterios para determinar la voluntad anticipada y la hipotética.

[19] Recoge esta crítica, entre otros, Sánchez González, M., «Análisis…», ob. cit., pp. 697 y 706-707, quien se refiere, por ejemplo, a casos de grave discapacidad desde la infancia. Para tales supuestos, Pau, A., «De la incapacitación…», ob. cit., p. 9, admite que puede acudirse al criterio del interés de la persona con discapacidad.

[20] Destaca García Rubio, M.P., «Algunas…», ob. cit., p. 174, que ello se debe a que el germen de la reforma se gesta en la sección civil de la Comisión General de Codificación. Según Sánchez González, M., «Análisis…», ob. cit., p. 686, no obstante, la falta de extensión a otras vertientes sustantivas se debió a los escollos a los que se enfrentó el ánimo reformador.

[21] Según García Rubio, M.P., «Algunas…», ob. cit., p. 174, prácticamente ninguna norma sobre ejercicio de derechos por sujetos privados va a quedar inmune a la necesidad de adaptación.

marco sanitario. Por ello, este campo fue, de hecho, uno de los que primero se tomaron en cuenta de cara a la adaptación y reforma de nuestro ordenamiento.

Concretamente, ya en la mencionada Ley 26/2011 se modificaron diversas leyes en materia de sanidad, con el objetivo —según su Exposición de Motivos— de incluir la discapacidad como nueva causa de no discriminación de la persona en su relación con las distintas Administraciones públicas sanitarias y de regular el derecho a la información en formatos adecuados que resultasen accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad. Algo, por tanto, se había avanzado en esta materia, pero en absoluto contemplaban modificaciones del calado de las de la Ley 8/2021, ni acordes a la perspectiva del nuevo modelo de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad; quizá, porque, como ya se ha apuntado, tal perspectiva no se consolidó hasta la Observación General del Comité de Expertos de Naciones Unidas de 2014.

El legislador español se ha quedado, por tanto, a medio camino en la tarea de reforma. La única mención a aspectos relativos al Derecho biomédico que contiene la nueva normativa introducida por la Ley 8/2021 se encuentra en el artículo 287.1.º CC, que excepciona el régimen de autorización judicial para la actuación del curador en actos con trascendencia personal para la persona con discapacidad, remitiendo en bloque a lo dispuesto legalmente en materia de «consentimiento informado en el ámbito de la salud y en otras leyes especiales». Aunque tal precepto se haya interpretado como relevante para entender salvada la derogación de las normas anteriores de Derecho biomédico —pese a su contradicción con la ley posterior—[22], no es en absoluto suficiente para cubrir la necesidad de adaptación de este campo al nuevo modelo impuesto, y ello por dos razones. La primera es que el elenco de normas afectadas por el cambio de paradigma no solo se ciñe a cuestiones de consentimiento, aunque el resto podría entenderse también englobado a través de la referencia final del precepto a «otras leyes especiales». La segunda es que hay serias contradicciones entre esa normativa y el nuevo régimen establecido, que plantean graves problemas interpretativos y de seguridad jurídica, creando situaciones conflictivas para los sujetos que deben aplicar tales normas como destinatarios: los investigadores y los facultativos[23].

Y es que el cambio que ha introducido la Ley 8/2021 no tiene una traslación automática o inmediata a cualquier otra norma que tenga como presupuesto la capacidad del sujeto que ejercita derechos o adopta decisiones, pues es algo más que un cambio terminológico: es un cambio de modelo, como ya hemos indicado. Se hace preciso, por tanto, una ulterior modificación y adaptación al nuevo régimen para todas estas

[22] Ver Torrelles Torrea, E., «La voluntad…», ob. cit., p. 81, quien apunta también al criterio de especialidad de las normas de Derecho biomédico, frente a la regulación general del Código civil.

[23] Sobre tal inseguridad, González Carrasco, M.C., «La prestación…», ob. cit., p. 221.

otras normas en el ámbito de la salud que regulan el ejercicio de derechos por parte de personas discapacitadas[24].

Aquí nos vamos a ocupar de las más emblemáticas, centrando nuestra atención en aquellas normas anteriores a la reforma de la Ley 8/2021 que se han visto afectadas de manera sobrevenida por el cambio de régimen[25], y que no han sido todavía adaptadas al nuevo modelo[26]. Esto afecta, fundamentalmente, a las materias relativas a los trasplantes (Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos: Ley 30/1979; y normativa complementaria[27]), autonomía del paciente (Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica; en adelante, LBRAP), reproducción asistida (Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida; en adelante, LTRHA), investigación biomédica (Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica; en adelante, LIB) y ensayos clínicos (RD-Legislativo 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios; en adelante, RD-legislativo 1/2015; y normativa de desarrollo[28]).

[24] Así se interpreta de forma unánime por quienes han estudiado la cuestión. Ver García Rubio, M.P., «La necesaria…», ob. cit., p. 188; González Carrasco, M.C., «La prestación…», ob. cit., p. 220 y Torrelles Torrea, E., «La voluntad…», ob. cit., p. 79 y «El derecho…», ob. cit., p. 63.

[25] Aunque existen problemas interpretativos y de coherencia en relación con Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia (tramitada en paralelo a la Ley 8/2021) y con la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI (ver, para la primera, González Carrasco, M.C., «La prestación…», ob. cit., pp. 243-246 y Torrelles Torrea, E., «El derecho…», ob. cit., pp. 88-91; para la segunda, Benavente Moreda, P., «Ley 4/2023…», ob. cit., pp. 694-696), la problemática es diferente, pues no se generan por un cambio sobrevenido del modelo, sino por el desconocimiento del nuevo régimen ya establecido o por la falta de unidad del sistema.

[26] No nos vamos a ocupar, por tanto, de la Ley orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, puesto que ya ha sido adaptada por la LO 1/2023, de 28 de febrero. De hecho, el artículo 13 *in fine* remite ahora al artículo 9.7 LBRAP para el consentimiento prestado al aborto por mujeres con medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica, lo que concuerda *grosso modo* con el régimen general de capacidad de las personas con discapacidad introducido por la reforma de 2021.

[27] RD 1723/2012, de 28 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención, utilización clínica y coordinación territorial de los órganos humanos destinados al trasplante y se establecen requisitos de calidad y seguridad (en adelante, RD 1723/2012) y RD-Ley 9/2014, de 4 de julio, por el que se establecen las normas de calidad y seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos y se aprueban las normas de coordinación y funcionamiento para su uso en humanos (en adelante, RD-ley 9/2014).

[28] RD 1090/2015, de 4 de diciembre, por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos, los Comités de Ética de la Investigación con medicamentos y el Registro Español de Estudios Clínicos (en adelante, RD 1090/2015).

III.2. **Diversidad normativa y de adaptación a la reforma**

De cara a abordar la reforma de las normas señaladas, ha de partirse de la idea de que éstas carecen de unidad en su abordaje del tema de la discapacidad y en sus soluciones. Como ya hemos señalado en otro lugar[29], hay una clara falta de sistemática en este campo, fruto sin duda de las fechas de las distintas normativas, de sus reformas intermedias y de los intereses preponderantes en cada caso. El resultado es una notable variedad en las normas aquí analizadas, que se traduce en que cada una se encuentra en un punto de partida diferente respecto del cambio de paradigma aquí puesto de relieve. Consecuentemente, la adaptación requerida varía de unas a otras.

Para mostrar esta idea, vamos a agrupar a continuación las normas analizadas tomando como guía su grado de acuerdo con el nuevo modelo introducido en el tratamiento de la discapacidad por la Ley 8/2021, a fin de representar de manera más gráfica la mayor o menor urgencia de la intervención legislativa. Procederemos, por ello, a exponer los diversos casos en una graduación de menor a mayor necesidad de revisión y reforma.

III.2.1. ***Normas ya reformadas***

En primer lugar, se encuentran las normas que ya fueron revisadas por la citada Ley 26/2011. Respecto de éstas, cabe plantearse si ello es suficiente adaptación al nuevo régimen de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad o si se precisan mayores adaptaciones.

En ese sentido, ya se mencionó que gran parte de tal reforma se dirigió a garantizar un formato accesible y comprensible para la información que se debe proporcionar a las personas con discapacidad en los diversos procedimientos regulados[30]. Se trataba, por tanto, de una modificación que tenía en mente a un tipo concreto de discapacitado —el físico y el sensorial— para el que se concebían como «apoyos» los instrumentos o herramientas que le pudieran auxiliar a vencer las barreras físicas o sociales que pudieran impedirle la adopción de decisiones en iguales condiciones que el resto de las personas[31].

Sin embargo, algunos preceptos van más allá y parecen acoger de manera más clara el cambio de concepción en el tratamiento de capacidad jurídica de las personas con discapacidad. Tal es el caso, especialmente, del artículo 9.7 LBRAP, sobre prestación del consentimiento, que indica: «(…) El paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario. Si el paciente es una persona con discapacidad, se le ofrecerán las medidas de apoyo pertinentes, incluida la

[29] Macía Morillo, A., «El principio…», ob. cit., pp. 377-379.

[30] Ver los artículos 4.e) y 8 Ley 30/1979; 5.4, 6.4, 11.7 y 15.1.a) LTRHA; 4.1 y 15.1 LIB; 8.1.c) RD 1723/2012; y 7.3 RD-ley 9/2014, referidos únicamente a cuestiones de formato.

[31] Igualmente, Elizari Urtasun, L., «Adopción…», ob. cit., p. 342.

información en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad, para favorecer que pueda prestar por sí su consentimiento». En la misma línea se encuentran los artículos 6.c) Ley 30/1979 y 4.2 RD 1090/2015. En todos ellos, la mención a las «medidas de apoyo» es lo suficientemente amplia y comprensiva como para dar cabida al modelo propio de la reforma, opinión que comparte la doctrina[32].

Habrá que entender, por tanto, que tales normas responden ya adecuadamente al espíritu del nuevo régimen, contemplando suficientemente en los ámbitos regulados una prestación del consentimiento por parte de la propia persona con discapacidad, que autodetermina su voluntad con la asistencia de los apoyos que legalmente se le asignan[33].

III.2.2. *Normas que aparentemente se adaptan al nuevo modelo o podrían interpretarse en clave de adaptación*

En segundo lugar se encuentran los casos en los que no ha existido una reforma como la señalada, pero el tenor literal de la norma parece estar adaptado al nuevo modelo o puede ser interpretado de manera respetuosa con su espíritu. Por ello, los ajustes resultan mínimos e, incluso, puede bastar con mantener el precepto tal y como está[34].

Paradigmáticamente, tal parece ser el caso del artículo 8.1 RD-ley 9/2014, en materia de donación y obtención de células y tejidos de personas fallecidas: «Tratándose de personas con discapacidad, deberán tenerse en cuenta las circunstancias personales del individuo, su capacidad para tomar dicha decisión en concreto y contemplarse la prestación de apoyo para la toma de estas decisiones». Igualmente, podemos incluir en este grupo al artículo 5.2 LBRAP (titular del derecho a la información asistencial), que establece desde su redacción originaria: «El paciente será informado, incluso en caso de incapacidad, de modo adecuado a sus posibilidades de comprensión, cumpliendo con el deber de informar también a su representante legal». Aunque la mención al «representante legal» debe sin duda ser revisada, el precepto contempla a la persona con discapacidad como titular del derecho a la información y sujeto al que ha de dirigir sus esfuerzos el médico, lo que es acorde al espíritu de la reforma.

Por otro lado, siguiendo la estela de este último precepto, se encuentran otros en los que, aunque se menciona la prestación de consentimiento por parte del representante, se da también cierta relevancia a la propia opinión del sujeto discapacitado represen-

[32] Elizari Urtasun, L., «Adopción…», ob. cit., p. 363; González Carrasco, M.C., «La prestación…», ob. cit., p. 218 y Torrelles Torrea, E., «La voluntad…», ob. cit., p. 87.

[33] Es interesante señalar en este punto que Elizari Urtasun, L., «Adopción…», ob. cit., p. 343 y 353, incluye también aquí como apoyo a la propia labor del médico, sin perjuicio de que el papel fundamental recaiga sobre el apoyo formal o informal previsto por la regulación general.

[34] Alude, por ejemplo, Torrelles Torrea, E., «El derecho…», ob. cit., pp. 76, 78 y 80, a meras adaptaciones terminológicas que afectan a algunas de estas normas.

tado. Así ocurre, por ejemplo, en el artículo 4 LIB, en materia general de prestación de consentimiento informado: «Las personas incapacitadas y los menores participarán en la medida de lo posible y según su edad y capacidades en la toma de decisiones a lo largo del proceso de investigación»; y, posteriormente, el artículo 20.1d) LIB, relativo a las personas que no tengan capacidad para prestar su consentimiento, que establece como condición para ejecutar sobre ellas procedimientos invasivos: «Los representantes legales tendrán en cuenta los deseos u objeciones previamente expresados por la persona afectada». En la misma línea se encuentra el artículo 60.4 RD-legislativo 1/2015, en materia de ensayos clínicos, complementado por su normativa de desarrollo[35]. En todos ellos debe determinarse si se mantiene la regulación tal como está, apelando a una especialidad de la materia sanitaria (art. 287.1.º CC), o si se debe dar prioridad la decisión de la persona con discapacidad y eliminar al representante.

Finalmente, se pueden incluir también aquí otros artículos en los que podría plantearse si su tenor literal —basado en conceptos generales— permite una interpretación acorde al régimen actual sin necesidad de mayor reforma. Con ello, nos referimos a redacciones como la del artículo 11 LBRAP, sobre instrucciones previas, que autoriza para su otorgamiento a las personas mayores de edad «capaces»[36]. En la medida en que, actualmente, «capaces» son todas las personas —con y sin discapacidad—, los preceptos mencionados no requieren reforma terminológica. Otra cosa es si resulta preciso introducir aquí algún tipo de mención que haga alusión al sistema de apoyos de las personas con discapacidad o si, por el contrario, se estima preferible mantener la diferencia y limitación del acceso para las personas con discapacidad[37].

III.2.3. *Normas que mantienen referencias al modelo anterior*

La mayor contradicción y necesidad de adaptación se produce con respecto a aquellas normas cuya redacción parte del régimen general anterior a la reforma y alude de

[35] En relación con ésta, tanto González Carrasco, M.C., «La prestación…», ob. cit., p. 236, como Torrelles Torrea, E., «El derecho…», ob. cit., p. 77, ponen de relieve que en el artículo 4.5 RD 1090/2015 hay un claro supuesto de «codecisión».

[36] En la misma línea se encuentran los artículos 11.5, 13.2.a) y 15.1.a) LTRHA y 60.4 RD-legislativo 1/2015, que, aunque mencionan genéricamente a las personas como legitimadas para prestar diversos consentimientos, hasta ahora se entendían implícitamente referidos —en la sistemática de sus respectivas regulaciones— solo a los plenamente capaces de obrar.

[37] En ese sentido, Parra Lucán, M.A., «La capacidad…», ob. cit., p. 32, apuntaba antes de la reforma a que podía ser adecuado establecer aquí un plus de capacidad. Salvo que se diga otra cosa, sin embargo, habrá de entenderse ahora que la capacidad para otorgar las instrucciones previas es la misma que se exige para otros poderes y mandatos de designación de apoyos, ya que se considera unánimemente que son solo una especialidad de éstos en el ámbito sanitario (ver Pau, A., «De la incapacitación…», ob. cit., p. 15. García Rubio, M.P., «La capacidad…», ob. cit., p. 175 y Torrelles Torrea, E., «La voluntad…», ob. cit., p. 88).

forma expresa a conceptos tales como la limitación de la capacidad de obrar, la incapacitación o el sometimiento a representación como regla para la adopción de decisiones[38]. Éstas, a su vez, las podemos clasificar en tres grupos, según el elemento que origina la contradicción con el nuevo paradigma de la capacidad jurídica.

III.2.3.1. *La intervención de un representante en sustitución de la persona con discapacidad*

Como ya se ha indicado, el nuevo sistema de apoyos es incompatible con el mantenimiento de los sistemas generales de sustitución en la toma de decisiones que afecten a la persona con discapacidad. Pese a ello, diversas normas legitiman al representante de la persona incapacitada o con capacidad modificada judicialmente para adoptar decisiones sobre su vida o integridad física; son normas gestadas en el régimen anterior que chocan con el nuevo modelo.

Muestras principales son, por un lado, el artículo 9.3.b) LBRAP, que dispone la prestación de consentimiento a través de representante para los sujetos que tengan «la capacidad modificada judicialmente y así conste en la sentencia»[39], y, por otro, el artículo 6.3 RD 1090/2015, en materia de ensayos clínicos sobre personas con la capacidad modificada para prestar su consentimiento, que afirma: «Será necesario que se haya obtenido el consentimiento informado previo del representante legal de la persona participante en un ensayo clínico o el consentimiento de la persona vinculada a ella por razones familiares o de hecho, según proceda». Menciones similares se encuentran en los artículos 4.2 y 20.1 LIB o 7.1, 7.2 y 8.2 RD-ley 9/2014, también sobre prestación del consentimiento.

En todos estos preceptos, aunque la necesidad de reforma es clara, la disyuntiva reside en decidir si simplemente sustituir la mención al «representante legal» por la indicación de la prestación de consentimiento por parte del discapacitado con el auxilio de los apoyos que se le hayan determinado (como impera en las modificaciones introducidas por la Ley 8/2021 en los preceptos directamente reformados por ella), o si mantener la referencia expresa al «representante» (con la adaptación terminológica propia de la nueva regulación: «curador con facultades representativas»), en consideración de los casos excepcionales en los que el discapacitado pueda precisar esa medida de apoyo. Esta segunda es la opción por la que —por el momento— parecen inclinarse

[38] En palabras de González Carrasco, M.C., «La prestación…», ob. cit., p. 222, «ni la mejor intencionada de las interpretaciones puede ocultar que (…) requieren, desde luego, una modificación formal que elimine de su texto las actuales referencias» al régimen anterior.

[39] La redacción actual proviene de la reforma llevada a cabo por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia. Torrelles Torrea, E., «La voluntad…», ob. cit., p.91, la considera derogada, puesto que ya no existe tal procedimiento.

las autoras que han analizado el problema[40]. No en vano, aunque excepcional y marginal en el espíritu de la reforma —que reduce y limita esta figura—, puede existir tal tipo de apoyo y puede seguir cumpliendo un papel relevante, en los casos en los que la persona con discapacidad no pueda determinar su voluntad por sus especiales circunstancias.

Debe tenerse en cuenta, en este sentido, que la figura de la representación también se utiliza actualmente para el resto de los pacientes cuando se encuentran en situaciones de imposibilidad transitoria de adoptar decisiones debido a su patología (art. 9.3.a LBRAP)[41]. El mantenimiento de la mención a la representación en este contexto permitiría equiparar así el régimen de prestación del consentimiento por quien no puede de forma transitoria y por quien no puede de forma estable, exista o no discapacidad[42].

Restaría por ver, no obstante, qué pasaría en este caso con las personas con discapacidad cuya medida de apoyo no fuera de carácter representativo. De nuevo aquí se abrirían dos opciones: una primera, de establecer un precepto independiente o una mención expresa que recogiera de manera específica la intervención de los apoyos en la toma de decisión de la persona con discapacidad, y una segunda, que no incluyera tal remisión, sobre la consideración de que el régimen de apoyos ya se encuentra suficientemente establecido en la normativa general del Código civil. Esto último, no obstante, podría crear problemas de interpretación sobre la base de la remisión del artículo 287.1.º CC.

III.2.3.2. *Referencia al mejor interés o mayor beneficio de la persona con discapacidad*

En segundo lugar, están los casos en los que la redacción de la norma se enfrenta al actual reconocimiento y prevalencia de la autonomía y dignidad de la persona con discapacidad[43]. Tal parece ser el caso del artículo 9.6 LBRAP (prestación de consentimiento a través de representante): «la decisión deberá adoptarse atendiendo siempre al

[40] Especialmente, Elizari Urtasun, L., «Adopción…», ob. cit., p. 354-355 y Torrelles Torrea, E., «La voluntad…», ob. cit., p. 88, aunque ambas con un marcado énfasis sobre la excepcionalidad de este régimen.

[41] De hecho, es a este régimen al que remiten González Carrasco, M.C., «La prestación…», ob. cit., p. 227, y Torrelles Torrea, E., «La voluntad…», ob. cit., p.88, para la persona con discapacidad que no está en situación de decidir y carece de apoyos.

[42] Nótese, no obstante, que la doctrina ha discutido tradicionalmente el uso técnico del término «representación» en estos casos, sobre la idea de que la persona que ejerce esa función realiza una tarea propia del deber de cuidado, más que de sustitución de la voluntad del representado (ver Santos Morón, M.J., *Incapacitados*..., ob. cit., p. 35). A juicio de González Carrasco, M.C., «La prestación…», ob. cit., p. 228, la ventaja de esta interpretación es que permitiría eludir la aplicación del artículo 264 CC (autorización judicial) a los guardadores de hecho, respecto de los que no se ha previsto una excepción como la del 287.1.º CC.

[43] Según Elizari Urtasun, L., «Adopción…», ob. cit., p. 359: «la preferencia de la persona con discapacidad es anulada o queda desplazada por el pretendido criterio objetivo y uniforme de lo que se considera mejor para su vida o salud».

mayor beneficio para la vida o salud del paciente»[44]; redacción similar también a la del artículo 4.2 LIB: «La prestación del consentimiento por representación (…) se efectuará con respeto a la dignidad de la persona y en beneficio de su salud».

Esto introduce un debate que da lugar a posiciones enfrentadas sobre si debe mantenerse el principio de beneficencia para las personas con discapacidad en el ámbito de la salud; o, más bien, a partir de qué momento se debe acudir a él, ya que la mayor parte de la doctrina acaba admitiendo su aplicación en este campo, centrándose la discusión en cómo o cuándo hacerlo. Así, hay quien aboga por acudir a este criterio ya desde que no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad[45]. Frente a ello, otros solo ofrecen un resquicio al juego de este principio cuando desaparece por completo la voluntad de la persona discapacitada; es decir, solo cuando no sea posible, haciendo un esfuerzo considerable, reconstruir cuál habría sido la decisión que habría tomado el paciente de acuerdo con su trayectoria vital[46].

Aunque esta segunda solución es sin duda más respetuosa con el espíritu de la reforma y coincide más con la interpretación general —como vimos— de los criterios que deben guiar la actuación de quienes prestan el apoyo (*ex* art. 249 CC), puede dudarse que sea la que vaya a aplicarse en la práctica. Sobre la línea marcada por la STS de 8 de septiembre de 2021[47], parece que los tribunales están tendiendo a mantener la protección de la persona con discapacidad, pese al nuevo sistema[48]. Queda por ver si ese mismo criterio va a imponerse —pese al espíritu de la reforma— en materia sanitaria. Aunque algunas resoluciones judiciales parezcan apuntar en otra dirección[49], es más que probable que se imponga y se acentúe la tendencia, ya que se trata de un campo en el que ya de por sí hay una inclinación general hacia la primacía del criterio del beneficio, la

[44] Elizari Urtasun, L., *Ibidem*, pp. 357-360, pone de relieve además la contradicción de este precepto con el 9.7 LBRAP y con el espíritu del artículo 12.4 de la Convención de Nueva York, proponiendo criterios para salvar la falta de coherencia entre ambos.

[45] Según González Carrasco, M.C., «La prestación…», ob. cit., pp. 234 y 246, «se trata de una decisión heterointegrada que ya habrá dejado atrás el principio de autonomía y que, por tanto, no puede primar sobre el deber de los poderes públicos de salvaguardar la vida y la integridad física de la persona». Apela a que el artículo 287.1.º CC ha permitido tal especialidad, al dejar subsistente el artículo 9 LBRAP.

[46] Tal es la posición de Elizari Urtasun, L., «Adopción…», ob. cit., p. 356 y Torrelles Torrea, E., «La voluntad…», ob. cit., pp. 93-94.

[47] ECLI:ES:TS:2021:3276.

[48] Ver, entre otros, González Carrasco, M.C., «La prestación…», ob. cit., p. 246 y Torrelles Torrea, E., «La voluntad…», ob. cit., pp. 102-103 y 106.

[49] Alude Torrelles Torrea, E., «La voluntad…», ob. cit., p. 99, a dos Autos del JPI núm. 6 de Santiago de Compostela (19 de enero de 2021, ECLI:ES:JPI:2021:21A, y 20 de enero de 2021, ECLI:ES:JPI:2021:1A) que mantienen el criterio de aplicar el principio del beneficio solo a casos residuales en que no sea posible conocer la trayectoria vital del discapacitado.

protección de la persona con discapacidad y, en definitiva, el paternalismo, que no solo afecta a los órganos judiciales, sino también —y notablemente— a los facultativos[50].

En ese sentido, en defecto de normas específicas para el ámbito sanitario que introduzcan con claridad el nuevo régimen de las personas con discapacidad, hay que poner de relieve el riesgo de que la citada tendencia se extienda al ámbito de la salud en su conjunto, en contra del espíritu de la reforma de la Ley 8/2021 y de la Convención de Nueva York. Como sugiere la doctrina, será necesario incidir en medidas de sensibilización a los profesionales médicos, así como a los familiares que presten los apoyos, para que la voluntad, deseos y preferencias de las personas con discapacidad no queden anuladas y desplazadas por el principio del mejor o mayor beneficio en el ámbito de la salud[51]. Un primer paso podría ser modificar la redacción de los preceptos señalados al comienzo de este apartado, para definir con claridad sus límites.

III.2.3.3. *Privación de derechos a la persona con discapacidad*

Más complicados todavía se plantean finalmente los supuestos en los que, de forma directa o indirecta, la regulación actual excluye a las personas con discapacidad del ejercicio de derechos o actuaciones que se reconocen únicamente a personas sin tal diversidad funcional. Así ocurre, notablemente, con las previsiones de los artículos 5.6 y 6.1 LTRHA, referidos, respectivamente, a donantes y a usuarios en el contexto de las técnicas de reproducción asistida, en la medida en que ambos papeles se asignan solo a las personas con «plena capacidad de obrar»[52]. De modo parecido, en materia de trasplante de órganos, el artículo 4.c) Ley 30/1979 excluye la donación de órganos por parte de persona viva en el caso de «personas que, por deficiencias psíquicas o enfermedad mental o por cualquiera otra causa, no puedan otorgar su consentimiento expreso, libre y consciente», lo que reitera en su desarrollo normativo el artículo 8 RD 1723/2012 y parece contemplar también el artículo 7.1 RD-ley 9/2014, para la donación y obtención de células y tejidos en donantes vivos.

Ahora bien, de cara a una revisión de esas normas, deberá valorarse, por un lado, si el espíritu de la reforma ha de primar necesariamente sobre la protección de otros intereses o bienes jurídicamente protegidos y deberá decidirse, por otro, en qué medida tales privaciones de derechos han quedado sin efecto por aplicación de la DT. Primera de la Ley 8/201. La clave en ese punto, que puede llevar a una solución diferente para los

[50] Ver Elizari Urtasun, L., «Adopción…», ob. cit., p. 343.

[51] A ello se refiere Pau, A., «De la incapacitación…», ob. cit., p. 27, en general, y Elizari Urtasun, L., «Adopción…», ob. cit., pp. 343 y 349, respecto de médicos y familiares. Apela también la sensibilización de los médicos el artículo 25.d) de la Convención de Nueva York.

[52] Señala González Carrasco, M.C., «La prestación…», ob. cit., p. 241, que ello excluye la validez del consentimiento prestado por mujer sometida a medidas de apoyo no representativo o de mera asistencia.

preceptos citados, es determinar cuál es la razón que se esconde tras el límite impuesto a las personas con discapacidad.

En el caso del artículo 5.6 LTRHA, la expresión «plena capacidad de obrar» va unida a una «buena condición psicofísica», requisito éste que puede seguir sirviendo de límite —médico, en este caso, y de protección de otros bienes jurídicos— a las personas con discapacidad, se les reconozca o no capacidad jurídica[53]. En el caso, en cambio, del artículo 6.1 LTRHA, la restricción —basada en la aptitud para conocer la trascendencia de los actos— ha perdido razón de ser y debería modificarse para introducir el sistema de apoyos actualmente contemplado por la normativa general. Lo mismo ocurre con los otros artículos citados en el ámbito de la donación de órganos, células y tejidos, en los que hay que plantearse si la exclusión —en este caso, con un marcado sentido tuitivo para el propio discapacitado, más que de protección a terceros o a otros bienes jurídicos—, casa bien con el espíritu de la reforma[54], que parece reconocer al discapacitado la plena capacidad de decisión, incluso a riesgo de equivocarse[55].

III.3. **¿Un paso más allá?**

III.3.1. ***La oportunidad de unificar el sistema***

El ejercicio realizado en las páginas anteriores, de identificación de las contradicciones —mayores o menores— con el nuevo sistema y las posibles vías de adaptación, ofrece un panorama de la magnitud de la tarea que tiene por delante nuestro legislador y que debería ir acometiendo sin mucha demora para facilitar la aplicación de estas normas a los facultativos e investigadores que —sin un bagaje jurídico— se enfrentan día a día a su interpretación. Ahora bien, es patente por lo ya dicho que esta tarea de adaptación no es en absoluto sencilla y que hacerla bien conlleva un importante trabajo y esfuerzo.

De hecho, la adaptación rápida y fácil, que podría realizarse mediante la simple «traducción» o «sustitución» de los términos contrarios al nuevo sistema por los nuevos términos, probablemente daría lugar a engendros jurídicos de difícil interpretación y conflictiva aplicación; aunque sea posible encontrar para cada uno su equivalencia o su adaptación, el resultado de esa tarea automática carecería de unidad y de sentido. Y es que ha de dotarse de coherencia a cada norma, lo que requiere algo más que una

[53] Se refiere aquí Torrelles Torrea, E., «El derecho…», ob. cit., p. 86, a la relación entre discapacidad y transmisión hereditaria, aunque matiza la afirmación y acaba manifestando su opinión favorable a la donación de gametos por personas con discapacidad (p. 87).

[54] Propone aquí de hecho González Carrasco, M.C., «La prestación…», ob. cit., pp. 239-240, la remisión al sistema de apoyos y la prestación de consentimiento por el discapacitado.

[55] Ver García Rubio, M.P., «La necesaria…», ob. cit., p. 173.

mera revisión terminológica: exige una revisión de cada una de estas regulaciones, para dotarlas de coherencia y evitar contradicciones internas[56].

Ahora bien, una reforma independiente de cada norma, aunque coherente en su propio articulado, solo perpetuará la situación actual —ya señalada— de falta de uniformidad del sistema. Frente a ello, entendemos que el legislador se encuentra ahora ante la oportunidad de cambiar ese estado de las cosas y dotar de unidad al tratamiento de las personas con discapacidad en el ámbito de la salud. Consideramos, por ello, preferible que se acometa la reforma de manera global, sobre el establecimiento de principios claros de aplicación al ámbito sanitario del nuevo modelo de capacidad jurídica de las personas con discapacidad, que se trasladen de manera coherente y unificada a todas las normas de Derecho biomédico afectadas. Aunque, sin duda, se trata de una labor más compleja y larga, el resultado sería sustantivamente mejor.

III.3.2. *Pautas para la unificación*

A la hora de plantear un sistema uniforme para la actuación de las personas con discapacidad, sus facultades y derechos en el ámbito de la salud en su conjunto, la primera cuestión que debe resolverse es si tal sistema podría separarse y divergir de los postulados de la reforma llevada a cabo por la Ley 8/2021. Tomando como base la especialidad que parece reconocer el artículo 287.1.º CC en materia de consentimiento informado «y otras leyes especiales», podrían plantearse soluciones diferentes de las generales, en consideración de la especial situación de las personas con discapacidad[57]. Ello, no obstante, no solo supondría dejar en nada la reforma, sino que iría en contra del artículo 25 de la Convención de Nueva York y su prohibición de trato discriminatorio de las personas con discapacidad en el ámbito de la salud. Una normativa que contemplase para el paciente con discapacidad, por ejemplo, la primacía del principio de beneficencia sobre el principio de autonomía establecería un trato diferente respecto del resto de los pacientes, no justificado por mayor razón que un intento de protección a las personas con discapacidad, idea proscrita por el tratado internacional firmado por España.

El nuevo sistema requiere, por tanto, una adaptación de las normas sanitarias a los nuevos principios, de manera que se interioricen e integren también en ese ámbito los rasgos fundamentales de la reforma ya puestos de relieve. Ello conlleva una modificación estructural de muchas de las regulaciones aquí analizadas, que no solo afecta a los preceptos anteriormente mencionados, sino que se extiende en su conjunto a la

[56] Abogando igualmente por un cambio de fondo y no meramente terminológico, afirma González Carrasco, M.C., «La prestación…», ob. cit., p. 223: «el nuevo paradigma implica un esfuerzo de adecuación formal y material».

[57] En esa línea, Elizari Urtasun, L., «Adopción…», ob. cit., p. 340 pone de relieve, por ejemplo, las especiales dificultades de comprensión a las que se enfrenta en general el discapacitado intelectual en el ámbito sanitario.

actuación de pacientes y enfermos en el ámbito de la salud[58]. El cambio, aunque de incidencia variable en las diversas normas estudiadas, debería trasladarse a todas ellas, para lograr la unidad del sistema.

Esta difícil tarea requiere partir de la idea básica de que la persona con discapacidad debería poder actuar en materia de salud con la misma amplitud y derechos que el resto de los pacientes; ser, por tanto, un paciente más, sin mayores distinciones que el reconocimiento de la necesidad de contar con los apoyos precisos —los establecidos conforme al régimen general contemplado en el Código civil o los especialmente requeridos por sus circunstancias específicas[59]— para entender el acto médico de que se trate o el procedimiento que pueda tener incidencia sobre su integridad física[60]. Esto se traduce, como mínimo, en las siguientes ideas complementarias, que deberían guiar la reforma unificada del sistema:

1. Como regla general, será la persona con discapacidad quien deba prestar el consentimiento a cualquier acto médico o procedimiento que afecte a su integridad física, aunque sea con la ayuda de los apoyos, y no quien le preste éstos[61]. Tales apoyos tendrán encomendada una doble función: por un lado, prestar la asistencia necesaria para que el discapacitado conozca la trascendencia de la actuación que afecta a su salud o su integridad física, y, por otro, fomentar su autonomía para tomar una decisión[62].

2. Solo excepcionalmente, cuando la persona con discapacidad no se encuentre en situación de determinar su voluntad —de forma estable o transitoria—, podrá actuar sustituyéndola un curador con facultades representativas (curatela de salud), siempre que no se trate de actos personalísimos[63]. En todo caso, el simple hecho de que la persona con discapacidad tenga designada una medida de apoyo con facultades representativas

[58] Afecta, por tanto, también a normas que no se refieren expresamente a las personas con discapacidad, sino que se dirigen a los pacientes en su conjunto, como muestran las reflexiones de González Carrasco, M.C., «La prestación…», ob. cit., p. 225, o Torrelles Torrea, E., «La voluntad…», ob. cit., p. 85, sobre la información asistencial.

[59] Alude a este respecto Elizari Urtasun, L., «Adopción…», ob. cit., p. 365, a la dificultad general que plantea para las personas con discapacidad intelectual la exigencia de consentimiento escrito, pues suelen entender mejor y preferir como forma de comunicación la forma oral.

[60] Igualmente, Elizari Urtasun, L., *Ibidem*, p. 344.

[61] Así se exigía antes de la reforma por Santos Morón, M.J., *Incapacitados…*, ob. cit., p. 35, y Parra Lucán, M.A., «La capacidad…», ob. cit., pp. 2 y 18. Más recientemente, entre otros, Guilarte Martín-Calero, C., «Artículo 287 CC», ob. cit., p. 801 y Torrelles Torrea, E., «La voluntad…», ob. cit., p. 83 y «El derecho…», ob. cit., p. 71.

[62] Insiste a este respecto González Carrasco, M.C., «La prestación…», ob. cit., p. 230, en que el deber de fomentar la autonomía decisoria es del apoyo, no del médico. A fin de cuentas, como señala Elizari Urtasun, L., «Adopción…», ob. cit., p. 364, es quien mejor conoce a la persona con discapacidad.

[63] Guilarte Martín-Calero, C., «Artículo 287 CC», ob. cit., p. 797 y Torrelles Torrea, E., Capitulo III, pp. 87, 91-92, mencionan la reproducción asistida; González Carrasco, M.C., «La prestación…», ob. cit., p. 239, añade la donación de órganos.

no será por sí solo excluyente de su intervención o participación en el ámbito de la salud, debiendo comprobarse su verdadero entendimiento del acto o procedimiento que sea[64].

3. Serán la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad las que deban marcar la actuación de quienes —excepcionalmente— tengan que actuar por ella por tener atribuida su representación[65].

4. El mejor o mayor interés de la persona con discapacidad solo podrá ser tomado como criterio rector allí donde tal voluntad falle y no sea posible reconstruir cuál habría sido ésta, de haber podido decidir directamente la persona. Debe respetarse la autonomía y la voluntad del discapacitado incluso cuando ello pueda ser perjudicial para su vida o integridad física, al igual —y con los mismos límites— que se reconoce actualmente a todo paciente el derecho al rechazo del tratamiento salvador (art. 2.4 LBRAP).

5. Toda información sobre los actos médicos o procedimientos a realizar sobre la persona con discapacidad se le proporcionará a ella, debiendo adaptarse a sus necesidades y circunstancias para garantizar su comprensión[66]. La persona con discapacidad determinará, además, qué otras personas —en su caso— pueden ser también informadas[67].

6. Allí donde la persona con discapacidad carezca de apoyos formales o informales, el presupuesto para su actuación autónoma debe ser su capacidad natural o competencia, al igual que se exige para todo paciente (no solo, por tanto, a las personas con discapacidad)[68]: como indica el artículo 9.3.a LBRAP, el estado físico o psíquico del paciente debe permitirle hacerse cargo de la situación —es decir, entender los riesgos, beneficios y perjuicios de la actuación que incide sobre el ámbito de su salud e integridad física—, pues solo en tal caso puede formar de manera consciente su voluntad, deseos y preferencias. Por tanto, la actuación libre y autónoma en el ámbito médico será la regla general para las personas con discapacidad —y para cualquier paciente—, salvo que se determine en el caso concreto que no es competente para ese determinado acto[69].

Esta exigencia, no obstante, no está exenta de problemas, por tres razones:

[64] Así lo afirmaba antes de la reforma Parra Lucán, M.A., «La capacidad…», ob. cit., p. 19, y es ahora secundado por Elizari Urtasun, L., «Adopción…», ob. cit., pp. 347-348 y González Carrasco, M.C., «La prestación…», ob. cit., p. 230. El criterio determinante es, por tanto, la posibilidad real de que la persona discapacitada determine su propia voluntad después de un esfuerzo informativo considerable, no la existencia o no de medidas de apoyo.

[65] Requiere a este respecto Guilarte Martín-Calero, C., «Artículo 287 CC», ob. cit., p. 802, una especial sensibilidad y un exquisito respeto por parte del apoyo.

[66] Insiste en ello Torrelles Torrea, E., «El derecho…», ob. cit., p. 72.

[67] Ver Elizari Urtasun, L., «Adopción…», ob. cit., pp. 363-364, sobre la interpretación de la voluntad de la persona con discapacidad que acude acompañada a la consulta médica.

[68] Aludiendo a este requisito, Parra Lucán, M.A., «La capacidad…», ob. cit., p. 18; Elizari Urtasun, L., «Adopción…», ob. cit., p. 346 o Torrelles Torrea, E., «La voluntad…», ob. cit., p. 82 y «El derecho…», ob. cit., p. 73.

[69] Igualmente, Guilarte Martín-Calero, C., «Artículo 287 CC», ob. cit., p. 801.

- Hay que determinar quién debe realizar esa valoración de la competencia de la persona que actúa de forma autónoma. Aunque en materia de información asistencial y consentimiento tal función se ha encomendado desde hace más de veinte años al médico responsable (respectivamente, arts. 5.3 y 9.3.a LBRAP), mayores dificultades se presentarán en otros ámbitos —como los ensayos clínicos, donde no siempre hay un facultativo a cuya experiencia se pueda apelar para realizar tal valoración de la competencia—[70]. Sería conveniente, por tanto, identificar al responsable y fijar un procedimiento que ofreciera garantías en estas otras situaciones[71].
- Ha de identificarse también respecto de quién se debe realizar dicha valoración. Tras la Ley 8/2021, ni existe un concepto general de discapacidad que permita determinar respecto de qué sujetos hay que realizar tal comprobación de la capacidad natural[72], ni puede exigírsele al facultativo conocer la situación de provisión de apoyos con los que cuente una determinada persona, si no se le ponen de manifiesto[73]. La exigencia de comprobación de la competencia de la persona que actúe en el ámbito médico es general, por tanto, para todo sujeto. La apreciación de la capacidad natural de una persona para conocer la trascendencia de los actos que realiza y formar de manera libre y consciente su voluntad deberá valorarse en cada caso concreto[74].
- No existen herramientas específicas o criterios uniformemente aceptados para juzgar ese estado de capacidad natural o competencia de la persona que actúa de manera autónoma[75]. Esto genera inseguridad y el riesgo de abrir de nuevo la puerta al paternalismo y a la protección de las personas con discapacidad; es decir, que, en aras de su protección —en vez del respeto a su voluntad—, el responsable de valorar su competencia considere sistemáticamente que no se encuentran en situación de decidir en materias de salud[76]. Tal riesgo es difícil de evitar en la práctica, igual que otros riesgos presentes en la aplicación real del

[70] Esa objeción, de hecho, le sirve a González Carrasco, pp. 239 y 241, para rechazar la regla de la capacidad natural en ámbitos en los que no están previstos por la norma controles.

[71] Pau, A., «De la incapacitación…», ob. cit., pp. 25-26, se refiere aquí genéricamente al «funcionario competente».

[72] Ver la crítica en Sánchez González, M., «Análisis…», ob. cit., p. 703. Defendiendo esta opción del legislador, coherente con el sistema en su conjunto, por todos, García Rubio, M.P., «La necesaria…», ob. cit., p. 172.

[73] González Carrasco, M.C., «La prestación…», ob. cit., p. 225.

[74] Pau, A., «De la incapacitación…», ob. cit., pp. 25-26.

[75] Ya lo ponía de relieve hace tiempo Santos Morón, M.J., *Incapacitados…*, ob. cit., pp. 36-38 y 73-78. Como propuesta de criterio, alude Elizari Urtasun, L., «Adopción…», ob. cit., p. 348, a la experiencia y sentido común del facultativo.

[76] Alude a este riesgo González Carrasco, M.C., «La prestación…», ob. cit., p. 226.

nuevo modelo de puesta en valor de la autonomía y dignidad de las personas con discapacidad[77]. Frente a ello, la solución a medio o largo plazo vendrá de la mano de la progresiva concienciación y sensibilización ya aludida de los profesionales médicos respecto de la situación de los discapacitados. A un plazo más corto, es más difícil encontrar una solución, más allá de acudir al auxilio de los tribunales ante actuaciones lesivas de los derechos de las personas con discapacidad.

La labor que tiene por delante el legislador, por tanto, no está exenta de grandes dificultades, pero sin duda el resultado final de uniformización del sistema es un objetivo que merece la pena, tanto por la mejora de la coherencia del ordenamiento jurídico, como por el incremento de seguridad jurídica en la aplicación diaria de las normas sanitarias a cargo de sus destinatarios, y, sobre todo, por el mejor y mayor respeto a la dignidad y autonomía de las personas con discapacidad en todo el ámbito cubierto por las normas de Derecho biomédico. Esperemos, por todo ello, que en breve se acometa esa tarea.

IV. Bibliografía

Benavente Moreda, Pilar, «Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, a debate: ¿qué aporta? ¿Qué cambia? ¿Qué regula y qué protege? Sus luces, sus sombras», *Anuario de Derecho Civil*, núm. 2, 2024, pp. 667-770.

Elizari Urtasun, Leyre, «Adopción de decisiones en el ámbito clínico por pacientes con discapacidad intelectual, a la luz de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad: autonomía, sistema de apoyos e interés superior de la persona con discapacidad», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 30, 2016, pp. 337-369.

García Rubio, M. Paz, «La necesaria y urgente adaptación del Código civil español al artículo 12 de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad», *Anales Academia Matritense del Notariado*, LVIII, 2018, pp. 143-192.

— «Algunas propuestas de reforma del Código civil como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad. En especial en materia de sucesiones, contratos y responsabilidad civil», *Revista de Derecho Civil*, núm. 3, 2018, pp. 173-197.

González Carrasco, M. Carmen, «La prestación del consentimiento informado en materia de salud en el nuevo sistema de apoyos al ejercicio de la capacidad», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 39, 2021, pp. 213-247.

Guilarte Martín-Calero, Cristina, «Artículo 287 CC», en Guilarte Martín-Calero (Dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 786-815.

Macía Morillo, Andrea, «El principio de solidaridad familiar en los ámbitos relacionados con la salud», *Boletín del Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes*, 2024, núm. 2.278 bis, pp. 351-405.

[77] Ver, por ejemplo, Sánchez González, M., «Análisis…», ob. cit., p. 707.

Parra Lucán, M. Ángeles, «La capacidad del paciente para prestar válido consentimiento informado. El confuso panorama legislativo español», *Revista doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 2, 2003, pp. 1-32.

Pau, Antonio, «De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código civil», *Revista de Derecho Civil*, núm. 3, 2018, pp. 5-28.

Sánchez González, Margarita, «Análisis de la adaptación al Derecho civil español del art. 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad», *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 34, julio 2022, pp. 684-715.

Santos Morón, M. José, *Incapacitados y derechos de la personalidad: tratamientos médicos, honor, intimidad e imagen*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 2000.

Torrelles Torrea, Esther, «La voluntad anticipada, la voluntad hipotética y el *mayor beneficio para la vida y salud del paciente* en el consentimiento informado de las personas con discapacidad en el ámbito sanitario», *InDret*, núm. 3, 2022, pp. 76-113.

— «El derecho de las personas con discapacidad a tomar sus propias decisiones en el ámbito personal y sanitario. El nuevo marco normativo», en De Barrón Arniches (Dir.), *La salud y los derechos de la persona*, Thomson-Reuters Aranzadi, 2022, pp. 59-94.

23

EL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD EN LA GESTIÓN DE LOS DATOS SANITARIOS ESPECIAL REFERENCIA A LA REGULACIÓN DEL ESPACIO EUROPEO DE DATOS SANITARIOS*

Ana M.ª Marcos del Cano
Catedrática de Filosofía, UNED

Clara M.ª Berrocal Cuesta
Máster de Derechos Fundamentales UNED

SUMARIO: I. Introducción. II. Acerca de los datos sanitarios. II.1. Naturaleza y tipos los datos sanitarios. II.2. Propiedad de los datos sanitarios. II.3. La interoperabilidad de los datos sanitarios. III. Aplicaciones del principio de solidaridad en datos sanitarios. III.1. El principio de solidaridad en el contexto de los datos sanitarios. III.2. Reutilización de datos sanitarios. III.3. Cesión altruista de datos. III.4. Estrategia europea de datos. IV. El espacio europeo de datos sanitarios: su regulación. IV.1. Contexto de la propuesta. IV.2. Ámbito de aplicación. IV.3. Uso primario de datos sanitarios electrónicos. IV.3.1. *Derechos de las personas en relación con el uso primario.* IV.3.2. *Uso secundario de datos.* IV.3.3. *Acceso a datos sanitarios electrónicos para uso secundario*. V. Conclusiones.

I. Introducción

Se podría afirmar que uno de los grandes potenciales de la investigación científica en la actualidad proviene del ámbito de la salud. La gestión que se haga del gran caudal de información que se obtiene de la propia asistencia sanitaria, de los ensayos clínicos y de la investigación propiamente dicha, será determinante para que la ciencia avance en todo lo referido a la salud y a la mejora de las condiciones de vida de las personas.

En este sentido, podría afirmarse que, en última instancia, la justificación de la investigación en todo lo referido a la salud, se encuentra en el ya consagrado por las Naciones Unidas como «derecho humano»: el derecho humano a la salud, o mejor, como dice la Constitución española en su art. 43: «el derecho a la protección de la

* Este trabajo está realizado en el marco del Proyecto de investigación: PID2022-137140OB-I00, «gobernanza de los usos secundarios de datos de salud y genéticos en espacios compartidos» (2024-2027), de la UPV.

salud»[1]. La diferencia de contenido entre el derecho a la salud, el derecho a la asistencia sanitaria y derecho a la protección a la salud es clara. El primero tiene que ver más con la definición de la salud que da la Organización Mundial de la Salud: «la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades»[2], más relacionado con las condiciones económicas, sociales, culturales, de salubridad, de higiene, de alimentación y de educación y no sólo con cuestiones sanitarias. Mientras que el derecho a la asistencia sanitaria se circunscribe más a los aspectos clínicos y no tiene en cuenta los elementos socioeconómicos que pueden influir en tal derecho. Por lo que se refiere al derecho a la protección a la salud se circunscribe al ámbito constitucional, precisamente porque no se puede establecer claramente un contenido material de lo que es la salud[3].

Estos aspectos constituyen el contenido del derecho a la salud y su mejora es lo que ha impulsado a la OMS[4] a promover el uso de datos sanitarios para adoptar buenas decisiones en relación con los gastos sanitarios, a responder a necesidades sanitarias específicas de países y medir los progresos de los programas de salud.

Ahora bien, la primera cuestión reside en la necesidad de concienciar a la ciudadanía sobre que el uso de los datos sanitarios es imprescindible para el progreso de la innovación y la investigación en salud. Desde el punto de vista de los pacientes, hay una falta de información palmaria acerca de la importancia del análisis de los datos en salud para la prevención y mejora en el tratamiento de las enfermedades. La población en general tiene una visión de la protección de datos personales muy defensiva, en la que prima más su interés en preservar su propia intimidad, sin caer en cuenta que la investigación y el progreso de la ciencia dependen, como ha sido siempre, en el análisis de los datos personales. Nos jugamos mucho en la salud de la población dependiendo del uso que hagamos de esos datos.

[1] *Vid.* Marcos del Cano, A.M. «El derecho a la salud desde el punto de vista ético-jurídico», en *Ius et scientia*, 2016, Vol. 2, Núm. 2, pp. 14-27.

[2] Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, que fue adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946, firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de 61 Estados (Official Records of the World Health Organization, N.º 2, p. 100), y entró en vigor el 7 de abril de 1948. La definición no ha sido modificada desde 1948.

[3] *Vid.* Lema Añón, C., *Salud, Justicia, Derechos. El derecho a la salud como derecho social,* Madrid, Dykinson / Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas / Universidad Carlos III de Madrid, 2009, pp. 69-70.

[4] El *World Health Data Hub* de la OMS proporciona una plataforma digital interactiva y una fuente confiable de datos de salud mundial, cumpliendo el compromiso de la OMS de brindar datos de salud como un bien público. La plataforma reúne una sólida variedad de productos para ofrecer una solución integral a los procesos de datos de la OMS. Desde la recopilación hasta el uso, la plataforma brinda una experiencia de clase mundial aprovechando tecnología innovadora para abordar desafíos y puntos problemáticos.

La cuestión se centra, como en muchas ocasiones, en el conflicto entre derechos individuales y el interés público o colectivo. ¿Es posible compaginar ambos extremos para que la ciencia avance? Es necesario sensibilizar a la población de que hay una tremenda posibilidad para el progreso de la medicina en el tratamiento y análisis de dichos datos y que, además, eso es posible garantizando los derechos individuales, como los de intimidad y la integridad física y psíquica.

Actualmente, la aprobación del *Reglamento del Espacio Europeo de Datos Sanitarios* supone una magnífica oportunidad de introducir, definitivamente, la idea de solidaridad en la investigación basada en el uso secundario de los datos personales. Para ello contamos ahora con un instrumento óptimo: las garantías reforzadas que ofrece este *Reglamento* —espacios seguros, seudonimización de datos, intervención de organismos de acceso, minimización del tratamiento, el *out-put*, etc.—. Teniendo presente que tales garantías reducen al mínimo los riesgos para el interesado, es posible entender que no hay razones firmes por las que negarse a compartir datos personales, que redundará en una importante mejora de un bien de interés público. Con dichas garantías se da un equilibrio entre el interés individual y el colectivo y desde la perspectiva ética, hay un deber moral de compartir estos datos para beneficio del interés general, siempre protegiendo la confidencialidad.

En este capítulo analizaremos los datos sanitarios, cuál es su naturaleza, los tipos y la nueva normativa de Espacio Europeo de Datos sanitarios, que se acaba de publicar en el inicio de este 2025.

II. Acerca de los datos sanitarios

II.1. Naturaleza y tipos los datos sanitarios

En los comienzos de la medicina moderna, los datos que recogían los profesionales sanitarios eran relativamente limitados y las historias clínicas solamente recogían una pequeña cantidad de datos. Tradicionalmente, solo el médico era la persona encargada de escribir en la historia clínica. Ahora, este documento incorpora una visión multidisciplinaria con contribuciones no solo de los médicos, sino también de enfermeros, trabajadores sociales y psicólogos clínicos[5]. Cada uno de estos profesionales aporta sus observaciones y conclusiones especializadas, enriqueciendo así el contenido de la historia clínica. Esta situación ha llevado a una recogida más extensa de datos personales.

La *Ley 41/2002* define la historia clínica como *el conjunto de documentos que contienen los datos, valoraciones e informaciones de cualquier índole sobre la situación*

[5] Jimenez Gonzalez, J., «De la historia clínica impresa a la historia clínica digital. Evolución y Retos», en Andreu Martínez, M. B., (Dir.) *Los datos de salud como eje de la transformación digital de la sanidad*, Granada, Comares, 2023, pp. 20-22.

y la evolución clínica de un paciente a lo largo del proceso asistencial[6]. Por tanto, la historia clínica es un registro integral que documenta de manera detallada la información médica de un paciente a lo largo de su vida, pero, además de los documentos clínicos y las observaciones que el personal sanitario pueda incluir, para poder identificar al paciente, la historia clínica tiene que contener necesariamente datos personales como son el nombre, apellidos, DNI/NIE, sexo, fecha de nacimiento y domicilio entre otros.

Con la llegada de la transformación digital, se generaliza el uso de la historia clínica electrónica (HCE), ya que ofrece múltiples beneficios tanto para los profesionales de la salud como para los pacientes: primero, mejora la eficiencia y la precisión en la gestión de la información médica, ya que permite un acceso rápido y organizado a los datos del paciente, reduciendo el riesgo de errores humanos asociados al manejo de papeles; segundo, facilita la comunicación y la coordinación entre diferentes especialistas y departamentos, mejorando la continuidad asistencial y la calidad de la atención médica y, además, la historia clínica digital contribuye a una mejor toma de decisiones clínicas gracias a la disponibilidad inmediata de historiales médicos completos; por último, garantiza una mayor seguridad en la protección de datos a diferencia de los registros en papel, susceptibles a daños o pérdidas.

Son muchos los tipos de datos que puede contener una historia clínica: datos identificativos, documentos clínicos, observaciones de los profesionales sanitarios, estilo de vida, antecedentes familiares… Pero ¿todos los datos que se recogen son datos sanitarios? ¿Cómo podemos definir los datos sanitarios? El *Reglamento General de Protección de Datos* (RGPD) define los datos relativos a la salud como *los datos personales relativos a la salud física o mental de una persona física, incluida la prestación de servicios de atención sanitaria, que revelen información sobre su estado de salud*. Asimismo, también considera que son datos de personales relativos a la salud los datos genéticos, que son aquellos datos obtenidos a partir del análisis de una muestra biológica[7].

La Comisión Europea, por su parte, determina que son datos sanitarios toda aquella información personal que se refiere al estado de salud de un individuo, así como también los datos no personales asociados a la salud, tales como los datos estadísticos y los datos anónimos o agregados. Esta categoría abarca desde la información médica hasta los detalles administrativos y financieros relacionados con la salud e incluye factores

[6] Artículo 3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

[7] Unión Europea. *Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos* (Reglamento General de Protección de Datos). Considerando número 35. Diario Oficial de la Unión Europea: L 119/1.

determinantes de la salud, como los aspectos sociales, conductuales y ambientales[8]. De lo cual, podemos deducir que toda la información que contiene la historia clínica son datos sanitarios, a los que consideramos como datos personales de las personas físicas (excepto los datos estadísticos y agregados) y, como tales, tienen que ser objeto de protección.

En el ámbito de la salud, los datos tienen dos usos claramente diferenciados: primario y secundario. El uso primario se enfoca en identificar y tratar afecciones. Los profesionales del ámbito de la salud recogen y analizan los datos con el fin de proporcionar un diagnóstico preciso y desarrollar un plan de tratamiento efectivo para cada caso particular. Por su parte, el uso secundario de los datos se orienta hacia la investigación y el progreso en el ámbito sanitario. Aunque las expresiones *usos primarios* y *usos secundarios* se emplean frecuentemente en el contexto de la protección de datos, se considera que es más adecuado referirse a *tratamiento inicial* y a *tratamientos ulteriores*[9].

El sector sanitario genera una gran cantidad de datos sanitarios de uso primario. La posibilidad de reutilizar la información para un uso secundario, gracias a las nuevas herramientas y tecnologías de Big Data y, en especial, a la inteligencia artificial (IA), se ha vuelto un proceso más accesible y eficiente.

Y es aquí donde radica la necesidad de incorporar el principio de solidaridad en el uso de estos datos, pues el potencial investigador y, por ende, de aplicación posterior a la asistencia sanitaria es inmenso.

De hecho, la Unión Europea es consciente de lo importante que es crear y desarrollar espacios de datos comunes con el fin de aprovechar el potencial de la información y de investigación, pero existen barreras jurídicas que dificultan este uso de los datos sanitarios.

II.2. **Propiedad de los datos sanitarios**

La propiedad de los datos es un tema de creciente relevancia en la era digital. En el ámbito sanitario, son múltiples los datos generados. Sin embargo, surge una pregunta crucial: ¿quién es el propietario de estos datos? Tradicionalmente, los datos han sido considerados propiedad de las instituciones sanitarias que los recopilan, como hospitales, clínicas o consultorios médicos. El debate sobre la propiedad de las historias clínicas comenzó en los años setenta. Hasta entonces, no existían artículos doctrinales ni resoluciones judiciales claras, no solo en España, sino incluso a nivel europeo. Únicamente

[8] Comisión Europea. *Un Espacio Europeo de Datos Sanitarios: aprovechar el potencial de los datos sanitarios en beneficio de las personas, los pacientes y la innovación.* COM (2022) 196 final. Estrasburgo, 3 de mayo de 2022.

[9] Recuero, M., «El Espacio Europeo de Datos Sanitarios: retos y oportunidades», *InDret*, Núm. 2, 2024. https://indret.com/wp-content/uploads/2024/04/1844.pdf.

los tribunales norteamericanos habían comenzado a esbozar algunos principios sobre la propiedad y el acceso a las historias clínicas marcando una diferencia con el contexto europeo, donde estos debates eran escasos[10].

En las últimas décadas, la falta de una regulación clara sobre la propiedad de los datos sanitarios ha dado lugar a diversas interpretaciones doctrinales, generando un debate en torno a quién corresponde la titularidad. Podemos agrupar las distintas argumentaciones en cuatro teorías:

- La *Teoría de la propiedad del paciente* defiende que el paciente, como fuente de la información, debería ser el propietario de su historia clínica.
- La *Teoría de la propiedad del médico* sostiene que la historia clínica es un proceso intelectual del médico quien, al ser el creador material de dicho documento, debería ser considerado su propietario. En esta teoría se argumenta que las historias clínicas no son simples transcripciones de datos, sino el resultado de un proceso intelectual que implica la recogida, ordenación y análisis de la información del paciente.
- La *Teoría de la propiedad del centro sanitario* sostiene que las historias clínicas pertenecen al centro sanitario donde se almacenan y custodian, sobre todo en los casos donde el médico es un empleado del centro.
- La *Teoría integradora o ecléctica* busca armonizar los derechos y obligaciones de todas las partes implicadas.

La historia clínica no puede considerarse un bien de propiedad exclusiva de una sola parte; cada una de las partes involucradas tiene derechos y obligaciones sobre esta. El debate sobre la propiedad de las historias clínicas sigue sin una resolución clara, ya que las diferentes teorías ofrecen visiones parciales de un tema complejo. A pesar de su relevancia, la *Ley 41/2002*, no aborda de manera explícita la cuestión de la propiedad de las historias clínicas. A partir de su aplicación, se ha interpretado que otorga a los pacientes un mayor control sobre su información médica, consolidando la idea de que los datos sanitarios pertenecen a los propios individuos. Este cambio de perspectiva ha generado la impresión de que los pacientes no solo tienen derechos sobre el acceso a sus datos, sino también cierta autoridad para decidir sobre su uso, lo que representa un giro significativo respecto a enfoques anteriores que atribuían la propiedad de las historias clínicas a los médicos o centros sanitarios. Por lo que, aunque sean el centro sanitario, el médico o la mutua privada los encargados de recoger, tratar y archivar los datos sanitarios, estos son solo los responsables del tratamiento de la información; el titular de los datos sanitarios es el propio paciente. Por lo que, en una base de datos

[10] Lorenzo y Montero, R., «La propiedad de las historias clínicas», *Revista CONAMED*, Vol. 11, Núm. 7, 2006, pp. 13-14.

sanitarios, existen tantos *«propietarios de los datos»* como personas de las que se almacene su información sanitaria.

En el ámbito jurídico español, no existen muchas resoluciones judiciales que aborden específicamente la cuestión de la propiedad de las historias clínicas. No obstante, la *Audiencia Provincial de Pontevedra* hace referencia a esta cuestión señalando que solo en un sentido figurado puede hablarse de «propiedad» sobre las historias clínicas. En este contexto, lo importante es determinar quién tiene la posesión y custodia del documento. Ninguna de las partes involucradas, ni el médico, ni el paciente, ni el centro sanitario, tiene un dominio absoluto sobre la historia clínica[11]. En cuanto a la doctrina europea, predomina la idea de que no existe una propiedad en el sentido estricto sobre los datos personales del paciente. Por ello, la discusión sobre la propiedad de las historias clínicas ha derivado hacia conceptos como la licencia de uso, en lugar de la propiedad tradicional. Este enfoque refleja la importancia de respetar los derechos del paciente sobre sus datos sin que estos sean considerados como una propiedad en el sentido legal clásico[12].

II.3. **La interoperabilidad de los datos sanitarios**

Para garantizar la protección y promoción de la salud en la población, es necesario que los profesionales del sector puedan compartir y utilizar la información de los pacientes de forma eficiente y segura. Pongamos el ejemplo de un hospital: a diario, genera una gran cantidad de información; la transmisión de esta sin pérdida de significado posibilita que otros hospitales y centros de atención primaria conozcan el estado completo de salud de un paciente. Y no solo eso, la transmisión de datos facilita la investigación sanitaria, ya que ofrece la posibilidad de analizar los efectos en un amplio conjunto de pacientes.

Pero ¿qué es la interoperabilidad? Se puede definir como la capacidad de los sistemas de información y de los procedimientos a los que estos dan soporte de compartir datos y posibilitar el intercambio de información y conocimiento entre ellos[13]; es decir, la capacidad de que los sistemas se comuniquen entre sí con una mínima intervención humana. A pesar del desarrollo tecnológico, en la Unión Europea no hemos avanzado en la interconexión de sistemas. Ni siquiera en España los datos sanitarios son plenamente interoperables. El problema reside, fundamentalmente, en el origen de los datos: en los sistemas de información que producen y recogen los datos. También la gobernanza de datos supone otro reto para la interoperabilidad. Para construir espacios interoperables

[11] Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 6 (23 de julio de 2010), sentencia n.º 529/2010.

[12] Alkorta Idiakez, I., *El Espacio Europeo de Datos Sanitarios: nuevos enfoques de la protección e intercambio de datos sanitarios*, Madrid, Aranzadi, 2022, pp. 248-251.

[13] *Real Decreto 4/2010, de 8 de enero, por el que se regula el Esquema Nacional de Interoperabilidad en el ámbito de la Administración Electrónica.*

es necesario poner una marcha un sistema de gobierno que permita conocer en todo momento qué significa el dato, quién es el dueño original y quién puede acceder[14].

Para el profesional sanitario, es necesario que los datos estén integrados en un solo sistema de información, ya que el uso de *un solo sistema digital* facilita el acceso a la información y la coordinación entre las distintas especialidades sanitarias[15]. Tener un solo sistema implicaría que todos los centros del sistema nacional de salud, tanto públicos como privados, tuvieran instaurado dicho sistema. Aunque la tenencia de un solo sistema también presenta una serie de dificultades: si algo falla en el sistema o si se ve comprometida su seguridad, puede significar un riesgo de grandes dimensiones[16]. Por lo que, si se apuesta por un solo modelo digital, tiene que ser un modelo seguro en el que la gobernanza de datos esté garantizada. La interoperabilidad se puede descomponer en varios niveles o tipos, cada uno con sus propias características y desafíos. Para establecer *un solo sistema digital*, los datos deben ser interoperables técnica, sintáctica y semánticamente.

En España, el sistema sanitario está compuesto por el sector público y el sector privado, lo que da lugar a la existencia de múltiples sistemas de información. Además de que en el sector público no solo tenemos un sistema sanitario, sino que nuestro Sistema Nacional de Salud se compone del conjunto de los Servicios de Salud de la Administración del Estado y de los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas, al estar las competencias sanitarias trasferidas a las CCAA, lo que ha dificultado aún más la interoperabilidad. En el ámbito del sector público, este problema trató de solventarse en 2006 con el Proyecto de historia clínica Digital del Sistema Nacional de Salud (HCDSNS). Este proyecto respondía a la lógica asistencial: los ciudadanos que se desplazasen fuera de su Comunidad Autónoma de origen podrían ser tratados por profesionales sanitarios que conocerían sus antecedentes médicos[17]. Sin embargo, pese a haber alcanzado la interoperabilidad, el sistema no alcanzó del todo su objetivo, ya que no todas las CCAA aportan la misma información[18]. Los tipos de documentos que se comparten dependen de cada CCAA, existiendo 9 tipos de documentos que se pueden insertar en el HCDSNS[19]

[14] Añón García, J. M., «Espacios de datos sanitarios semántica interoperable y técnicas de preservación de la privacidad», *I+S: Revista de la Sociedad Española de Informática y Salud*, Núm. 154, 2023, pp. 38-40.

[15] Jiménez González, ob. cit., pp. 36-39.

[16] *Ibidem*.

[17] Ministerio de Sanidad. *El Sistema de Historia Clínica Digital del SNS*, Instituto de Información Sanitaria Agencia de Calidad del Sistema Nacional de Salud (SNS), visto en 10/09/2024 https://www.sanidad.gob.es/organizacion/sns/planCalidadSNS/docs/HCDSNS_Castellano.pdf

[18] Jiménez González, ob. *op. cit.,* pp. 36-39.

[19] Historia Clínica Resumida (HCR), Informe de Atención Primaria (ICAP), Informe Clínico de Urgencias (ICU),: Informe Clínico de Alta (ICA), Informe Clínico de Consulta Externa de especialidades

La Unión Europea, con el objetivo de mejorar la interoperabilidad y la implementación de servicios de salud electrónicos, ha desarrollado la iniciativa E-Health Network[20]. El objetivo es establecer una red para facilitar una mayor interoperabilidad y coordinación entre las autoridades sanitarias de los Estados miembros; además, en esta iniciativa participan seis países socios orientales[21]. Dentro de E-Health Network se enmarca la iniciativa EU-Patient Summary (EUPS) que, en esencia, es nuestro HCR. El objetivo de esta iniciativa es proporcionar a los profesionales sanitarios información esencial en su propio idioma sobre el paciente cuando provenga de otro Estado miembro y pudiera haber una barrera lingüística.

III. Aplicaciones del principio de solidaridad en datos sanitarios

III.1. El principio de solidaridad en el contexto de los datos sanitarios

El principio de solidaridad es un pilar esencial en las sociedades modernas donde el bienestar individual está profundamente vinculado al bienestar colectivo. Esta conexión se refuerza a través de la cooperación mutua entre individuos, comunidades e instituciones. En el contexto de la salud, este principio se traduce en un compromiso ético que busca no solo mejorar la atención sanitaria individual, sino también potenciar el acceso y la equidad a nivel global.

Es en la tercera generación de derechos[22] cuando la solidaridad adquiere una nueva dimensión. La solidaridad se convierte en el principio fundamental que inspira la materialización de nuevos derechos: se requiere una acción solidaria a nivel mundial para el desarrollo de estos derechos, reflejando la interconexión de las sociedades contemporáneas[23].

Además, hay que recordar que el principio de solidaridad posee particular importancia en el contexto de la Unión Europea. Figura en el Preámbulo de la *Carta Europea de los Derechos Fundamentale*s como valor fundacional de la Unión que aspira a ser una

---

(ICCE), Informe de Cuidados de Enfermería (ICE), Informe de Resultados de Pruebas de laboratorio (IRPL), Informe de Resultados de Pruebas de Imagen (IRPI) y Informe de Resultados de Otras Pruebas Diagnósticas. Ministerio de Sanidad (IROPD). «*El Sistema de Historia Clínica Digital del SNS»,* ob. cit., pp.11-12.

[20] E-Health Network se creó a partir de la *Directiva 2011/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de marzo de 2011 relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza.*

[21] Armenia, Azerbaiyán, Bielorrusia, Georgia, Moldavia y Ucrania.

[22] La clasificación de los derechos humanos en tres generaciones introducida por Karel Vasak es ampliamente aceptada; sin embargo, parte de la doctrina defiende una cuarta generación de derechos enfocada en los derechos tecnológicos, como la privacidad digital.

[23] Martínez Morán, N. «La tercera generación de derechos Humanos: Derechos colectivos: la solidaridad», en Marcos del Cano, A.M., *Derechos Humanos y Trabajo Social*, Madrid, Universitas, 2013, pp. 118-124.

Europa de los ciudadanos. Su significación concreta puede descubrirse en algunos de los documentos fundamentales en la construcción del marco jurídico de la protección de datos personales, como el propio *Reglamento General de Protección de Datos (UE) 2016/679 del Parlamento europeo y del Consejo* de 27 de abril de2016, que señala, en su Considerando (4) que «El tratamiento de datos personales debe estar concebido para servir a la humanidad. El derecho a la protección de los datos personales no es un derecho absoluto, sino que debe considerarse en relación con su función en la sociedad y mantener el equilibrio con otros derechos fundamentales, con arreglo al principio de proporcionalidad».

Sin embargo, la aplicación práctica de la normativa sobre protección de datos mostró enseguida que no sería sencillo armonizar adecuadamente principios como el que recoge el artículo 2 del *Convenio de Oviedo*: «El interés y el bienestar del ser humano deberán prevalecer sobre el interés exclusivo de la sociedad o de la ciencia» y la promoción de la investigación y la innovación biosanitaria. De hecho, países como Alemania y Polonia nunca han desarrollado una normativa nacional que permitiera el tratamiento de categorías especiales de datos personales sin que medie el consentimiento de los pacientes, por lo que éste continúa siendo esencial en esos países.

Las instituciones europeas han intentado superar este obstáculo a través de la promoción de diferentes herramientas. La primera fue el altruismo de datos, que figura en *Reglamento (UE) 2022/868 del Parlamento europeo y del Consejo* de 30 de mayo de 2022 *relativo a la gobernanza europea de datos y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2018/1724 (Reglamento de Gobernanza de Datos).* De hecho, en su artículo 2.16 señala que por cesión altruista de datos, ha de entenderse «todo intercambio voluntario de datos basado en el consentimiento de los interesados para que se traten sus datos personales, o en el permiso de los titulares de datos para que se usen sus datos no personales, sin ánimo de obtener o recibir una gratificación que exceda de una compensación relativa a los costes en que incurran a la hora de facilitar sus datos, con objetivos de interés general tal como se disponga en el Derecho nacional, en su caso, como, por ejemplo, la asistencia sanitaria, la lucha contra el cambio climático, la mejora de la movilidad, la facilitación del desarrollo, elaboración y difusión de estadísticas oficiales, la mejora de la prestación de servicios públicos, la elaboración de políticas públicas o la investigación científica de interés general». Por consiguiente, el altruismo de datos permite que individuos y personas jurídicas consientan en compartir los datos que generan voluntariamente, sin esperar recompensa, por un bien mayor.

No obstante, hay que tener presente que este concepto — altruismo— no es ni puede ser un sustitutivo de la solidaridad entre los ciudadanos europeos. Conviene al respecto subrayar las diferencias entre ambos principios, como veremos en el desarrollo de este capítulo.

En el ámbito sanitario, la solidaridad se manifiesta de forma evidente en la gestión y el intercambio de datos sanitarios. Compartir estos datos puede mejorar considerablemente la atención médica, optimizar los tratamientos y ayudar a prevenir enfermedades,

beneficiando tanto a las personas que contribuyen con su información como al conjunto de la sociedad. A través de la agregación de datos, es posible identificar patrones epidemiológicos y diseñar intervenciones más efectivas[24].

La solidaridad en el ámbito de los datos sanitarios también contribuye a cerrar brechas en el acceso a los servicios de salud. Al permitir la identificación de disparidades, los datos sanitarios compartidos pueden ser utilizados para diseñar políticas que promuevan una atención más equitativa. Las poblaciones marginadas pueden ser beneficiadas cuando se recopilan y analizan estos datos ya que, a veces, no se dispone de suficiente información de estos sectores. Gracias a este principio de solidaridad, podemos enfocar los recursos y estrategias en las áreas donde más se necesitan. Compartir datos promueve una distribución más justa de los recursos sanitarios, alineándose con los objetivos de los derechos de tercera generación que abogan por el derecho al desarrollo y el acceso a la salud. Al mismo tiempo, refuerza la idea de que la salud es un derecho colectivo y no un lujo reservado para unos pocos. La solidaridad no solo promueve un enfoque inclusivo y justo, sino que también fortalece la protección de los derechos humanos en un entorno cada vez más interconectado, asegurando que el avance tecnológico se utilice para mejorar la calidad de vida de todos.

Ahora bien, hay que tener en cuenta el riesgo que ello conlleva. En el contexto de los derechos de tercera generación también se desarrollan los derechos en el ámbito de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC). El objetivo de estos derechos es asegurar que las personas mantengan el control sobre su información personal, pero estas tecnologías, como es bien sabido, no solo ofrecen nuevas oportunidades para ejercer derechos, sino que también plantean serios riesgos para las libertades individuales, debido a la creciente vigilancia y control electrónico a los que se enfrentan los ciudadanos. La omnipresencia de la recopilación de datos ya sea a través de documentos de identificación, registros médicos o transacciones comerciales, puede resultar una forma de «*juicio universal permanente*» donde la privacidad se ve amenazada[25].

De ahí que el principio de la solidaridad que es un principio fundamental en el contexto de la salud y los derechos de tercera generación, especialmente en la era de las tecnologías avanzadas, habrá de confrontarse con otros derechos fundamentales como son el de la protección de la intimidad y la prohibición de la discriminación que pueda producir el uso de esos datos.

[24] Ob. cit., pp. 114-118.

[25] Pérez Luño, A. E., «Las Generaciones de Derechos Humanos», *Revista da AGU*, Vol. XIII, Núm. 42, 2014, p. 49-51.

III.2. **Reutilización de datos sanitarios**

La reutilización de datos se refiere al proceso de usar los datos que ya se han recopilado para otros usos secundarios diferentes a su propósito inicial, ya sea en el mismo contexto o en uno distinto. En los sectores donde los datos son un recurso valioso y costoso de obtener, la reutilización se revela como una práctica sumamente útil y eficiente. Esta metodología no solo optimiza los recursos invertidos en la obtención de datos, sino que también facilita el avance del conocimiento y la innovación. Optimiza la recopilación de datos al evitar la duplicación de esfuerzos. Facilita la incorporación de información que los recopiladores iniciales podrían no haber considerado y previene el abuso de estrategias extractivas que puedan comprometer la seguridad[26]. Las nuevas herramientas tecnológicas han generado nuevas oportunidades de reutilización de datos, ya que ha aumentado la velocidad y eficiencia del proceso de recopilación, procesamiento y análisis de datos.

En cuanto a los datos que provienen del sector público, la Unión Europea considera que tienen que ser accesibles y no estar sujetos a derechos de privacidad y propiedad. La reutilización de datos públicos se considera como un elemento de transparencia y se vincula directamente con el derecho al acceso a la información pública. Para fomentar el uso de datos abiertos, la Unión Europea público la *Directiva 2019/1024 con el objetivo de* establecer las garantías jurídicas necesarios para la reutilización de datos, para así aumentar la confianza de los ciudadanos, empresas y otras organizaciones en la reutilización de datos públicos**.** La directiva facilita la reutilización de información proveniente del sector público y establece las barreras jurídicas para aquellos conjuntos de datos sobre los que concurren derechos de terceros. La *Directiva 2019/1024* supuso un avance significativo, sobre todo para el acceso a los resultados de investigaciones científicas; la norma impuso la obligación a los Estados miembros de adoptar políticas de *Open Data* respecto a los datos de las investigaciones financiadas con dinero público[27]. Sin embargo, a pesar de su entrada en vigor, la reutilización de datos tanto en el ámbito de la innovación en la salud como en la investigación sanitaria sigue siendo insuficiente, debido a que persisten importantes dificultades a la hora de disponer de los datos[28].

Con el objetivo de aumentar la confianza en el intercambio de datos y superar los obstáculos técnicos de su reutilización, en 2022 se aprobó el *Reglamento Europeo de Gobernanza de Datos*, que pretendía fomentar el intercambio de forma voluntaria de conjuntos de datos bajo el poder de organismos públicos sobre los que concurren dere-

[26] Alkorta Idiakez, ob. cit., p. 235.

[27] Artículo 10 de la *Directiva 2019/1024*.

[28] Valero Torrijos, J., «La Reutilización de a Información Sanitaria desde la Perspectiva de la Regulación Europea sobre Gobernanza de Datos», en Andreu Martinez, M.B. (dir.), *Los Datos de Salud como Eje de la Transformación Digital de la Sanidad*, Granada, Comares, 2023, pp. 45-49.

chos de terceros. Anteriormente se dificultaba su reutilización, principalmente debido a la normativa de protección de datos de carácter personal, la normativa de propiedad intelectual y la que regula la confidencialidad comercial[29]. Con este reglamento se pretende impulsar la licitud de la reutilización de los datos para otras finalidades distintas del uso primario. La reutilización de datos en el sector público podrá estar mejor o peor implantada, pero ya es una realidad. Pero ¿qué sucede con los datos que provienen del sector privado? La Comisión Europea tiene la ambición de que la Unión Europea se convierta en un modelo de referencia de una sociedad empoderada por los datos para tomar mejores decisiones, tanto en el ámbito empresarial como en el sector público[30]. Poco a poco, se está desarrollando normativa para el *Open Data* tanto de datos públicos como de datos privados en distintos sectores. El objetivo es promover un mercado único y armonizado de los datos, así como crear espacios comunes europeos de datos en ámbitos estratégicos[31]. En este contexto se desarrolla la iniciativa del Espacio Europeo de Datos Sanitarios.

III.3. **Cesión altruista de datos**

El altruismo de datos se refiere a la acción de individuos y organizaciones que, de manera voluntaria y sin esperar compensación, autorizan el uso de los datos que generan para fines de interés general[32]. Estos datos pueden ser sumamente valiosos para impulsar la investigación y mejorar productos y servicios, especialmente en áreas como la salud.

Tradicionalmente, la investigación sanitaria se nutría de la reutilización de la información en las historias clínicas electrónicas, los sistemas de información hospitalaria y los registros de enfermedades[33]. Hoy en día, ya no son solo estas fuentes las que contienen información sanitaria; se han desarrollado y se siguen desarrollando nuevos

[29] *Ibidem*.

[30] *Una Estrategia Europea de Datos*. Comunicación de la Comisión al PE, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 19 de febrero de 2020, COM (2020) 66 final.

[31] *Reglamento (UE) 2022/868 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de mayo de 2022 relativo a la gobernanza europea de datos y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2018/1724* (Reglamento de Gobernanza de Datos)

[32] El *Reglamento de Gobernanza de Datos* define la «*cesión altruista de datos*» como *todo intercambio voluntario de datos basado en el consentimiento de los interesados para que se traten sus datos personales, o en el permiso de los titulares de datos para que se usen sus datos no personales, sin ánimo de obtener o recibir una gratificación que exceda de una compensación relativa a los costes en que incurran a la hora de facilitar sus datos, con objetivos de interés general tal como se disponga en el Derecho nacional, en su caso, como, por ejemplo, la asistencia sanitaria, la lucha contra el cambio climático, la mejora de la movilidad, la facilitación del desarrollo, elaboración y difusión de estadísticas oficiales, la mejora de la prestación de servicios públicos, la elaboración de políticas públicas o la investigación científica de interés general*.

[33] Alkorta Idiakez, ob. cit., pp. 246-247.

dispositivos y aplicaciones que contienen valiosa información acerca de la salud. La ciudadanía, cada vez es más consciente del valor de los datos: cada vez es mayor el número de personas que *donan* sus datos sanitarios a determinados proyectos de investigación, aunque no estén especificados los fines a los que pueden destinarse los datos[34]. Pero ¿es correcta la expresión de *«donar datos»*? Existen discrepancias a la hora de definir la cesión de datos personales en la investigación sanitaria; parte de la doctrina considera que no es adecuado denominarlo donación de datos, ya que el concepto no implica una transmisión de la propiedad, sino de una licencia de uso[35].

La diferencia entre los términos de «altruismo de datos» y «solidaridad de datos» radica en la motivación que influye en el consentimiento del interesado para ceder el uso de sus datos. El «altruismo de datos» se refiere a la preocupación por el bienestar de los demás, incluso cuando no se obtiene un beneficio personal. Los principales factores motivacionales detrás de este comportamiento son el deseo de contribuir y compartir el valor que surge del uso secundario de los datos, con el objetivo de apoyar la investigación. Algunos autores argumentan que, cuando se trata de un proyecto específico de investigación, este acto no se considera altruismo puro, sino simplemente consentimiento para participar en ese proyecto particular[36].

Por otro lado, la «solidaridad de datos» implica un interés personal, como el deseo de recibir mejor atención médica o de beneficiar a futuros pacientes. En este caso, la motivación no es únicamente altruista, ya que hay un componente de interés propio en la esperanza de mejorar los resultados para uno mismo o para otros en situaciones similares. Por esta razón, la mayor la doctrina prefiere el termino de «altruismo de datos» y considera que debe existir un deber moral de compartir los datos sanitarios. Las bases teóricas del altruismo de datos se pueden analizar desde dos perspectivas principales: por una parte, desde una perspectiva ética (es antigua la teoría que sostiene que hay una obligación ética de permitir el uso de la información personal para la investigación en beneficio de la ciudadanía); por otra parte, como un contrato social basado en la reciprocidad, solidaridad y altruismo, que incluye la expectativa de obtener un beneficio propio[37].

El consentimiento del interesado en relación con el altruismo de datos se enfoca en vehicular el acuerdo social. Tradicionalmente, los investigadores solicitan datos de fuentes en las que los ciudadanos han confiado sus datos y estos, a su vez, los proporcionan. Sin embargo, el altruismo de datos se considera una evolución del consentimiento, ya que no solo cumple con los requisitos tradicionales, sino que va más allá en este enfoque.

[34] *Ibidem.*

[35] Parte de la doctrina europea considera que el término «propiedad» sobre los datos no debe entenderse como propiedad privada en un sentido legal.

[36] Alkorta Idiakez, ob. cit., pp. 248-257.

[37] Ob. cit., pp. 251-252.

El consentimiento para el altruismo de datos, en particular a través de un modelo de consentimiento *opt-in (*requiere el consentimiento proactivo del usuario), se considera una práctica de intercambio de datos más sólida en comparación con los modelos de exclusión *opting out (supone el consentimiento hasta que el usuario lo retira)*. Sin embargo, este enfoque *opt-in* es más exigente para los interesados, lo que puede llevar a lo que se conoce como «fatiga del consentimiento». Para mitigar este problema, se buscan alternativas que fortalezcan la exclusión voluntaria, proporcionando a los usuarios mayores garantías de control sobre sus datos. Esto incluye la posibilidad de modificar o revocar el consentimiento, restringir el tiempo de almacenamiento de los datos, limitar su distribución a terceros y asegurar la responsabilidad de quienes manejan estos datos. Es crucial que los ciudadanos comprendan las implicaciones de su consentimiento, aunque esto puede desalentarlos, especialmente si tienen una alfabetización digital insuficiente (además de que esto podría generar sesgos en la investigación, al excluir datos representativos de ciertos colectivos[38]).

La mayoría de los ciudadanos europeos apoya que sus datos sanitarios puedan ser reutilizados para mejorar los sistemas de salud, si bien es cierto que la cesión de datos les causa reticencia cuando es para la reutilización por parte de entidades con ánimo de lucro. A nadie se le escapa el negocio que la industria farmacéutica puede hacer con nuestros datos. A la vez, el altruismo de datos en la salud no solo impulsa el avance científico, sino que también fortalece la equidad en la atención médica al hacer que las investigaciones sean más representativas y accesibles para todos los grupos demográficos. El altruismo de datos puede ser transformador, pero requiere una infraestructura robusta que respete los derechos de los *donantes* de datos mientras maximiza el impacto positivo en la sociedad.

III.4. **Estrategia europea de datos**

En nuestra sociedad, cada día se recoge una mayor cantidad de datos. La innovación y el progreso necesitan de estos datos para poder avanzar. Para aprovechar al máximo el potencial de los datos, en febrero de 2020 la Comisión Europea público la *Estrategia Europea de Datos*, con el objetivo de crear un mercado único de datos regulando el acceso para el uso secundario de datos. El establecimiento de un mercado único de datos permitirá que la información circule libremente a través de la Unión Europea y entre diversos sectores, beneficiando así a las empresas, a los investigadores y a las

[38] Sánchez García, A., «El altruismo de datos en el ámbito sanitario» en Andreu Martínez, M. B., (Dir.), *Los datos de salud como eje de la transformación digital de la sanidad*, Granada, Comares, 2023, pp. 69-86.

Administraciones públicas[39]. La Comisión considera que los datos no personales deben estar disponibles para todos, ya sean entes públicos o privados, empresas grandes o pequeñas, emergentes o consolidadas en el sector.

La *Estrategia Europea de Datos* pretende impulsar las medidas legislativas oportunas para superar las barreras técnicas y jurídicas necesarias para la creación de espacios de datos interoperables, por lo que pone el enfoque en la necesidad de regular la gobernanza, el acceso y la reutilización de datos. La estrategia también busca ampliar la disponibilidad de datos abriendo conjuntos de datos de alto valor en toda la Unión Europea y permitiendo su reutilización de manera gratuita. La *Estrategia* marca el camino para la creación de espacios comunes europeos de datos en diez ámbitos estratégicos[40].

Un espacio de datos reúne las infraestructuras de datos y los marcos de gobernanza pertinentes para facilitar la puesta en común y el intercambio de datos[41]. Podemos definir el espacio de datos como la infraestructura que permite las transacciones de datos entre diferentes partes del ecosistema de datos basándose en el marco de gobernanza de ese espacio de datos[42]. Por lo que los espacios de datos son un concepto que abarca mucho más que los portales de datos abiertos; los portales publican catálogos de datos en un formato lo más abierto posible para facilitar el acceso y la reutilización.

El objetivo es que los espacios de datos se interconecten gradualmente para crear un único mercado de datos. En estos espacios, las empresas, las Administraciones públicas y los particulares controlarán los datos que generen. Asimismo, se incentivará que estos datos estén abiertos, al mismo tiempo que se ha de garantizar una infraestructura segura de intercambio de datos que preserve la privacidad para agrupar, acceder, compartir, procesar y utilizar datos. En estos espacios se permitirá a los titulares de datos conceder acceso a determinados datos personales o no personales, o compartirlos. También se permitirá a los titulares de datos ofrecer su información para su reutilización, ya sea de forma gratuita o a cambio de una compensación.

Para desarrollar estos espacios de datos, la Unión Europea está apostando por el desarrollo normativo. Se han aprobado dos reglamentos de carácter transversal para el desarrollo de espacios de datos: el *Reglamento de Gobernanza de Datos,* que regula los procesos y estructuras para favorecer e impulsar el intercambio voluntario de datos y el *Reglamento de Datos,* que define quién tiene la capacidad de generar valor a par-

[39] Comisión Europea. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones*: Una Estrategia Europea de Datos*. COM (2020) 66 final. Bruselas: Comisión Europea, 19 de febrero de 2020.

[40] Los diez ámbitos estratégicos son: salud, agricultura, industria manufacturera, energía, movilidad, finanzas, Administración pública, capacidades y la Nube Europea de la Ciencia Abierta.

[41] AEPD. *«Aproximación a los espacios de datos desde la perspectiva del RGPD»*, 2023, pp. 2-10.

[42] Data Spaces Support Centre. DSSC Glossary. Versión 1.0, 2023. https://bit.ly/data-spaces-glossary. Consultada el 20 de agosto de 2024.

tir de los datos y establece las condiciones bajo las cuales esto puede llevarse a cabo. Ambos reglamentos tienen carácter intersectorial y establecen los principios y directrices aplicables a todos los sectores, sin alterar las obligaciones de acceso a los datos ya existentes. El objetivo de ambas legislaciones es aumentar la disponibilidad de los datos para fomentar un mercado competitivo en el ámbito comunitario.

IV. El espacio europeo de datos sanitarios: su regulación

El Espacio Europeo de Datos Sanitarios (EEDS) es el primer espacio común de datos de la Unión Europea que surge a partir de la *Estrategia Europea de Datos*. La propuesta legislativa fue adoptada por la Comisión Europea el 4 de mayo de 2022 y, tras largas negociaciones, el Parlamento Europeo adoptó formalmente su posición en primera lectura el 24 de abril de 2024 (texto de compromiso). El 8 de enero de 2025 se ha publicado el Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo al Espacio Europeo de Datos de Salud, y por el que se modifican la Directiva 2011/24/UE y el Reglamento (UE) 2024/2847[43]. Su implementación será gradual y podría extenderse hasta 2030. Nace con el fin de mejorar el acceso por parte de las personas físicas a sus datos de salud electrónicos personales y su control de dichos datos, en el contexto de la asistencia sanitaria, así como de alcanzar mejor otros fines para los que se necesite el uso de datos de salud electrónicos en el sector de la asistencia sanitaria y en el sector asistencial que beneficiarían a la sociedad, como, por ejemplo, la investigación, la innovación, la formulación de políticas, la preparación y respuesta ante las amenazas para la salud, incluidas la prevención y respuesta ante futuras pandemias, la seguridad de los pacientes, la medicina personalizada, las estadísticas oficiales o las actividades de regulación. Habida cuenta del carácter sensible de los datos de salud electrónicos personales, el presente Reglamento pretende proporcionar salvaguardias suficientes, tanto a escala nacional como de la Unión, para garantizar un nivel elevado de protección, seguridad, confidencialidad y uso ético de los datos. Esas salvaguardias son necesarias para fomentar la confianza en la gestión segura de los datos de salud electrónicos de las personas físicas para un uso primario o para un uso secundario tal como se definen en el presente Reglamento.

IV.1. **Contexto de la propuesta**

El término *healthtech* se refiere a la aplicación de tecnología innovadora en el sector de la salud para mejorar el diagnóstico, tratamiento y gestión de la atención sanitaria. Durante la pandemia de COVID-19, el *healthtech* jugó un papel crucial al acelerar la

[43] Véase https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CONSIL:PE_76_2024_INIT&qid=1717488816816. (consultada el 21 de enero de 2025).

adopción de soluciones digitales como la telemedicina, aplicaciones de rastreo de contactos y plataformas de monitorización remota de pacientes. Estas tecnologías no solo ayudaron a mitigar la presión sobre los sistemas de salud, sino que también despertaron el interés de nuevos modelos de gobernanza de datos para garantizar la gestión segura y eficiente de los datos de los pacientes[44].

El impacto del *healthtech* durante la pandemia subrayó la necesidad de un marco europeo que facilite el intercambio seguro y eficiente de datos sanitarios entre Estados miembros y más allá. Esto impulsó iniciativas como el Espacio Europeo de Datos Sanitarios, cuyo objetivo es mejorar la colaboración transfronteriza, apoyar la investigación y fortalecer la respuesta ante futuras crisis sanitarias a través de la disponibilidad y el uso responsable de datos sanitarios electrónicos.

La pandemia también puso de manifiesto la fragilidad de los sistemas nacionales y la necesidad de crear políticas comunitarias[45]. En este contexto se creó el programa UEproSalud (EU4Health) cuyo objetivo es fortalecer los sistemas de salud en toda Europa y mejorar la preparación ante futuras crisis sanitarias. Asimismo, el programa apuesta por la creación de acciones que impulsen la transformación digital de los servicios sanitarios y aumenten la interoperabilidad de dichos servicios, apoyando directamente el desarrollo del Espacio Europeo de Datos Sanitarios[46].

En la actual economía del dato, el uso secundario de datos es fundamental para la investigación sanitaria. La Unión Europea, debido a la especial protección en materia de protección de datos personales, se estaba quedando atrás en comparación con EEUU y China, que han desarrollado iniciativas para proporcionar a los investigadores un gran conjunto de datos sanitarios para impulsar la innovación mediante la interacción de grandes volúmenes de información real de pacientes. Esta presión competitiva ha obligado a la Unión a adoptar su propio modelo para fomentar la investigación y la innovación en el sector sanitario siendo fiel a su modelo garantista de protección de datos personales[47].

[44] Nair, P., *«Editorial: Health Technologies and Innovations to Effectively Respond to the Covid-19 Pandemic»*, Frontiers in Digital Health, vol. 4, article 849652, 2022.

[45] La mayoría de los españoles (87 %) y de los europeos (84 %) consideran que la Unión Europea debe disponer de más recursos para afrontar situaciones similares a la pandemia de COVID-19. *Comisión Europea.* Datos Eurobarómetro estándar 94. Invierno 2020-2021. Publicación abril de 2021.

[46] Considerando 18 y artículo 4 del Reglamento (UE) 2021/522 del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de marzo de 2021 por el que se establece un programa de acción de la Unión en el ámbito de la salud («programa UEproSalud»).

[47] García Pérez, Francisco J., «Introducción al Espacio Europeo de Datos Sanitarios: un nuevo horizonte en la gobernanza de datos sanitarios en la Unión Europea», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, Núm. 61, 2023, pp. 183-196.

IV.2. **Ámbito de aplicación**

El EEDS hace referencia únicamente a los datos sanitarios electrónicos. En su artículo 1 dice: «*En el presente reglamento se disponen reglas, normas e infraestructuras comunes y un marco de gobernanza, con vistas a facilitar el acceso a los datos de salud electrónicos a efectos del uso primario de los datos de salud electrónicos y el uso secundario de estos datos*». Remarca que estos pueden clasificarse en datos sanitarios personales (los datos relativos a la salud y los datos genéticos, que se traten en formato electrónico) y datos sanitarios no personales (que incluyen tanto los datos que han sido anonimizados de modo que ya no están relacionados con una persona física identificada o identificable (el «interesado»), como los datos que nunca han estado relacionados con un interesado[48]. Pero ¿son todos los datos relativos a la salud datos sanitarios? ¿Podemos considerar datos sanitarios aquellos que actúan como determinantes del estado de salud? La propuesta de la Comisión sí consideraba a los datos referentes al estilo de vida como datos sanitarios e incluía a los datos relativos a factores determinantes de la salud. El Comité de Bioética de España elogió a la Comisión Europea, el precepto de considerar como datos sanitarios aspectos tales como la situación profesional, educación, estilo de vida, bienestar y comportamiento relacionados con la salud, ya que ampliaba la comprensión integral del concepto de datos sanitarios[49]. En el artículo 51 del Reglamento de EEDS contempla la inclusión de los datos sobre factores que pueden estar determinando la salud, a saber: *«Los tenedores de datos de salud pondrán a disposición las siguientes categorías de datos de salud electrónicos para uso secundario de conformidad con lo dispuesto en el presente capítulo: datos sobre factores que influyen en la salud, incluidos los socioeconómicos, ambientales y de comportamiento determinantes para la salud».*

IV.3. **Uso primario de datos sanitarios electrónicos**

El reglamento define el uso primario de datos sanitarios electrónicos como el tratamiento de datos sanitarios electrónicos para la prestación de la asistencia sanitaria con el fin de evaluar, conservar o restablecer el estado de salud de la persona física a la que se refieren dichos datos, que incluye la receta, la dispensación y la provisión de medicamentos y productos sanitarios, así como los servicios sociales, administrativos o de reembolso pertinentes.

[48] La definición de *datos sanitarios electrónicos no personales* ha sido objeto de discusión parlamentaria, la definición propuesta por la Comisión consideraba que eran datos sanitarios no personales los datos relativos a datos sanitarios y genéticos en formato electrónico que no estén incluidos en la definición de datos personales establecida en el artículo 4, apartado 1, del *Reglamento (UE) 2016/679.*

[49] Comité de Bioética de España, *Informe del Comité de Bioética de España sobre Aspectos del Uso Secundario de los Datos y el Espacio Europeo de Protección De Datos,* 2023.

Vivimos en un mundo en el que viajamos mucho, ya sea por motivos laborales o personales; resulta imperativo el establecimiento de un sistema electrónico de intercambio de información que permita a los profesionales sanitarios de cualquier Estado miembro consultar el historial médico de un paciente, con independencia de su país de origen. El Reglamento de EEDS establece que las personas físicas tendrán derecho a acceder a sus datos sanitarios electrónicos personales que hayan sido tratados en el contexto de un uso primario de datos sanitarios electrónicos de forma inmediata, gratuita y en un formato fácilmente legible, consolidado y accesible[50]. Con la finalidad de establecer un sistema homogéneo de datos en la Unión Europea, la propuesta identifica las categorías prioritarias de datos sanitarios personales para uso primario. Sobre estos datos electrónicos, los Estados miembros deben facilitar el acceso y el intercambio[51].

El EEDS prevé que cada Estado miembro designe un *punto de contacto nacional* para la salud digital. Este se define como una pasarela organizativa y técnica que ofrece servicios transfronterizos de información sanitaria digital para un uso primario de datos sanitarios electrónicos, bajo la responsabilidad de los Estados miembros. Estos puntos de contacto nacionales estarán conectados a través de la plataforma central para la salud digital. Para asegurar la aplicación y el cumplimiento del EEDS en cuanto al uso primario de los datos, los Estados miembros deberán designar una *autoridad de salud digital*[52]*. La propuesta prevé que estas autoridades tengan competencias informativas, de cooperación, de control y supervisión. Asimismo, se instaura el derecho a presentar una reclamación ante la autoridad de sanidad digital, sin perjuicio de poder presentar cualquier otro recurso administrativo o judicial*[53].

La propuesta prevé el establecimiento de una infraestructura transfronteriza para el uso primario de datos sanitarios electrónicos, denominada MiSalud@EU (MyHealth@EU) que estará integrada por los puntos de contacto nacionales para la salud digital y la plataforma central para la salud digital. Será la Comisión el organismo encargado de adoptar las medidas necesarias para su desarrollo. La propuesta determina que deberán ser los Estados miembros quienes habrán de garantizar la conexión de todos

[50] La idea de tener un sistema que permita la consulta de datos médicos dentro de la UE no es nueva ya se intentó con el artículo 14 de la Directiva 2011/24/UE relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza. Sin embargo, las disposiciones eran voluntarias y la falta de interoperabilidad de los sistemas de salud entre sus sistemas informáticos dificulto el desarrollo de este sistema.

[51] Se consideran categorías prioritarias las siguientes: los historiales resumidos de los pacientes, las recetas electrónicas, las dispensaciones electrónicas, los estudios de diagnóstico por imagen y los informes correspondientes de imágenes, los resultados de pruebas médicas (incluidos los resultados de laboratorio) y los informes de altas hospitalarias.

[52] Artículo 19 del Reglamento del EEDS.

[53] Artículo 21 del Reglamento de EEDS.

los prestadores de asistencia sanitaria a sus puntos de contacto nacionales y velarán por que los que estén conectados puedan realizar intercambios bidireccionales[54].

IV.3.1. ***Derechos de las personas en relación con el uso primario***

El Espacio Europeo de Datos Sanitarios complementa los derechos de las personas físicas recogido en el *Reglamento 2016/679* en el ámbito de los datos sanitarios electrónicos. El derecho de acceso, aunque se aplica en la actualidad, conlleva mucho tiempo para el responsable del tratamiento; además, este no tiene la obligación de facilitar el acceso inmediatamente. Con la implementación del EEDS, las personas físicas tendrán derecho a acceder de forma gratuita e inmediata, como mínimo, a las categorías prioritarias en un formato legible y accesible[55]. El derecho de rectificación también se contempla explícitamente en el EEDS. A través de los servicios de acceso, debe ofrecerse la posibilidad de solicitar fácilmente una rectificación en línea. La rectificación solo podrá aplicarse de conformidad con el RGPD cuando los datos sean incompletos e inexactos[56]. No obstante, las personas físicas no tendrán la posibilidad de modificar directamente los datos sanitarios electrónicos introducidos por los profesionales sanitarios[57].

Por su parte, las personas físicas tendrán derecho a restringir el acceso de los profesionales sanitarios y los prestadores de asistencia sanitaria a la totalidad o parte de sus datos sanitarios electrónicos personales. Se les debe informar de que restringir el acceso podría afectar a la asistencia sanitaria que se les preste[58]. ¿Puede saber el profesional sanitario que hay contenido restringido? Parece lógico pensar que de alguna forma tendrá que ser avisado aunque no pueda conocer el contenido y que, en caso de grave riesgo para la salud, pueda acceder a los datos sanitarios. Serán los Estados miembros los encargados de establecer sus propios mecanismos[59].

En España, desde la aprobación del actual RGPD, ha existido una polémica sobre el derecho a obtener información sobre el acceso a los datos. Aunque quede registrado quién ha consultado nuestros datos sanitarios, esta información no se facilita al usuario. La AEPD considera que el derecho de acceso no sirve para todo, determinando que el derecho de acceso regulado en el RGPD no incluye el listado de personas que han consultado los datos del afectado en el entorno de una organización[60]. Con el EEDS

[54] Artículo 23.5 del Reglamento de EEDS.

[55] Artículo 3 del Reglamento del EEDS.

[56] Artículo 16 del RGPD y artículo 6 del Reglamento del EEDS.

[57] Artículo 5 del Reglamento del EEDS.

[58] Artículo 8 del Reglamento del EEDS.

[59] Andreu Martínez, M. B., *«Espacio Europeo de Datos de Salud: Historia Clínica y Derechos de los pacientes»*. Ponencia presentada en el XXX Congreso Internacional Derecho y Genoma Humano: Genética, Biotecnología y Medicina Avanzada, 28-29 mayo de 2024, Bilbao.

[60] Agencia Española de Protección de Datos, *Resolución R/00252/2019*, 2019.

se reconoce el derecho a obtener información sobre el acceso a los datos. Este derecho permite obtener la información sobre los accesos a nuestros datos de forma gratuita durante, al menos, los últimos tres años. Con el reconocimiento de este derecho, ¿tenemos derecho a saber qué profesional sanitario ha accedido a nuestro Historial Médico? Esta pregunta, hoy en día, ya genera controversia. La Audiencia Nacional mantiene que los pacientes no tienen derecho de acceso a la información sobre la identidad de las personas que han accedido a su historia clínica[61]. Habrá que esperar a la implementación del EEDS para contestar a esta pregunta.

Por último, se establece el derecho de las personas físicas a la exclusión voluntaria para el uso primario (*opt-out*), pero el EEDS delega a los Estados miembros la decisión de que las personas físicas puedan disfrutar de este derecho. Esta regla de exclusión voluntaria planteará muchas dudas. La propuesta no aclara de manera suficiente cómo se gestionará la exclusión voluntaria ni quién será el responsable de su supervisión, lo que podría dar lugar a interpretaciones divergentes y a una implementación desigual en los distintos países. Esta falta de claridad es especialmente preocupante en el contexto español, donde la aplicación de esta norma podría generar muchos problemas debido a la complejidad del marco legal existente y a la necesidad de garantizar una protección adecuada de los derechos de los pacientes. Además, la ambigüedad en torno a la gestión y supervisión del *opt-out* puede dar lugar a confusiones que podrían restringir injustamente los derechos de los ciudadanos o generar incertidumbre entre los actores involucrados en el manejo de datos sanitarios[62].

IV.3.2. ***Uso secundario de datos***

Podemos definir el uso secundario de datos como el tratamiento de datos sanitarios electrónicos para una finalidad diferente a la inicial para la que fueron recogidos; es decir, para una finalidad distinta a la prestación de servicios sanitarios. El acceso secundario a los datos no es indiscriminado: la propuesta de reglamento determina los fines para los que pueden tratarse los datos sanitarios electrónicos para uso secundario[63]. Además, determina los casos en los que estará prohibido el acceso a los datos sanitarios electrónicos[64].

[61] Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª, Sentencia de 10 de enero de 2024, recurso núm. 223/2022, ponente: Excma. Sra. María Nieves Buisán García.

[62] Andreu Martínez, M. B., «Espacio Europeo de Datos de Salud», ob. cit.

[63] Artículo 53 del Reglamento del EEDS.

[64] Artículo 54 del Reglamento del EEDS. Además, el artículo 61.2 establece: «Cuando traten datos de salud electrónicos en los entornos de tratamiento seguros a que se refiere el artículo 73, los usuarios de datos de salud no podrán proporcionar acceso a los datos de salud electrónicos a terceros no mencionados en el permiso de datos ni poner dichos datos a su disposición».

En especial, en la actual economía del dato, el uso secundario de datos se ha convertido en una herramienta crucial para la investigación médica, la innovación, el desarrollo de políticas públicas de salud y el progreso hacia una medicina personalizada[65]. El RGPD ya permitía el uso secundario de datos con fines de investigación científica; consideraba que el tratamiento de datos personales con fines de investigación científica debía interpretarse de manera amplia[66]. Así, se legitimó el uso secundario de datos obtenidos en ensayos clínicos para ulteriores ensayos clínicos (siempre que se hubiera obtenido el consentimiento), aunque los datos fueran utilizados para finalidades o áreas de investigación distintas (siempre que estén relacionados con el estudio principal).

Uno de los temas más controvertidos ha sido el reconocimiento del derecho de las personas físicas a la exclusión voluntaria para el uso secundario de datos (*opt-out, consentimiento presunto o por defecto*). La propuesta inicial de la Comisión no contenía este derecho, partiendo de la base de que la EEDS contenía suficientes garantías[67]. Sin embargo, el Parlamento Europeo y algunos Estados miembros no estuvieron de acuerdo e insistieron en incluir un derecho de exclusión voluntaria. El texto de compromiso, finalmente, ha introducido este derecho de exclusión del tratamiento de datos sanitarios electrónicos personales para el uso secundario. Las personas físicas tendrán derecho de exclusión voluntaria de sus datos sanitarios electrónicos personales en cualquier momento y sin exponer los motivos del tratamiento. El ejercicio de este derecho será reversible[68]. Por tanto, después de que las personas opten por la exclusión de sus datos, estos no podrán compartirse ni si quiera de forma anónima.

Los Estados miembros serán los encargados de proporcionar un mecanismo de exclusión (*opt-out*) accesible y de fácil compresión. Los Estados miembros podrán establecer mecanismos que permitan el acceso a los datos excluidos en circunstancias específicas, como en casos de salud pública o investigación científica de interés público, siempre que no se puedan obtener por otros medios.

Cada Estado miembro deberá designar uno o varios *organismos de acceso a los datos* sanitarios, que serán los responsables de conceder el acceso a los datos sanitarios electrónicos para su uso secundario[69]. Este precepto permite designar más de un organismo de acceso, lo cual es especialmente adecuado para sistemas políticos descentralizados como el español. En España, aunque la coordinación general de la sanidad es competencia exclusiva del Estado, las competencias en materia de salud están transferidas a las Comunidades Autónomas. Por lo tanto, este marco posibilita que se nombren

[65] García Pérez, Francisco, ob. cit., p. 188.

[66] Considerando 159 y artículos 13.3, 14.4 y 14.5.b del RGPD.

[67] Van Quathem, K., «EHDS Series – 1: Five Key Take Aways on Secondary Use of Health Data», Digital Health, European Union, 2024.

[68] Artículo 71 del Reglamento del EEDS.

[69] Artículo 73 del Reglamento del EEDS.

múltiples organismos de acceso (tantos como Comunidades Autónomas). Sin embargo, aún está por determinar cuál será el modelo que finalmente adopte el Estado español.

El organismo de acceso a los datos podrá, por tanto, solicitar a los titulares de los datos la información que precise, aunque la práctica general sea que los titulares pongan la información a disposición del organismo de acceso. La legitimación para el acceso y tratamiento de los datos será el consentimiento de los afectados o, en su caso, con la seudonimización de los datos sanitarios personales[70].

IV.3.3. *Acceso a datos sanitarios electrónicos para uso secundario*

El acceso al uso secundario de datos está sometido a un sistema de autorización previa y control por parte de los *organismos de acceso*, por lo que serán los organismos de acceso nacionales quienes velarán por que el acceso a los datos se haga de conformidad con los principios de minimización de datos y limitación de los fines[71]. Para el uso secundario de datos son importantes estos principios, ya que se ha de garantizar que los solicitantes solo puedan acceder a la información estrictamente necesaria para el cumplimiento de la finalidad que se le haya autorizado.

Cualquier persona física o jurídica puede presentar una *solicitud de acceso* a los datos para los fines autorizados por el EEDS. El organismo de acceso, una vez comprobado que una solicitud cumple con los requisitos estipulados, concederá, si corresponde, un permiso de datos. Este permiso será una autorización administrativa para acceder al EEDS, en la cual se detallarán las condiciones que deberá cumplir el usuario de los datos[72]. La autorización deberá especificar el tipo y formato de datos a los que se permite el acceso, la finalidad para la que se facilitan los datos, la duración del permiso de datos, las tasas que debe pagar el usuario de los datos y cualquier condición adicional que se considere.

Además de esta solicitud de acceso a los datos para determinados accesos con finalidades de interés público, como la estadística, la persona podrá presentar al organismo de acceso una *petición de datos sanitarios*, en el que los organismos de acceso a los datos sanitarios solo responderán en un formato estadístico anonimizado y el usuario de los datos no tendrá acceso a los datos sanitarios electrónicos utilizados para proporcionar dicha respuesta[73].

Ya hemos visto cómo se tramitarán los permisos de acceso a los datos sanitarios cuando la información solicitada solo afecte a un Estado miembro, pero ¿qué sucederá

[70] Navas Navarro, S., *Datos Sanitarios Electrónicos. El espacio europeo de datos sanitarios*, Madrid, REUS Editorial, 2023, p. 230.

[71] Artículo 66 del Reglamento del EEDS.

[72] Artículo 67 del Reglamento del EEDS.

[73] Artículo 69 del Reglamento del EEDS.

cuando queramos solicitar información que afecte a más de un Estado? ¿Habrá que solicitar el acceso a cada uno de los organismos de acceso nacionales? El Reglamento del EEDS prevé que, para realizar estos estudios, bastará con que la solicitud se presente al organismo de acceso de un solo Estado, siendo este el que se encargará de coordinar y tramitar el acceso con el resto de los organismos de acceso[74].

El reglamento no solo regula este procedimiento ordinario de acceso al EEDS, sino que también regula la posibilidad de solicitar el acceso a los datos sanitarios electrónicos al titular individual de los datos (procedimiento simplificado[75]). Este procedimiento busca reducir la carga administrativa al prescindir de la intervención de organismos de acceso. El interesado podrá presentar una *solicitud de acceso a los datos* o una *petición de datos* directamente al titular de los datos, que será el encargado de decidir sobre el acceso[76]. El organismo de acceso deberá solicitar al tenedor de los datos sanitarios la información que corresponda con los tipos de permiso concedidos[77].

Los puntos de contacto nacionales, junto con un punto de contacto a nivel de la Unión, estarán conectados a la infraestructura transfronteriza (DatosSalud@UE) para facilitar el acceso a los datos sanitarios electrónicos. Además, terceros países y organizaciones internacionales podrán ser autorizados a participar en esta infraestructura si cumplen con las normativas de la Unión Europea y ofrecen un acceso equivalente a sus datos. Asimismo, los titulares de datos sanitarios electrónicos no personales deberán asegurarse de que los datos estén disponibles en bases de datos abiertas y fiables para facilitar el acceso sin restricciones[78]. Finalmente, el EEDS permitirá que los datos sanitarios no personales se compartan con países que no pertenecen a la Unión Europea, pero solo bajo ciertas condiciones.

V. Conclusiones

Los datos sanitarios abarcan una gran variedad de información, que tradicionalmente se recopila en el historial médico de los pacientes. De acuerdo con el RGPD, todos los datos relacionados con la salud se consideran datos personales y, por lo tanto, están sujetos a estrictas normas de protección. Sin embargo, el reglamento del EEDS ha introducido como novedad la distinción clara entre datos sanitarios personales y datos sanitarios no personales. Esta diferenciación es crucial para garantizar una protección

[74] Véase capítulo IV del Reglamento del EEDS.

[75] En la propuesta de la Comisión se detallaba el acceso a los datos sanitarios electrónicos de un titular individual de datos, pero no se denominó procedimiento simplificado hasta la aprobación del texto de compromiso.

[76] La Comisión establecerá, mediante actos de ejecución, los modelos para la solicitud de acceso a los datos, del permiso de datos y la petición de datos.

[77] Artículo 68 del Reglamento del EEDS.

[78] Artículo 60 del Reglamento del EEDS.

adecuada de la información sensible, al mismo tiempo que permite un uso más eficiente y seguro de los datos para fines de investigación y mejora de la atención médica.

Por otro lado, se hace primar en esta nueva regulación el interés público y el bienestar social. La utilización de datos ya generados y recogidos reduce los costes y tiempos pudiéndose evitar la repetición de pruebas y experimentos para centrarse en analizar y explorar nuevos hallazgos. Esta eficiencia en el uso de datos acelera el proceso de investigación y la elaboración de políticas sanitarias. La Unión Europa, debido a su estricta normativa de protección de datos, se enfrenta a importantes desafíos en la investigación frente a otras potencias, como China y EEUU. Con la aprobación de reglamento del Espacio Europeo de Datos Sanitarios, que promueve el acceso a los datos para su uso secundario y se pretende potenciar la competitividad europea en el ámbito científico sin comprometer la seguridad ni los derechos de los ciudadanos, se espera que la Unión Europea pueda avanzar en los desafíos que presenta la investigación en salud en la actualidad.

Se abre camino, así, el principio de solidaridad en este ámbito, comprendiéndose el acceso y tratamiento de los datos sanitarios como un acto de solidaridad y no de altruismo, ya que, al contribuir con nuestros datos, no sólo beneficiamos a la sociedad en su conjunto, sino también a nosotros mismos. A diferencia del altruismo, que implica un acto desinteresado sin esperar nada a cambio, la solidaridad en el uso de datos sanitarios reconoce que los avances en investigación y salud pública mejorarán tratamientos, diagnósticos y políticas que nos afectarán directamente. Así, nuestra participación contribuye al bien común, pero también potencia mejoras que, en última instancia, repercutirán en nuestro propio bienestar.

A su vez, la nueva regulación del Espacio Europeo de Datos Sanitarios permite a los usuarios tener control total sobre sus datos, con la capacidad de acceder a ellos en cualquier momento sin coste alguno. Con el objetivo de reforzar el control, se reconocen los derechos del RGPD en esta materia (cuyo ejercicio aún no era efectivo) y se detallan otros nuevos. Asimismo, los profesionales del sector sanitario tendrán un acceso más completo a los datos sanitarios electrónicos. Gracias a esta mejora, se amplía la base de información disponible para tomar decisiones más informadas sobre diagnósticos y tratamientos.

La gran novedad, sin duda, de este Reglamento del EEDS es que se opta por un enfoque de consentimiento *opt-out*, lo que representa un cambio clave en la regulación del tratamiento de datos para investigación. Este modelo, en contraposición al *opt-in* riguroso del RGPD, favorece significativamente la investigación al permitir que los datos secundarios sean utilizados automáticamente a menos que el individuo explícitamente decida lo contrario. Este sistema facilita el acceso a grandes volúmenes de datos sanitarios sin la necesidad de obtener consentimiento explícito de cada persona. Este cambio refleja una adaptación a las necesidades actuales de la investigación sanitaria, garantizando que la protección de datos personales y la innovación en salud puedan coexistir de manera eficiente.

Por último, esta nueva normativa va a mejorar la situación actual, imponiendo un marco teórico que, más allá de las razones puramente pragmáticas, intenta consolidar las obligaciones de solidaridad entre los ciudadanos de la UE, que son el fundamento y origen de la UE. Obviamente, las previsiones en torno a los datos genéticos pueden causar graves problemas a la hora de lograr la consecución de estos objetivos, si los Estados Miembros deciden introducir restricciones demasiado estrictas. Esperemos que no sea así. No hay razones jurídicas ni éticas que lo demanden. No podemos olvidar que ahora mismo, todos nos estamos beneficiando de ese análisis secundario que desde hace muchos años se venía haciendo por los profesionales sanitarios, revisando historias clínicas, haciendo registros de enfermedades y que ahora con las herramientas tecnológicas disponibles y las garantías éticas y jurídicas en el uso de dichos datos, puede suponer un salto cualitativo en el avance de la prevención, innovación e investigación en salud. Es, por tanto, nuestro deber intentar que el debate público permita comprender por qué es importante que la idea de solidaridad acabe imponiéndose.

24

ESPAÑA: ALCANCE, RETOS Y OPORTUNIDADES DE UNA LEGISLACIÓN PIONERA EN ENSAYOS CLÍNICOS[*]

Amelia Martín Uranga[**]
Doctora en Derecho
Directora del departamento de Investigación Clínica y Traslacional de Farmaindustria

SUMARIO: I. Situación en españa de la industria farmacéutica innovadora como sector estratégico. II. Liderazgo de españa en ensayos clínicos: importancia de una regulación pionera. III. Retos para consolidar el liderazgo. IV. Nuevas oportunidades en el uso de datos de salud para el fomento de la investigación biomédica. V. Oportunidades en el impulso de la investigación preclínica y traslacional. VI. Conclusiones.

[*] Este artículo se envió para su publicación el pasado 16 de marzo de 2025.

[**] Con todo mi cariño y admiración al Profesor Carlos M. Romeo Casabona, nos dejó el mejor de los legados, sin duda, la pasión por el estudio, el análisis, la investigación y el conocimiento desde una visión multidisciplinar cuando hace más de 30 años sólo unos pocos visionarios, como él, fueron capaces de adentrarse en disciplinas de vanguardia con una aproximación novedosas, y que aún hoy en la era de las terapias avanzadas, la inteligencia artificial y la creación de espacios de datos de salud para una mejor investigación biomédica, resulta necesario seguir buscando un adecuado equilibrio entre la ética, la protección de los derechos fundamentales y el desarrollo de la investigación e innovación. Estoy convencida que hubiera tenido mucho que aportar a los actuales debates que estamos viviendo tanto en Europa como en España, pero sus discípulos, entre los que siento orgullo de pertenencia, desde nuestras diferentes posiciones, pero con los principios fundamentales adquiridos gracias a su generosidad, seguiremos trabajando y defendiendo como parte de esta transformación del sistema de salud en la que nos encontramos.

Por último, agradecer aquellos años de doctoranda en la Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano de la Universidad de Deusto, con personas excepcionales con las que aún hoy tengo el placer de poder seguir en contacto y compartiendo actividades. El legado de la Cátedra permanece y, además, crece con las nuevas y prometedoras generaciones. Profesor, siempre le recordaré.

I. Situación en España de la industria farmacéutica innovadora como sector estratégico

El pasado 10 de diciembre, el Gobierno aprobó la *Estrategia de la Industria Farmacéutica 2024-2028*[1], que, en efecto, sitúa a este sector como un pilar estratégico para el país. Esta Estrategia es el fruto de la colaboración mantenida desde hace meses entre Farmaindustria, como representante de las compañías farmacéuticas innovadoras en nuestro país, y las asociaciones Aeseg, BioSim, Afaquim y Asebio, con los ministerios Sanidad, Hacienda, Industria y Turismo y Ciencia, Innovación y Universidades, y la propia Presidencia del Gobierno.

Por tanto, estamos ante una oportunidad única de convertir a España en un referente mundial en innovación e industrialización biofarmacéutica y constituir un gran pilar para el futuro sanitario, económico y social de nuestro país.

El texto pone el foco en tres puntos considerados fundamentales para el sector, como son: i) consolidar el liderazgo de España en I+D biomédica, con especial atención a la investigación traslacional, alimentando ese camino de ida y vuelta entre el laboratorio y la práctica clínica; ii) reforzar también el tejido productivo, apostando por el empleo, el crecimiento y una menor dependencia exterior de medicamentos considerados estratégicos, y por último, iii) asegurar el acceso a la innovación, mejorando los tiempos y la disponibilidad de fármacos innovadores, gracias a un marco estable, claro, ágil y predecible.

En cuanto a la innovación, la industria farmacéutica ha mantenido en España un crecimiento sostenido de sus inversiones en I+D del 5,7 % en la última década, con cerca de 1.400 millones de euros en 2022. Esta cifra supone el 20 % de toda la I+D industrial que se hace en el país e incluye más de 830 millones dedicados a ensayos clínicos, con los que España se ha convertido en un líder internacional en este campo. Además, casi la mitad de la inversión en España, 633 millones de euros, se ha dirigido a contratos de investigación con hospitales, universidades y centros públicos y privados (inversión extramuros). Esta aportación significa una contribución clave para garantizar la sostenibilidad financiera de estos centros, aumentar la cualificación de sus investigadores y facilitar el acceso de los pacientes involucrados en ensayos clínicos a los tratamientos más punteros[2].

Por tanto, se ha de aprovechar que España se ha situado como el primer país de Europa en número de participaciones en ensayos clínicos de nuevos medicamentos. Nuestro país es también para muchas compañías farmacéuticas el segundo país del

[1] Documento disponible en el siguiente enlace: https://www.sanidad.gob.es/areas/farmacia/infoIndustria/docs/Estrategia_de_la_industria_farmaceutica.pdf

[2] Farmaindustria, Encuesta I+D en la Industria Farmacéutica 2022, disponible en: https://www.farmaindustria.es/web/documento/encuesta-id-en-la-industria-farmaceutica/

mundo en actividad en ensayos clínicos, sólo por detrás de EEUU, aunque también hay que resaltar la fuerte competencia que en los últimos años presenta la región Asía Pacífico.

Pero con estas bases, tenemos la oportunidad única de convertir a España en un referente mundial en innovación biomédica, incluyendo investigación básica, preclínica, traslacional y clínica. En este sentido, un informe, publicado en octubre 2024, Evaluando el ecosistema de ensayos clínicos en Europa[3], destaca el papel de nuestro país en este ámbito, aunque también refleja una caída del 22 al 12 % de la cuota de estudios en el continente en la última década.

En el ámbito de la producción, nuestro país se ha situado también como uno de los países europeos con mayor potencial de fabricación en un momento en el que los medicamentos han demostrado ser un bien estratégico y de seguridad para los países. Actualmente existen 174 plantas de producción de medicamentos, en 13 comunidades autónomas, de las cuales 106 están dedicadas a medicamentos de uso humano. La producción de medicamentos ha aumentado un 40 % en los últimos tres años, hasta los 23.000 millones de euros, lo que representa casi el 30 % de la producción de bienes de alta tecnología en España. Estas cifras muestran una senda que nos puede permitir seguir avanzando y convertirnos en un auténtico *hub* de producción a nivel internacional, gracias a una buena combinación entre la calidad de la producción, los costes y la flexibilidad.

Por último, la Estrategia pone también énfasis en una prioridad de la industria farmacéutica innovadora: mejorar los tiempos en el acceso y disponibilidad, para que los pacientes tengan a su alcance y en el menor tiempo el mejor de los tratamientos innovadores posible. Se ha de conseguir entre todos que la innovación llegue a los pacientes lo antes posible, de manera justa, equitativa y con reconocimiento al valor del medicamento y asegurando la sostenibilidad del sistema sanitario.

La Estrategia de la Industria Farmacéutica 2024-28, en las propias palabras del documento, es una hoja de ruta con principios de actuación que necesita desarrollo normativo y otra serie de actuaciones y detalle que se desarrollarán junto a las partes implicadas en un marco de gobernanza conjunto. La Estrategia delimita así un marco de actuación por parte del Gobierno en el que aspira a comprometer a todos los actores implicados.

En concreto, la gobernanza de la Estrategia prevé un Comité Interministerial de Seguimiento que coordinará a la parte pública, y un Comité Mixto Ministerios-Industria, que será el foro en el que se debatirán las propuestas normativas y actuaciones de desarrollo de la Estrategia y en el que participará Farmaindustria. También existirá una

[3] *Assessing the clinical trial ecosystem in Europe*, elaborado por Iqvia para Efpia y Vaccines Europe, disponible en https://www.farmaindustria.es/web/wp-content/uploads/sites/2/2024/10/EFPIA-Clinical-Trials-report-22.10.24.pdf

Alianza de la Estrategia, en la que se integrarán junto a los ministerios y las asociaciones empresariales de la industria farmacéutica las Comunidades Autónomas, y representantes de la academia, organizaciones de pacientes y sociedades científicas.

La Estrategia de la Industria Farmacéutica llega en un momento decisivo para el sector, ya que coincide con el despliegue de la Estrategia Farmacéutica Europea y la publicación del *Informe Draghi*[4], que cita expresamente por su importante huella industrial al sector farmacéutico, su contribución significativa a la economía de la UE, y su importancia geoestratégica. La Unión Europea ha situado a este sector como uno de los sectores industriales estratégicos en Europa. Por eso, sin duda, el momento actual es único, con un escenario de oportunidades que tanto el sector como el país deben saber aprovechar

En este sector tan altamente regulado, el éxito como sector estratégico va a depender en gran medida en que las iniciativas legislativas y normativas a nivel europeo y nacional ayuden a atajar los retos que se presentan en el campo del acceso a la innovación, la I+D y la producción y la competitividad frente a otras regiones del mundo.

II. Liderazgo de España en ensayos clínicos: importancia de una regulación pionera

La investigación clínica es una pieza crítica de la I+D farmacéutica, constituye la unión entre la investigación básica y la asistencial. Además, representa una oportunidad para los pacientes, permitiendo un mejor acceso a nuevas terapias; para la calidad de la asistencia, permitiendo una mejora en la capacitación de los profesionales; para el SNS, suponiendo un ahorro y una fuente de ingresos privados en sus hospitales; y para el país en su conjunto, permitiendo el flujo de conocimiento y recursos.

España se ha posicionado entre los países europeos con mejores condiciones para el desarrollo de ensayos clínicos, fenómeno impulsado, entre otros factores, por el nivel científico de los profesionales sanitarios, la excelencia de los hospitales (más de 35 institutos de investigación sanitaria acreditados), el apoyo de la administración sanitaria, la creciente implicación de los pacientes y por la confianza de la industria farmacéutica en nuestro país, en sus profesionales y en sus instalaciones.

La pandemia del coronavirus reveló la importancia de la investigación biomédica en el mundo. Antes de la pandemia, España era ya un país de referencia mundial en la investigación clínica de medicamentos y tras ella, consolidó esta posición, convirtién-

[4] Presentado por la Comisión Europea en septiembre de 2024. Este informe fue encargado por la Comisión Europea al economista italiano, Mario Draghi, —antiguo presidente del Banco Central Europeo— para evaluar el estado de la competitividad de Europa en comparación con otras regiones del mundo y presenta recomendaciones generales para cerrar la brecha de innovación con una nueva estrategia industrial. En concreto, el análisis incluye un capítulo dedicado exclusivamente a la industria farmacéutica. Más información en: https://commission.europa.eu/topics/eu-competitiveness/draghi-report_en

dose en el primer país de Europa en número de ensayos clínicos contra el coronavirus y el cuarto del mundo[5].

Esta situación no hubiera sido posible sin el fuerte compromiso de los diferentes agentes para mantener nuestro alto nivel en investigación biomédica. De esta forma, la cooperación estrecha entre AEMPS, CEIm, investigadores y compañías farmacéuticas permitió normalizar y mantener con relativa rapidez la actividad en investigación clínica, además de buscar respuesta a una nueva enfermedad.

Por otro lado, un elemento clave para el liderazgo de España radica en la legislación pionera sobre la materia. En este sentido, se ha de recordar que fue el primer país de la Unión Europea en adoptar el *Reglamento (UE) n.º 536/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre los ensayos clínicos de medicamentos de uso humano, y por el que se deroga la Directiva 2001/20/CE* (CTR, en adelante)[6], y lo hizo a través *del Real Decreto 1090/2015, de 4 de diciembre, por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos, los Comités de Ética de la Investigación con medicamentos y el Registro Español de Estudios Clínicos*[7], de aplicación en enero 2016 y ello supuso la simplificación y armonización a nivel nacional de los procedimientos antes que en ningún otro Estado miembro; la reducción de los tiempos en la puesta en marcha de los estudios; un incremento de los ensayos en fases tempranas, que son los que requieren de un mayor nivel de complejidad, y un mayor compromiso con la investigación en enfermedades raras y en población pediátrica. En definitiva, nos adelantamos más de seis años a la plena aplicación del CTR en la Unión Europea y, sin duda, esto supuso no sólo una ventaja competitiva frente al resto de países, sino también que los diferentes agentes (AEMPS, CEIm, gerentes de hospitales, industria farmacéuticas, estuvieran entrenados en una forma de trabajo coordinada y armonizada.

El 31 de julio de 2021, la Comisión Europea publicó la *Decisión (UE) 2021/1240 de la Comisión de 13 de julio de 2021 relativa a la conformidad del portal de la UE y de la base de datos de la UE sobre los ensayos clínicos de medicamentos de uso humano con los requisitos contemplados en el artículo 82, apartado 2, del Reglamento (UE) n.º 536/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo*[8], sobre la plena funcionalidad del portal del Sistema de Información de Ensayos Clínicos (CTIS, por sus siglas en inglés) y la base de datos de ensayos clínicos de la UE. Por lo tanto, la aplicación plena del

[5] Más información en: https://cincodias.elpais.com/cincodias/2020/05/06/companias/1588759559_801140.html

[6] Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:32014R0536

[7] BOE, núm. 307, de 24/12/2015 Disponible en: https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-14082

[8] «DOUE» núm. 275, de 31 de julio de 2021, disponible en https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2021-81060

CTR en todos los países de la UE y del Espacio Económico Europeo (EEE) —Islandia, Liechtenstein y Noruega— tuvo lugar a partir del 31 de enero de 2022. Hasta esa fecha, los promotores de los ensayos (el 85 % en España lo realizan las compañías farmacéuticas) tenían que presentar solicitudes de ensayos clínicos por separado a las autoridades nacionales competentes y a los comités de ética de cada país para obtener la aprobación regulatoria para realizar un ensayo clínico. Con el Sistema de Información de Ensayos Clínicos (CTIS), los promotores pueden solicitar autorizaciones en hasta 30 países de la UE al mismo tiempo y con la misma documentación.

Con esta nueva regulación ya plenamente aplicable, los Estados miembros de la UE y los países del EEE evalúan y supervisan los ensayos clínicos en CTIS, mientras que la Agencia Europea de Medicamentos (EMA) es la entidad encargada de realizar las labores de mantenimiento del portal CTIS. Por su parte, la Comisión Europea asegura la correcta interpretación e implementación del CTR.

El objetivo del reglamento es crear un entorno favorable para la realización de ensayos clínicos en Europa y, al mismo tiempo, garantizar que se mantengan altos estándares de calidad de los mismos, que preserven la seguridad de los participantes.

La aplicación del Reglamento EC conlleva lo siguiente:

- Normas idénticas para la realización de ensayos clínicos en el EEE.
- Misma documentación científica del ensayo (parte I) para todos los Estados miembros de la UE y los países del EEE implicados, complementada por documentación referente a los aspectos prácticos de su realización (parte II) para cada uno de los estados.
- Aumento de la eficiencia en el proceso de aprobación de ensayos clínicos, preservando la necesidad de que el ensayo se autorice en cada país.
- Una única presentación de la solicitud del ensayo clínico a través de CTIS dirigida a todos los estados implicados.
- Un procedimiento coordinado de evaluación de la parte I por los Estados miembros involucrados, y dirigido por uno de ellos (Estado miembro notificante de referencia), mediante el principio de reconocimiento mutuo de esta evaluación.
- Principio de decisión única (en cada estado, la opinión integrará la opinión de la autoridad competente y del comité ético, según corresponda).
- Plazos de evaluación claros y principio de aprobación (para el estado) o desistimiento (para el promotor) tácitos, en caso de no respuesta en plazo.
- Aumento de la transparencia, ya que estarán a disposición del público documentos del ensayo, detalles de su evaluación y un resumen de sus resultados en formato lego.

El CTIS apoya los procesos de trabajo de los Estados miembros de la UE, los países del EEE y los promotores, durante todo el ciclo de vida de un ensayo clínico. Asimismo, proporciona supervisión reglamentaria de los ensayos y herramientas para su seguimiento:

- Herramientas para el envío por parte del promotor de solicitudes iniciales de autorización de un ensayo clínico; de modificaciones relevantes para un ensayo clínico autorizado, o solicitudes de adición de uno o más Estados miembros.
- Evaluación
- Monitorización y vigilancia de la seguridad en los ensayos clínicos una vez autorizados
- Notificaciones
- Medidas correctivas
- Seguimiento de la seguridad
- Actualización de datos necesarios para el correcto seguimiento de los ensayos clínicos
- Actualización de los ensayos clínicos (notificación de modificaciones no relevantes)

Además, la EMA fijó un periodo transitorio de tres años, y toda la información sobre estos estudios quedaron totalmente transicionados al nuevo CTR el pasado 31 de enero de 2025.

Gracias a este nuevo CTIS se ha lanzado un mapa interactivo que permite, a pacientes y profesionales sanitarios, acceder de forma sencilla a información actualizada sobre ensayos clínicos[9]. Esta herramienta, ya disponible en el sitio web público del CTIS, busca mejorar el acceso a la investigación clínica en la Unión Europea basándose en la información pública contenida en el CTIS, encontrando información sobre ensayos clínicos en función de su área geográfica y condición médica. Además, los resultados de la búsqueda ofrecen los datos de contacto de los investigadores. La primera versión del mapa se ofrece en inglés, pero próximamente habrá información en castellano. Sin duda, es un avance hacia la transparencia y una herramienta fundamental para la mejor información de los pacientes, los profesionales sanitarios y la sociedad en general.

Durante estos tres años de transición, la AEMPS recibió más de 1.800 solicitudes de transición, siendo 2024 el año en el que se produjeron la mayoría de dichas solicitudes.

Por otro lado, en 2024 la AEMPS autorizó 930 estudios de investigación de nuevos medicamentos[10]. Son cifras muy por encima de los años previos a la pandemia, cuando la cifra aumentó por la gran cantidad de investigaciones en torno a la Covid-19. En 2024 España fue también el país que coordinó más estudios multinacionales (770), el 28 % de todos los aprobados en Europa, una cifra que nos sitúa por delante de Alemania y

[9] La creación del mapa es una acción del plan de trabajo de la iniciativa *Accelerating Clinical Trials in the European Union (ACT EU)* para 2025-2026. Más información en: https://accelerating-clinical-trials.europa.eu/index_en

[10] Más información en: https://www.aemps.gob.es/informa/espana-lider-europeo-en-investigacion-clinica-de-medicamentos/

Francia. Como reflejan los datos del Registro Español de Estudios Clínicos (REEC)[11], un 37,6 % de los ensayos fueron con medicamentos destinados a tratar algún tipo de cáncer. Tras la oncología, las áreas con mayor número de ensayos fueron las enfermedades del sistema inmunitario (8,6 %) y del sistema nervioso (7 %).

El último año nuestro país también ha sido líder en investigación con medicamentos de terapias avanzadas —con 52 ensayos— y sigue poniendo el foco en las enfermedades raras, con un 22 % del total de las investigaciones.

Todas estas excelentes cifras significan que actualmente, hay unos 4.000 en marcha y unos 170.000 pacientes participando en alguno de los que hay activos en nuestro país.

Además, de la legislación pionera, han existido otros factores que han contribuido al liderazgo de España en la materia, entre otros, el nivel científico de los profesionales sanitarios, la excelencia de los hospitales, el apoyo de la Administración sanitaria, la creciente implicación de los pacientes, la excelente labor de los CEIm, la confianza de la industria farmacéutica en nuestro país, en sus profesionales y en sus instalaciones[12].

Aun así, si queremos seguir ganando terreno y consolidar nuestro liderazgo como país debemos seguir mejorando las infraestructuras e incrementar los recursos dedicados a la investigación. Nos encontramos en un momento oportuno para ello también derivada de la plena aplicación del CTR, por lo que debemos seguir trabajando para conseguirlo.

En definitiva, la investigación clínica no sólo es necesaria para el desarrollo de nuevos medicamentos. En este caso, hablamos del círculo virtuoso de los ensayos: permiten que nuestros profesionales sanitarios participen de la vanguardia científica, en cooperación con colegas de centros de otros países, y puedan aplicarla también a su labor asistencial, lo que contribuye a incrementar la calidad de la prestación sanitaria; abren nuevas oportunidades para los pacientes, especialmente relevantes en casos graves que no responden al arsenal disponible, atraen financiación de las compañías farmacéuticas promotoras a los hospitales participantes, tanto públicos como privados, y proporcionan importante ahorros, que contribuye a la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud.

III. Retos para consolidar el liderazgo

España, como demuestran estas cifras, parte en estos momentos con una ventaja competitiva frente a otros países para apuntalar su liderazgo en ensayos clínicos. Sin embargo, corremos el riesgo de quedarnos atrás si no implementamos mejoras que hagan más atractiva la inversión en investigación clínica en nuestro país. Por ejemplo, la competencia entre países europeos para albergar ensayos clínicos en sus hospitales ha crecido en los últimos años. Los datos del CTIS reflejan un número creciente de

[11] https://reec.aemps.es/reec/public/web.html

[12] Para ampliar esta información, puede consultarse «10 razones por las que España es un líder mundial en ensayos clínicos», donde se reflejan los principales factores que han impulsado este fenómeno.

ensayos en países que hasta ahora no tenían protagonismo en este campo, como Croacia, Estonia, Letonia, Lituania o Rumanía, asegura. Además, como se ha comentado más arriba, también preocupa la competencia en otras partes del mundo, especialmente EEUU y la región Asia-Pacífico, que están haciendo una apuesta muy importante por la investigación clínica.

En esta línea, se destacan una serie de retos y prioridades para conseguir que España se convierta en un verdadero *hub* de innovación biomédica, entre los que vamos a explicar: i) procedimiento de fast-track para fases I de la investigación clínica (que se realiza en unas decenas de pacientes o voluntarios sanos para evaluar la seguridad del fármaco); ii) fomento de la investigación clínica en atención primaria; iii) agilización y reducción de la burocracia; iv) uso de elementos descentralizados en los ensayos clínicos.

Nuestro país es uno de los mejores en ensayos en fases I y II, y eso es una gran noticia para los pacientes, porque entrar a probar un fármaco en una fase temprana es una puerta a la esperanza para pacientes con enfermedades graves. Pero ya hay países en Europa que han apostado por un *fast track* (procedimiento de evaluación acelerada) para ensayos en fase I, lo que puede desplazar la investigación fuera de España. Este **procedimiento de fast-track** para ensayos en fase I, de momento, conforme a los requisitos publicados por la AEMPS[13], aplica únicamente para terapias avanzadas o para tratamientos de una enfermedad sin alternativa terapéutica, de forma que se acorten los plazos para su puesta en marcha. Sin duda, es importante seguir trabajando para que este procedimiento acelerado se pueda aplicar a todo tipo de ensayo clínico fase I que se ponga en marcha en nuestro país. Actualmente, hay fuerte competencia entre Australia, EEUU, Canadá, Bélgica y Alemania por atraer ensayos *first in human* debido a sus procedimientos acelerados de autorización, y España debe estar en esa misma liga

En todo este contexto y para afianzar el liderazgo de España, también se ha de fomentar la **investigación clínica en los centros Atención Primaria**. España ocupa una posición de liderazgo en la realización de ensayos clínicos con medicamentos desarrollados con participación de médicos especialistas de hospital.

Sin embargo, esta situación no se refleja en el ámbito de los ensayos clínicos realizados por los médicos de atención primaria. En los últimos años en nuestro país sólo un 7,5 % de los estudios cuentan con la participación de, al menos, un centro de Atención Primaria, y se advierte una caída de las participaciones de centros de salud en estos estudios, y una alta concentración en unas pocas comunidades autónomas.

Para revertir esta tendencia, Farmaindustria impulsó, hace un par de años, la creación de un grupo de trabajo mixto sobre investigación clínica en atención primaria, que cuenta con participación de las sociedades científicas de este nivel asistencial, investigadores,

[13] https://www.aemps.gob.es/medicamentos-de-uso-humano/investigacion_medicamentos/ensayosclinicos/procedimiento-de-evaluacion-acelerada-o-fast-track/

comunidades autónomas y compañías farmacéuticas. Tras el análisis de las fortalezas, buenas prácticas, pero también de las debilidades actuales, se definió una hoja de ruta que permita establecer criterios de excelencia para la realización de ensayos clínicos con medicamentos en este nivel asistencial, en este contexto, en noviembre del 2023, vio la luz la *Guía de recomendaciones de buenas prácticas para el fomento de la investigación clínica en Atención Primaria*[14]

La guía persigue promover la participación de los profesionales sanitarios de la Atención Primaria en la investigación clínica, así como la realización de ensayos clínicos colaborativos con los especialistas hospitalarios, sin duda, estamos no sólo una oportunidad, sino una necesidad para los pacientes y para el Sistema Nacional de Salud, al contribuir a mejorar la equidad en el acceso temprano de los pacientes a medicamentos innovadores en fase de desarrollo, lo que repercute en mejoras en la calidad de la atención que se presta y genera ahorros para el sistema sanitario. Además, supone un reconocimiento del valor científico y de la alta cualificación de los profesionales sanitarios de este importante nivel asistencial, al tiempo que un incentivo que ayudará a retener talento. Actualmente, desde Farmaindustria se colabora con diferentes stakeholders para conseguir un verdadero impulso a los ensayos clínicos, y conforme a un plan de acción definido por los integrantes del sector público y privado en el grupo de trabajo mixto, que más arriba se ha indicado.

Respecto a la **agilización y reducción de burocracia en Ensayos Clínicos**. El objetivo es facilitar la eficiencia en la gestión de la investigación, así como la estandarización de procesos y requerimientos tanto por parte de los promotores como de los centros. En los últimos años la carga burocrática asociada a la investigación clínica ha crecido exponencialmente, generando un impacto en la actividad de los investigadores y equipos de investigación. En este contexto, ya se ha trabajado en un clausulado armonizado por parte de la industria farmacéutica para la armonización de los contratos de ensayos clínicos, que permitirá dotar de agilidad la firma de los mismos. También se trabaja en la elaboración de un documento específico con instrucciones prácticas que ayude a los promotores, siempre dentro del marco de las ICH/GCPs, además de unificar criterios y definir la documentación a evaluar por parte de AEMPS y de CEIm. Este ámbito se presenta como una gran oportunidad para seguir trabajando conjuntamente sector público y privado, en beneficio de los pacientes.

Los **elementos descentralizados de los ensayos clínicos**. Uno de los desafíos de la investigación clínica en España es la descentralización de los ensayos, concentrados fundamentalmente en dos comunidades autónomas: Madrid y Cataluña. Sólo estas dos regiones acaparan más del 50 % de los ensayos clínicos actualmente en nuestro país,

[14] Disponible en https://www.farmaindustria.es/web/documento/guia-icap-recomendaciones-de-buenas-practicas-para-el-fomento-de-la-investigacion-clinica-en-atencion-primaria/

conforme a datos REEC. Esto se traslada también a la tasa de reclutamiento de pacientes, resultando necesario incrementar mecanismos que permitan una mayor cohesión territorial.

Recientemente, la AEMPS ha publicado la Guía para la realización de elementos descentralizados en ensayos clínicos[15], que surge como consecuencia del aumento del uso de herramientas digitales en el ámbito de los ensayos clínicos y recoge los aspectos que la guía europea, publicada en 2022, dejaba abiertos en función de la legislación de cada Estado miembro. El objetivo persigue proporcionar una serie de recomendaciones en los procedimientos realizados fuera del centro del ensayo, cada vez más habituales, asegurando siempre la fiabilidad de los datos para su publicación y la consecuente toma de decisiones regulatorias.

Entre los elementos descentralizados destacan: el reclutamiento por medio de canales digitales, el consentimiento informado electrónico (eCI), la telemedicina, el servicio de asistencia sanitaria móvil (ASM), la entrega de fármacos en investigación en el domicilio del participante y la participación de centros satélites y colaboradores

Este tipo de estudios suponen una oportunidad para un mayor número de pacientes en todo el territorio nacional y la inclusión de una población más diversa, lo que redunda en una mejor calidad científica de los datos del estudio. Ha sido un trabajo realizado de manera coordinada con la AEMPS, representantes de CEIm, investigadores, industria farmacéutica y pacientes con el fin de impulsar los ensayos clínicos descentralizados, dando respuesta también a criterios de diversidad en ensayos clínicos.

En definitiva, para seguir impulsando todos estos retos y desafíos resulta fundamental la colaboración y cooperación con otros stakeholders, como la AEMPS, los CEIm, investigadores, centros hospitalarios, pacientes y gestores de investigación, entre otros agentes. Sin duda, parte del éxito del trabajo desarrollado estos últimos años radica en esta colaboración público-privada, que ahora más que nunca hay que intensificarla para afianzar el liderazgo en España y recuperar la competitividad europea en la materia, y conforme a la nueva regulación será necesario seguir trabajando para generar confianza entre los diferentes Estados en la evaluación armonizada y coordinada de la materia.

IV. Nuevas oportunidades en el uso de datos de salud para el fomento de la investigación biomédica

La crisis de la COVID-19 también puso el acento en la transformación digital de la sanidad. La digitalización en este sector no ha hecho más que comenzar, y su carácter complementario a muchas de las actividades presenciales irá progresivamente mejorando y adaptándose conforme se desarrollen diferentes tecnologías. En este sentido, destaca

[15] Disponible en https://www.aemps.gob.es/informa/la-aemps-publica-la-guia-para-la-realizacion-de-elementos-descentralizados-en-ensayos-clinicos/

la actividad de la Agencia Española de Protección de Datos, que trabajó en mayo del 2020 junto con la AEPMS y Farmaindustria para buscar una solución a la monitorización de los ensayos de manera remota[16] y garantizar la continuidad de estos estudios, que en determinadas ocasiones son la única alternativa terapéutica para los pacientes.

Son muchas las bases sobre las que España puede construir un robusto ecosistema de investigación, incluyendo básica, preclínica y clínica, que impulse el cuidado de la salud en nuestro país. Una clave estará (lo está ya) en la transformación digital. Por ella no sólo pasan el impulso a la investigación biomédica y a nuestro Servicio Nacional de Salud, sino también el desarrollo y aplicación de la medicina de precisión.

En el caso de los ensayos clínicos, el uso de la tecnología, como se explicaba más arriba, a través de la reciente guía publicada por la AEMPS sobre elementos descentralizados, pone de manifiesto las oportunidades que tenemos para una mayor cohesión territorial, y equidad para nuestros pacientes en el acceso a la investigación clínica. Y en este sentido, se ha de seguir trabajando para promocionar los ensayos clínicos en red, con centros coordindadores y satélites que permitan reducir también carga asistencial en grandes centros hospitalarios con alta actividad en investigación clínica, y permitir a otros centros más cercanos al domicilio de los pacientes poder formar parte de los ensayos, siempre teniendo en cuenta la mejor opción para los pacientes.

Además, esta revolución digital va a permitir generar nuevos instrumentos capaces de procesar e integrar ingentes volúmenes de información que pueden ser ya utilizados para obtener patrones de comportamiento y modelos predictivos. Una adecuada gestión estas nuevas tecnologías en el ámbito de la salud ofrecen enormes oportunidades de mejora en toda la cadena de valor sanitaria, pero especialmente en la toma de decisiones en la práctica clínica y la I+D biomédica, reduciendo tiempos y costes y aportando eficiencia

El 3 de mayo de 2022, se publicaba la propuesta de Reglamento sobre el Espacio Europeo de Datos de Salud[17], que precisamente persigue establecer unas normas e infraestructuras, junto con un marco de gobernanza, para el uso de los datos sanitarios electrónicos en la asistencia sanitaria y también en la investigación biomédica. Precisamente, a principios de marzo de 2025, se publicó el *Reglamento (UE) 2025/327 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2025, relativo al Espacio Europeo de Datos de Salud, y por el que se modifican la Directiva 2011/24/UE y el Reglamento (UE) 2024/2847*[18]. Aunque su entrada en vigor se produce a los veinte días de esta publicación, será aplicable a partir de los dos años desde la mencionada entrada

[16] Protocolo de seguridad de la conexión remota para el entorno de monitorización remota de ensayos clínicos, disponible en: https://www.aepd.es/documento/anexo2-protocolo-seguridad.pdf

[17] Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52022PC0197

[18] «DOUE» núm. 327, de 5 de marzo de 2025, Disponible en https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2025-80382

en vigor. En efecto, se prevé una aplicación progresiva y algunas disposiciones serán de aplicación con un plazo superior a dos años, debido también a la complejidad de la materia y a los cambios sustanciales que esta nueva regulación introduce. Sin embargo, es una normativa muy relevante para todos nosotros, como ciudadanos europeos, por ello la importancia de comenzar a trabajar todos los agentes públicos y privados en una adecuada implementación de este espacio a nivel nacional.

La adaptación gradual y escalonada del nuevo reglamento europeo es una magnífica oportunidad para desplegar acciones que generen ecosistema en el uso de datos de salud electrónicos. Estamos ante un reglamento complejo, pero disruptivo para el sector salud, que nos plantea retos relevantes en cuanto a la garantía de calidad de los datos, su interoperabilidad, la gobernanza, liderazgo o la concienciación y formación en el uso de los datos, entre otros.

De hecho, la Unión Europea se ha marcado el año 2030 como fecha clave para recuperar una posición de liderazgo en investigación clínica. Un adecuado despliegue e implementación del Espacio Europeo de Datos de Salud, sin duda, será uno de los elementos fundamentales que contribuirán a ganar competitividad en investigación clínica en la Unión Europea

La utilización de estos datos debe hacerse con las máximas garantías de seguridad para los pacientes, que son titulares y gestores en el uso de una información considerada sensible. En este sentido, en febrero de 2022, la Agencia Española de Protección de Datos aprobaba el Código de Conducta regulador del tratamiento de datos personales en el ámbito de los ensayos clínicos y otras investigaciones clínicas y de la farmacovigilancia[19], promovido por Farmaindustria. Es el primer código de conducta sectorial desde la entrada en vigor del Reglamento General de Protección de Datos y supone otro avance en la protección de los datos de quienes participan e intervienen en las actividades que regula, y servirá para fortalecer la investigación clínica y la farmacovigilancia.

Este código da una muestra más de la apuesta de la industria biofarmacéutica con la investigación en España, y con una investigación en términos de excelencia

La transformación digital del Sistema Nacional de Salud permitirá impulsar la innovación, situar a España en vanguardia del conocimiento y que los pacientes puedan tener un papel protagonista en un ecosistema sanitario moderno y de calidad, lo que, sin duda, implicará una mayor y mejor actividad asistencial e investigadora.

[19] Disponible en: https://www.farmaindustria.es/web/documento/codigo-de-conducta-regulador-del-tratamiento-de-datos-personales-en-el-ambito-de-ensayos-clinicos/

V. Oportunidades en el impulso de la investigación preclínica y traslacional

Uno de los paradigmas que más se repiten en el descubrimiento de nuevos medicamentos en España es la brecha existente entre el esfuerzo que realiza el país en investigación básica y el escaso aprovechamiento de los resultados. Por tanto, es crítico el fomento de inversión pública en investigación biomédica básica, en universidades, hospitales y otros centros, y que al tiempo se fomente la colaboración con las compañías farmacéuticas.

Es necesario comprender y consensuar cuáles son las debilidades y cuellos de botella del sistema, para que el tándem inversión-aplicación mejore su eficiencia general y para que se enfoque el esfuerzo hacia la meta deseada.

La innovación es cada vez más abierta e internacional y basada en la colaboración público-privada es un paradigma incuestionable, que contribuye a acelerar el desarrollo del conocimiento empresarial, mejorando la eficiencia en la búsqueda de nuevas soluciones a los problemas y necesidades de las sociedades desarrolladas. La crisis sanitaria vivida durante la pandemia de Covid-19, visibilizó esa colaboración público-privada que ya existía y que fue capaz de encontrar con rapidez soluciones a la pandemia en forma de vacunas y tratamientos.

La Comisión Europea (CE), junto a las asociaciones de la industria farmacéutica Efpia, Vaccines Europe y EuropaBio y las de tecnología médica Cocir y MedTech Europe, presentó hace un par de años la *Innovative Health Initiative (IHI)*[20], un nuevo proyecto de colaboración público-privada cuyo objetivo es favorecer la creación de un ecosistema de investigación e innovación en materia de salud en la Unión Europea.

Esta iniciativa de las autoridades europeas supone un nuevo impulso a la cooperación entre los diferentes agentes del sistema sanitario, independientemente de su naturaleza y financiación, conscientes de que es el único camino para el progreso de la I+D de medicamentos, especialmente en aquellas áreas de interés común y con necesidades médicas no cubiertas, por lo que es necesaria una mayor inversión en investigación.

Europa se encuentra en un momento crucial para su futuro y afronta desafíos cada vez mayores en varios frentes y, al mismo tiempo, los avances tecnológicos y científicos ofrecen nuevas oportunidades para resolver estos desafíos. Abordar los retos sanitarios de hoy requiere, sin duda, una asociación público-privada multisectorial.

Esta iniciativa no es la primera de estas características. Desde hace años se están abordando diferentes experiencias de colaboración para impulsar el desarrollo de medicamentos innovadores desde los laboratorios de los centros públicos de investigación hasta la etapa en la que puedan entrar en fase de ensayos clínicos en humanos, y son la mejor prueba de que la innovación basada en la colaboración funciona.

[20] Más información en: https://www.ihi.europa.eu/

De hecho, el proyecto IHI tiene su precedente en la Iniciativa de Medicamentos Innovadores (IMI), nacida en 2008 y financiada a partes iguales por la CE y Efpia para impulsar la investigación en enfermedades con necesidades médicas y sociales no cubiertas y que ha dado prueba de su utilidad. Los éxitos de IMI, el conocimiento obtenido a partir de 14 años de experiencia y los casi 200 proyectos puestos en marcha significan que IHI garantizará que Europa se mantenga a la vanguardia de la investigación en salud interdisciplinar, sostenible y centrada en el paciente.

En nuestro entorno debemos trabajar en un proyecto país de colaboración público-privada para el fomento de la investigación preclínica y traslacional, donde España tiene un largo camino por recorrer. Por tanto, tender puentes entre la investigación básica y el desarrollo de nuevos medicamentos, clave para potenciar el papel de España como una plataforma de innovación biomédica global. El gran reto es ser capaces de detectar el conocimiento allá donde esté y asumir el coste elevado de desarrollar esa potencialidad, que tiene un alto riesgo de fracaso. En este punto es necesario unir a las pequeñas empresas biotecnológicas o los investigadores académicos con las compañías farmacéuticas, que atesoran la experiencia, el liderazgo y la capacidad organizativa e inversora para hacer realidad los proyectos.

VI. Conclusiones

En definitiva, invertir en ciencia es sinónimo de invertir en bienestar para los pacientes presentes y futuros, es decir para la sociedad, la inversión en investigación puede aportarnos ese salto de calidad para mejorar la asistencia y, además, atraer inversiones a España en el terreno de la I+D, lo que puede resultar también fundamental para enfocar nuestra economía hacia sectores que contribuyen al bienestar no sólo a través de los medicamentos, sino de la generación de innovación y conocimiento, base fundamental del crecimiento y bienestar social hoy día.

El futuro nos deparará nuevos retos y desafíos que requerirán respuestas interdisciplinares; el ecosistema de la investigación biomédica, ya creado en nuestro país, ha de seguir siendo un pilar fundamental por el que apostar e introducir mejoras, y si nosotros no lo hacemos, otros países, sin duda, lo harán, y esto ni podemos ni debemos permitirlo por nosotros y por las próximas generaciones.

Necesitamos un entorno normativo fuerte, pero que al mismo tiempo se simplifiquen algunos de los procesos, se reduzca la burocracia y se agilice la gestión de la investigación clínica tanto en España como Europa, en línea con lo que establece el ya mencionado *Informe Draghi* para impulsar la competitividad y seguir fortaleciendo el ecosistema de innovación que promueve la industria, que al final redunda en una mejora de la salud y el bienestar de los pacientes.

Estamos en un momento clave para Europa, se está creando y desarrollando un marco regulador orientado al futuro y apoyar a la industria en la promoción de la investigación y las tecnologías que llegan a los pacientes para satisfacer sus necesidades

terapéuticas, al mismo tiempo que se tratan las deficiencias del mercado. También se tendrá en cuenta las lecciones aprendidas durante y con posterioridad a la pandemia con el fin de adoptar las medidas oportunas para reforzar el sistema. En este contexto se desarrolla la nueva Estrategia Farmacéutica para Europa[21], también está alineada con la Estrategia Industrial Europea y con las prioridades descritas en el Pacto Verde Europeo, el Plan Europeo de Lucha contra el Cáncer y la Estrategia Digital Europea. Europa ha de reaccionar para evitar caídas del 22 al 12 % de la cuota de estudios en el continente en la última década[22] y además de las iniciativas señaladas, también la nueva Biotech Act[23], anunciada por la CE para ser debatida durante este año 2025, proporcionará un marco con visión de futuro propicio para la innovación en áreas como la evaluación de tecnologías sanitarias y los ensayos clínicos. En todo este marco hay que tener en cuenta que el pasado 29 de enero la Comisión Europea presentaba la Brújula de Competitividad[24], la primera iniciativa de gran alcance de este mandato, que aporta un marco estratégico claro de cara a orientar el trabajo de la Comisión. Se trata de un documento que establece y describe acciones prioritarias para la Comisión hasta 2029.

En definitiva, los trabajos intensos y los avances realizados en los años nos permiten mirar al futuro con optimismo en este ámbito, repleto de oportunidades que no podemos perder y donde la innovación, no sólo en la parte científica, sino también en la parte ejecutiva de desarrollo clínico, tiene un papel fundamental. Toda esta experiencia vivida demuestra que hemos dado pasos importantes que nos permiten diseñar cómo será la investigación clínica de los próximos años y en la que se dará respuesta a nuevos desafíos científicos y tecnológicos. Pero no nos olvidemos que la generación de conocimiento es un proceso de mejora continua e importante competencia entre los países que no nos permite bajar la guardia, sino más bien seguir trabajando con excelencia, como hasta ahora, para un mayor beneficio de nuestra sociedad a la que se le debe seguir ofreciendo una investigación de vanguardia como la que se realiza en nuestro país.

[21] El 26 de abril de 2023, la Comisión adoptó una propuesta de nueva Directiva y de nuevo Reglamento que revisan y sustituyen la legislación farmacéutica general vigente.

[22] *Assessing the clinical trial ecosystem in Europe*, elaborado por Iqvia para Efpia y Vaccines Europe, disponible en https://www.farmaindustria.es/web/wp-content/uploads/sites/2/2024/10/EFPIA-Clinical-Trials-report-22.10.24.pdf

[23] https://www.europabio.org/the-eu-biotech-act/

[24] Disponible en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_25_339

25

ENTRE LEYES, NEURONAS, ALGORITMOS Y GENES
HOMENAJE AL PROFESOR CARLOS MARÍA ROMEO CASABONA

Aníbal M. Astobiza*
Emergia Research Fellow
Universidad de Granada

SUMARIO: I. Introducción. Breve semblanza del profesor Carlos María Romeo Casabona. II. La necesidad de una antropología científicamente informada en el derecho. III. Ética y neurointervenciones. IV. Ética y aprendizaje máquina. V. Ética y jurisprudencia experimental. VI. Reflexiones finales sobre el legado del profesor Carlos María Romeo Casabona. VII. Bibliografía.

I. Introduccion. Breve semblanza del profesor Carlos María Romeo Casabona

Es un honor contribuir en este volumen dedicado al Profesor Carlos María Romeo Casabona (1952-2024) cuya labor pionera en el campo del Derecho Biomédico ha sido fundamental para el desarrollo de esta disciplina en España. Tuve el privilegio de estar personalmente con el Profesor Romeo Casabona en varias ocasiones: durante la defensa de tesis de Guillermo Lazcoz y en reuniones del Grupo de Investigación en Ciencias Jurídicas Aplicadas a las Nuevas Tecnologías (GI-CISJANT), referencia IT 1541-22. Aunque nuestros encuentros fueron muy breves, me une profundamente a su legado la convicción compartida de que el Derecho debe basarse en una antropología científicamente informada. Si el Derecho ha de regular la conducta humana, es esencial que comprenda la *naturaleza* humana. En este sentido, el Profesor Romeo Casabona estaría de acuerdo conmigo en la necesidad de atender a la investigación científica para un mejor desarrollo del Derecho. Su incansable dedicación a la investigación, la docencia y la formación de nuevas generaciones de juristas ha dejado una huella indeleble en el panorama académico y legal de nuestro país. Desde los albores de su carrera, el Profesor Romeo Casabona demostró una visión innovadora y un compromiso inquebrantable

* Professoris Caroli Mariae Romeo Casabona doctrina in aeternum durabit.

con los principios éticos y legales que rigen la práctica biomédica. Su trabajo ha sido crucial para abordar los desafíos que surgen de los avances científicos y tecnológicos, contribuyendo a la elaboración de marcos normativos que protegen los derechos fundamentales y promueven el bienestar social. Este *liber amicorum* reúne una colección de ensayos escritos por colegas, discípulos y admiradores de su legado, entre los que me encuentro, que han sido testigos y beneficiarios de su sabiduría y liderazgo. Los temas abordados reflejan la amplitud y profundidad de su impacto e influencia, abarcando desde la Bioética y el Derecho Sanitario hasta la regulación de la investigación genética y la protección de datos en el ámbito de la salud[1]. La contribución del Profesor Romeo Casabona trasciende las fronteras nacionales, situándolo como una referencia internacional en el Derecho Biomédico. Su participación en foros globales y su colaboración con instituciones extranjeras han enriquecido el diálogo internacional y han aportado perspectivas valiosas a debates de relevancia mundial. El Profesor Romeo Casabona fue autor de más de veinte monografías, coautor de más de cincuenta y publicó más de doscientos artículos. Dirigió más de treinta tesis doctorales y formó un grupo cohesionado de investigadores y profesores, consolidando así su legado académico. Bajo su dirección, la Cátedra de Derecho y Genoma Humano se convirtió en un referente internacional, organizando anualmente congresos y publicando la Revista de Derecho y Genoma Humano. Además de su labor académica, el Profesor Romeo Casabona asesoró a gobiernos y organismos internacionales en la elaboración de leyes y políticas relacionadas con el Derecho Penal y Biomédico. Su trabajo con el Ministerio de Justicia y el Parlamento de Albania, así como con la UNESCO y la OMS, demuestra su compromiso con la aplicación práctica de sus conocimientos para mejorar la sociedad. Quiero expresar mi más profundo agradecimiento al trabajo del Profesor Romeo Casabona, a su dedicación y contribuciones únicas. Que este libro, y mi humilde contribución, sirva como testimonio de su impacto duradero y como fuente de inspiración para todos aquellos comprometidos con el avance del Derecho y la Ética en el ámbito biomédico.

II. La necesidad de una antropología científicamente informada en el derecho

El Derecho tiene como finalidad regular la conducta humana, y para lograrlo de manera efectiva, es esencial que se base en una comprensión profunda y científicamente informada de la *naturaleza* humana. Este enfoque sostiene que, para legislar y aplicar la ley de manera justa y eficaz, es necesario comprender cómo las personas piensan, sienten y actúan. El Profesor Romeo Casabona fue un firme defensor de esta perspectiva. Su trabajo pionero en el Bioderecho y su dedicación a integrar los avances científicos en el ámbito jurídico reflejan su convicción de que el Derecho no puede desarrollarse

[1] Véase De Miguel Beriain, Í., «The use of health data for biomedical research…», ob. cit., pp. 7-29.

aislada de otras disciplinas. De manera explícita, como implícita, él argumentaba que una antropología científicamente informada permite al Derecho adaptarse a los cambios sociales y tecnológicos, garantizando así la protección de los derechos fundamentales y el respeto a la *dignidad* humana. La investigación científica desempeña un papel crucial en la formulación de normas jurídicas. Al comprender mejor los mecanismos que subyacen al comportamiento humano, como las evidencias de la Neurociencia en el entendimiento de la toma de decisiones y la impulsividad, el Derecho puede diseñar normas y leyes más efectivas para prevenir conductas delictivas y rehabilitar a los infractores. Esto no solo mejora la justicia y la eficacia del sistema legal, sino que también promueve una sociedad más informada y consciente de los factores que influyen en el comportamiento humano.

El Derecho es una construcción humana destinada a regular la conducta y garantizar la convivencia pacífica en sociedad. Recientes estudios en Antropología y Psicología Evolucionista[2] sugieren que las leyes tienen orígenes similares a los de las herramientas o tecnología en la evolución humana. Así como los seres humanos desarrollaron la capacidad de crear herramientas para adaptarse y sobrevivir, también desarrollaron la capacidad de generar leyes y normas sociales. Este paralelismo se basa en que ambas son expresiones de la creatividad humana aplicadas para resolver problemas y mejorar la vida en comunidad. Las leyes no surgieron como un conjunto fijo de normas inscritas en la mente humana. Al igual que con las herramientas, no existe un «código legal» universal y estático presente en todas las sociedades. En cambio, los humanos poseen la capacidad innata de formular leyes aplicando principios básicos que se adaptan a las necesidades específicas de su entorno social y cultural. Esta capacidad creativa permite la generación de un número ilimitado de leyes, al combinar ideas fundamentales como la justicia, la reciprocidad y la cooperación. Las leyes son producto de nuestro juicio moral, una facultad que ha evolucionado para permitir a los individuos evaluar acciones como correctas o incorrectas. Este juicio moral tiene sus raíces en estrategias evolutivas para cooperar y elegir bandos en conflictos, evitando los peligros asociados. Al establecer normas morales y legales, los seres humanos pueden coordinarse mejor y resolver disputas sin recurrir a la violencia o al favoritismo basado en relaciones personales, etc. Las leyes ayudan a las personas a tomar decisiones en situaciones de conflicto al proporcionar criterios imparciales basados en principios compartidos. Por ejemplo, prohibiciones como «no matarás» o «no robarás» reflejan normas morales universales que facilitan la convivencia y reducen los conflictos. Al aplicar estas normas, las sociedades pueden evitar la fragmentación y fomentar la cooperación, esencial para la supervivencia y el bienestar colectivo. Sin embargo, la capacidad de crear leyes introduce dinámicas competitivas en la sociedad. Las personas y grupos pueden buscar influir

[2] Véase Descioli, P., «On the origins of laws by natural selection», ob.cit., pp. 195-209.

en la formulación de leyes para favorecer sus propios intereses, lo que lleva a debates y conflictos sobre qué normas deben prevalecer (sobre esto, permítame el lector decir que en España lo sabemos muy bien). Descioli señala que este proceso puede resultar en una proliferación caótica de leyes si no se gestiona adecuadamente:

> «La evolución de las leyes no es el fin del juego, sino solo el comienzo. Una vez que los humanos pueden componer leyes para resolver conflictos, el siguiente problema es que pueden crear demasiadas… Como prolíficos legisladores, los humanos pueden producir fácilmente una multiplicidad de leyes demasiado numerosas para recordar y demasiado discordantes para aplicar[3]».

Para evitar esta proliferación, los seres humanos han desarrollado la capacidad de debatir y decidir qué leyes aceptar y cuáles rechazar. Cada individuo juzga las leyes potenciales según sus propios intereses, lo que inevitablemente conduce a desacuerdos y a una lucha por controlar las normas. Este proceso de competencia y negociación es fundamental para entender cómo evolucionan y se adaptan las leyes en respuesta a las necesidades y valores cambiantes de las comunidades. Al analizar las leyes desde una perspectiva científica que integre evidencias de la Psicología, Neurociencia u otras áreas del conocimiento, es posible identificar patrones y elementos comunes que se repiten en diferentes sociedades. Por ejemplo, las leyes suelen contener ideas sobre acciones específicas (como «no matarás»), aplicables a personas indefinidas (como «quienquiera que»), y establecen consecuencias o castigos proporcionales a la falta cometida. El Profesor Romeo Casabona reconoció la importancia de esta perspectiva al abogar por una antropología científicamente informada en el Derecho. Su trabajo enfatizó que el Derecho no puede desarrollarse aislada de otras disciplinas como la Antropología, la Psicología, la Neurociencia, Inteligencia Artificial, Ciencias Biomédicas, Genética, etc. Al comprender mejor los fundamentos evolutivos y culturales de las normas y comportamientos humanos, los juristas pueden crear leyes más justas y eficaces.

III. ÉTICA Y NEUROINTERVENCIONES

Las neurointervenciones son procedimientos que modulan física o químicamente los estados cerebrales con el fin de alterar el comportamiento o las funciones mentales[4]. En el contexto penal, se han utilizado para reducir el riesgo de reincidencia o facilitar la rehabilitación de los delincuentes. Ejemplos incluyen la administración de fármacos para disminuir la agresividad o los impulsos sexuales en ciertos infractores[5]. El uso de

[3] Descioli, P., «On the origins of laws by natural selection», ob. cit. p. 202.

[4] Véase Pugh, J. y Douglas, T., «Neurointerventions as criminal rehabilitation…», ob. cit., pp. 95-111.

[5] Consúltese, Byrne, D. J., «Neurointerventions, Recidivist Sex Offenders, and Situated Moral Agency», ob. cit.

neurointervenciones en el sistema penal plantea importantes retos éticos. Una de las principales preocupaciones es el consentimiento: la aplicación de estas intervenciones sin el consentimiento válido del individuo puede violar los derechos a la integridad corporal y mental. Aún más, existe el riesgo de que tales prácticas puedan ser consideradas como una forma de coacción o manipulación, atentando contra la autonomía, libertad y la *dignidad* de la persona. Los debates actuales se centran en determinar bajo qué condiciones, si las hay, es éticamente justificable utilizar neurointervenciones en infractores. Se discuten aspectos como la proporcionalidad de la intervención, la voluntariedad, los posibles beneficios y perjuicios, y el respeto a los derechos humanos fundamentales. Los desafíos futuros incluyen el desarrollo de marcos legales y éticos que regulen adecuadamente estas prácticas, garantizando que se utilicen de manera justa y respetuosa con la persona[6]. La posibilidad de que el Estado utilice neurointervenciones para abordar conductas antisociales o delictivas reincidentes genera un intenso debate ético y filosófico. Por un lado, se plantean alternativas basadas en el libre albedrío y la autonomía individual, que abogan por minimizar la intervención estatal en la esfera personal. Por otro lado, se defiende la posición estatalista, argumentando que, al igual que en otras áreas donde el Estado interviene legítimamente para promover el bienestar público, podría estar justificado intervenir neurológicamente en ciertos individuos. En las siguientes páginas quiero defender la legitimidad de las intervenciones estatales, utilizando como ejemplo las políticas de salud pública en el Reino Unido destinadas a combatir la obesidad mediante fármacos.

Argumento de la autonomía personal:

Premisa 1: Los individuos poseen libre albedrío y autonomía, lo que implica que son responsables de sus acciones y decisiones.

Clarificación: La noción de libre albedrío sostiene que las personas tienen la capacidad de elegir entre diferentes cursos de acción sin estar determinadas por fuerzas externas. La autonomía individual es el derecho a gobernarse a sí mismo, tomando decisiones libres de coacción.

Premisa 2: La intervención estatal en la esfera personal debe ser mínima para respetar la autonomía y el libre albedrío de los individuos.

Clarificación: Desde esta perspectiva, el Estado no debe imponer tratamientos o intervenciones que alteren la mente o el cuerpo de una persona sin su consentimiento, ya que esto vulneraría su autonomía y derecho a la autodeterminación.

Conclusión: Por lo tanto, las neurointervenciones estatales en individuos con conductas antisociales o delictivas reincidentes no están justificadas, ya que violan su libre albedrío y autonomía.

[6] *Cfr.* Ryberg, J., *Neurointerventions, Crime, and Punishment*…, ob. cit.

Si bien el respeto al libre albedrío y a la autonomía es fundamental, esta postura presenta limitaciones al abordar conductas que representan un riesgo significativo para la sociedad. Confiar únicamente en la capacidad de elección del individuo puede ser insuficiente cuando existen factores neurobiológicos o psicológicos que influyen en su comportamiento, y cuando las medidas tradicionales de rehabilitación no han logrado resultados efectivos.

Argumento en favor de la intervención estatal:

Premisa 1: El Estado interviene legítimamente en otras áreas para promover el bienestar público, incluso cuando esto afecta la autonomía individual.

Ejemplos:

a. Políticas de Salud Pública: Campañas de vacunación obligatoria, restricciones al consumo de tabaco y alcohol, y regulación de alimentos para prevenir enfermedades.
b. Monopolio de la Violencia: Aplicación de sanciones penales, privación de libertad y uso de la fuerza para mantener el orden público.

Premisa 2: Estas intervenciones están justificadas bajo el contrato social, donde los individuos aceptan ciertas restricciones a cambio de seguridad y bienestar colectivo.

Clarificación: Según Thomas Hobbes, los ciudadanos ceden parte de su libertad al Estado para evitar el caos y garantizar una convivencia pacífica. Thomas Scanlon enfatiza que las acciones estatales deben basarse en principios que nadie pueda rechazar razonablemente.

Premisa 3: Si el Estado puede intervenir en la autonomía individual en otras áreas para proteger y mejorar el bienestar público, entonces puede estar justificado que utilice neurointervenciones en casos de conductas antisociales o delictivas reincidentes.

Conclusión: Por lo tanto, la intervención estatal mediante neurointervenciones es legítima y puede estar justificada para proteger a la sociedad y promover el bienestar colectivo.

El reciente anuncio del Gobierno del Reino Unido sobre la posible financiación de fármacos adelgazantes, como Ozempic y Mounjaro, para ayudar a personas desempleadas con obesidad a recuperar su salud y reingresar al mercado laboral[7], ejemplifica cómo el Estado interviene en la esfera personal con fines de bienestar público y económico. Este caso muestra cómo el Estado puede implementar políticas que afectan la autonomía individual en pos del bienestar colectivo, apoyándose en su responsabilidad de proteger y mejorar las condiciones de vida de la población.

Objeción 1: La intervención estatal en la autonomía individual es inaceptable, incluso si tiene fines de bienestar público.

[7] Refiérase De Miguel, R., «El gobierno de Starmer…», ob. cit.

Clarificación de la objeción: Las personas tienen derecho a tomar decisiones sobre su propio cuerpo y mente sin interferencia del Estado, y cualquier intervención forzada es una violación de sus derechos fundamentales.

Contrarréplica

El contrato social establece que los individuos aceptan ciertas restricciones a su autonomía para garantizar la seguridad y el bienestar colectivo. En áreas como la salud pública, la intervención estatal ha sido ampliamente aceptada cuando se trata de prevenir daños significativos a la sociedad, como en el caso de las vacunas obligatorias o restricciones durante pandemias. Si la intervención puede justificarse como necesaria y proporcional para proteger el bien común, entonces puede ser legítima.

Objeción 2: Las neurointervenciones son más invasivas que otras intervenciones estatales y afectan la identidad personal, lo que las hace inaceptables e impermisibles.

Clarificación de la objeción: A diferencia de políticas de salud pública que afectan comportamientos externos, las neurointervenciones alteran directamente la mente y personalidad del individuo, lo que es éticamente problemático.

Contrarreplica

Aunque las neurointervenciones son invasivas, pueden considerarse como una evolución de intervenciones médicas aceptadas, como tratamientos psiquiátricos para trastornos mentales que pueden incluir medicación o terapias neurotecnológicas. Si tales tratamientos se justifican para mejorar la salud del individuo y proteger a otros, y se realizan con salvaguardias éticas y legales, las neurointervenciones podrían seguir un marco similar. Igualmente, si el objetivo es corregir deficiencias que impiden al individuo ejercer plenamente su autonomía y vivir en sociedad, la intervención puede promover su bienestar y el de la comunidad.

Objeción 3: Alternativas basadas en el libre albedrío y la rehabilitación voluntaria son preferibles y más respetuosas con los derechos individuales.

Clarificación de la objeción: Se deben priorizar métodos que respeten la autonomía del individuo, como programas de rehabilitación voluntarios, educación y apoyo psicológico.

Contrarreplica

Si bien estas alternativas son ideales, pueden no ser efectivas en todos los casos, especialmente con individuos reincidentes que representan un riesgo significativo para la sociedad. El Estado tiene la responsabilidad de proteger a sus ciudadanos, y cuando las medidas menos invasivas han fallado, puede estar justificado recurrir a intervenciones más directas. Asimismo garantizar la seguridad pública es un deber que puede requerir acciones que equilibran los derechos individuales con el bienestar colectivo.

Si aceptamos que el Estado puede intervenir en la autonomía individual para promover el bienestar público en otras áreas, es coherente considerar legítimas las neurointervenciones bajo condiciones estrictas. Es esencial establecer marcos legales que regulen estas intervenciones, asegurando que se realicen de manera proporcional, necesaria y respetuosa con los derechos humanos. La discusión debe centrarse en cómo

equilibrar el respeto a la autonomía individual con la responsabilidad del Estado de proteger a la sociedad. La consideración de alternativas basadas en el libre albedrío y la autonomía individual es fundamental en el debate sobre las neurointervenciones estatales. Sin embargo, al reconocer que el Estado interviene legítimamente en otras áreas que afectan la autonomía personal para promover el bienestar público, se puede defender la legitimidad de las neurointervenciones en casos específicos. El ejemplo del Reino Unido y su política de utilizar fármacos adelgazantes para abordar la obesidad y mejorar la economía ilustra cómo tales intervenciones pueden justificarse. Siguiendo el legado del Profesor Romeo Casabona, es crucial abordar estos desafíos éticos mediante un análisis riguroso que considere tanto la protección de los derechos individuales como el bienestar colectivo. En este análisis, se aduce que las neurointervenciones estatales si se implementan con responsabilidad y respeto por la dignidad humana, pueden formar parte de una estrategia integral para abordar conductas antisociales o delictivas reincidentes, siempre dentro de un marco ético y legal adecuado. El debate sobre la legitimidad de las neurointervenciones estatales, especialmente cuando se realizan sin el consentimiento del individuo, es complejo y está lleno de consideraciones éticas, legales y filosóficas. Mientras que algunos argumentan que tales intervenciones son impermisibles debido a violaciones de la autonomía y los derechos individuales, la posición estatalista defiende su legitimidad basándose en la responsabilidad del Estado de proteger el bienestar público y en precedentes de intervención en otras áreas. A continuación, quiero profundizar en la defensa estatalista, abordando y refutando los argumentos que encuentran impermisible las neurointervenciones no-consensuadas.

Argumento 1: Violación de la autonomía y derechos individuales

Objeción: Las neurointervenciones no consensuadas violan la autonomía personal y los derechos fundamentales del individuo, incluyendo el derecho a la integridad corporal y mental. Intervenir en el cerebro sin consentimiento es una forma de coerción que atenta contra la dignidad humana.

Respuesta Estatalista:

La protección de la autonomía es un valor esencial en las sociedades democráticas, pero no es absoluta. El Estado tiene el deber de proteger a sus ciudadanos de daños significativos, incluso si eso implica limitar ciertas libertades individuales. Por ejemplo, las leyes que prohíben conducir bajo la influencia del alcohol restringen la autonomía para proteger la seguridad pública. Del mismo modo, si un individuo representa una amenaza significativa y persistente debido a factores neurológicos que predisponen a conductas delictivas graves, el Estado puede estar justificado en intervenir para prevenir daños a otros.

De hecho, las neurointervenciones podrían considerarse como una extensión de tratamientos médicos ya aceptados que se realizan sin consentimiento en ciertas circunstancias, como en casos de emergencia médica o cuando un paciente carece de capacidad para decidir. Si la intervención busca no solo proteger a la sociedad sino también mejorar

la capacidad del individuo para funcionar adecuadamente en ella, puede argumentarse que se está promoviendo su bienestar general.

Argumento 2: Precedente peligroso y riesgo de abuso de poder

Objeción: Permitir neurointervenciones no consensuadas sienta un precedente que podría llevar a abusos por parte del Estado, incluyendo el control indebido de la población y la supresión de la disidencia. Esto podría erosionar las bases de una sociedad libre y democrática.

Respuesta Estatalista:

El riesgo de abuso de poder es una preocupación legítima, pero no es un argumento suficiente para descartar por completo las neurointervenciones. En lugar de ello, se deben establecer marcos legales y éticos sólidos que regulen estrictamente su uso. Esto incluye criterios claros sobre cuándo es apropiada la intervención, procedimientos de supervisión independientes y mecanismos de rendición de cuentas.

Argumento 3: Eficacia cuestionable y existencia de alternativas menos invasivas

Objeción: No hay garantía de que las neurointervenciones sean efectivas para prevenir la conducta delictiva. En efecto, existen alternativas menos invasivas, como terapias psicológicas, programas de rehabilitación y apoyo social, que respetan mejor la autonomía del individuo.

Respuesta Estatalista:

Si bien es cierto que la eficacia de las neurointervenciones puede variar, la misma incertidumbre puede aplicarse a otras formas de tratamiento y rehabilitación. Lo crucial es evaluar caso por caso y utilizar la intervención más efectiva y apropiada para la situación. Cuando las alternativas menos invasivas han sido intentadas sin éxito y el individuo continúa representando una amenaza significativa, las neurointervenciones pueden ser justificables como último recurso.

El Estado tiene el deber de proteger a sus ciudadanos no solo de amenazas externas sino también internas. Cuando un individuo, debido a factores que pueden ser corregidos o mitigados, representa un riesgo significativo para la sociedad, el Estado tiene la responsabilidad de intervenir. Esta intervención debe ser proporcional, necesaria y orientada al menor daño posible. La intervención estatal en la salud pública es ampliamente aceptada cuando se trata de prevenir enfermedades y promover el bienestar general. Vacunaciones obligatorias, fluoración del agua y regulaciones alimentarias son ejemplos donde el Estado limita ciertas libertades individuales por el bien común. Si se acepta que estas medidas son legítimas, es coherente considerar que las neurointervenciones no-consensuadas, bajo condiciones estrictas, también pueden serlo. No obstante, existe u argumento expresivista que sostiene que las neurointervenciones aplicadas a delincuentes son moralmente impermisibles porque expresan un mensaje

de falta de respeto hacia el individuo y que son degradantes[8]. Según esta perspectiva hay un mensaje negativo. Las neurointervenciones comunican que el delincuente carece de capacidades morales fundamentales o que su estatus moral es inferior al de otros individuos. Las neurointervenciones son una violación de la dignididad y autonomía del individuo. Al intervenir en la mente o el cuerpo de una persona sin su consentimiento, se vulnera su autonomía y se le trata como un objeto manipulable, no como un agente racional digno de respeto. Así mismo, estas prácticas pueden ser vistas como una forma de deshumanizar al individuo, negándole la oportunidad de reformarse por sí mismo y estigmatizándolo socialmente. El acto en sí mismo transmite un desprecio hacia la persona, implicando que no es capaz de tomar decisiones correctas sin intervención externa. Un ejemplo de una neurointervención que ha generado este tipo de críticas es la castración química. Este procedimiento se aplica generalmente a violadores, pederastas y otros agresores sexuales, y consiste en la administración de medicamentos que reducen la libido y la actividad sexual mediante la disminución drástica de los niveles de testosterona. Aunque en teoría es reversible, su aplicación ha sido objeto de debate y polémica en varios países. En Italia, Matteo Salvini, cuando fue Ministro del Interior durante los años 2018-2019, propuso su aplicación contra violadores, generando controversia. En España, aunque no se considera una pena en la legislación penal, se permite de forma voluntaria dentro del sistema penitenciario si el reo la solicita. Países como Polonia, Estonia, Rusia, Corea del Sur, Indonesia y varios estados de Estados Unidos de Ámerica del Norte la han implementado en diferentes grados. De Marco y Douglas[9] presentan una refutación al argumento expresivista, argumentando que las neurointervenciones no son inherentemente irrespetuosas y pueden ser moralmente permisibles en ciertos contextos. Si la neurointervención se aplica con el objetivo de rehabilitar al individuo y proteger a la sociedad, y no con la intención de degradarlo, no necesariamente transmite un mensaje de irrespetuosidad. El mensaje que transmite una neurointervención depende de cómo se implemente y comunique. Si se realiza respetando los derechos fundamentales y explicando su finalidad rehabilitadora, puede evitarse la interpretación irrespetuosa. Muchas prácticas aceptadas en el sistema penal (como el encarcelamiento) también implican restricciones significativas a la autonomía/libertad, pero no se consideran irrespetuosas si están justificadas adecuadamente. De Marco y Douglas proponen que, con el consentimiento del individuo o mediante procedimientos legales justos, las neurointervenciones pueden ser éticamente aceptables y no necesariamente expresan desprecio. La degradación o irrespetuosidad no son inherentes a las neurointervenciones incluso en las no-consensuadas. Depende de cómo se imple-

[8] Diríjase a Shaw, E., «Against the Mandatory Use of Neurointerventions…», ob. cit., pp. 321-337.

[9] Véase De Marco, G. y Douglas, T. «The Expressivist Objection to Nonconsensual Neurocorrectives», ob. cit.

menten, comuniquen y de si se respetan los derechos fundamentales del individuo. Con las salvaguardias adecuadas y un enfoque en la rehabilitación y el bienestar tanto del individuo como de la sociedad, es posible considerar que las neurointervenciones no necesariamente expresan un mensaje irrespetuoso y pueden ser moralmente permisibles. La complejidad de este tema requiere la colaboración de expertos en Derecho, Ética, Medicina, Psicología y otras disciplinas, y entiendo que este es el espíritu del legado del Profesor Romeo Casabona[10].

IV. Ética y aprendizaje máquina

La revolución tecnológica impulsada por la Inteligencia Artificial (IA), y en particular por la IA generativa y, más específicamente, por los Grandes Modelos de lenguaje (GML), está redefiniendo múltiples disciplinas, incluido el Derecho (Patrice 2023; Martinez 2024). Los GML podrían generar un cambio paradigmático similar al que la máquina de vapor provocó en la industria. Los GML pueden automatizar la creación de comentarios legales, manteniéndolos actualizados con la jurisprudencia más reciente. Esto supera las limitaciones de los comentarios tradicionales, que a menudo enfrentan retrasos en su actualización debido al volumen de información y al tiempo que requiere su análisis. La automatización libera a los juristas de tareas repetitivas y les permite concentrarse en análisis más profundos y estratégicos. Los GML tienen la capacidad de analizar grandes volúmenes de jurisprudencia y doctrina para identificar patrones, tendencias y posibles contradicciones. Esto facilita la comprensión del estado actual del Derecho en áreas específicas, ayudando a los profesionales a tomar decisiones informadas y a desarrollar argumentos más sólidos. La interpretación legal a menudo está sujeta a la subjetividad del intérprete, lo que puede conducir a diferentes conclusiones sobre la aplicación de una norma. Los GML pueden ayudar a objetivar este proceso al proporcionar análisis sistemáticos y basados en datos. Los GML también pueden desempeñar un papel crucial en la investigación jurídica experimental. Al analizar patrones y tendencias en datos legales, los GML pueden sugerir nuevas hipótesis para explorar en investigaciones futuras. Esto amplía el alcance de la investigación jurídica y permite a los académicos abordar preguntas que antes eran impensables debido a limitaciones de tiempo o recursos. Similar a como he realizado en la sección anterior quiero ahora ofrecer dos tipos de argumentos generales en contra y a favor del uso de los GML en el ámbito del Derecho.

Argumento en contra del uso de los GML en el ámbito legal:

[10] Revísese Romeo Casabona, C. A., «Presupuestos biológicos y culpabilidad penal», ob. cti., pp. 425-446; Romeo Casabona, C. A., «Avances científicos y Derecho penal…», ob. cit., pp. 77-107; Romeo Casabona, C. M., «Consideraciones jurídicas sobre los procedimientos experimentales de mejora…», ob. cit., pp. 83-106.

Premisa 1: Existen áreas en las que la adopción de tecnologías avanzadas puede afectar negativamente derechos fundamentales y valores esenciales, como la privacidad, la autonomía individual, la equidad y la justicia.

Ejemplos:

a. Vigilancia masiva: El uso indiscriminado de tecnologías de vigilancia puede violar el derecho a la privacidad y generar un ambiente de control excesivo sobre los ciudadanos.
b. Sesgos algorítmicos: Los sistemas de IA pueden perpetuar y amplificar sesgos existentes en los datos de entrenamiento, afectando negativamente a minorías y grupos vulnerables.
c. Deshumanización de servicios esenciales: La automatización excesiva puede reducir la calidad de servicios que requieren empatía y juicio humano, como la atención médica y la asesoría legal.

Premisa 2: La aplicación de tecnologías como los GML en el ámbito legal puede comprometer la integridad y equidad del sistema judicial, introduciendo riesgos de errores, falta de transparencia y responsabilidad difusa en decisiones críticas.

Clarificación: El Derecho se basa en principios de justicia, imparcialidad y responsabilidad. La falta de transparencia en los procesos algorítmicos de los GML dificulta comprender cómo se toman las decisiones, lo que es incompatible con la necesidad de rendición de cuentas en el sistema legal, sumado esto a que una máquina todavía no puede ser sujeto de responsabilidades.

Premisa 3: Si la implementación de GML en el ámbito legal puede afectar negativamente derechos fundamentales y socavar la confianza en el sistema de justicia, entonces no está justificada su adopción en este ámbito sensible.

Clarificación: La protección de los derechos individuales y la integridad del sistema legal son prioritarias. Cualquier tecnología que pueda poner en riesgo estos valores esenciales debe ser evaluada con cautela y posiblemente restringida.

Conclusión: Por lo tanto, la implementación de GML en el ámbito legal no es legítima y no debería llevarse a cabo, ya que puede comprometer la justicia, la equidad y los derechos fundamentales de los individuos, afectando negativamente el bienestar de la sociedad.

Argumento en favor del uso de los GML en el ámbito legal:

Premisa 1: El Estado utiliza legítimamente tecnologías avanzadas para promover el bienestar público y mejorar la eficiencia y accesibilidad de los servicios, incluso cuando esto implica cambios en prácticas tradicionales.

Ejemplos:

a. Digitalización de servicios públicos: Implementación de plataformas en línea para trámites administrativos, registros civiles y servicios de salud, facilitando el acceso y reduciendo tiempos de espera.
b. Tecnologías de seguridad pública: Uso de sistemas de análisis de datos y vigilancia inteligente para prevenir y combatir el crimen de manera más efectiva.

c. Educación en línea: Incorporación de herramientas digitales y plataformas educativas para ampliar el acceso a la educación y mejorar la calidad del aprendizaje.

Premisa 2: Estas implementaciones tecnológicas están justificadas bajo el contrato social, donde los individuos aceptan ciertas adaptaciones y evoluciones tecnológicas a cambio de mejoras en el bienestar colectivo y eficiencia en los servicios públicos.

Clarificación: Basado en principios de filósofos como John Rawls[11], el contrato social implica que los ciudadanos consienten en adoptar medidas que promueven el bien común y la justicia social. La integración de tecnologías avanzadas es una evolución natural para satisfacer las necesidades cambiantes de la sociedad.

Premisa 3: Si el Estado puede implementar tecnologías avanzadas en otras áreas para proteger y mejorar el bienestar público, entonces está justificado que utilice GML en el ámbito legal para mejorar la eficiencia, accesibilidad y calidad de los servicios legales.

Clarificación: Los GML pueden automatizar tareas rutinarias, facilitar el acceso a información legal y apoyar en la toma de decisiones informadas, beneficiando tanto a profesionales del Derecho como a la ciudadanía en general.

Conclusión: Por lo tanto, la implementación de GML en el ámbito legal es legítima y está justificada para promover el bienestar colectivo, mejorar el acceso a la justicia y modernizar el sistema legal en beneficio de toda la sociedad.

Los GML prometen revolucionar el campo del Derecho al ofrecer una gama de beneficios que optimizan la práctica legal y amplían el acceso a la justicia. Su capacidad para automatizar tareas como la búsqueda de información, la redacción de documentos y la revisión de contratos, libera a los profesionales del Derecho para que se concentren en tareas más complejas que requieren creatividad, estrategia y juicio humano. Al procesar grandes volúmenes de información con precisión y consistencia, los GML minimizan el riesgo de errores humanos, crucial en un ámbito donde la precisión es fundamental para garantizar la justicia. Por otra parte, el análisis predictivo que ofrecen los GML permite a los abogados anticipar resultados legales, identificar tendencias y evaluar riesgos, lo que facilita la toma de decisiones informadas y una mejor asesoría a los clientes. La capacidad de los GML para personalizar la información legal, proporcionando respuestas claras y concisas a preguntas complejas, democratiza el acceso a la justicia al permitir que cualquier persona, incluso sin formación jurídica, comprenda sus derechos y obligaciones. Finalmente, los GML impulsan la innovación en la enseñanza del Derecho al crear herramientas de aprendizaje interactivas y personalizadas, y contribuyen a la evolución del sistema legal al detectar patrones de discriminación y sesgo, promoviendo una justicia más justa y equitativa. No tengo duda de que el Profesor Romeo Casabona

[11] Consúltese Rawls, J., *A Theory of Justice*, ob. cit.

apoyaría su uso en el ámbito jurídico, siempre y cuando su implementación no suponga ningún perjuicio ético o legal para las personas y sus derechos.

V. Ética y jurisprudencia experimental

Finalmente, y de manera concisa, propongo concluir con un nuevo paradigma destinado a replantear, desde una perspectiva conceptual y empírica, el significado tanto de la práctica como de la teoría del Derecho. Este nuevo enfoque proviene de la Filosofía Experimental y se propone aplicar métodos experimentales a cuestiones y conceptos legales, tal como la Filosofía Experimental lo hace con problemas y conceptos filosóficos. Si la Filosofía Experimental[12] trata sobre la teorización filosófica y la cognición ordinaria, la Jurisprudencia Experimental trata de la teoría legal, el razonamiento de sus practicantes y la cognición ordinaria[13]. La Jurisprudencia Experimental representa un nuevo y prometedor paradigma en el estudio del Derecho, alineado con el legado del Profesor Romeo Casabona. Al integrar métodos experimentales y datos empíricos en el análisis legal, este enfoque abre oportunidades para una comprensión más profunda y contextualizada del Derecho. El Profesor Romeo Casabona ha sido un pionero en la promoción de enfoques interdisciplinares en el Derecho. Su trabajo ha enfatizado la importancia de integrar conocimientos de la Antropología, la Psicología, la Neurociencia y otras disciplinas para abordar problemas legales complejos. La Jurisprudencia Experimental ejemplifica el enfoque interdisciplinar al combinar el Derecho con métodos y conocimientos de la Psicología Experimental, Ciencias Cognitivas y la Filosofía. Al igual que el Profesor Romeo Casabona abogaba por un Derecho basado en una comprensión científica de la *naturaleza* humana, la Jurisprudencia Experimental utiliza datos empíricos para informar y mejorar la teoría y práctica legal. La apertura a nuevas metodologías y la disposición a cuestionar supuestos tradicionales reflejan el espíritu innovador que caracterizó la carrera del Profesor Romeo Casabona y que está en la base de este nuevo paradigma de la Jurisprudencia Experimental. La Jurisprudencia Experimental ofrece varios beneficios y responde a desafíos contemporáneos en el Derecho. Al basarse en cómo las personas realmente entienden y aplican conceptos legales, el Derecho puede adaptarse mejor a las necesidades y percepciones de la sociedad. Los legisladores pueden utilizar los hallazgos de la Jurisprudencia Experimental para diseñar leyes que sean más efectivas y que cuenten con un mayor respaldo social. Este paradigma no solo honra la visión interdisciplinar y científicamente informada del Profesor Romeo Casabona, sino que también proporciona herramientas para enfrentar los desafíos legales del siglo XXI.

[12] Véase Knobe, J. y Nichols, S., «Experimental philosophy», ob. cit.

[13] Nótese Hannikainen, I. R., Tobia, K. P., De Almeida, G. D. F., Donelson, R., Dranseika, V., Kneer, M., *et al.,* «Are there cross-cultural legal principles?…», ob. cit., pp. 13024.

VI. Reflexiones finales sobre el legado del profesor Carlos María Romeo Casabona

Como mencioné desde un principio, tuve un trato personal muy breve con el Profesor Romeo Casabona. Sin embargo, su legado perdurará no solo en la memoria de sus familiares, colegas y los juristas que formó—una verdadera escuela —sino también como un ejemplo a emular para muchos de nosotros, que vemos en su trayectoria una vida dedicada al estudio riguroso y a la transferencia social del conocimiento. Todos aspiramos a tener una carrera académica valiosa, y puedo afirmar que alcanzar siquiera la mitad de lo logrado por el Profesor Romeo Casabona sería motivo de enorme satisfacción y recompensa. Como se pone de manifiesto en las páginas de este volumen, el legado del Profesor Romeo Casabona proyecta una larga sombra que, lejos de oscurecer, ilumina el camino para quienes deseen seguir sus pasos y avanzar desde los sólidos cimientos que su inmensa estatura intelectual y académica ha erigido. Como corresponde a todo gran maestro, su verdadera grandeza se reflejará en que sus discípulos no solo se inspiren en su obra, sino que la superen, alcanzando así nuevas alturas.

VII. Bibliografía

Byrne, David J., «Neurointerventions, Recidivist Sex Offenders, and Situated Moral Agency: An Approach From the Margins», *AJOB Neuroscience*, Vol. 9, Núm. 3, 2018, pp. 158-160. Disponible en: https://doi.org/10.1080/21507740.2018.1496168 [Última consulta: 5 de noviembre de 2024].

De Marco, Gabriel y Douglas, Thomas. (2022). *The Expressivist Objection to Nonconsensual Neurocorrectives. Criminal law and philosophy,* 16(2), 373-393. https://doi.org/10.1007/s11572-021-09566-9.

De Miguel, Rafael, «El gobierno de Starmer plantea recetar inyecciones adelgazantes a los desempleados obesos», *El País*, 15 de octubre de 2024. Disponible en: https://elpais.com/sociedad/2024-10-15/el-gobierno-de-starmer-plantea-recetar-inyecciones-adelgazantes-a-los-desempleados-obesos.html [Última consulta: 24 de octubre de 2024].

De Miguel Beriain, Íñigo, «The use of health data for biomedical research in the light of the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on the European Health Data Space», *Revista Jurídica de Castilla y León*, Núm. 60, 2023, pp. 7-29

Descioli, Peter, «On the origins of laws by natural selection», *Evolution and Human Behavior*, Vol. 44, Núm. 3, 2023, pp. 195-209.

Hannikainen, Ivar R., Tobia, Kevin P., De Almeida, Gustavo D. F., Donelson, Raff, Dranseika, Vilius, Kneer, Markus, *et al.,* «Are there cross-cultural legal principles? Modal reasoning uncovers procedural constraints on law», *Cognitive Science*, Vol. 45, Núm. 8, 2021, pp. 13024.

Knobe, Joshua y Nichols, Shaun, «Experimental philosophy», en Edward N. ZALTA (editor), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (edición de invierno 2017). Disponible en: https://plato.stanford.edu/archives/win2017/entries/experimental-philosophy/ [Última consulta: 23 de octubre de 2024].

Martínez, Eric, «Re-evaluating GPT-4's bar exam performance», *Artificial Intelligence and Law*, 2024. Disponible en: https://doi.org/10.1007/s10506-024-09396-9 [Última consulta: 2 de noviembre de 2024].

PUGH, Jonathan y DOUGLAS, Thomas, «Neurointerventions as criminal rehabilitation: An ethical review», en Jonathan JACOBS y Jonathan JACKSON (editores), *The Routledge Handbook of Criminal Justice Ethics*, Routledge, Nueva York, 2016, pp. 95-111. Disponible en: https://doi.org/10.4324/9781315885933-8 [Última consulta: 1 de noviembre de 2024].

RAWLS, John, *A Theory of Justice*, 2.ª edición revisada, Harvard University Press, Cambridge, 1999.

ROMEO CASABONA, Carlos María, «Avances científicos y Derecho penal», en Enrique D. Crespo/ Manuel de la Cuerda Martín / Francisco García de la Torre García (coordinadores), *Derecho penal y comportamiento humano. Avances desde la neurociencia y la inteligencia artificial*, 2022, pp. 77-107.

— «Presupuestos biológicos y culpabilidad penal», en Eduardo Demetrio Crespo (director), *Neurociencias y derecho penal: Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*, Edisofer, Madrid, 2020, pp. 425-446.

— «Consideraciones jurídicas sobre los procedimientos experimentales de mejora (enhancement) en neurociencias», en Carlos María Romeo Casabona (editor), *Más allá de la salud: Intervenciones de mejora en humanos*, Comares, Granada, 2012, pp. 83-106.

RYBERG, Jesper, *Neurointerventions, Crime, and Punishment: Ethical Considerations*, Oxford University Press, Nueva York, 2020.

SHAW, Elizabeth, «Against the Mandatory Use of Neurointerventions in Criminal Sentencing», en David Birks / Thomas Douglas (editores), *Treatment for Crime*, Oxford University Press, Oxford, 2018, pp. 321-337.

26

LOS BIOBANCOS FRENTE A LA NORMATIVA EUROPEA DE PROTECCIÓN DE DATOS Y DEL ESPACIO DE DATOS DE SALUD*

PILAR NICOLÁS JIMÉNEZ
Investigadora Doctora Permanente
Departamento de Derecho Público
Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. LA CREACIÓN DE LOS BIOBANCOS CON FINES DE INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA EN EL AÑO 2007. II. LA DONACIÓN Y UTILIZACIÓN DE MUESTRAS CON FINES DE INVESTIGACIÓN BIOMÉDICA EN LA LEY 14/2007. II.1. El consentimiento para la donación de muestras a biobancos. II.1.1. *Consentimiento expreso.* II.1.2. *Consentimiento amplio.* II.2. Transferencia de muestras desde los biobancos. III. DE 2007 A 2018. LOS BIOBANCOS FRENTE A LA NORMATIVA SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS. III.1. La investigación científica en la normativa sobre protección de datos. III.2. La legitimidad del tratamiento de datos en los biobancos. III.3. Posiciones jurídicas en el tratamiento de datos en el contexto de los biobancos. IV. LOS BIOBANCOS EN EL ESPACIO EUROPEO DE DATOS DE SALUD. V. CONCLUSIONES. VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN. LA CREACIÓN DE LOS BIOBANCOS CON FINES DE INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA EN EL AÑO 2007

La Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica (en adelante LIB) estableció el régimen jurídico de la obtención, almacenamiento, utilización y cesión de muestras biológicas humanas con fines de investigación biomédica. La nueva regulación trató de conciliar los intereses de los sujetos fuente, de los investigadores y de la sociedad en general en tanto beneficiaria última del avance de la ciencia, y diseñó mecanismos de equilibrio entre todos ellos[1].

* Este trabajo se ha realizado en el marco del Grupo de Investigación del Sistema Universitario Vasco en Ciencias Sociales y Jurídicas aplicadas a las Nuevas Tecnociencias de la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea IT 1541-22 (Departamento de Educación del Gobierno Vasco).

[1] El profesor Carlos María Romeo Casabona desempeñó un importante papel en la redacción de esta normativa. Tuve el privilegio de poder colaborar con él y codirigir un trabajo en el que participaron expertos de diferentes disciplinas, donde se planteó la necesidad de regular la utilización de muestras

Con este propósito, se plantean tres posibilidades o regímenes de utilización de muestras con fines de investigación: las muestras se pueden obtener y utilizar en el marco de un proyecto concreto, de una colección o de un biobanco[2]. En este último caso, se prevén condiciones más flexibles para la gestión de las muestras con el objetivo de facilitar su puesta a disposición de la comunidad científica, pero se exige, a la vez, determinadas medidas organizativas para garantizar el respeto a los derechos de los sujetos fuente.

Esto se traduce en una serie de exigencias para que una institución se autorice y registre como biobanco, esbozadas en la LIB y desarrolladas en Real Decreto 1716/2011, de 18 de noviembre, por el que se establecen los requisitos básicos de autorización y funcionamiento de los biobancos con fines de investigación biomédica y del tratamiento de las muestras biológicas de origen humano, y se regula el funcionamiento y organización del Registro Nacional de Biobancos para investigación biomédica. En términos de su exposición de motivos, en el RD 1716/2011 «se desarrolla la distinción marcada en el art. 70.2 de la Ley 14/2007, de 3 de julio, entre el régimen aplicable a las colecciones de muestras y a los biobancos, que queda justificada por las características particulares de estos establecimientos, entre las que destaca su vocación de servicio público, para poner a disposición de la comunidad científica el material biológico necesario para la investigación en unas óptimas condiciones que aseguren la competitividad y excelencia de la investigación en España»; esta distinción se plasma en dos puntos fundamentales que hacen posible que los biobancos cumplan con su vocación de servicio público, continúa la exposición de motivos: las muestras que se incorporen a los biobancos podrán utilizarse para cualquier investigación biomédica y su cesión a terceros no requiere un consentimiento expreso para cada caso, como ocurre con las muestras que se gestionan en colecciones.

Esta flexibilidad en la cesión y utilización de las muestras se desenvuelve en una estructura compleja que opera como garantía de los derechos de los donantes y su sostenibilidad: el biobanco debe ser autorizado por la autoridad administrativa correspondiente, se inscribirá en un registro público, contará con un titular (responsable de su funcionamiento), un titular de la dirección científica, un responsable del fichero de datos (que atenderá las solicitudes de ejercicio de los derechos de acceso a los datos

---

biológicas humanas con fines de investigación y se incluyeron propuestas que fueron recogidas en la legislación: *Guía práctica para la utilización de muestras biológicas en investigación biomédica*, Fundación Instituto Roche, 2006.

Para una aproximación general más reciente a este régimen: Nicolás, Pilar, «Investigación con muestras biológicas y Biobancos», en Carlos Romeo, Pilar Nicolás, Sergio Romeo (Dir.), *Manual de Bioderecho*, Dykinson, 2025, pp. 671-696.

[2] García del Pozo, Javier / Martín Arribas, María Concepción / Arias-Díaz, Javier, «Aspectos prácticos de la nueva normativa para el almacenamiento de muestras destinadas a la investigación en España», *Medicina Clínica*, vol. 140, n.º 8, 2013, pp. 375 y ss.

personales, rectificación, cancelación u oposición formulados por los sujetos) y con dos comités externos: uno científico (comité científico externo del biobanco, CCEB) y otro de ética (comité de ética externo del biobanco, CEEB). Estos comités estarán integrados por personas con conocimientos suficientes en las materias relacionadas con las funciones desempeñadas y contarán con reglamentos internos de funcionamiento, que establecerán los mecanismos oportunos que aseguren la independencia y ausencia de conflictos de interés en el proceso de toma de decisiones.

El biobanco se define como «un establecimiento público o privado, sin ánimo de lucro, que acoge una o varias colecciones de muestras biológicas de origen humano con fines de investigación biomédica, organizadas como una unidad técnica con criterios de calidad, orden y destino» (art. 3 d LIB), cuya creación solo se podrá autorizar si su organización, objetivos y medios disponibles justifican su interés biomédico» (art. 63 LIB).

Una década más tarde, en 2018, se aprobó el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos, en adelante RGPD) y en España la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de derechos digitales (LOPDyGDD). Estas dos normas constituyen un nuevo régimen general para el tratamiento de datos de carácter personal y, por primera vez, otro específico para el tratamiento de datos de carácter personal con fines de investigación biomédica.

En estas páginas se analizarán algunas interacciones entre la regulación de los biobancos en la LIB con la normativa sobre protección de datos de carácter personal y se aportarán algunas reflexiones sobre la reciente creación de un espacio europeo de datos sanitarios donde los biobancos deberán encontrar su lugar (Reglamento (UE) 2025/327 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2025, relativo al Espacio Europeo de Datos de Salud, y por el que se modifican la Directiva 2011/24/UE y el Reglamento (UE) 2024/2847. En adelante REEDS). El trabajo comienza con un epígrafe que contiene una descripción resumida del sistema de gestión de muestras y datos en los biobancos, para poder confrontarlo, en los siguientes, con aquellos reglamentos europeos.

II. La donación y utilización de muestras con fines de investigación biomédica en la ley 14/2007

Como se acaba de señalar, los biobancos se crearon para garantizar la disponibilidad de muestra y regular su circulación. Los datos asociados a las muestras son también objeto de esta normativa (art. 2 n del RD 1716/2011), pero el tratamiento de información clínica añadida queda sujeta a la normativa sobre protección de datos (art. 69.6 LIB). Es importante. Por consiguiente, es muy relevante señalar las diferencias entre muestras y datos a efectos jurídicos, que son, en primer lugar, de carácter conceptual.

A efectos legales, la muestra biológica es «cualquier material biológico de origen humano susceptible de conservación y que pueda albergar información sobre la dotación genética característica de una persona» (art. 3 o LIB). Entra por tanto en esta definición prácticamente todo producto o parte del cuerpo separada del mismo, y a su obtención, utilización, almacenamiento o cesión con fines de investigación biomédica se aplicará el régimen del Título V de la LIB y del RD 1716/2011.

Como parte separada del cuerpo de una persona, la muestra biológica tiene una naturaleza jurídica derivada de su carácter físico o material, distinta de la que deriva de ser soporte de información relativa a esa persona[3]. La tutela jurídica de las muestras biológicas ha de situarse en un momento anterior y ajeno al de la realización del análisis y extenderse a otros supuestos, como, por ejemplo, la posibilidad de manipulación experimental, incluso con fines generativos (reproductivos o no) o su implantación en otra persona.

Si se llevara a cabo aquella operación (el análisis), el objeto de tutela serían también los datos obtenidos, pero, en cualquier caso, las muestras no deben quedar desprotegidas ni los sujetos fuente desprovistos de poder de decisión sobre las mismas. La muestra biológica es, además de un soporte de datos, una parte del cuerpo: si la muestra se *anonimizara*, las posibles implicaciones de su utilización para el derecho a la protección de datos de carácter personal se disolverían, pero subsistirían otras para otros derechos. Estos derechos se refieren a las facultades de los sujetos para decidir el destino de las partes de su cuerpo.

II.1. **El consentimiento para la donación de muestras a biobancos**

II.1.1. ***Consentimiento expreso***

Cuando se precisa una intervención invasiva para la obtención de la muestra, la exigencia de consentimiento expreso es un principio unánimemente establecido por las normas internacionales de distinta naturaleza y asumido por el derecho español (existirá una afectación a la integridad física del individuo). Sin embargo, cuando se pretende la utilización de muestras para investigación como fin secundario (muestras que fueron obtenidas con otra finalidad y que se encuentran almacenadas), la solución es más flexible y existen divergencias entre las regulaciones según los países y excepciones dentro de las normas generales si prevén que en este caso es preciso también el consentimiento expreso del sujeto fuente.

En efecto, según el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la

[3] Alkorta Idiakez, Itziar, «Uso de la información genética humana con fines de investigación biomédica: el caso de los biobancos poblacionales», *Derecho Privado y Constitución*, n.º 22, enero-diciembre 2008, pp. 20 y ss; Nicolás, Pilar, «Muestra biológica», en Romeo Casabona, Carlos María (Ed.) *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, Comares, Granada, 2011.

Biología y la Medicina (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina), de 4 de abril de 1997: «Cuando una parte del cuerpo humano haya sido extraída en el curso de una intervención, no podrá conservarse ni utilizarse con una finalidad distinta de aquélla para la que hubiera sido extraída, salvo de conformidad con los procedimientos de información y de consentimiento adecuados» (artículo 22). Ahora bien, se afirma en el Informe Explicativo que: «El proceso de información y consentimiento puede variar de acuerdo con las circunstancias, permitiendo así cierta flexibilidad, dado que no se requiere sistemáticamente el consentimiento expreso de la persona para usar partes de su cuerpo. Así, a veces no será posible, o será muy difícil, encontrar de nuevo a las personas para pedirles su consentimiento. En algunos casos, será suficiente que el paciente o su representante, que han sido debidamente informados (por ejemplo, por medio de folletos entregados en el hospital a las personas implicadas) no se opongan expresamente. En otros casos, dependiendo de la naturaleza de la utilización que se vaya a dar a las partes extraídas, será necesario el consentimiento expreso y específico, especialmente cuando se recoja información sensible sobre individuos identificables» (párrafo 137).

En España se prevé la exigencia de consentimiento expreso para la utilización de muestras biológicas con fines de investigación se produzca o no intervención física para su obtención (incluso si se va a proceder a su anonimización). Ambas expresiones de voluntad (en relación con la intervención y en relación con la utilización) pueden plasmarse en un mismo documento y la información previa que reciba el sujeto se habrá de referir a cuestiones relativas a los dos actos e incluir por tanto los riesgos de la intervención física en su caso.

Así, el artículo 58 de la LIB dispone: «1. La obtención de muestras biológicas con fines de investigación biomédica podrá realizarse únicamente cuando se haya obtenido previamente el consentimiento escrito del sujeto fuente y previa información de las consecuencias y los riesgos que pueda suponer tal obtención para su salud. Dicho consentimiento será revocable. 2. El consentimiento del sujeto fuente será siempre necesario cuando se pretendan utilizar con fines de investigación biomédica muestras biológicas que hayan sido obtenidas con una finalidad distinta, se proceda o no a su anonimización».

En definitiva, el legislador español ha desechado la opción de presumir el consentimiento para el uso secundario de las muestras incluso cuando no quede comprometido derecho alguno sobre los datos, esto es, cuando las muestras se vayan a anonimizar (salvo en el caso de muestras de sujetos fallecidos, como se verá más adelante). No obstante, se contempla un régimen excepcional y otro especial (transitorio) en función de los cuales quedan abiertas otras posibilidades (art. 58.2 párrafo 2.º y Disposición Transitoria 2.ª LIB).

II.1.2. ***Consentimiento amplio***

Uno de los puntos más conflictivos y discutidos en relación con el régimen de la donación de material humano con fines de investigación es el que se refiere a la ampli-

tud del consentimiento[4]. En efecto, si el consentimiento para el tratamiento de datos de carácter personal debe ser específico[5], como también debe serlo para la participación en una investigación biomédica, ¿es legítimo que un sujeto done su muestra biológica para «cualquier finalidad dentro del marco de la investigación biomédica»?

En la discusión se cuestiona la oportunidad de que el sujeto acepte unos términos que puedan suponer la pérdida del control sobre el uso de sus muestras y sus datos si es que no sabe en concreto en qué proyecto, quién y dónde se van a utilizar, y que, de hecho, esta situación invalide el consentimiento; por otra parte, se plantea la necesidad de que existan fórmulas operativas que faciliten la disponibilidad de muestras para la investigación.

Como se adelantó, en España se ha articulado un sistema que ofrece distintas posibilidades en este sentido y se considera que es legítimo el consentimiento en términos muy amplios cuando la gestión de la muestra se lleva a cabo en unas condiciones que garantizan la efectividad de los derechos del sujeto en relación con sus muestras y datos mediante controles muy estrictos por parte de una institución responsable (biobanco), que actúa como «un intermediario» entre el donante y el investigador.

II.2. **Transferencia de muestras desde los biobancos**

La amplitud del consentimiento incide en el régimen de la cesión de las muestras, puesto que las que fueron donadas para un proyecto concreto o para una línea de investigación no podrán cederse sin el correspondiente consentimiento para otras finalidades ni a sujetos distintos de los señalados. Pero si el sujeto ha consentido a que sus muestras se utilicen en el ámbito de un biobanco, podrán ser cedidas sin necesidad de nuevos consentimientos en los términos establecidos en el RD 1716/2011. No obstante, en determinados casos se podría considerar la necesidad de informar sobre la cesión al sujeto fuente, si es que de las circunstancias concretas se pudiera derivar que la cesión presenta implicaciones de particular relevancia o no contempladas en la información que se dio al sujeto cuando donó su muestra (art. 15.3 RD 1716/2011).

El proceso de cesión de muestras de un biobanco a un investigador se inicia con una solicitud donde se describirá el proyecto, la necesidad de las muestras y las condiciones en que van a ser gestionadas. A esta solicitud se acompañará el informe favorable del comité de ética de la investigación correspondiente al centro donde se desarrollará el proyecto. Esta solicitud será resuelta por el director científico (art. 13), previo informe

[4] Gottweis, Herber (Coord): *Biobanks for Europe. A Challenge for Governance*, European Commisssion, 2012, p. 27.

[5] El consentimiento es «toda manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca por la que el interesado acepta, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen» (art. 4.11 RGPD).

de los comités externos de biobanco, vinculantes si son desfavorables (art. 34.6.1.º). En otro caso, el director podría denegar la solicitud de forma justificada (art. 34.6. 2.º) amparándose en razones de interés científico e incluso organizativo del biobanco, pero sin caer en restricciones a la circulación que puedan llegar a contravenir la vocación de servicio público de estos establecimientos. Aprobada la solicitud, se firmará un acuerdo donde se fijen los compromisos del receptor y se enviarán las muestras anonimizadas o seudonimizadas, los datos asociados, y otra información clínica, según los términos de la solicitud y la autorización. La información sobre las cesiones estará disponible si el sujeto fuente la solicitara.

Por lo que se refiere a la circulación internacional de muestras, se aplican los mismos requisitos que a las cesiones en el ámbito nacional: información al sujeto fuente en los términos correspondientes a cada régimen de utilización (proyecto, colección o bibanco), acuerdo entre los centros y control por parte del CEI o de los Comités Externos del biobanco. Además, en su caso, se habrá de tener en cuenta lo previsto para las transferencias internacionales de datos de carácter personal.

En las cesiones internacionales se deberán articular las garantías necesarias para asegurar que los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico español a los donantes podrán también ser efectivos si la investigación se lleva a cabo en otro país, como puede ser el derecho de retorno de resultados con posible relevancia para la salud (no reconocido en el RGPD, sí en la LIB). El acuerdo de cesión de muestras entre los centros debe contemplar este compromiso.

III. De 2007 a 2018. Los biobancos frente a la normativa sobre protección de datos

Hasta el año 2018 nuestro ordenamiento jurídico no contaba con un régimen jurídico específico, pero a la vez global, para el tratamiento de datos con fines de investigación biomédica. No puede entenderse como tal la alusión en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (en adelante LAP) a la utilización de la historia clínica con este propósito[6], junto con algunas menciones dispersas en la propia LIB, fundamentalmente referidas a «muestras biológicas» y «datos asociados» a estas muestras. La remisión prevista en su disposición final segunda a la normativa

[6] La alusión de la LAP se limita a señalar que «El acceso a la historia clínica con fines (…) de investigación (…) se rige por lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, y demás normas de aplicación en cada caso. El acceso a la historia clínica con estos fines obliga a preservar los datos de identificación personal del paciente, separados de los de carácter clínico-asistencial, de manera que, como regla general, quede asegurado el anonimato, salvo que el propio paciente haya dado su consentimiento para no separarlos».

de protección de datos en lo no previsto en esta ley cerraba este sistema, que no ofrecía respuestas satisfactorias ni suficientes ni claras en relación con las reglas aplicables a la obtención, almacenamiento, utilización y cesión de datos en este sector, lo cual afectaba indirectamente al sistema de circulación de muestras biológicas, datos asociados y otros datos de salud de los sujetos que las acompañaban. Esta cuestión se solventó con la aprobación del RGPD y de la LOPDyGDD[7].

III.1. **La investigación científica en la normativa sobre protección de datos**

El RGPD reconoce los beneficios del tratamiento de datos y del recurso a las nuevas tecnologías disponibles para su análisis. En el considerando 157 se afirma que la combinación de información de diferentes registros que contengan distintas categorías de datos y de un gran número de personas permite a los investigadores obtener conocimientos de patologías muy relevantes para la población («como las enfermedades cardiovasculares, el cáncer y la depresión») y llegar a conclusiones más sólidas «ya que se basan en una población mayor». Estas herramientas pueden contribuir a mejorar las políticas sanitarias y la eficiencia de los servicios sociales y, por consiguiente, la calidad de vida de la población. Estos beneficios suponen que el tratamiento de datos con estos fines por parte de los investigadores es lícito, siempre que se garanticen los derechos de los sujetos.

Se establece así una concepción de la investigación biomédica como un proceso que persigue un beneficio social, a corto, medio o largo plazo, considerado éste de forma muy amplia (mejora de la calidad de vida) pero, a la vez, limitando aquella actividad, a efectos del RGPD, en razón de esta finalidad concreta. La necesidad de compartir y publicar los datos en el ámbito de la investigación científica, requiere la articulación de condiciones especiales que den respuesta a las especificidades del tratamiento de datos personales en este contexto (considerando 159). Partiendo de esta premisa, en el considerando se admite una interpretación amplia de esta actividad, incluyendo el desarrollo tecnológico y la demostración, la investigación fundamental, la investigación aplicada, la investigación financiada por el sector privado, y los estudios realizados en interés público en el ámbito de la salud pública[8].

[7] Cotino, Lorenzo, «El alcance e interactuación del régimen jurídico de los datos personales y big data relacionado con salud y la investigación Biomédica», *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 52, 2020, pp. 85 y ss. Alkorta Idiakez, Itziar, *El Espacio Europeo de Datos Sanitarios: nuevos enfoques para la protección e intercambio de datos sanitarios*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, p. 181.

[8] Sobre el concepto de investigación científica en este contexto: Nicolás, Pilar, «Garantías y excepciones aplicables al tratamiento con fines de investigación biomédica» en Antonio Troncoso Reigada (coord.) *Comentarios al Reglamento General de Protección de Datos y a la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal*, Thomson Reuters, 2021, pp. 3410 y s.

La investigación científica es un término de significado muy amplio porque se refiere a la búsqueda de conocimientos, a través de una determinada metodología, en cualquier área del saber humano. El RGPD no recoge una definición de «investigación científica» pero se refiere a esta actividad, evidentemente, cuando requiera datos de personas identificadas o identificables.

Se diferencia la investigación «científica» de la «histórica» y de los «fines estadísticos», y abarca la investigación en las ciencias de la vida, relacionada con la salud humana, pero también en otros campos, como las ciencias sociales (considerandos 157 y 159). En cualquier caso, la investigación científica, a efectos de las particularidades que contempla el RGPD, debe reportar «beneficios», al menos potencialmente: esta expectativa justifica un régimen singular que permite establecer excepciones a ciertos derechos (art. 89.2), compartido con la investigación histórica y con el tratamiento con fines estadísticos que, a su vez, pueden suponer aportaciones relevantes al saber humano y conocimientos valiosos para la mejora de servicios y de la gestión de estructuras que inciden en las condiciones de vida. Las tres actividades tienen en común que requieren como «materia prima» datos de carácter personal de un elevado número de personas.

En este marco, el RGPD realiza una interpretación amplia de la actividad científica, donde cabe «el desarrollo tecnológico y la demostración, la investigación fundamental, la investigación aplicada y la investigación financiada por el sector privado» (considerando 159). Esta concepción tan extensa, que acoge proyectos de investigación con resultados publicables y otros estudios analíticos, sin excluir, acertadamente, los financiados por entidades privadas o con fines comerciales[9], plantea la necesidad de establecer ciertos criterios que permitan comprender hasta dónde se pueden aplicar las excepciones previstas en el art. 89.2 (y otras particularidades en relación con el régimen general), en un escenario de crecimiento de procedimientos de análisis de datos. Con este propósito, en el marco de la investigación en salud, en el que se centra este trabajo, se podría tener en consideración los siguientes parámetros:

- La actividad debe contribuir al aumento del conocimiento (investigación científica en sentido estricto) o a la utilización del conocimiento para la producción de dispositivos, materiales, servicios, procesos o productos (desarrollo tecnológico y demostración)[10].
- La actividad se debe desarrollar bajo determinados estándares de calidad (profesional, metodológica e institucional).

[9] Es crítica con esta opción Manis, Maria Luisa, «The processing of personal data in the context of scientific research. The new regime under the EU-GDPR», *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, núm.3/2017, pp. 341 y ss.

[10] OECD, *Guidelines for Collecting and Reporting Data on Research and Experimental Development*, 2015, pp. 50-52. Accesible en: https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264239012-en.pdf?expires=1542708007&id=id&accname=guest&checksum=CD690904CCABE814591D468F2D207D5E.

- La actividad debe reportar un beneficio (directo o indirecto) para la salud (entendida en sentido amplio)[11] de la población en general o de un grupo en particular (por ejemplo, los afectados por enfermedades de baja prevalencia), vaya a depender éste, o no, de una contraprestación (por ejemplo, el pago por adquirir un medicamento o un dispositivo de diagnóstico).

De acuerdo con esta perspectiva, la investigación científica, a efectos del RGPD, abarca la actividad tanto de generación como de aplicación del conocimiento y excluye la actividad que no presente unas garantías de rigor en su desarrollo, así como la que persiga fines que no supongan un beneficio potencial para la salud de una generalidad más o menos numerosa de personas (por ejemplo, la fabricación de armas biológicas o la clonación reproductiva —que es ilícita—). Los procedimientos que permitan la adecuada evaluación de estos parámetros, que pueden variar según los casos, representarán garantías para el tratamiento de los datos en el sentido previsto en el art. 89.1.

El propósito, dice el RGPD, de estas garantías, es asegurar el respeto al principio de minimización de los datos personales. De manera que este es el primer parámetro que se deberá analizar para comprobar si se cumplen las condiciones para el tratamiento de los datos: los datos (en relación con el número de afectados, con su naturaleza y con su volumen) deberán ser necesarios para llevar a cabo la investigación en particular.

El art. 89.1 dispone que las garantías adecuadas «deben reflejarse en medidas técnicas y organizativas», como, por ejemplo, la seudonimización, de manera que se considera este procedimiento como una de las medidas, única o acompañada de otras, según los casos, más relevante en el contexto de la investigación biomédica.

La seudonimización de datos es una operación muy frecuente en investigación biomédica. De hecho, en España, la LIB fue la primera norma sectorial que definió y manejó esta noción (casi equivalente al dato codificado o reversiblemente disociado)[12]. En efecto, el investigador no tiene interés en conocer la identidad del sujeto, esta información no es relevante para alcanzar sus fines, pero sí requiere la trazabilidad (que se mantiene con la reversibilidad de la disociación) para poder hacer seguimiento de un proceso o informar si hay descubrimientos con relevancia para la salud. Incluso, se ha llegado a sostener que no debe recurrirse a la anonimización de datos para facilitar su tratamiento si es que la investigación pudiera reportar potencialmente algún beneficio para el sujeto, puesto que impediría ese retorno.

No obstante, la seudonimización, que supone extraer los identificadores de los datos a los que accede el investigador, no elimina las posibilidades de identificación, sobre

[11] Como estado de bienestar físico, mental y social, no solo ausencia de enfermedad (Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, de 1946).

[12] Sobre la confusión que puede llegar a generar la terminología, véase KNOPPERS, Bartha / SAGINUR, Madelaina, «The Babel of genetic data terminology», *Nature Biotechnology*, vol. 23, 2005, pp. 925 y ss.

todo para determinados casos y teniendo en cuenta el alcance de las nuevas tecnologías[13]. Por ejemplo, en el caso de los datos genéticos desde la perspectiva biológica y teniendo en cuenta que el genoma es único para cada individuo, el sujeto fuente de un análisis de genoma completo o de una secuencia de ADN es siempre potencialmente identificable comparando esta secuencia (dubitada) con otra indubitada (que se sabe con certeza a quién se refiere). En este sentido los datos genéticos son, potencialmente, identificadores en sí mismos[14]. Por esta razón, la seudonimización debe ir acompañada de otras medidas, algunas de las cuales se han implementado ya en proyectos de investigación de gran trascendencia por su dimensión geográfica, número de sujetos implicados o naturaleza de la información generada[15]. Es imprescindible que estos mecanismos se gradúen en función de los riesgos que presente cada proyecto o tratamiento y que sean dinámicos, revisables y adaptables a los nuevos escenarios tecnológicos que se vayan configurando. En particular, según la LOPDyGDD la seudonimización debe realizarse asegurando, primero, una «separación técnica y funcional entre el equipo investigador y quienes la lleven a cabo la seudonimización y conserven la información que posibilite la reidentificación»; segundo, que «los datos seudonimizados únicamente sean accesibles al equipo de investigación cuando: i) Exista un compromiso expreso de confidencialidad y de no realizar ninguna actividad de reidentificación, y ii) Se adopten medidas de seguridad específicas para evitar la reidentificación y el acceso de terceros no autorizados» (Disposición Adicional 17.ª2 d, LOPDyGDD). Todas estas condiciones se cumplen en el caso de los biobancos, que transfieren las muestras a los investigadores siguiendo estos criterios.

Además de la seudonimización, entre estas garantías, la intervención de un comité de ética de la investigación es la más implantada y generalizada[16]. Este procedimiento constituye una de las medidas más eficaces y garantistas a efectos del art. 89.1. De nuevo, recordemos que en el sistema de circulación de muestras desde los biobancos

[13] Sobre la garantía de seudonimización en la normativa sobre protección de datos, ROMEO CASABONA, Carlos María, «Revisión de las categorías jurídicas de la normativa europea ante la tecnología del big data aplicada a la salud», *Revista de Derecho y Genoma Humano,* núm. Extraordinario, 2019, pp. 106 y ss.

[14] Es la opinión de ELGER, Bernice S. / CAPLAN, Arthur L., «Consent and anonymization in research involving biobanks: Differing terms and norms», *EMBO Rep*., vol. 7, núm. 7, 2006, pp. 661–666, que ha sido criticada, por ejemplo, en P3G Consortium, *et al.,* «Public Access to Genome-Wide Data: Five Views on Balancing Research with Privacy and Protection», *PLoS Genet,* vol. 5, núm. 10, 2009. Accesible en http://www.plosgenetics.org/article/info%3Adoi%2F10.1371%2Fjournal.pgen.1000665#s1.

[15] Por ejemplo, los Institutos Nacionales de Salud de los Estados Unidos, han revisado recientemente sus políticas en este sentido y han decidido que las bases de datos de genomas completos (GWAS) no sean de acceso libre, sino que requieran una solicitud que se estudiará caso por caso.

http://grants.nih.gov/grants/guide/notice-files/NOT-HG-10-006.html.

[16] ROMEO, Carlos / NICOLÁS, Pilar (coords.), *Controles éticos en la actividad Biomédica. Análisis de situación y recomendaciones*, Instituto Roche para las soluciones integrales de salud, Madrid 2009, p. 1.

se prevé evaluación ética tanto el proyecto del solicitante como de la propia cesión, por los comités que correspondan en cada caso.

Por otra parte, recuérdese que otros mecanismos previstos en el régimen general del RGPD pueden representar medidas adecuadas también en el tratamiento de datos para investigación biomédica en el sentido del art. 89.1, como la evaluación de impacto o el asesoramiento del delegado de protección de datos[17].

En resumen, las garantías para los derechos de los sujetos en el tratamiento de datos con fines de investigación biomédica deben partir de lo previsto con carácter general en el RGPD (por ejemplo, arts. 32 y 35 RGPD —seguridad del tratamiento y evaluación de impacto—) y completarse con mecanismos adecuados y adaptados a este contexto, que no obstaculicen el desarrollo de esta actividad.

Pues bien, como se señaló, un biobanco es un establecimiento creado con la finalidad de garantizar la disponibilidad de muestras humanas para fomentar la investigación bomédica, cuya creación solo se podrá autorizar si «su organización, objetivos y medios disponibles justifiquen su interés biomédico» (art. 63 LIB). El capítulo I del Título I del RD 1716/2011 ha desarrollado un régimen muy detallado que describe como novedad relevante respecto a la LIB los requisitos mínimos para la autorización y los términos en que ésta se debe solicitar (arts. 5 y 6), la duración de dicha autorización (indefinida, según el art. 7), las consecuencias de modificaciones en el funcionamiento o estructura del biobanco (art. 8), las causas y efectos de la revocación de autorización y del cierre del biobanco (arts. 10 y 11). Esta regulación tan detallada y exigente, que persigue garantizar la calidad del material que albergan los biobancos, la transparencia de su funcionamiento, la disponibilidad de muestras, y el respeto a los derechos de los sujetos, marca una gran diferencia entre estos establecimientos y otros sistemas de gestión de muestras (colecciones y biobancos). Esta diferencia hace que los biobancos se constituyan en el entorno más adecuado para la utilización de las muestras, aunque queden abiertas otras opciones que satisfagan las necesidades de cada investigador o equipo.

Así, dada la vocación de servicio público de los biobancos, el consentimiento de los donantes se otorga en términos más amplios que para proyectos concretos o para colecciones dedicadas a una línea de investigación, y las muestras se ponen a disposición de todo investigador que justifique el interés de su proyecto, aprobado por un CEI, y garantice el uso legítimo de las muestras. Estas cesiones desde el biobanco no requieren consentimiento específico del donante, que fue informado de este sistema de gestión.

Por consiguiente, se puede concluir que su actividad queda enmarcada en lo que el RGPD entiende por investigación científica, con garantías de máxima calidad e interés,

[17] Chassang, Gauthier, «The impact of the EU general data protection regulation on scientific research», *Ecancermedicalscience*, vol. 11, 2017, p. 7.

y que al tratamiento de los datos que realicen les será aplicable el régimen correspondiente previsto en esta normativa.

III.2. **La legitimidad del tratamiento de datos en los biobancos**

Según el primer principio establecido en el artículo 5.1 del RGPD, el tratamiento de datos debe tener siempre una base legítima de las recogidas en el artículo 6. Además, cuando se trata de un dato que entre dentro de las categorías especiales (datos personales que revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical, y el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud o datos relativos a la vida sexual o las orientación sexuales de una persona física), el tratamiento de los datos está prohibido como regla general, de acuerdo con lo que señala el artículo 9.1 del GDPR. Para levantar esta prohibición debe concurrir alguna de las condiciones específicas mencionadas en el artículo 9.2. Algunas de estas condiciones exigen un sustento normativo en el derecho de los Estados o de la Unión.

Las bases que pueden legitimar el tratamiento son supuestos que se enumeran en el artículo 6.1 RGPD:

a) el interesado dio su consentimiento para el tratamiento de sus datos personales para uno o varios fines específicos;
b) el tratamiento es necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado es parte o para la aplicación a petición de este de medidas precontractuales;
c) el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento;
d) el tratamiento es necesario para proteger intereses vitales del interesado o de otra persona física;
e) el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento;
f) el tratamiento es necesario para la satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento o por un tercero, siempre que sobre dichos intereses no prevalezcan los intereses o los derechos y libertades fundamentales.

Las condiciones que pueden justificar el tratamiento de datos sensibles se enumeran en el artículo 9.2 RGPD. Las que pueden ser más relevante a los efectos del tema de este trabajo son:

> «a) el interesado dio su consentimiento explícito para el tratamiento de dichos datos personales con uno o más de los fines especificados, excepto cuando el Derecho de la Unión o de los Estados miembros establezca que la prohibición mencionada en el apartado 1 no puede ser levantada por el interesado»;
>
> «g) el tratamiento es necesario por razones de un interés público esencial, sobre la base del Derecho de la Unión o de los Estados miembros, que debe ser proporcional al objetivo perseguido, respetar en lo esencial el derecho a la protección de datos y establecer

> medidas adecuadas y específicas para proteger los intereses y derechos fundamentales del interesado»;
>
> «j) el tratamiento es necesario con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos, de conformidad con el artículo 89, apartado 1, sobre la base del Derecho de la Unión o de los Estados miembros, que debe ser proporcional al objetivo perseguido, respetar en lo esencial el derecho a la protección de datos y establecer medidas adecuadas y específicas para proteger los intereses y derechos fundamentales del interesado».

Como se señala en estos apartados, los supuestos previstos en las letras g), y j) requieren constancia en una previsión legal expresa. Pues bien, la LOPDyGDD ha recogido el régimen de tratamiento de datos con fines de investigación en salud en su DA 17.ª1, sin hacer referencia a una u otra base de legitimación para el tratamiento de datos, lo que supone que podría identificarse cualquiera de las previstas en el artículo 6, sin que se requiera ninguna combinación específica entre bases de legitimación generales y justificaciones para el tratamiento de datos sensibles.

El consentimiento como base de legitimación del tratamiento de datos es una «manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca por la que el interesado acepta, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen» (art. 3.1 RGPD). El consentimiento para el tratamiento de datos especialmente protegidos debe ser una manifestación «explícita (art. 9.1 RGPD).

El requisito de especificidad ha sido una de las cuestiones más debatidas cuando se examina la adecuación del consentimiento para investigación biomédica. Los términos de la discusión giran en torno a su mayor o menor amplitud. Como se ha señalado más arriba, la LIB admite un consentimiento en sentido amplio («para investigación biomédica») exclusivamente cuando la donación de la muestra se dirige a un biobanco. Los mecanismos de gestión y el resto de los requisitos que se exigen a estas entidades, así como su carácter de servicio público, justifican que se admita la validez de la donación en estos términos. Este régimen se refiere al acto de la donación de la muestra pero no es tan evidente que se pueda aplicar al consentimiento como base legal del tratamiento de datos.

En efecto, como se ha advertido, el RGPD, el consentimiento debe ser «específico», expresión que se interpreta de manera flexible cuando la finalidad del tratamiento sea la investigación biomédica: «Con frecuencia no es posible determinar totalmente la finalidad del tratamiento de los datos personales con fines de investigación científica en el momento de su recogida. Por consiguiente, debe permitirse a los interesados dar su consentimiento para *determinados ámbitos de investigación científica* que respeten las normas éticas reconocidas para la investigación científica. Los interesados deben tener la oportunidad de dar su consentimiento solamente para determinadas áreas de investigación o partes de proyectos de investigación, en la medida en que lo permita la finalidad perseguida» (considerando 33). Igualmente, la LOPDyGDD prevé que «El

interesado o, en su caso, su representante legal podrá otorgar el consentimiento para el uso de sus datos con fines de investigación en salud y, en particular, la biomédica. Tales finalidades podrán abarcar categorías relacionadas con áreas generales vinculadas a una especialidad médica o investigadora DA 17.ª2 a).

En definitiva, se puede observar que la amplitud del consentimiento como acto legitimador del tratamiento de datos con fines de investigación biomédica se puede referir a un área o línea de investigación mientras que el consentimiento previsto en la LIB para la donación de muestras a biobancos se puede referir (así se señala inequívocamente) a cualquier investigación biomédica.

No obstante, al contrario de lo que pueda parecer, esta diferencia no supone una contradicción entre el régimen de la donación en la LIB y del tratamiento de los datos en el RGPD y en la LOPDyGDD, puesto que se están regulando situaciones distintas: la donación de una muestra a un biobanco como una parte del cuerpo de una persona, puede abarcar cualquier investigación biomédica, pero el tratamiento de los datos exige la identificación de una base jurídica ajustada a la normativa correspondiente.

Entre las bases jurídicas que contempla el artículo 6 RGPD, una de las más ajustadas al caso de los biobancos es el interés público que representa su actividad (que es el fundamento que justifica la creación y autorización de estas instituciones), aunque no hay que descartar otras, como la obligación legal en la fase de transferencia de datos (cuando se cumplen las condiciones correspondientes, la negativa a esta transferencia debe estar debidamente justificada, véase apartado II.5)[18].

Por otra parte, no debe confundirse consentimiento con información. El RGPD exige que el titular de los datos sea informado de las circunstancias del tratamiento (arts. 13 y 14), como obligación del responsable, derivada del principio de transparencia (art. 5.1 a), independientemente de la base de legitimación que se haya identificado. Para determinar de qué debe ser informado el donante de muestras a un biobanco, deben

[18] La discusión sobre la base legal que sustenta el tratamiento de datos con fines de investigación científica no está cerrada y puede variar entre los diferentes países, escenarios en los que se desenvuelve la investigación o incluso sus distintas fases. Véase Comité Europeo de Protección de Datos, Dictamen 3/2019 sobre las preguntas y respuestas acerca de la relación entre el Reglamento sobre ensayos clínicos (REC) y el Reglamento general de protección de datos (RGPD) [artículo 70, apartado 1, letra b)]. En España, para los ensayos clínicos, según el Código de Conducta de Farmaindustria, regulador del tratamiento de datos personales en el ámbito de los ensayos clínicos y otras investigaciones clínicas y de la farmacovigilancia, aprobado por la Agencia Española de Protección de datos en el año 2022, se ha identificado como tal la obligación legal (p. 5). Para otros supuestos, se han propuesto diferentes alternativas, sustentadas en la Disposición Adicional 17.ª de la LOPDyGDD: Rubí Navarrete, Jesús, «Novedades sobre la investigación sanitaria. El dictamen 3/2019 de Comité Europeo de Protección de Datos», *Comunicaciones en Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia*, núm. 86, 2019, p.16. En cualquier caso, recordemos que el Supervisor Europeo de Protección de Datos publicó *A Preliminary Opinion on data protection and scientific research*, 2020, donde se dejó abierta la cuestión y se remitió a un análisis posterior que todavía no se ha publicado.

integrarse las obligaciones de informar para la donación de muestras y para la donación de datos, cuyos regímenes son distintos y complementarios.

Es importante advertir que cada fase del tratamiento de los datos ha de estar debidamente legitimada por quien ostente la responsabilidad y, por lo tanto, al biobanco le corresponderá justificar la obtención, almacenamiento y transferencia de los datos, mientras que el solicitante y receptor de datos, deberá hacer lo mismo para la utilización de los datos en su proyecto de investigación.

III.3. **Posiciones jurídicas en el tratamiento de datos en el contexto de los biobancos**

La identificación de la posición jurídica que ostentan todos los involucrados en el tratamiento de los datos es fundamental para adjudicar derechos y obligaciones.

El interesado es la persona física identificada o identificable a partir del tratamiento de sus datos personales, que ostenta los sobre los datos, reconocidos en el Capítulo III del RGPD. Es interesante destacar que, en relación con los datos genéticos, la definición del RGPD, señala que el sujeto fuente de la muestra es quien se considera interesado, puesto que son «datos genéticos los «datos personales relativos a las características genéticas heredadas o adquiridas de una persona física que proporcionen una información única sobre la fisiología o la salud de esa persona, obtenidos en particular del análisis de una muestra biológica de tal persona» (art. 4.13 RGPD). Las referencias de las LIB a los familiares del sujeto fuente, no deben entenderse como un reconocimiento de derechos sobre los datos genéticos, sino como mecanismos para amparar su derecho a la protección de la salud cuando corresponda.

En segundo lugar, es clave la figura del responsable del tratamiento, que es la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo que, solo o junto con otros, determine los fines y medios del tratamiento (art. 4.7 RGPD). En el supuesto de los biobancos deberá determinarse si el responsable del tratamiento el propio biobanco o una institución a la que esté adscrito.

Cuando la muestra y los datos son cedidos a un tercero para que lleve a cabo su investigación, es éste quien determina los fines y medios del nuevo tratamiento, y pasará a ser responsable en esta fase. Ahora bien, teniendo en cuenta que recibirá los datos seudonimizados, no podrá satisfacer por sí mismo los derechos de los sujetos (por ejemplo, acceso y supresión de datos), y no estará obligado a ello (artículo 11 RGPD). En el régimen de biobancos, estos establecimientos cumplen un papel clave a estos efectos, como intermediarios entre donantes e investigadores, y en el acuerdo de transferencia de datos y muestras estará previsto el compromiso de los investigadores para facilitar el ejercicio de los derechos, pero ante el biobanco, que es donde será posible, puesto que estos establecimientos garantizar la trazabilidad de los datos y las muestras con la identidad de los sujetos.

El RGPD contempla también la posición de la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo necesariamente que trata datos personales por

cuenta del responsable del tratamiento (art 4.8 RGPD). Esta relación de prestación de servicios se debe regir por un contrato u otro acto jurídico que reflejen las obligaciones y condiciones del tratamiento de los datos. El encargado es una extensión del responsable porque la base legal que legitima el tratamiento de datos por parte de este último, se comunica a las operaciones que realice en su prestación de servicios, que no puede tener una finalidad diferente, y porque, entre otros, tiene el deber de colaborar con el responsable, por ejemplo, en el cumplimiento de los derechos. Se tratará de esta situación si el biobanco contrata, por ejemplo, servicios de secuenciación genética, o de almacenamiento de datos,

Por otra parte, los usuarios autorizados son aquellas personas que, dentro de una institución, tienen autorización para el tratamiento de los datos sobre las que la institución ejerce el papel de responsable o encargado. A diferencia de las demás figuras, el RGPD no las define explícitamente, pero esto y no otra cosa cabe deducir de sus referencias a «personas autorizadas para tratar los datos» que están «bajo la autoridad directa del responsable o del encargado» (art. 4.10 RGPD). Tanto el responsable como el encargado del tratamiento deben establecer claramente en sus planes y políticas de tratamiento qué personas están autorizadas para realizar un tratamiento u otro. El RGPD dice, además, explícitamente, que una de las obligaciones del encargado de un tratamiento será garantizar «que las personas autorizadas para tratar datos personales se hayan comprometido a respetar la confidencialidad o estén sujetas a una obligación de confidencialidad de naturaleza estatutaria» (art. 28 d RGPD).

Finalmente, un tercero es la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u organismo distinto del interesado, del responsable del tratamiento, del encargado del tratamiento y de las personas autorizadas para tratar los datos personales bajo la autoridad directa del responsable o del encargado (art. 4 (10) RGPD). En principio, el tercero no está legitimado para llevar a cabo un tratamiento de datos.

El investigador al que se da acceso o se transfieren las muestras y los datos para desarrollar su propio proyecto inicia una nueva fase de tratamiento. Es él quien decide ahora los objetivos concretos, la composición del equipo, la metodología, los medios del tratamiento. Por consiguiente, el investigador deberá ser considerado a su vez responsable del tratamiento de los datos de los que dispone durante el desarrollo del proyecto.

IV. Los biobancos en el espacio europeo de datos de salud

Tras su publicación, el 5 de marzo de 2025 el REEDS será aplicable en fases que se inician el 27 de marzo de 2029 y terminan el 26 de marzo de 2031. El objetivo que se persigue es «crear el Espacio Europeo de Datos de Salud (EEDS)» para, primero, «mejorar el acceso por parte de las personas físicas a sus datos de salud electrónicos personales y su control de dichos datos, en el contexto de la asistencia sanitaria» (uso primario) y, segundo, para garantizar la disponibilidad de datos con otros fines como «por ejemplo, la investigación, la innovación, la formulación de políticas, la prepara-

ción y respuesta ante las amenazas para la salud, incluidas la prevención y respuesta ante futuras pandemias, la seguridad de los pacientes, la medicina personalizada, las estadísticas oficiales o las actividades de regulación» (uso secundario) (considerando 1).

Para facilitar el acceso a los datos con finalidad de investigación se crea una estructura y un sistema de gobernanza que prevé que los «tenedores de datos» (entre otros, los centros que archiven historias clínicas o datos obtenidos con fines de investigación) deban ponerlos a disposición de terceros, a los que se dará acceso por un determinado procedimiento de solicitud, revisión y autorización.

A efectos del RGPD, se establece así una obligación que representa la base legal para el tratamiento de datos por parte de los tenedores de los datos en tanto permitan el acceso a los investigadores que lo soliciten[19], mientras que estos últimos deberán demostrar por su parte que cuentan con su propia base legal que sustentará el tratamiento para sus propios fines (considerando 52).

En este contexto, los biobancos con personalidad jurídica (o la persona jurídica en que se integren) deben ser considerados tenedores de datos, en tanto dispongan de datos de salud con fines de investigación (art. 2 t) y, por consiguiente, sus registros entrarán a formar parte del EEDS[20]. Estos datos, en principio, se gestionarán bajo el sistema previsto en el espacio: solicitud o petición, revisión y permiso (arts. 67 a 68) que corresponde a los organismos de acceso[21].

Ahora bien, este sistema no es excluyente, es decir, no implica que los datos que conserven los tenedores deban ser tratados únicamente en las condiciones previstas en el REEDS. Según se establece en el considerando 52, el REEDS se aplica «sin obstaculizar ni sustituir los acuerdos contractuales u otro tipo de mecanismo existente». Los biobancos podrán seguir operando como hasta ahora y, de hecho, deberán hacerlo para

[19] Navas Navarro, Susana, *Datos sanitarios electrónicos: el espacio europeo de datos sanitarios*, Reus, 2023, p. 235.

[20] Entre los ejemplos que se proponen de categorías de datos que los tenedores deben poner a disposición de los usuarios en el Espacio Europeo de Datos de salud se han incluido: «health data from biobanks and associated databases. Electronic health data kept by repositories of biological samples and associated health data, which are collected and stored for research purposes. (…). Examples: Population-based biobanks: collections of data on biological samples and health data from large populations, often for the purpose of studying genetic and environmental factors that contribute to disease. Disease-specific biobanks: collections of data on biological samples and health data from individuals with specific diseases. Tissue banks: collections of data on human tissue samples for research purposes». European Commission, *Frequently Asked Questions on the European Health Data Space*, 2025, p. 28.

[21] De Miguel, Iñigo, «El uso de datos de salud para investigación biomédica a la luz de la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el Espacio Europeo de Datos Sanitarios», *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 60, 2023, pp. 21 y ss. Recuero, Mikel, «El uso secundario de datos de salud electrónicos: el futuro Reglamento del Espacio Europeo de Datos de Salud y su interacción con la protección de datos personales», *Indret*, núm. 2, 2024, pp. 545 y ss.

ceder muestras, puesto que el EEDS abarca únicamente información existente (al que se le da un «uso secundarios»), pero no material biológico para ser analizado[22].

El sistema de uso secundario parte de la recopilación de catálogos de datos, confeccionados a partir de la información aportada por los tenedores (art.77) y a los que acceden los investigadores, de manera que los datos son así «encontrables». A partir de este paso, los investigadores pueden presentar sus solicitudes y, si son aceptadas por los organismos de acceso (art. 68), entonces, los tenedores darán acceso en las condiciones previstas.

Los archivos de datos de salud con interés para la investigación de que dispongan los biobancos entrarán en este circuito, lo cual favorecerá su visibilidad y, por consiguiente, contribuirá al objetivo que justifica su creación, puesto lo previsible es que se incrementen las peticiones de acceso a estos recursos por parte de la comunidad científica.

Ahora bien, es dudoso que la información que aporte exclusivamente una descripción de las muestras deba considerarse como datos de salud en el sentido del REEDS, puesto que el material biológico no se integra en el espacio europeo de datos y, por lo tanto, dar la oportunidad de encontrar el recurso no supone poder dar el siguiente paso para acceder a él, como ocurre con los datos y es el objetivo del REEDS.

Convivirán así dos sistemas de acceso a los recursos de los biobancos: el previsto en la LIB para la transferencia de muestras y datos, y el que ha diseñado el REEDS, que solo abarcará los datos de salud. Es importante señalar que los biobancos deberán etiquetar y comunicar los catálogos de datos que gestionen, y no otros a los que puedan estar indirectamente vinculadas las muestras, pero cuyo acceso requiera mecanismos añadidos: es el caso de las historias clínicas de donantes, almacenadas en hospitales y accesibles en ocasiones cuando se solicita por un investigador, con el biobanco como mero intermediario en la operación; serán los tenedores de las historias clínicas (hospitales) a los que corresponderá garantizar su disponibilidad a efectos de uso secundario en el EEDS.

En cuanto a las condiciones de uso de los datos en estos dos sistemas se pueden identificar coincidencias y algunas diferencias:

- Existe una solicitud de acceso a los datos por un usuario que debe reunir ciertos requisitos y comprometerse al cumplimiento de ciertas obligaciones. Frente al mecanismo de la LIB, descrito más arriba (examen por los comités externos del biobanco, autorización por parte del director, y firma de acuerdo), el circuito del EEDS incorpora a los organismos de acceso a datos (OAD), a los que corresponde autorizar los accesos.

[22] Se entiende que quedan fuera del ámbito de aplicación del reglamento: «The biological samples themselves held by biobanks. EHDS secondary use is about the re-use of existing electronic health data, not about the generation of new data. EHDS secondary use cannot be used to request new analyses on biological samples (that would then generate new data)». European Commission, *cit.*

- Segundo, en ambos casos, el usuario solo accede a datos anonimizados o seudonimizados (justificadamente).
- Tercero, en el caso del EEDS el usuario, por regla general, solo tiene acceso a los datos, pero en el caso de los biobancos se prevé también la transferencia.
- Cuarto, el donante de muestras al biobanco debe ser informado individualizamente sobre las condiciones de uso de las muestras y los datos. Esta es una cuestión que no está prevista en el REEDS, de manera que habrá que estar a lo señalado en el RGPD[23]. Es importante recordar que se deberá garantizar que los donantes conocen la posibilidad de decidir si mantienen la información exclusivamente en el circuito del biobanco y de excluir su uso en el circuito secundario del EEDS (art. 71 REEDS)[24]. En efecto, la única referencia al derecho a la información en el marco del uso secundario de datos en el EEDS se encuentra en el considerando 66 del Reglamento, según el cual, «Los organismos de acceso a datos de salud deben garantizar que el uso secundario sea transparente, para lo cual deben proporcionar información pública sobre los permisos de datos concedidos y sus justificaciones, las medidas adoptadas para proteger los derechos de las personas físicas, el modo en que las personas físicas pueden ejercer sus derechos en relación con el uso secundario, y los resultados del uso secundario, también mediante enlaces a publicaciones científicas. (…) Esas obligaciones de transparencia complementan las obligaciones previstas en el artículo 14 del Reglamento (UE) 2016/679. Pueden aplicarse las excepciones previstas en el artículo 14, apartado 5, de dicho Reglamento. Cuando tales excepciones sean aplicables, las obligaciones de transparencia establecidas en el presente Reglamento deben contribuir a garantizar un tratamiento leal y transparente, tal como se contempla en el artículo 14, apartado 2, del Reglamento (UE) 2016/679, por ejemplo, mediante el suministro de información sobre los fines del tratamiento y las categorías de datos tratados, lo que permite a las personas físicas comprender si sus datos se ponen a disposición para un uso secundario con arreglo a los permisos de datos». En definitiva, se puede concluir que se contempla expresamente la posibilidad de acudir a las excepciones previstas en el art. 14.5 RGPD[25], compensadas con un deber genérico de transparencia atribuido al OAD.

[23] En relación con la regulación en el RGPD del derecho a la información en el contexto de la investigación científica véase Alkorta Idiakez, Itziar, *El Espacio Europeo de Datos Sanitarios: nuevos enfoques para la protección e intercambio de datos sanitarios*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, p.p. 120 y s.

[24] «Las personas físicas tendrán derecho de autoexclusión, en cualquier momento y sin necesidad de exponer los motivos, del tratamiento de los datos de salud electrónicos personales que les conciernan para uso secundario en el marco del presente Reglamento».

[25] «Las disposiciones de los apartados 1 a 4 no serán aplicables cuando y en la medida en que: (…) b) la comunicación de dicha información resulte imposible o suponga un esfuerzo desproporcionado, en particular para el tratamiento con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica o

- Quinto, en el caso de los biobancos la base legal para permitir el acceso o transferir los datos al usuario es el interés público en el ámbito de la investigación científica, mientras que en el circuito del EEDS se sustenta en una obligación legal.
- Sexto, el Reglamento reconoce también el derecho al retorno de resultados cuando un usuario encuentre un resultado significativo relacionado con la salud (61.5)[26] y un procedimiento de comunicación (art. 58.3)[27] que remite a la normativa nacional[28] y por consiguiente, a lo previsto para esta situación en la LIB, descrito más arriba.

Por último, es interesante mencionar la figura del «tenedor fiable de datos de salud». Los tenedores serán designados como «fiables» por los EEMM si «a) pueden proporcionar acceso a los datos de salud a través de un entorno de tratamiento seguro que cumpla lo dispuesto en el artículo 73, b) cuentan con los conocimientos especializados necesarios para evaluar las solicitudes de acceso a datos de salud y las peticiones de datos de salud; c) ofrecen las garantías necesarias para garantizar el cumplimiento del presente Reglamento. (art. 72.2).

Teniendo en cuenta los requisitos que deben cumplir los biobancos para su autorización y registro, parece que son perfectos candidatos para entrar en esta categoría, lo que supondría que podrían evaluar por sí mismos las solicitudes de acceso y emitir una recomendación de respuesta al organismo de acceso a datos, sobre quien, en todo

---

histórica o fines estadísticos, a reserva de las condiciones y garantías indicadas en el artículo 89, apartado 1, o en la medida en que la obligación mencionada en el apartado 1 del presente artículo pueda imposibilitar u obstaculizar gravemente el logro de los objetivos de tal tratamiento. En tales casos, el responsable adoptará medidas adecuadas para proteger los derechos, libertades e intereses legítimos del interesado, inclusive haciendo pública la información; c) la obtención o la comunicación esté expresamente establecida por el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se aplique al responsable del tratamiento y que establezca medidas adecuadas para proteger los intereses legítimos del interesado, o d) cuando los datos personales deban seguir teniendo carácter confidencial sobre la base de una obligación de secreto profesional regulada por el Derecho de la Unión o de los Estados miembros, incluida una obligación de secreto de naturaleza estatutaria».

[26] «Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2, los usuarios de datos de salud informarán al organismo de acceso a datos de salud de cualquier hallazgo significativo relacionado con la salud de la persona física cuyos datos estén incluidos en el conjunto de datos».

[27] «Cuando un usuario de datos de salud informe a un organismo de acceso a datos de salud de una constatación significativa relativa al estado de salud de una persona física, tal como se contempla en el artículo 61, apartado 5, el organismo de acceso a datos de salud informará de ello al tenedor de datos de salud. El tenedor de datos de salud, en las condiciones establecidas por el Derecho nacional, informará a la persona física o al profesional sanitario que esté tratando a la persona física afectada. Las personas físicas tendrán derecho a solicitar que no se las informe de tales constataciones».

[28] Lazcoz, Guillermo / Nicolás, Pilar / Ayuso, Carmen, «Regulación de los hallazgos secundarios e Incidentales derivados del análisis genético: desde el ámbito clínico hasta el Espacio Europeo de Datos de Salud», *Revista de Bioética y Derech*o, núm. 63, 2025, pp. 101 y 102.

caso, continuará recayendo la responsabilidad de decidir sobre dar acceso al usuario. En estos casos, se establecen procedimientos de expedición de permiso datos simplificados (art. 72 apartados 3 y siguientes): el OAD transmitirá la solicitudes y peticiones al tenedor fiable que la evaluará[29] y la presentará junto con una propuesta de decisión (no vinculante) al OAD en el plazo de dos meses; en otros dos meses el OAD emitirá una decisión y expedirá el permiso o aprobará la petición, tras lo cual el tenedor fiable facilitará el acceso al usuario y realizará las operaciones que correspondan, tales como «la recepción, combinación, preparación y recopilación de datos cuando así lo soliciten los tenedores de datos de salud y la seudonimización o anonimización» (artículo 57, apartado 1, letra a), inciso i), y letra b).

V. CONCLUSIONES

La disponibilidad de muestras biológicas y datos de salud y genéticos es una condición imprescindible para llevar a cabo estudios en el área de la biomedicina. Además, la inversión en su obtención, análisis y almacenamiento en términos de infraestructuras, de gestión y de recursos humanos justifica el diseño de sistemas para su mejor aprovechamiento, pero que, a la vez, respeten los derechos de los individuos. Esta combinación no es sencilla. Fundamentar la solución en el consentimiento no es necesariamente la opción más garantista; sí lo es asegurar la transparencia y la protección de las facultades que emanan del derecho a la autodeterminación informativa, en el marco de instituciones dotadas de recursos y con una sólida organización.

El régimen de utilización de muestras y datos en biobancos fue una solución que se propuso en el año 2007 en España, que se ha consolidado y extendido, y y que encaja bien en la normativa que, una década más tarde, se aprobó en Europa y se desarrolló en nuestro país para el tratamiento de datos con fines de investigación biomédica.

Ahora se abre una nueva etapa, más ambiciosa, en la que, a través de la creación de un espacio compartido de datos de salud se pretende dotar a la comunidad científica en Europa de más recursos y de mejor calidad.

Los biobancos seguirán jugando su papel, integrados en esta apuesta y también en paralelo, pero conectados con ella. En cualquier caso, se abre una oportunidad para aumentar la presencia en el ámbito científico y ampliar el campo de actuación. El marco jurídico que se ha ido articulando en los últimos años es propicio para avanzar hacia un modelo que vaya más allá del almacenamiento y la distribución de material biológico, y ofrezca otros servicios desde una posición de excelencia y experiencia en la generación de recursos valiosos para la investigación científica de calidad.

[29] En la evaluación se deberá tener en cuenta lo previsto en los artículos 68.1 o 69.2, según proceda. Se trata de cuestiones que ya se tienen en cuenta en los procedimientos de evaluación que llevan a cabo los Biobancos para la transferencia de datos y muestras. En resumen: adecuación de la inalidad, cualificación del usuario y necesidad de los datos tal como se solicitan, garantías de seguridad.

VI. Bibliografía

Alkorta Idiakez, Itziar, «Uso de la información genética humana con fines de investigación biomédica: el caso de los biobancos poblacionales», *Derecho Privado y Constitución*, n.º 22, enero-diciembre 2008.

— *El Espacio Europeo de Datos Sanitarios: nuevos enfoques para la protección e intercambio de datos sanitarios*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022.

Chassang, Gauthier, «The impact of the EU general data protection regulation on scientific research», *ecancer*, vol. 11, 2017, p. 7.

Comité Europeo de Protección de Datos, Dictamen 3/2019 sobre las preguntas y respuestas acerca de la relación entre el Reglamento sobre ensayos clínicos (REC) y el Reglamento general de protección de datos (RGPD) [artículo 70, apartado 1, letra b)].

Cotino, Lorenzo, «El alcance e interactuación del régimen jurídico de los datos personales y big data relacionado con salud y la investigación Biomédica», *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 52, 2020.

De Miguel, Iñigo, «El uso de datos de salud para investigación biomédica a la luz de la propuesta de reglamento del parlamento europeo y del consejo sobre el espacio europeo de datos sanitarios», *Revista Jurídica de Castilla y León*, 60, 2023.

Elger, Bernice S. / Caplan, Arthur L., «Consent and anonymization in research involving biobanks: Differing terms and norms», *EMBO Rep*., vol. 7, núm. 7, 2006.

European Commission, *Frequently Asked Questions on the European Health Data Space*, 2025.

Farmaindustria, Código de Conducta de Farmaindustria, regulador del tratamiento de datos personales en el ámbito de los ensayos clínicos y otras investigaciones clínicas y de la farmacovigilancia, 2022.

García del Pozo, Javier / Martín Arribas, María Concepción / Arias-Díaz, Javier, «Aspectos prácticos de la nueva normativa para el almacenamiento de muestras destinadas a la investigación en España», *Medicina Clínica*, vol. 140, n.º 8, 2013.

Gottweis, Herber (Coord): *Biobanks for Europe. A Challenge for Governance*, European Commisssion, 2012.

Knoppers, Bartha / Saginur, Madelaina, «The Babel of genetic data terminology», *Nature Biotechnology*, vol. 23, 2005, pp 925 y ss.

Lazcoz, Guillermo / Nicolás, Pilar / Ayuso, Carmen, «Regulación de los hallazgos secundarios e incidentales derivados del análisis genético: desde el ámbito clínico hasta el Espacio Europeo de Datos de Salud», *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 63, 2025.

Manis, Maria Luisa, «The processing of personal data in the context of scientific research. The new regime under the EU-GDPR», *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, núm.3/2017, pp. 341 y ss.

Morrison, Michael / Bell, Jessica / George, Carol / Harmon, Shawn / Munsie, Megan / Kaye, Jane, «The European General Data Protection Regulation: challenges and considerations for iPSC researchers and biobanks», *Regenerative Medicine*, 12 (6), 2017.

Navas Navarro, Susana, *Datos sanitarios electrónicos: el espacio europeo de datos sanitarios*, Reus, 2023.

Nicolás Jiménez, Pilar, «Garantías y excepciones aplicables al tratamiento de datos con fines de investigación biomédica», Garantías y excepciones aplicables al tratamiento con fines de investigación biomédica» en Antonio Troncoso Reigada (coord.) *Comentarios al Reglamento General de Protección de Datos y a la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal*, Thomson Reuters, 2021.

— «Muestra biológica», en Romeo Casabona, Carlos María (ed.) *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, Comares, Granada, 2011.
— Investigación con muestras biológicas y Biobancos, Manual de Bioderecho (Carlos Romeo, Pilar Nicolás, Sergio Romeo, DIr). Dykinson, 2025, pp. 671-696.
OECD, *Guidelines for Collecting and Reporting Data on Research and Experimental Development*, 2015.
P3G Consortium, *et al.,* «Public Access to Genome-Wide Data: Five Views on Balancing Research with Privacy and Protection», *PLoS Genet,* vol. 5, núm. 10, 2009.
Recuero, Mikel, «El uso secundario de datos de salud electrónicos: el futuro Reglamento del Espacio Europeo de Datos de Salud y su interacción con la protección de datos personales», *Indret*, 2,2024.
Romeo Casabona, Carlos María / Nicolás, Pilar (Coords), *Guía práctica para la utilización de muestras biológicas en investigación biomédica*, Fundación Instituto Roche, 2006.
Romeo Casabona, Carlos María, «Revisión de las categorías jurídicas de la normativa europea ante la tecnología del big data aplicada a la salud», *Revista de Derecho y Genoma Humano,* núm. Extraordinario, 2019.
— «Muestras biológicas», en Sánchez Caro, Javier (coord.), *Investigación Biomédica en España*, Comares, Granada, 2008.
Romeo Casabona, Carlos María / Nicolás, Pilar (coords.), *Controles éticos en la actividad Biomédica. Análisis de situación y recomendaciones*, Instituto Roche para las soluciones integrales de salud, Madrid 2009.
Rubí Navarrete, Jesús, «Novedades sobre la investigación sanitaria. El dictamen 3/2019 de Comité Europeo de Protección de Datos», *Comunicaciones en Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia*, núm. 86, 2019,
Supervisor Europeo de Protección de Datos, *A Preliminary Opinion on data protection and scientific research*, 2020.

27

TENDENCIAS EN BIOTECNOLOGÍA Y GENÉTICA EN EL SIGLO XXI

Hilde Sánchez Morales
Catedrática de Sociología
Universidad Nacional de Educación a Distancia

SUMARIO: I. Introducción. II. La biotecnología y la pandemia de la covid-19. III. Principales innovaciones en biotecnología y genética humana. IV. Estímulos y frenos a la ingeniería genética y la biotecnología. V. Tendencias de futuro de la ingeniería genética y la biotecnología. VI. Horizontes de la sociedad genética-biotecnológica en el siglo xxi. VII. Bibliografía.

I. Introducción

Para estudiar los desarrollos de la biología moderna y la genética, siguiendo a Mario Bunge, hemos de entender que «la Realidad tiene un Estructura de varios Niveles… (y)… que los niveles superiores no son autónomos, sino que dependen en cuanto a su existencia de la subsistencia de niveles inferiores, y han surgido en el tiempo a partir de los inferiores en cierto número de procesos evolutivos»[1] o a Karl Mannheim cuando en su libro *El hombre y la sociedad en la época de crisis*, cuya primera edición en español fue de 1936, decía que: «el conjunto de las esenciales mutaciones que experimentamos hoy solo puede ser captado con acierto cuando lo concebimos como la disolución de una forma anterior de la Sociedad y como el proceso de edificación de una nueva. Pero las mutaciones sociales no tienen nunca el carácter de una construcción radicalmente nueva, ni siquiera en los llamados periodos revolucionarios, sino que reúnen lo viejo y lo nuevo en el proceso de transformación (Umbau)»[2].

En estas ideas subyace la idea de progreso, de donde cabe cuestionarnos si como afirmaban Augusto Comte y Herbert Spencer, éste es una concepción mental abstracta o como sostenía Emilio Durkheim es un hecho verificable. La ciencia y la tecnología han

[1] Véase, Bunge, M., *La investigación…,* ob. cit., *passim.*
[2] Véase, Mannheim, K., *El hombre…,* ob. cit., p. 31.

quebrantado verdades consideradas como tal hasta poco tiempo y nos hemos adentrado en esferas que parecían imposibles de franquear.

Tenemos una extraordinaria capacidad de perfeccionamiento, siempre que se den las condiciones sociales para ello. Frente al ser humano mesurado y espiritual de la Edad Media, la burguesía, con su carácter dinámico, transforma los vínculos de éste con su entorno. El ser humano que surge con la Revolución Francesa y la Revolución Industrial, mediante un pacto social, evitó quedar subsumido en una dinámica alienante. Un pacto social al que, en las últimas décadas, ha sido obligado incluir dentro de los derechos humanos universales a los genéticos (Naciones Unidas).

Los avances científicos y técnicos de la humanidad producen mudanzas en el medio social. Particularmente los relativos a la Ingeniería Genética humana y la Biotecnología industrial[3], conciernen la concepción que el ser humano tiene sobre lo que le rodea, sobre el «otro» y sobre «sí mismo», lo que ha producido una alteración en la jerarquía de valores por la que se rige lo social. Contingencias que se han descubierto, en primera instancia, en los sectores más próximos a su desenvolvimiento (científicos, médicos, éticos, juristas, sociólogos, psicólogos…). Entre otras razones por ocasionarse intromisiones en la esfera privada y social de los individuos y, aunque no existen criterios universales, cuando se producen conflictos éticos y morales, que conciernen a principios y derechos básicos como la libertad, la privacidad, el derecho a la vida, la justicia… se cuestiona el pensar ético-normativo vigente.

Los desarrollos en esta área han tenido y tienen alcances para la sociedad. Hecho que se explica porque sus herramientas de trabajo son gametos, embriones, células germinales, genes etc.… y, junto a uso benefactores, pueden coexistir usos inapropiados. Las secuelas para la especie humana, la organización social y para el propio modelo de sociedad son de importancia, y ello es así porque la ciencia y la tecnología (las olvidadas en la última década, hasta la llegada de la COVID-19) impondrían jugar, en todo momento y lugar, un papel decisivo. De hecho, los encuestados en el *Estudio Delphi sobre Tendencias en Ingeniería Genética y Biotecnología 2021*[4] del Centro de Investigaciones Sociológicas enjuiciaron que los cambios e ilaciones causados por

[3] El Grupo de Expertos en Indicadores sobre Ciencia y Tecnología (NESTI) define la Biotecnología como «la aplicación de la ciencia y la tecnología a los organismos vivos, así como a partes, productos y modelos de los mismos, para alterar materiales vivos o no, con el fin de producir conocimientos, bienes o servicios» Dentro de las técnicas que incluyen se encuentra una lista que incluyen los términos: DNA/RNA, proteínas y otras moléculas, cultivo e ingeniería celular y tisular, técnicas de procesos biotecnológicos, vectores génicos y de RNA; bioinformática y nanobiotecnología. Véase, GARCÍA LÓPEZ, J.L., «Biotecnología», ob. cit., p. 280.

[4] Véase, CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIOLÓGICAS, *Estudio Delphi 2021 sobre tendencias sociales, políticas y económicas, tendencias científico-tecnológicas y tendencias en salud mental*. Disponible en: https://www.cis.es/detalle-ficha-estudio?origen=estudio&idEstudio=14607

el coronavirus, con una seguridad bastante alta en su previsión (4), habían sido muy importantes (en una escala del 1 al 5).

Concluyeron que iremos hacia tratamientos basados en la intervención en el RNA mensajero en materia de vacunas y que nos conduciremos hacia nuevas terapias para enfermedades como el cáncer, de igual forma que se producirán notables mejoras en virología. Demandará, según puntualizan, que se apueste en España por una mayor inversión en ciencia, promoviendo proyectos de más calidad, en la comprensión de la relevancia de la ciencia para dar solución a los retos de nuestros días. La ciencia adquiere un gran protagonismo y, como tal —sostienen— exige ser potenciada institucionalmente, pues ha demostrado, tras la experiencia de la pandemia, ser la única vía para darle fin (*Vid.* cuadro 1)

Así es, la Ingeniería Genética/Biotecnología, con sus descubrimientos sobre los seres vivos, permite predecir su evolución y diagnosticar soluciones para sus problemas y males. La Sociología debe enunciar las líneas venideras, con la intención de que se implemente una práctica política conducente a la mejora de la sociedad, en la línea enunciada por Saint-Simon, Comte y, posteriormente, Durkheim. Esta reflexión desborda a la propia ciencia e impondría conducir a una praxis política, POLÍTICA en mayúscula, cuyo propósito fuera formalizar serenamente la sociedad tecnológica avanzada, pues nos encontramos ante un escenario (que algunos califican de revolución biotecnológica), que alcanza a todas las ciencias e irá unida a nuevos planteamientos sobre el ser humano y lo social.

La labor de la Sociología es responder a interrogantes del cariz: ¿cómo es esta sociedad tecnológica donde convergen lo biológico y lo social/cultural?, ¿cuál es su naturaleza?, estando anclados en un momento privilegiado en el cual, advertidos de sus potencialidades y ante la vivencia de un virus letal, nos cuestionamos sobre el futuro.

Tiene que contextualizarse dentro de un proceso de secularización cultural, que lleva a formular la hipótesis del tránsito de la idea moderna de Naturaleza a la de una Naturaleza, particularmente biológica, sujeta a la intervención, con el riesgo de sobrepasar su dominio e involucrar la vida del ser humano.

La Ingeniería Genética y la Biotecnología se manifiestan como un poderoso fenómeno de expresión de fuerzas vitales. Presupone la necesidad de una «autopsia de lo pasado», entre otras razones porque sus alcances se dejan sentir en aspectos tanto positivos, como negativos de nuestro día a día, por ejemplo, en una eventual utilización de test genéticos en ámbitos laborales, a la hora de suscribir pólizas médicas o de seguros… y empujarnos a la discriminación de aquellos individuos predispuestos o «sentenciados» a contraer enfermedades de base genética («individuo sano/enfermo»), ampliándose la discriminación a sus familiares («familia sana/enferma»).

De donde se deriva que de no existir normativas que preserven los derechos genéticos, devendría en una forma de control social basada en la herencia genética. En este sentido, desde instancias políticas han de corregirse los alcances negativos que sobrelleve, dando prioridad a sus aplicaciones benefactoras y modificando, en parte,

la estructura y funcionamiento de la actual organización sanitaria. De donde se deriva que la Ingeniería Genética humana, en su praxis, instará a una modificación de la actual concepción de la medicina y de los servicios que preste.

Los países más desfavorecidos encuentran dificultades en conseguir que esté a su alcance. Las desigualdades sociales tradicionales persisten, se han agudizado en los últimos tiempos, estableciendo los progresos científico-tecnológicos aún mayores distancias sociales (prueba de ello las extraordinarias diferencias en lo que a las tasas de vacunación frente a la COVID-19, entre los países más y menos desarrollados). Por lo demás, éstos no favorecen tampoco, por igual, a todos los miembros de las sociedades más desarrolladas, sino a aquellos mejor instalados económicamente.

A la ciencia y a la tecnología hay que analizarlas en su entorno sociocultural y justipreciarlas como realidades culturales, contribuyendo de forma decisiva al cambio social. El ritmo de la calificada por algunos Revolución Biotecnológica del siglo XXI es imparable. Habiendo sido prioritario establecer ajustes normativos que procuraran límites a su devenir.

Nos emplazamos, por tanto, ante un proceso de cambio social parejo al de la Revolución Industrial. La revolución, de nuestros días, no viene de la mano de la economía de producción o del transporte, sino que está impulsada por mudanzas conexas a la Ingeniería Genética y que afectan nuestra concepción del mundo, las relaciones económicas, las laborales, las sociales, la política, las estructuras sociales, los vínculos socio-familiares y de parentesco, la sexualidad… En síntesis, la relación del ser humano consigo mismo y con su entorno natural y cultural.

La Sociología, juzgamos, es capaz de captar la voluntad de dominio de la nueva ciencia: la Gran Ciencia. Para su estudio hay que evitar precipitarse en el intelectualismo puro o del, en ocasiones, esterilizante pragmatismo. Lo que procede es una explicación del origen sociológico del aparato categorial del pensar, del sentido de la investigación y de sus «métodos».

La Ingeniería Genética/Biotecnología ha presumido esperanzas para millones de personas, la pregunta sociológica prioritaria es si la proporción del cambio tecnológico ha aumentado o va a aumentar tan rápidamente que ponga en peligro la capacidad de nuestras principales instituciones sociales y nos conduzca a una sociedad cuyos rasgos y características desconocemos, aunque comienzan a despuntar.

La Ingeniería Genética humana, en materia de salud, permite la fabricación de productos farmacológicos, así como de vacunas (dos de las vacunas contra la COVID19 han sido generadas de esta forma) o antibióticos. Consignar a la farmacogenética y farmacogenómica[5], los diagnósticos genéticos prenatales y presintomáticos (en adultos), las terapias celulares, la terapia génica…

[5] «El principal objetivo de la farmacogenómica (PGx) es definir un tratamiento farmacológico individualizado basado en el perfil genético de cada paciente, convirtiendo el paradigma clásico de tra-

Ha causado dilemas éticos de relevancia, en tanto en cuanto puede conllevar una intervención y modificación de los seres humanos, con una finalidad terapéutica e incluso con fines de perfeccionamiento de la raza, en la línea del transhumanismo[6]. En ese sentido, Pedro Laín Entralgo, en un libro de 1973, dejó escrito que «… El hombre, por otra parte, nunca se verá totalmente libre de la enfermedad… Y en tal caso, ¿qué hará el médico del futuro? Por supuesto, seguirá diagnosticando y tratando las enfermedades que en cada situación haya, y procurando prevenirlas, y fomentando la salud de todos los hombres, y contribuyendo cuanto pueda a mejorar la constitución física de la naturaleza humana».

Nos encauzará hacia una medicina preventiva, individualizada, en un espacio de convergencia tecnológica, con un papel fundamental de las Tecnologías de la Información y la Comunicación. Visionario a este respecto fue Karl Kötschau, quien en un libro de 1936 titulado *Der Aufbau einer biologischen Medizin* (*La edificación/construcción de una medicina biológica*), con cierto descreimiento, insertó una lámina sobre el médico del mañana, en donde se veía a un clínico sentado, ante lo que sería hoy en día un ordenador, recibiendo informaciones sobre el enfermo (sin verle), y prescribiendo mecánicamente los tratamientos.

Nos enfrentamos, por tanto, a un modelo de medicina predictiva[7], y regenerativa[8], con especial notabilidad de los diagnósticos genéticos (preimplantacionales, prenatales, postnatales)[9], las terapias celulares (la más prometedora posiblemente sea la terapia

---

tamiento clínico centrado en la enfermedad en un nuevo enfoque, la medicina personalizada» Véase, Pierna Álvarez, M. / Marcos-Vadillo, E. / García-Berrocal, B. / Isidoro-García M., «Farmacogenómica…, ob. cit. Disponible en: https://www.elsevier.es/es-revista-revista-del-laboratorio-clinico-282-articulo-farmacogenomica-medicina-personalizada-S1888400818300576

[6] El transhumanismo propone una mejora de la especie humana. En la conjunción de la nanotecnología, la Biotecnología, la informática y las ciencias cognitivas sugiere «fabricar» una nueva especie, la «transhumana». Muchos son los interrogantes que suscita, entre otros si: ¿existe realmente un ser humano «perfecto» ?, ¿todo vale en materia científico-tecnológica?, ¿o dónde situar los límites?, o si ¿generará o no mayores cotas de felicidad, de dignidad y de libertad?

[7] Sobre la medicina preventiva, Pedro Laín Entralgo dice: «Desde que en la Grecia clásica se constituye como *técnica* la medicina, el ideal más ambicioso de médico ha sido utilizar ese saber técnico acerca de la enfermedad —su conocimiento del porqué de ésta— para impedir que llegue a producirse. Óptimo médico será, por tanto, no el que sólo sabe curar la enfermedad, sino el que también sabe prevenirla». Laín Entralgo, P., *La medicina…,* ob. cit., pp. 241-242.

[8] Quizá esta perspectiva nos traslade a la denominada por Nietzsche *Grosse Gesunheit* (Gran salud), que sobrelleve el tránsito del nihilismo a la existencia de un «nosotros».

[9] Montserrat Baiget lo define como: «… el procedimiento destinado a detectar la presencia, ausencia o variantes de uno o varios segmentos de material genético, para la identificación del estado del afectado o de no afectado; de portador de un defecto genético determinado, o de variantes genéticas que puedan predisponer al desarrollo de una enfermedad específica, o bien condicionar la respuesta a un tratamiento farmacológico concreto». Véase, Baiguet Bastas, M., «Análisis genético», ob. cit., pp. 321-322.

génica)[10], la utilización de células troncales (terapia celular) y, eventualmente, la clonación con fines terapéuticos.

La medicina regenerativa precisa la interconexión de variadas disciplinas: la biología celular, la inmunología, la investigación clínica, la transplantología, la ingeniería de tejidos y las terapias celulares.

Expectativas, junto a inquietudes coexisten entre la opinión pública en lo que a su praxis se refiere, coherentes a la transgresión del principio de prudencia. Expectativas, conectadas a sus bondades curativas, e inquietudes vinculadas a usos eugenésicos o de «mejora de la raza».

Deben enmarcarse en una ética de la salud pública, que aviste las condiciones estructurales que promueven o dificultan la formalización de sociedades sanas (pobreza, exclusión social, hábitos sociales no saludables, sanidad universal…), así como inequidades en el estado de salud, en el acceso a la atención…

Prioritario resulta, siguiendo a la OMS, que en todo el planeta, se alcance el derecho a una salud universal. Específicamente acceso a profesionales sanitarios con la mejor formación, a terapias curativas seguras y a medicamentos y vacunas eficientes.

Encaramos, como apuntaba en líneas precedentes, un proceso de cambio social que desde la Revolución Industrial juzgo no ha tenido igual. Las innovaciones actuales están determinadas por avances tecnológicos, estrechamente vinculadas a la Biotecnología, en donde, como sostenía Karl Mannheim, lo viejo y lo nuevo se fusionan dirigiéndose hacia el mañana.

En cuanto a la Biotecnología no humana nos guiamos por la definición propuesta por la OCDE como la «aplicación de principios de las matemáticas y la ingeniería para tratamientos de materiales orgánicos e inorgánicos por sistemas biológicos para producir bienes y servicios».[11]

Incluye técnicas tradicionales como la hibridación animal y vegetal o la utilización de microorganismos en los procesos de fermentación (elaboración de cerveza, pan…). Desde una perspectiva molecular enunciar su utilización comercial en relación a la tecnología del ADN recombinante, fusión de células, tecnologías de bioprocesos… Cabe

[10] Según el National Human Genome: «La terapia génica es una técnica en la que se emplean uno o más genes para tratar, prevenir o curar una enfermedad o trastorno médico. Con frecuencia, la terapia génica funciona agregando copias nuevas de un gen que está dañado, o reemplazando un gen defectuoso o ausente en las células de un paciente con una versión sana de ese gen. Se ha usado terapia génica para tratar enfermedades genéticas hereditarias (como hemofilia y anemia de células falciformes) y también para trastornos adquiridos (como la leucemia)». Véase, National Human Genome, *Terapia génica*, Disponible en: https://www.genome.gov/es/genetics-glossary/Terapia-genica

[11] OCDE, *Biotecnología.* Disponible en: https://www.oecd-ilibrary.org/economics/oecd-factbook-2013_factbook-2013-en

diferenciar entre una «Biotecnología tradicional» y una «Biotecnología moderna» o «molecular», no exenta de polémica.

II. La biotecnología y la pandemia de la covid-19

La Biotecnología ha sido la solución para mitigar el SARS-CoV-2. Lo predijeron estudiosos a finales del siglo xx, cuando incidieron en que el siglo xxi sería el de la Biotecnología, ya lo era antes del 2020, quedando confirmado su extraordinario potencial con las vacunas de ARNm. No son las primeras de este género, desde hace años se trabaja en vacunas de ARNm contra la influenza, la rabia y el citomegalovirus. Subrayar que en la investigación del cáncer se maneja la tecnología de ARNm para ocasionar la respuesta del sistema inmunitario a células cancerosas.

Una vez fueron conocidos detalles sobre el virus SARS-CoV-2, se comenzaron a diseñar, por parte de grupos de investigación vinculados a las grandes multinacionales farmacéuticas, instrucciones del ARNm para que las células crearan la proteína *Spike* hospedadora e incluirlas en la vacuna de ARNm. Previsiblemente esta modalidad de vacunas posibilitará protegernos frente a enfermedades comunes varias y se sucederán descubrimientos para luchar contra las enfermedades infecciosas.

Los expertos consultados en 2021 anticiparon entre las principales innovaciones frente a las enfermedades infecciosas: una mayor rapidez en el despliegue de las vacunas (consecuentemente de su aplicabilidad), así como mejoras en su prevención y diagnóstico, a la luz de una convergencia tecnológica con las tecnologías de la comunicación y la información, que tan preeminente papel han jugado y juegan. Como vemos se fraguan mejoras en las técnicas de diagnóstico y los tratamientos para las enfermedades de este tenor, con la creación de centros interdisciplinares, en los que la epidemiología y la medicina preventiva irán de la mano. Será indispensable crear recursos de salud pública en los que se ofrezcan tratamientos punteros frente a las mismas, entre otros: en fagoterapia (es una terapia que utiliza bacteriófagos para tratar infecciones bacterianas patogénicas), en oligonucleótidos (son polímeros cortos del ácido nucleico requeridos en investigación, en pruebas genéticas y en medicina legal), en los basados en nuestro microbioma (conjunto de microorganismos que residen en nuestro cuerpo) o en la creación de nuevos antibióticos. En paralelo predicen que nos encaminamos hacia una automatización y extensión de los controles médicos individualizados, basados en inteligencia artificial que eviten contagios, así como hacia una generalización de vacunas de arn mensajero (*Vid.* cuadro 1).

A instancias de la coyuntura derivada de la crisis sanitaria de la COVID 19 ponderaron que, en la próxima década, se invertirá más en virología, aunque arriben nuevas demandas que deban ser atendidas, de forma que prevén que la biomedicina será la que, en mayor grado, aumentará en inversión con la aparición y monitorización de los virus. Un sector se declaró escéptico y avanzó que «el próximo “trueno vírico”’ nos sorprenderá de nuevo», pues nos caracterizamos por tener «… una frágil memoria y

(movernos) en la inmediatez»[12]. Resulta indispensable —prejuzgan— que aparte de aumentar la inversión en el conocimiento de nuevos virus, no se descuiden otras áreas de investigación de igual importancia, como el caso del cáncer o de las enfermedades raras. En cualquier caso, la crisis económica actual —precisan— sobrelleva una merma en las partidas económicas para la investigación.

Llegados a este punto cabe preguntarse sobre las percepciones públicas de la ciencia, particularmente, sobre la Ingeniería Genética Humana y la Biotecnología. Prima una visión según la cual la ciencia es el motor del progreso, con evidentes reflejos en la salud y el bienestar de las personas. Al tiempo se detectan reservas respecto a «la modificación de la naturaleza por los científicos, en concreto a través de la Ingeniería Genética», resultando común en los trabajos disponibles la obligatoriedad de establecer restricciones.[13]

De hecho, desde las últimas décadas del siglo XX, la Bioética centra sus reflexiones en lo acontecido en las ciencias de la vida. Mientras la Bioética identifica los valores en conflicto, orienta en su resolución y planea soluciones, el *Bioderecho* o Derecho biomédico se dedica al estudio de los alcances jurídicos de las ciencias biomédicas en materia de salud humana. Arriesgamos por una *Sociogenética/Sociogenómica*, centrada en debatir sobre la viabilidad social de la genética humana, así como por adelantar hacia dónde nos encaminarán estas innovaciones[14]. En este texto vamos más allá de lo estrictamente científico y hacemos una lectura sociológica de las mismas, puesta la mirada en anunciar a la comunidad científica, a los investigadores sociales y a la opinión pública su devenir a corto, medio y largo plazo.

Cuadro 1. Principal efecto o consecuencia de la pandemia del coronavirus en lo concerniente a tendencias en ingeniería genética y biotecnología.

	Ponderado
Desarrollo de tratamientos basados en la inyección de RNA mensajeros (vacunas, modificación de RNAs, cáncer, …).	5
Comprensión de que la ciencia es imprescindible para resolver problemas graves de nuestra sociedad.	5
Aplicación del conocimiento en el desarrollo de técnicas diagnósticas (PCR) e identificación de variantes del virus y nuevas tecnologías en la búsqueda de terapias efectivas frente al coronavirus.	5
Importancia de centralizar los esfuerzos apostando por proyectos de más calidad y mayor conciencia social de que España debe invertir en ciencia.	4

[12] Las citas literales de los encuestados en el *Estudio Delphi sobre Ingeniería Genética y Biotecnología 2021* del CIS se transcriben entrecomilladas.

[13] Véase, FUNDACIÓN BBVA, *Estudio Internacional de Cultura Científica, 2012*. Disponible en: http://www.fbbva.es/TLFU/tlfu/esp/investigacion/fichainves/index.jsp?codigo=381

[14] Véase, SÁNCHEZ MORALES, M.R., «Retos de la genética…, ob. cit., pp. 187-208.

	Ponderado
Importancia del análisis genómico y, en especial, de sus aspectos evolutivos.	4
Revisión de los protocolos de aprobación de nuevas tecnologías aplicadas al campo sanitario.	4
Mayores requerimientos de información científica de carácter divulgativo por parte de la sociedad.	2
La vacunación permitirá volver a la normalidad.	1
Poner de manifiesto la necesidad de invertir más en el desarrollo de la investigación biomédica y de conformar equipos que desarrollen las aplicaciones en estrecha coordinación con la investigación.	1
Mejoras en el desarrollo de modelos predictivos y de tratamientos de enfermedades víricas basados en dianas genéticas, derivados del conocimiento de la influencia de factores genéticos en la vulnerabilidad al Sars-Cov-2 y en la gravedad de los síntomas.	1
La aceptación de que los sistemas de diagnóstico, investigación, tratamiento y vacunas que están basados en la Ingeniería Genética han sido la solución.	1
Comprensión de que estamos ante un coronavirus que vamos a tener que integrar en nuestra vida, consecuentemente marcará la historia de la especie como tantos otros virus, bacterias, hongos.	1
Absorción de fondos públicos por parte de los proyectos orientados al COVID en detrimento de otros proyectos de investigación no relacionados con este tema.	1
Importancia de pequeños cambios estructurales en las interacciones moleculares.	1
Profundizar en estudios sobre el ARN y ADN (comportamiento del virus).	1

Fuente: CIS, Estudio Delphi sobre tendencias en Ingeniería Genética humana y Biotecnología, 2021.

III. Principales innovaciones en biotecnología y genética humana

Las principales innovaciones que son mencionadas en 2021 y que, eventualmente acontecerán en la próxima década, presumen nos conducirán a una medicina preventiva, curativa y de precisión. Precian que se formalizarán sondeos genéticos masivos de la población, que se predecirán enfermedades varias, que se acometerán secuencias genómicas de patógenos en tiempos mínimos (este pronóstico es la primera vez que se emite, en buena lógica debido a la contingencia pandémica). Asimismo, se promoverán terapias génicas/celulares (incluida la utilización de células pluripotentes inducidas (IPS), se perfeccionarán las tecnologías del ARN y la clonación terapéutica[15]). Des-

[15] La Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida en su primer informe del año 1998 ofreció esta definición de la clonación reproductiva: «la aplicación de técnicas de clonación en cultivos celulares o en embriones preimplantatorios sin intención de producir un individuo clónico, sino con objeto de establecer cultivos de tejidos —y si fuera posible, de órganos— a partir de células troncales del embrión o células stem, que son células inmaduras con capacidad de autorregeneración y diferenciación. Tales cultivos pueden ser establecidos con fines de investigación básica o clínica en la reparación de tejidos u órganos dañados, en cuyo caso algunos la denominan clonación terapéutica». Véase, Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, *Primer Informe*, Ministerio de Sanidad, 1998, p. 65.

tacaban las «Terapias personalizadas con *ómicas*». Todo ello irá en paralelo, como mostramos, a desarrollos en la investigación de los tumores y a la «generalización de fármacos de precisión contra dianas genéticas concretas». A más largo plazo, supondrá que controlaremos las enfermedades genéticas en la población a través de bancos de ADN. Relataron que se fabricarán «… microorganismos modificados genéticamente para la producción de energía y eliminación de residuos», en unas condiciones en donde se forje una «combinación entre ecología y biología para afrontar los procesos de recuperación del cambio climático: ecosistemas y diversidad, organización de la vida humana (vivienda, ciudades y empleo)». Estos adelantos coinciden, básicamente, con los esbozados a lo largo de treinta años de trabajos del GETS, siendo las previsiones emitidas en 2021 por los expertos consultados por el CIS más coincidentes con las de los estudios del 2015 y 2011 (*Vid.* cuadro 2).

Cuadro 2. Principales innovaciones en ingeniería genética y biotecnología que tendrán lugar en el mundo en un horizonte temporal de diez años. 2031.

		Valor ponderado
1.	Perfiles genéticos masivos con predicción de enfermedades.	15
2.	Secuenciación genómica de patógenos (virus, bacterias, etc.) in situ en tiempos mínimos (minutos).	12
3.	La genómica del cáncer.	9
4.	Generalización de fármacos de precisión contra dianas genéticas concretas.	8
5.	Caracterización genética de tumores y de su evolución en el tiempo.	8
6.	Aproximaciones interdisciplinares y multitecnologías para abordar la nueva medicina.	7
7.	Terapias personalizadas con *ómicas.*	6
8.	Introducción de terapias celulares en tratamientos médicos.	5
9.	Desarrollo de terapías con anticuerpos monoclonales.	4
10.	Reversión cambio epigenéticos.	3
11.	Desarrollo de tratamientos médicos basados en tecnología del ARN.	3
12.	Herramientas de manipulación y diagnosticas.	3
13.	Desarrollo de microorganismos modificados genéticamente para la producción de energía y eliminación de residuos.	3
14.	Mayor conocimiento del origen de las enfermedades.	3
15.	La multiplicación de la aplicación de la edición genética.	3
16.	Medicina regenerativa y predictiva.	2
17.	Biología sintética.	2
18.	Modificación genética de organismos como fuentes de producción de nuevos compuestos.	2
19.	Precisión y seguridad en la edición genética, con repercusiones en la terapia génica.	2
20.	Medicina de precisión.	2
21.	Uso de organismos modificados en procesos industriales.	2

	Valor ponderado
22. Combinación entre ecología y biología para afrontar los procesos d recuperación del cambio climático: ecosistemas y diversidad: organización de la vida humana (vivienda y trabajo, ciudades y empleo).	2
23. El control en prospectiva de las enfermedades genéticas en la población a través de los bancos de ADN.	1
24. Producción de test de diagnósticos combinados: identificación de la mutación/ patógeno personalizado.	1
25. Tratamientos predictivos (Medicina genética preventiva)	1

Fuente: CIS, Estudio Delphi sobre tendencias en Ingeniería Genética humana y Biotecnología, 2021.

Estas innovaciones coinciden en sus líneas generales con las planteadas por los expertos a lo largo de las últimas tres décadas de investigación, si bien las previsiones sobre técnicas específicas resultan más coincidentes, como no podría ser de otro modo, en los estudios de los años 2005 y 2011, teniendo en cuenta los avances que se han sucedido.

En síntesis, los estudios del GETS iniciados en el año 1996 sobre la materia prevén una progresiva consolidación de una medicina preventiva, curativa y regenerativa a la luz del perfeccionamiento de los diagnósticos genéticos, así como de tratamientos genéticos y celulares de diversa naturaleza encaminados a la detección precoz y curación de enfermedades hereditarias. Por primera vez, los expertos anticiparon que hacia el 2025 una de las innovaciones en este ámbito será la renovación tisular endógena inducida. Por otro lado, estimaron que se desarrollará la farmacogenómica (coincidiendo con las previsiones de los expertos consultados) y la inmunoterapia (coincidiendo con los resultados obtenidos en 2011)[16], que existirá una vacuna del SIDA, así como tratamientos nuevos contra la esterilidad.

IV. Tendencias de futuro de la ingeniería genética y la biotecnología

Las tendencias de futuro de la Ingeniería Genética humana y la Biotecnología las detallaremos en función del *Estudio Delphi sobre Ingeniería Genética y Biotecnología* 2021 del Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS), comparando las previsiones emitidas por los expertos con las del *Quinto Estudio Delphi sobre Ingeniería Genética y Biotecnología* 2015, el *Cuarto Estudio Delphi sobre Ingeniería Genética humana y Biotecnología*, 2011, el *Tercer Estudio Delphi sobre Biogenética y Biotecnología* del

[16] La inmunoterapia, también denominada terapia biológica o bioterapia, es un tratamiento para combatir el cáncer que utiliza el sistema inmunológico del impediendo que produzcan metástasis y ayudando a que el sistema inmunológico pueda eliminar las células cancerosas. https://www.cancer.gov/espanol/cancer/tratamiento/tipos/inmunoterapia

2005, el *Segundo Estudio Delphi sobre Biogenética y Biotecnología* del 2002 (Sánchez Morales, 2002: 211-262) y el *Primer Estudio Delphi sobre Biogenética* de 1996 (Sánchez Morales, 1997: 89-186), realizados por el Grupo de Estudio sobre Tendencias Sociales de la UNED (GETS). Se trata de los únicos trabajos de esta naturaleza disponibles en nuestro país, ofreciéndonos la posibilidad de hacer un seguimiento de su evolución desde hace tres décadas.

Las líneas de evolución de la Ingeniería Genética y la Biotecnología, conforme a los pronósticos de los expertos españoles consultados en el 2021 por el Centro de Investigaciones Sociológicas, las hemos estructurado en los siguientes puntos:

1) Aplicaciones de la investigación en Ingeniería Genética y Biotecnología.
2) Los diagnósticos genéticos.
3) Nuevas terapias y terapia génica.
4) Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida.
5) Límites y frenos a la Ingeniería Genética y la Biotecnología

Como puede observarse en el cuadro 1, las previsiones son planteadas mayoritariamente con una seguridad media (3) y consideran que casi todos los eventos tienen en términos sociales «bastante importancia» (4). Se otorga «mucha importancia» (5) a la previsión: «En más del 50 % de las enfermedades se utilizarán para su tratamiento los perfiles proteómicos de los pacientes», aunque la seguridad en la misma sea media (3), y de 19 sucesos reputan que tendrán bastante importancia (4) (*Vid.* cuadro 3).

Cuadro 3. Clasificación de las previsiones de los expertos españoles en tendencias en ingeniería genética y biotecnología según su seguridad e importancia.

Horizonte temporal	Eventos	Seguridad en la previsión (1)	Importancia social de las repercusiones (2)
2030	• En la mayor parte de los centros sanitarios de España se utilizarán habitualmente marcadores moleculares y genéticos para el diagnóstico y tratamiento de enfermedades monogenéticas.	3	4
	• En la mayor parte de los centros sanitarios de España se utilizarán habitualmente marcadores moleculares y genéticos para el diagnóstico y tratamiento de enfermedades poligenéticas.	3	4
	• En la mayor parte de los centros sanitarios de España se realizarán habitualmente, diagnósticos genéticos preimplantacionales para seleccionar embriones con fines terapéuticos.	4	4

Horizonte temporal	Eventos	Seguridad en la previsión (1)	Importancia social de las repercusiones (2)
2030	• En España no habrá impedimentos legales para que las madres y los padres seleccionen el sexo de sus hijos para evitar enfermedades raras de base monogenética o para evitar enfermedades ineludibles en atención a las características de los padres.	3	4
	• En España en más del 50 % de los tratamientos del cáncer se utilizarán anticuerpos.	3	4
2035	• Aplicación clínica de los primeros mapas funcionales del cerebro.	3	4
	• En la mayor parte de los centros sanitarios de España, se utilizarán células madre embrionarias o adultas para la regeneración de órganos como el riñón, hígado, etc.	3	4
	• En la mayor parte de los centros sanitarios de España se utilizarán habitualmente células pluripotentes inducidas (IPS) para el tratamiento de enfermedades como el Parkinson, de riñón, de hígado, etc.	3 3	4 4
	• Existencia de sangre artificial.	4	4
	• En la mayor parte de los centros sanitarios de España se utilizarán dispositivos nanotecnológicos para diagnosticar y curar enfermedades (micro cápsulas que contengan genes, proteínas, etc.).	3	3
	• En la mayor parte de los centros sanitarios de España se utilizarán habitualmente células madre de la zona del «limbo corneal» para curar la ceguera.	4	4
	• En la mayor parte de los centros sanitarios de España se realizará habitualmente la terapia génica para la curación de enfermedades de base genética y no solo para casos aislados.	3 3	4 4
	• En más del 50 % de los centros sanitarios de España, se implantarán habitualmente dispositivos electrónicos y materiales sintéticos dentro del cuerpo humano (ojos biónicos, órganos sintéticos…).	3	5
	• La mayor parte de las entidades bancarias, compañías de seguros y de salud en España sólo concederán sus préstamos, pólizas y seguros médicos tras análisis genéticos de sus clientes para detectar, por ejemplo, enfermedades como el coronavirus.	3 3	4 3
	• La edad media de vida alcanzará los cien años como consecuencia, entre otros factores, de los avances en genética humana (en nuestro país, en estos momentos alcanza una cifra media para ambos sexos de 83 años).	4 3	4 4
	• En más del 50 % de las enfermedades se utilizarán para su tratamiento los perfiles proteómicos de los pacientes.	3	3
	• En más del 50 % de las enfermedades se utilizarán para su tratamiento los perfiles de microbiota de los pacientes.		

Horizonte temporal	Eventos	Seguridad en la previsión (1)	Importancia social de las repercusiones (2)
2035	• Más del 50 % de los medicamentos se diseñarán en base a los conocimientos de la genómica.	3	3
	• Más del 50 % de los tratamientos farmacológicos se prescribirán, tras haber realizado un estudio farmacogenético al paciente.	3	4
	• Más del 50 % de los centros de primera asistencia dispondrán de consultas de medicina genética.	3	4
	• Más del 50 % de las empresas realizarán a sus trabajadores análisis periódicos epigenéticos, con el fin de detectar predisposiciones a padecer enfermedades genéticas a consecuencia del desempeño de su trabajo.	4	3
	• En España, habrá más de un 25 % de parejas estériles, como consecuencia de las condiciones de vida (alimentación, estrés, contaminantes).		
	• En España existirán dianas terapéuticas para más del 50 % de los tumores.		
	• En España en más del 50 % de las operaciones se utilizarán robots cirujanos manejados a distancia por 5G, que operen por inteligencia artificial.		
2043	• En España se habrá implantado un sistema público de identificación personal a través de un «carnet genético» que tendrán todos los ciudadanos.	3	4
2050	• La clonación con fines terapéuticos será una técnica que se utilizará habitualmente en medicina.	4	3

Fuente: CIS, Estudio Delphi sobre tendencias en Ingeniería Genética humana y Biotecnología, 2021.
Seguridad en la previsión: 1 nada seguro /importante, 2 poco seguro/importante, 3 seguro/importante, 4 bastante seguro/importante, 5 muy seguro/importante (valorable conforme a los conocimientos del experto)

Las principales innovaciones que son mencionadas en 2021 y que, eventualmente acontecerán en la próxima década, presumen nos conducirán a una medicina preventiva, curativa y de precisión. Precian que se formalizarán sondeos genéticos masivos de la población, que se predecirán enfermedades varias, que se acometerán secuencias genómicas de patógenos en tiempos mínimos (este pronóstico es la primera vez que se emite, en buena lógica debido a la contingencia pandémica). Asimismo, se promoverán terapias génicas/celulares (incluida la utilización de células pluripotentes inducidas (IPS), se perfeccionarán las tecnologías del ARN y la clonación terapéutica[17]). Destacaban las «Terapias personalizadas con *ómicas*» (*Vid.* cuadro 4).

[17] La Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida en su primer informe del año 1998 ofreció esta definición de la clonación reproductiva: «la aplicación de técnicas de clonación en culti-

Todo ello irá en paralelo, como mostramos, a desarrollos en la investigación de los tumores y a la «generalización de fármacos de precisión contra dianas genéticas concretas». A más largo plazo, supondrá que controlaremos las enfermedades genéticas en la población a través de bancos de ADN. Relataron que se fabricarán «… microorganismos modificados genéticamente para la producción de energía y eliminación de residuos», en unas condiciones en donde se forje una «combinación entre ecología y biología para afrontar los procesos de recuperación del cambio climático: ecosistemas y diversidad, organización de la vida humana (vivienda, ciudades y empleo)». Estos adelantos coinciden, básicamente, con los esbozados en los últimos treinta años por los expertos consultados por el GETS, siendo las previsiones emitidas en 2021 por los expertos consultados por el CIS más coincidentes con las de los estudios del 2015 y 2011.

Cuadro 4. Principales innovaciones en ingeniería genética y biotecnología que tendrán lugar en el mundo en un horizonte temporal de diez años. 2031.

	Valor ponderado
Perfiles genéticos masivos con predicción de enfermedades.	15
Secuenciación genómica de patógenos (virus, bacterias, etc.) in situ en tiempos mínimos (minutos).	12
La genómica del cáncer.	9
Generalización de fármacos de precisión contra dianas genéticas concretas.	8
Caracterización genética de tumores y de su evolución en el tiempo.	8
Aproximaciones interdisciplinares y multitecnologías para abordar la nueva medicina.	7
Terapias personalizadas con *ómicas.*	6
Introducción de terapias celulares en tratamientos médicos.	5
Desarrollo de terapías con anticuerpos monoclonales.	4
Reversión cambio epigenéticos.	3
Desarrollo de tratamientos médicos basados en tecnología del ARN.	3
Herramientas de manipulación y diagnosticas.	3
Desarrollo de microorganismos modificados genéticamente para la producción de energía y eliminación de residuos.	3
Mayor conocimiento del origen de las enfermedades.	3
La multiplicación de la aplicación de la edición genética.	3
Medicina regenerativa y predictiva.	2
Biología sintética.	2

vos celulares o en embriones preimplantatorios sin intención de producir un individuo clónico, sino con objeto de establecer cultivos de tejidos —y si fuera posible, de órganos— a partir de células troncales del embrión o células stem, que son células inmaduras con capacidad de autorregeneración y diferenciación. Tales cultivos pueden ser establecidos con fines de investigación básica o clínica en la reparación de tejidos u órganos dañados, en cuyo caso algunos la denominan clonación terapéutica». *Ibidem*.

	Valor ponderado
Modificación genética de organismos como fuentes de producción de nuevos compuestos.	2
Precisión y seguridad en la edición genética, con repercusiones en la terapia génica.	2
Medicina de precisión.	2
Uso de organismos modificados en procesos industriales.	2
Combinación entre ecología y biología para afrontar los procesos d recuperación del cambio climático: ecosistemas y diversidad: organización de la vida humana (vivienda y trabajo, ciudades y empleo).	2
El control en prospectiva de las enfermedades genéticas en la población a través de los bancos de ADN.	1
Producción de test de diagnósticos combinados: identificación de la mutación/patógeno personalizado.	1
Tratamientos predictivos (Medicina genética preventiva)	1

Fuente: CIS, Estudio Delphi sobre tendencias en Ingeniería Genética humana y Biotecnología, 2021.

V. Estímulos y frenos a la ingeniería genética y la biotecnología

Los estímulos o factores que, en los próximos diez años, se estima dinamizarán los desarrollos en ingeniería genética y biotecnología (*Vid.* cuadro 5) son de naturaleza variada. Se atribuye especial importancia al papel que desempeñarán los intereses empresariales ligados a las ciencias de la vida y a la industria farmacéutica y a sus posibilidades en cuanto a mejorar la salud y el bienestar de los seres humanos. También, y por primera vez a lo largo de los cuatro encuestras Delphi del GETS, los expertos estiman que la «búsqueda de energía y procesos más ecológicos, compatibles con las aplicaciones médicas» es un factor clave dinamizador. Junto a lo anterior, la presión de la comunidad científica, que acorde a la curiosidad innata de los investigadores, presionará para obtener los fondos económicos que les permitan ir avanzando dentro de este campo científico-tecnológico. Asimismo, hay que destacar el papel que tendrán los desarrollos de nuevas tecnologías y la necesidad de establecer nuevos modelos económicos sostenibles.

Cuadro 5. Principales estímulos o factores que dinamizarán los desarrollos en ingeniería genética humana y biotecnología en un horizonte temporal de diez años (2031).

	Valor ponderado (*)
• Las posibilidades de negocio y crecimiento económico que vendrán acompañadas de una inversión económica en investigación por parte de la iniciativa pública y privada.	55
• Desarrollo de nuevos métodos de detección y tratamiento de enfermedades.	39
• El empuje de los investigadores, una elevada competitividad entre la comunidad científica y una mayor coordinación internacional en algunos temas.	33
• Las mejoras relacionadas con la salud y el bienestar.	25

	Valor ponderado (*)
• Financiación basada en nuevos modelos de negocio de riesgo compartido.	25
• Mejor conocimiento de la función celular y avances en biología sintética.	25
• Factores económicos de los Estados para ahorrar en medicamentos y tratamientos.	20
• La posibilidad de curar enfermedades hasta ahora incurables.	18
• El desarrollo de nuevas tecnologías más seguras y eficaces y la aplicabilidad de los resultados.	17
• Planes de investigación financiados por los gobiernos.	16
• La entrada en una era realmente pluridisciplinar en la que la física, la química y, las matemáticas confluirán en la biología.	14
• La necesidad de establecer nuevos modelos económicos sostenibles.	14
• El envejecimiento poblacional.	12
• El aumento de las parejas estériles hará aumentar la inversión en técnicas de reproducción asistida.	11
• Búsqueda de energías y procesos productivos más ecológicos compatibles con las aplicaciones médicas.	9
• Mejoras en el marco normativo.	9
• El cambio climático.	2

(*) Según el orden de mención, en primer lugar, en segundo, etc.
Fuente: CIS, Estudio Delphi sobre tendencias en Ingenieria Genética humana y Biotecnología, 2021.

Finalmente, debe reseñarse un conjunto de factores de etiología heterogénea. Por un lado, la entrada en una era pluridisciplinar en la que la física, la química, las matemáticas, y la ingeniería confluirán en la biología», el envejecimiento de la población, la presión demográfica y mejoras del marco normativo.

Las principales circunstancias o limitaciones que, según los expertos, podrían retrasar los desarrollos en Ingeniería Genética y en Biotecnología son también diversos (*Vid.* cuadro 6).

Cuadro 6. Principales circunstancias o limitaciones que retrasarán los desarrollos en ingeniería genética y biotecnología en un horizonte temporal de diez años (2031).

	Valor ponderado (*)
• La falta de una inversión pública potente en I+D+I.	72
• Los algos costes económicos en general (coste-beneficio).	40
• Limitaciones éticas o religiosas.	31
• Limitaciones científico-tecnológicas como, por ejemplo, en la edición del ADN y ARN, o en la ineficacia de los protocolos experimentales e incluso dispersión metodológica de los grupos de investigación.	29
• Limitaciones legales.	27
• La falta de conocimientos a nivel organismo-tejido-células.	27
• La burocracia de las instituciones gubernamentales.	16
• El crecimiento de la desigualdad social y por ende problemas de acceso a los tratamientos por parte de los ciudadanos en función de su posición social.	15
• La efectividad de los tratamientos.	14
• Económicos para poder realizar análisis genéticos a toda la población.	11
• Las estrategias conflictivas de las empresas del sector.	11
• La necesidad de presentar resultados a corto plazo y, en particular, la mentalidad cortoplacista de los políticos.	9
• La reticencias de las industria tradicional en apostar por soluciones biotecnológicos.	8
• El rechazo social.	8

(*) Según el orden de mención, en primer lugar, en segundo, etc.
Fuente: CIS, Estudio Delphi sobre tendencias en Ingenieria Genética humana y Biotecnología, 2021.

En los primeros puestos, los expertos consignan factores económicos, problemáticas técnicas, variables éticas/morales/religiosas, la falta de apoyos institucionales, limitaciones legales, el conflicto de intereses entre las empresas del sector. Junto a ello, problemas técnicos derivados de su complejidad, y rémoras éticas y religiosas, vinculadas a la falta de un consenso ético y moral sobre qué líneas de investigación priorizar y sobre qué aplicaciones avanzar. Finalmente, reticencias de la industria tradicional por apostar por la biotecnología, limitaciones legales, y conflictos de intereses entre las empresas del sector.

VI. HORIZONTES DE LA SOCIEDAD GENÉTICA-BIOTECNOLÓGICA EN EL SIGLO XXI

Los resultados obtenidos en el *Estudio Delphi sobre tendencias en Ingeniería Genética humana y Biotecnología*, 2021 del CIS, así como los previos del GETS, nos reitera en que el siglo XXI es el siglo de la Biotecnología y que muchos y de extraordinaria trascendencia serán las alternativas diagnósticas y terapéuticas que irán apareciendo. Se dibujan sombras coligadas a discriminaciones en contextos no médicos, que surjan de una información tan sensible como la genética de individuos concretos (esfera laboral, empresas de seguros, entidades bancarias y de salud, etc.…). Otra cuestión es que

merced a las técnicas diagnósticas se detecten enfermedades ante las que no existan las terapias pertinentes. No menospreciemos, como sugerimos, sus usos con fines eugenésicos. Es preceptivo fallar si lo que vaya trascendiendo estará al alcance únicamente de los ciudadanos mejor posicionados económica y socialmente.

Se justifican trabajos prospectivos de este tenor, que perfilan los horizontes de la sociedad genética/biotecnológica y hacer propuestas, desde una mirada sociológica, sobre las eventuales rastras en las sociedades y los seres humanos. Tomando como referente que la mayor parte de las previsiones han sido emitidas en 2021 con una seguridad media (3), el valor que dotaron a la importancia social de las repercusiones de los *ítems* trazados precisa que la incluyamos como tendencia principal o secundaria. De forma que aquellos sucesos cuyas repercusiones sociales han sido calificadas como «muy importantes» (5) o «bastante importantes» (4) se incluyen como tendencia principal. Si fallaron que la importancia social de sus repercusiones era de 3 las radicamos dentro de las tendencias secundarias.

Hemos estructurado los cuatro ámbitos que conforman la Ingeniería Genética y la Biotecnología dentro de tres bloques: 1) «Medicina Preventiva y Curativa» (diagnósticos, nuevas terapias y la terapia génica), 2) «Investigación», 3) «Limitaciones y controles» y 4) Técnicas de Reproducción Humana Asistida y sus derivaciones (*Vid.* Cuadros 7.1 y 7.2).

Según el orden de mención, en primer lugar, en segundo, etc.

Cuadro 7.1. Horizontes de la sociedad genética-biotecnológica en el siglo XXI.

	2030	**2035**	**2050**
TENDENCIAS PRINCIPALES EN MEDICINA PREVENTIVA Y CURATIVA	• En la mayor parte de los centros sanitarios de España se utilizarán habitualmente marcadores moleculares y genéticos para el tratamiento de enfermedades monogenéticas. • En la mayor parte de los centros sanitarios de España se utilizarán habitualmente marcadores moleculares y genéticos para el diagnóstico y tratamiento de la mayoría de las enfermedades poligenéticas.	• En España en más del 50 % de las enfermedades se utilizarán para su tratamiento los perfiles proteómicos de los pacientes. • En la mayor parte de los centros sanitarios de España, se utilizarán habitualmente células madre embrionarias o adultas para la regeneración de órganos como el riñón, hígado, etc. • En la mayor parte de los centros sanitarios de España se utilizarán habitualmente células pluripotentes inducidas (iPS) para el tratamiento de enfermedades como el Parkinson, de riñón, de hígado, etc. • En la mayor parte de los centros sanitarios de España se utilizará habitualmente la terapia génica para la curación de enfermedades de base genética y no solo para casos aislados.	• En más del 50 % de las enfermedades se utilizarán para su tratamiento los perfiles proteómicos de los pacientes.

	2030	2035	2050
TENDENCIAS SECUNDARIAS EN MEDICINA PREVENTIVA Y CURATIVA	• En la mayor parte de los centros sanitarios de España se realizarán habitualmente, diagnósticos genéticos preimplantacionales para seleccionar embriones con fines terapéuticos. • En España en más del 50 % de los tratamientos del cáncer se utilizarán anticuerpos.	• La edad media de vida en España alcanzará los ciento veinte años o más como consecuencia, entre otros factores del avance de la biogenética. • En España existirán dianas terapéuticas para más del 50 % de los tumores. • En España más del 50 % de los centros de primera asistencia dispondrán de consultas de medicina genética. • En la mayor parte de los centros sanitarios de España se utilizarán habitualmente células madre de la zona del «limbo corneal» para curar la ceguera. • En España más del 50 % de las empresas realizarán a sus trabajadores análisis periódicos epigenéticos, con el fin detectar predisposiciones a padecer enfermedades genéticas a consecuencia del desempeño de su trabajo. • En la mayor parte de los centros sanitarios de España se utilizarán análisis epigenéticos para detectar o combatir enfermedades inducidas por la contaminación ambiental. • La mayor parte de las entidades bancarias, compañías de seguros y de salud en España sólo concederán sus préstamos, pólizas y seguros médicos tras análisis genéticos de sus clientes para detectar, por ejemplo, enfermedades como el coronavirus. • En España en más del 50 % de los centros de primera asistencia dispondrán de consultas de medicina genética. • En España en más del 50 % de las enfermedades se utilizarán para su tratamiento los perfiles de microbiota de los pacientes. • En España en más del 50 % de las operaciones se utilizarán robots cirujanos, manejados a distancia por 5G, que operen por inteligencia artificial.	

Fuente: CIS, Estudio Delphi sobre tendencias en Ingeniería Genética humana y Biotecnología, 2021.
* Nueva previsión. ** Evento al que los expertos otorgan la máxima puntuación (5) en lo que a la importancia social de sus repercusiones se refiere.

Cuadro 7.2. Horizontes de la sociedad genética-biotecnológica en el siglo XXI.

TENDENCIAS PRINCIPALES EN INVESTIGACIÓN	• Aplicación clínica de los primeros mapas funcionales del cerebro. • En más del 50 % de los centros sanitarios de España se implantarán habitualmente dispositivos electrónicos y materiales sintéticos dentro del cuerpo humano (ojos biónicos, órganos sintéticos). • En la mayor parte de los centros sanitarios de España se utilizarán dispositivos nanotecnológicos para diagnosticar y curar enfermedades. • En España más del 50 % de los tratamientos farmacológicos en España se prescribirán, tras haber realizado un estudio farmacogenético al paciente. • En España más del 50 % de los medicamentos se diseñarán en base a los conocimientos de la genómica. • En España más del 50 % de los tratamientos farmacológicos se prescribirán, tras haber realizado un estudio farmacogenético al paciente. • Existencia de sangre artificial.
TENDENCIAS SECUNDARIAS EN INVESTIGACIÓN	

TENDENCIAS PRINCIPALES EN LIMITACIONES Y CONTROLES			• En España se habrá implantado un sistema público de identificación personal a través de un «carnet genético», que tendrán todos los ciudadanos.	
TENDENCIAS SECUNDARIAS EN LIMITACIONES Y CONTROLES				
TENDENCIAS PRINCIPALES EN TÉCNICAS DE REPRODUCCÓN HUMANA ASISTIDA	• No habrá impedimentos legales para que las madres y padres seleccionen el sexo de sus hijos para evitar enfermedades raras de base monogenética o para evitar enfermedades ineludibles en atención a las características de los padres.	• En España habrá más de un 25 % de parejas estériles, como consecuencia de las condiciones de vida.	• En España no habrá impedimentos legales para que las madres y padres seleccionen el sexo de sus hijos por razones no médicas.	
TENDENCIAS SECUNDARIAS EN TÉCNICAS DE REPRODUCCÓN HUMANA ASISTIDA				• La clonación con fines reproductivos será una técnica que se utilizará habitualmente en los procesos de reproducción asistida.

Fuente: CIS, Estudio Delphi sobre tendencias en Ingeniería Genética humana y Biotecnología, 2021.
* Nueva previsión. ** Evento al que los expertos otorgan la máxima puntuación (5) en lo que a la importancia social de sus repercusiones se refiere.

VII. **Bibliografía**

Baiguet Bastas, Montserrat, «Análisis genético» en Romeo Casabona, Carlos (Dir.), *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética.* Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano. Universidad de Deusto-Universidad del País Vasco, Editorial Comares, Granada, 2011, pp. 321-322.

Bunge, Mario, *La investigación científica,* Editorial Ariel, Barcelona, 1973.

Centro de Investigaciones Sociológicas, *Estudio Delphi 2021 sobre tendencias sociales, políticas y económicas, tendencias científico-tecnológicas y tendencias en salud mental*. Disponible en: https://www.cis.es/detalle-ficha-estudio?origen=estudio&idEstudio=14607

Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, *Primer Informe*, Ministerio de Sanidad, 1998, p. 65.

Fundación BBVA, *Estudio Internacional de Cultura Científica, 2012*. Disponible en: http://www.fbbva.es/TLFU/tlfu/esp/investigacion/fichainves/index.jsp?codigo=381

García López, José Luis, «Biotecnología» en Romeo Casabona, Carlos (Dir.). *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, Tomo I, 2011, p. 280.

Gets, https://grupogets.wordpress.com/#:~:text=El%20Grupo%20de%20Estudio%20sobre,Tendencias%20Sociales%20de%20Nuestro%20Tiempo.

Laín Entralgo, Pedro, *La medicina actual*, Hora H, Madrid, 1973, p. 3.º y pp. 241-242.

Kötschau, Karl, *Theoretische Grundlagen zum Aufbau einer biologischen Medizin*, Editado por Adolf Meyer-Abich, Dresde, 1936.

Mannheim, Karl, *El hombre y la sociedad en la época de crisis,* CIS, Madrid, 2018, p. 31.

National Human Genome, *Terapia génica*, Disponible en: https://www.genome.gov/es/genetics-glossary/Terapia-genica

OCDE, *Biotecnología.* Disponible en: https://www.oecd-ilibrary.org/economics/oecd-factbook-2013_factbook-2013-en

Pierna Álvarez, María; Marcos-Vadillo, Elena; Belén García-BerrocaL, Belén; Isidoro-García María, «Farmacogenómica: la medicina personalizada». *Revista del Laboratorio Clínico,* Vol. 12 (3), 2019. Disponible en: https://www.elsevier.es/es-revista-revista-del-laboratorio-clinico-282-articulo-farmacogenomica-medicina-personalizada-S1888400818300576

Sánchez Morales, M.ª Rosario, «Retos de la genética humana en el siglo xxi: tendencias de futuro», en Moreno Muñoz, Miguel (coord.), *Perspectivas en la investigación con células troncales. Aspectos científicos, éticos, sociales y legales.* Editorial Comares, Granada, 2010, pp. 187-208.

28

NOTIFICATION OF ADVERSE EVENTS AT HEALTHCARE IN GERMAN LAW: THEORY AND PRACTICE

JÜRGEN SIMONI*

SUMMARY: I. HEALTH CARE INDEX. I.1. Country: health care index. I.2. Another statistics. II. WHERE DO THE GAPS IN CARE IN THE GERMAN HEALTH SYSTEM COME FROM? II.1. There is a german law that regulates this matter in the field of medicines. III. DOCTORS IN HOSPITALS OFTEN ONLY MANAGE THE SHORTAGE. III.1. Outpatient cytostatic drug infusions in bottrop. III.2. The lunapharm scandal and the parallel importer business. III.3. The valsartan scandal and the global trade in active ingredients. Iii.4 Brüggen-bracht case. IV. WHAT ARE THE IMPACTS. IV.1. Impact on insured persons. IV.2. Impact on doctors. IV.3. Impact on hospitals/inpatient care. IV.4. Impact on health insurance companies. IV.5. Effects on financing. V. DIGITALIZATION. VI. SUMMARY: A NEW LAW. VII. CONCLUSION.

* I have been teaching at the Hanoi Law University in Vietnam for the last seven years, so I have essentially been away from Germany. When I came back, I was very surprised that my family doctor gave me an appointment after three months, although seven years ago he gave me the appointments in a week, as did my dentist, who gave me the appointment at six months, and this one I could continue the list. Well, I was read in the newspaper it will

- not enough medical education offered at universities, although universities are supposed to train doctors,
- there are no more employees for the high workload,
- the workload itself is too high,
- the costs of health care are too high, as are the costs of pharmaceutical care, etc.

Of course, that hit me hard, especially since I had always defended Germany abroad. I assumed Germany would come in third place in health care. That's why I then asked the WHO and other rankings whether my theses were correct. And of course, I also checked whether my old age insurance was still good. Of course, I was told that because I worked as a civil servant, I would get better health care. For statutory health insurance patients, it can be three quarters of a year or more.

I. Health care index

I then tried to determine what the Health Care Index by Country 2024[2] wrote; the health index score was done by WHO. The Health Care Index is an assessment of the overall quality of health care, medical staff, medical equipment, costs, etc.

I.1. Country: health care index

1. Taiwan 86.0 158.2 2. South Korea 82.7 151.3 3. Japan 79.3 144.5
4. Netherlands 78.9 144.3 5. France 78.1 142.8 6. Denmark 78.0 143.6
7. Spain 77.6 142.6 8. Finland 77.3 140.9 9. Thailand 77.2 140.5
10. Austria 76.6 139.5 11. Luxembourg 76.3 138.9 12. Estonia 76.3 140.1
13. Norway 75.7 138.2 14. Czech Republic 75.5 138.6 15. Belgium 75.3 136.6
16. Lithuania 74.4 135.4 17. Israel 73.5 134.6 18. United Kingdom 73.5 134.7
19. Portugal 72.7 132.2 20. Switzerland 72.6 135.8 21. Mexico 72.5 130.7
22. Qatar 72.3 131.4 23 Germany 71.7 130.2
24 Sri Lanka 71.1 128.3
25 Turkey 70.7 127.2
26 Singapore 70.6 130.7

I.2. Another statistics

One another is the «Best Healthcare in the World at Statista»: Health and health systems ranking of countries worldwide in 2023[3].

In 2023, Singapore dominated the ranking of the world's health and health systems, followed by Japan and South Korea. The health index score is calculated by evaluating various indicators that assess the health of the population, and access to the services required to maintain good health, including health outcomes, health systems, sickness and risk factors, and mortality rates.

1. Singapore 2. Japan 3. South Korea 4. Taiwan 5. China 6. Israel 7. Norway
8. Iceland 9. Sweden 10. Switzerland 11. Netherland 12. Luxembourg 13. Germany
14. Hong Kong 15. Finland 16. Denmark 17. Italy 18. Malta 19. France 20. Australia
21. Austria 22. Ireland 23. Slovenia 24. New Zealand 25. Spain[4].

[2] Cost Of Living, Property Prices Index by Country 2024 Mid-Year. Available at: https://www.numbeo.com/property-investment/rankings_by_country.jsp

[3] Statista, Health, Pharma & Medtech, State of Health, Ranking of health and health systems of countries worldwide in 2023.

[4] Statista, Health, Pharma & Medtech, State of Health, Ranking of health and health systems of countries worldwide in 2023.

For Germany, this means that it is in 23rd and 13th place respectively. A lot has been postponed in recent years, but Germany is quite lagging in its fields, which was certainly also due to the COVID-19 pandemic.

Life expectancy in Germany is six months above the EU average; so, Germany is in 16th place. Sounds pretty good, but Spain is 11 places above, behind Norway, Iceland and Ireland, Malta and Italy[5]. Germans' own health assessment is below the EU average, i.e. in 21st place. Germany spends more on health than any other EU countries and relies predominantly on public sources[6]. Before the COVID-19 pandemic, unmet medical care needs were reported by respondents to be close to zero, but surveys show that this number has increased significantly in 2020. The pandemic led to delayed and omitted care, but also increased use of electronic health services (such as medical teleconsultations)[7].

II. Where do the gaps in care in the German health system come from?

II.1. There is a german law that regulates this matter in the field of medicines[8]

It is best for a lawyer not to look at the loopholes, but to look at the law. That's why I thank Prof. Carlos Romeo Casabona for bringing this article and also the law to my attention.

In 2014, the legislature stipulated that the following was inserted after Section 137 Social Code, paragraph 1c:

«(1d) In its guidelines on the basic requirements for internal quality management in a facility by February 26, 2014, the Federal Joint Committee determines essential measures to improve patient safety and in particular sets minimum standards for risk management and error reporting systems. The quality reports must also provide information about the implementation of risk management and error reporting systems in hospitals.

As a basis for the agreement of remuneration surcharges…, the Federal Joint Committee determines requirements for cross-institutional error reporting systems that appear to be particularly suitable, «to identify and evaluate risks and sources of error in inpatient care and to contribute to the prevention of undesirable events»[9].

So, in short, the law wants to introduce measures for patient safety. Therefore, minimum standards for risk management and error systems should be set. In addition,

[5] The Local Germany, In which parts of Germany do people live the longest?. Available at: https: www.thelogical.de

[6] European Union, Germany – Public Health. Available at: https://health.ec.europa.eu › 2021_chp

[7] National Institutes of Health (NIH) (.gov), *The impact of the covid-19 outbreak on unmet health care*. Available at: https://www.ncbi.nlm.nih.gov

[8] Federal Institute for Drugs and Devices, Medical Devices.

[9] Medicinal Products Act, (The Drug Law), (Arzneimittelgesetz – AMG).

«cross-facility error reporting systems» must be determined. These should also help to avoid risks and sources of error, or in short: the law should lead to the avoidance of «adverse events»[10].

«Adverse events» can, for example, result in side effects of medication, injuries, psychological damage or trauma or death. This means that adverse events are preventable or unpreventable and are often associated with medication errors[11].

What are the 4 elements of an adverse event? To consider information as a reportable adverse event is required

(1) an identifiable patient,

(2) an identifiable reporter,

(3) a product exposure and

(4) an event[12].

An experience from my own experience: In Berlin, a woman with severe abdominal pain called the emergency doctor shortly before Christmas. Hospitalization is urgently necessary. But the doctor describes the search for a bed in a Berlin clinic as roulette. It takes a while until he finds what he is looking for. The patient then waits in the emergency room for five hours. The high inflammation levels indicate a serious illness.

Nevertheless, she was sent home and told to see an internist the next day. He discovered the cause in the ultrasound, which can only be remedied in the hospital, and referred the woman back. But in the emergency room a doctor again refuses to admit him as an inpatient. She should only get in touch again if a possible acute case occurs, possibly an intestinal obstruction. Welcome to the German healthcare system.

III. Doctors in hospitals often only manage the shortage

With this draft law for greater safety in the supply of pharmaceuticals from 2019, the legislature is responding to incidents involving contaminated or counterfeit medicines and is taking precautions to prevent such incidents in the future and to make the supply of medicines even safer[13].

What are these incidents? In Germany we have four of them in particular that are used when changing the means:

[10] Duffourc, Mindy Nunez, *Liability for Negligent Healthcare Clinical Risk, Management in the United States and Germany,* Passau, 1923.

[11] Skelly, Christy L. / Cassagnol, Manouchkathe / Munakomi, Sunil, «Adverse Events», *StatPearls. Treasure Island (FL)*, StatPearls Publishing; 2024 Jan. 2023 Aug 13. National Institutes of Health (NIH) (.gov), Available at: https://www.ncbi.nlm.nih.gov

[12] *Adverse Event Detection, Processing, and Reporting,* National Institutes of Health (NIH) (.gov), Gliklich, RE p.17, 2014. Available at: https://www.ncbi.nlm.nih.gov

[13] Evidera, PPP, GSAV – A New Law for More, Safety in the Supply of Pharmaceuticals in Germany.

III.1. **Outpatient cytostatic drug infusions in bottrop**

The biggest scandal involving outpatient care with ready-to-use infusions in recent years may have harmed several thousand patients with cancer drugs at a so-called «main emphasis Pharmacy»[14]. «Affected patients presumably received drug-reduced/drug-free cytostatic drug infusions for years and unnoticed, but these were billed at the full reimbursable price»[15]. This approach was facilitated by the fact that the regulatory authorities either looked the other way or did not consistently follow up on the information[16].

A draft bill in the area of parententeral preparations is intended to help, insofar as more frequent unannounced inspections of the producing pharmacies (including sampling and analysis of the active ingredient content) are possible, and a complete redesign of the remuneration system, including the pricing system, is also sought. The increase in the density of inspections and rule examples for unannounced inspections take place at pharmacies that produce patient-specific medicines for parenteral use and of companies that produce them for pharmacies[17].

III.2. **The lunapharm scandal and the parallel importer business**

The Lunapharm company is said to have committed the alleged theft and illegal import of Greek pharmaceuticals to Germany and this theft has been investigated by a commission of experts[18]. Recommendations were made for the respective decision-makers, because here too the supervisory authorities reacted too late. It was also recommended that the business model of parallel importers be generally reconsidered and that legal bases, e.g. for the import quota[19].

The Law for More Security in the Supply of Medicines (GSAV) placed emphasis on «the fact that, on the one hand, patients in Germany were exposed to a health risk due to illegal actions by people or companies abroad»[20] and that important medicines were withheld from patients in Greece medically justified treatment of these patients

[14] Der Apotheker, Available at: https://correctiv, alte-apotheke, 2017/11/10; DAZ_Logo DAZ.online DAZ / AZ DAZ 13/2018, Der Fall Bottrop; Interpharm 2018 – Der Fall Bottrop.

[15] Vorstellung der Vergleichsstudie zum Bottroper, NRW Gesundheitsministerium, Apothekerskandal, available at: https://www.land.nrw, pressemitteilung, Gesundheitsministerium 13.04.2021.

[16] Franz Stadler, DAZ.online DAZ, AZ DAZ 50, 2018, Auf dem Weg zu mehr Sicherheit.

[17] Vorstellung der Vergleichsstudie zum Bottroper, NRW Gesundheitsministerium, Apothekerskandal, https://www.land.nrw, pressemitteilung, Gesundheitsministerium 13.04.2021.

[18] 'Lunapharm: Prozessbeginn nach Krebsmedikament- …LTO.de – Legal Tribune Online, available at: https://www.lto.de [Last Accessed: october 11, 2023].

[19] Stadler,Franz, DAZ.online DAZ, AZ DAZ 50, 2018, Auf dem Weg zu mehr Sicherheit.

[20] 'Lunapharm': Prozessbeginn nach Krebsmedikament- …LTO.de – Legal Tribune Online, available at: https://www.lto.de [Last Accessed: october 11, 2023].

was made impossible. Such actions also caused substantial damage to the health and social systems.

III.3. **The valsartan scandal and the global trade in active ingredients**

Since July 2018, more and more medicines containing Valsartan have been recalled. In this case, carcinogenic impurities arose «that were created during the synthesis of active ingredients and had neither been declared by the predominantly Chinese or Indian manufacturers nor found by the European Medicines Agency (EMA)»[21]. At times there was only one manufacturer who could deliver without detected impurities. There is no sign of an end to the scandal yet, which continues to make patients extremely unsettled.

Counterfeit medicines and active ingredients and indications of serious defects:

The consequence is that the coordination function of the Federal Institute for Drugs and Medical Devices (BfArM) and the Paul Ehrlich Institute (PEI) is strengthened through new competencies (BfArM or PEI). These coordinate recalls at the federal state level to prevent supply bottlenecks. There are therefore obligations to provide information about recalls, which can lead to a shortage of medicines for the population. With the expansion of the responsible higher federal authorities, recalls by the higher federal authorities are generally possible for national and central European approvals in the event of quality defects, a negative benefit-risk ratio or if there is suspicion of counterfeit medicines[22].

Inspection of documents relating to active ingredients and other substances intended for drug production is possible and the frequency of unannounced inspections is increased. To protect against counterfeit medicines, adjustments will be made to the European requirements for counterfeit protection and the security features on medicines. In addition to reporting and monitoring obligations, sanctions are regulated for violations of the requirements of the EU regulation[23].

III.4. **Brüggen-bracht case**

There were three deaths of cancer patients at a naturopath in Brüggen-Bracht[24]. «The possible cause of death is the infusion of a drug that was in the experimental phase

[21] Bekeredjian-Ding, Isabelle,Lieferengpässe bei Impfstoffen – Meldungen, Gründe und Auswirkungen (Supply shortages of vaccines – Reports, reasons and impacts, December 2016, Bulletin zur Arzneimittelsicherheit 7, pp. 30-36.

[22] Stadler, Franz,DAZ.online DAZ, AZ DAZ 50, 2018, Auf dem Weg zu mehr Sicherheit.

[23] Bekeredjian-Ding, Isabelle, Lieferengpässe bei Impfstoffen – Meldungen, Gründe und Auswirkungen (Supply shortages of vaccines – Reports, reasons and impacts, December 2016, Bulletin zur Arzneimittelsicherheit 7, pp. 30-36.

[24] Stadler, Franz, DAZ.online DAZ, AZ DAZ 50, 2018, Auf dem Weg zu mehr Sicherheit; DAZ. online News Recht, Zwei Jahre auf Bewährung für Heilpraktiker, Berlin – 15.07.2019.

of development in oncology-oriented basic research or abroad and that the alternative practitioner had produced himself»[25]. Alternative practitioners or other health professionals did not need official permission for the commercial use or professional manufacture of medicinal products if they are manufactured under professional responsibility for personal use on a specific patient.

IV. What are the impacts

IV.1. Impact on insured persons

The law is intended to improve medication safety for patients. As a result, for example, the frequency of inspections at drug manufacturers will be increased. There are expanded recall powers for the responsible federal authorities if medication defects are identified. Cooperation between federal and state authorities will be improved and an obligation to provide information about recalls will be introduced, thereby preventing supply bottlenecks[26].

IV.2. Impact on doctors

In the future, doctors will also be able to issue electronic prescriptions (the so-called e-prescription) instead of paper-based prescriptions, for example as part of telemedical treatment. The exception to the pharmacy distribution channel introduced in 2009 with the Medicines Act will be withdrawn on August 15, 2020, meaning direct sales will be prohibited[27].

IV.3. Impact on hospitals/inpatient care

The remuneration of nursing trainees who will be trained in accordance with the new Nursing Professions Act from 2020 will be fully refinanced in the first year of training via existing country-specific training funds. In the future, this means that those starting out in their first year of training will have to relieve the burden on fully trained nursing staff to a lesser extent than trainees in their second or final year of training[28].

[25] Stadler, Franz, DAZ.online DAZ, AZ DAZ 50, 2018, Auf dem Weg zu mehr Sicherheit.

[26] AOK Presse und Politik, Reform, Gesetz für mehr Sicherheit in der Arzneimittelversorgung (GSAV) vom 16.08.201.

[27] AOK Presse und Politik, Reform, Gesetz für mehr Sicherheit in der Arzneimittelversorgung (GSAV) vom 16.08.201.

[28] AOK Presse und Politik, Reform, Gesetz für mehr Sicherheit in der Arzneimittelversorgung (GSAV) vom 16.08.201.

IV.4. **Impact on health insurance companies**

The umbrella association of health insurance companies and the federal associations of statutory health insurance physicians must jointly establish the necessary regulations for the use of electronic prescriptions. The regulations must be incorporated into the federal framework contracts by March 31, 2020. In the future, medicines and dressings can be prescribed paperlessly using digital e-prescriptions, for example as part of telemedical treatment[29].

When concluding discount agreements with pharmaceutical manufacturers, health insurance companies will in future also have to take into account that uninterrupted and needs-based delivery can be ensured. Health insurance companies have a legal right to recourse in the event of product defects resulting in a drug recall.

In order to reduce the high reimbursement costs for biological reference drugs (biologicals), the proportion of prescriptions for essentially the same, biotechnologically produced drugs (biosimilars) should be increased. The Federal Joint Committee is tasked with determining by August 16, 2022 which biologicals are suitable for exchange in pharmacies.

In order to reduce the burden on statutory health insurance in terms of drug costs, the requirements for pharmacies to sell inexpensive imported drugs are being differentiated.

IV.5. **Effects on financing**

Due to the increased cost assumption as part of nursing training, the federal states incur additional annual costs of around 24.5 million euros, statutory health insurance of around 157 million euros and social nursing care insurance of around nine million euros. The private compulsory nursing care insurance covers around one million euros of the costs[30].

The Federal Association of Drug Manufacturers spoke of one of the biggest challenges in the healthcare system in Germany and Europe with regard to security of supply. The value of health care should no longer be expressed only in a price in the traditional sense. Long-term aspects and thus the resilience of care are not sufficiently taken into account. The association called for adequate income for service providers and the avoidance of additional requirements or the dismantling of unjustified requirements in connection with the approval and monitoring of medicines and the approval procedures.

[29] AOK Presse und Politik, Reform, Gesetz für mehr Sicherheit in der Arzneimittelversorgung (GSAV) vom 16.08.201.

[30] AOK Presse und Politik, Reform, Gesetz für mehr Sicherheit in der Arzneimittelversorgung (GSAV) vom 16.08.201.

V. Digitalization

Countries like Belgium, Denmark, Finland, Sweden and Spain have been showing us how it can work for years. We should learn from this and integrate ePA and e-prescriptions into our everyday lives as quickly as possible so that the gap to these countries when it comes to digitalization in the healthcare system does not become even greater.

For the further development of healthcare, digitalization must be promoted because it offers great opportunity for healthcare. It is used not only for faster communication and more efficient administrative processes, for eliminating fax messages and paper forms, but also for making patient data available whenever and where it is needed. This is the prerequisite for good and effective treatment[31].

The state of digitalization in the German healthcare system is described as unsatisfactory by all sides. But the question is whether this implementation problem is suggested as a glossed over classification, because in reality the problems can already be found in the structure of the German healthcare system. This makes both the establishment of overarching eHealth governance and the sustainable implementation of digitalization approaches actually impossible. Actors who could drive digitalization forward are, like patients, either too poorly organized or, like hospitals, only have limited technical connectivity. Problems and solutions accumulate in mobile health apps. The only question is whether the perseverance of the German healthcare system will ultimately push the American Internet giants into lethargy or whether they will take over data sovereignty in the German healthcare system through useful values and usable applications[32].

There are a lot of problems in the German healthcare systems, which are exacerbated by the lack of interoperability in the German healthcare system. The IT systems of the various actors are either not technically capable of exchanging data with each other in such a way that the receiving system cannot interpret it correctly and process it automatically. Or the low penetration of electronic prescriptions in Germany can be attributed to low acceptance of the technology and is not due to technical obstacles. These will be associated with low usefulness, high effort expectations and low perceived patient demand. «Improving technical stability, system functionality and increasing the level of information available to doctors were seen as the most important levers for promoting the acceptance of electronic prescriptions»[33].

[31] Evans, Jennifer, «Deutschland gehört im internationalen Vergleich zu den Schlusslichtern, wenn es um die Einführung E-Rezepts geht. Ein Überblick zeigt, wer die Nase vorn hat», *Pharmazeutische Zeitung,* 22.06.2021.

[32] Evans, Jennifer, «Deutschland gehört im internationalen Vergleich zu den Schlusslichtern, wenn es um die Einführung E-Rezepts geht. Ein Überblick zeigt, wer die Nase vorn hat», *Pharmazeutische Zeitung,* 22.06.2021.

[33] Shop Apotheke, Das E-Rezept im Ländervergleich, available at: https://www.shop-apotheke.com, [Last Accessed: April 27, 2024].

In the future, doctors will also be able to issue electronic prescriptions (the so-called e-prescription) instead of paper-based prescriptions, for example as part of telemedical treatment.

So far, the state authorities have not been obliged to explicitly inform the federal authorities when medicines are recalled that this could lead to supply deficiencies. This means that it has not previously been possible to recall authorized medicinal products at national and European level. There were therefore unclear requirements for the scope, type and density of controls in the event of suspected counterfeit medicines and active ingredients and indications of serious deficiencies. Learning from other countries and shortening the digitalization gap[34].

Digitalization has already significantly changed many areas of social life and the economy. It also offers great opportunities for healthcare: not only for faster communication and more efficient administrative processes, for the abolition of fax messages and paper forms, but also for patient access.

The systematic evaluation of medical data also improves the detection of diseases, enables individually tailored therapies and opens up new opportunities for healing. The use of mobile applications offers new opportunities for patients to play a self-determined role in the treatment process and for strengthening health literacy.

Digital technologies can help us better address the challenges that almost all health systems in the Western world face – treating more and more elderly and chronically ill people, paying for expensive medical innovations, and continuing to provide good medical care to structurally weak rural areas.

Above all, the development of secure networking in the healthcare system (telematics infrastructure, TI), the introduction of the electronic health card (eGK) with its applications, the introduction of the electronic patient file (ePA) and the electronic prescription (e-prescription) should be mentioned here new offering of digital health applications (DiGA) and digital care applications (DiPA) for insured persons, the expansion of the possible uses for video consultations and other telemedicine services[35].

The low penetration of electronic prescriptions in Germany is attributed to the low acceptance of the technology and is not due to technical obstacles. These can be associated with the low usefulness, the high effort expectation and the low perceived demand from patients. Improving technical stability, system functionality and increasing the level of information available to doctors were seen as the most important levers for promoting the acceptance of electronic prescriptions.

[34] Krumbach-Dörr, Ulrike, Tagesspiegel Background, Standpunkte E-Rezept: Lernen von anderen EU-Staaten?, 5.08.2021.

[35] Initiative D21, AG-Blog, Digitale Bildung in Nordeuropa: Kontroverse Entwicklungen und Perspektiven, 27.9.2023.

VI. Summary: a new law

The latest hospital planning reform is scheduled to come into force at the beginning of January 2025. But what is the hospital reform about? According to the «Improvement Act for Hospital Care», the Federal Minister wants to continue to meet the legitimate demands of patients. This includes, for example, «the hospital in the country, the maternity ward within easy reach, quick care in an emergency and excellent quality for complicated procedures»[36].

Whether this succeeds, however, is difficult.

The main elements of the reform are:

1. According to the first key point of the reform, the current remuneration system of flat rates per case is to be adjusted and the clinics are to be relieved of the financial pressure of having to provide more and more cases. Instead, they will receive a large part of the compensation for simply providing services.
2. In the future, clinics will be assigned to a so-called «performance group» so that they should meet certain quality criteria. So, services should only be provided where the appropriate technical equipment and appropriately trained staff are available.
3. The federal states decide which clinic should offer which service groups.
4. The federal states should offer good basic care close to home for cross-sector care – so-called «Level 1i» facilities. These offer inpatient, outpatient and nursing services.
5. The amount of bureaucracy should be reduced, for example hospital documentation should be reduced[37].

In the next two years, 15 laws are to be passed to normalize the healthcare system in Germany, following the Minister of Health.

VII. Conclusion

The law for greater safety in the supply of pharmaceuticals is intended to enable federal and state authorities to work better together and pharmacies and manufacturing companies to be more closely monitored. The federal government should be given expanded powers to ensure drug safety. Information about the manufacturers of active ingredients in medicines will be made publicly available in the future.

[36] Die Bundesregierung, „Gute stationäre Behandlung für alle«, Weniger ökonomischer Druck für die Kliniken, bessere Versorgungsqualität, und dies flächendeckend in ganz Deutschland: Mit der Krankenhausreform möchte die Bundesregierung die Klinikversorgung zukunftssicher aufstellen, 17.5.2024.

[37] DKG zum Krankenhausversorgungsverbesserungsgesetz (KHVVG), Patientenversorgung muss gesichert bleiben – Kliniken fordern Auswirkungsanalyse vor Verabschiedung der Reform, 7. Mai 2024.

In addition, health insurance companies will be obliged to take the diversity of providers into account in future discount contracts. This is intended to counteract supply bottlenecks for medicines. Finally, the law contains a roadmap for the gradual introduction of electronic prescriptions.

But if we go back to the problems we mentioned at the beginning, there is

- not enough medical education offered on the university side, although universities are supposed to train doctors,
- there are no more employees for this high workload,
- the workload itself is too high,
- the costs of health care are too high, as well are the costs of pharmaceutical care, etc.

But we notice that there are too few doctors, too few employees, too high is this workload and too high are health care costs. None of this is taken away. So things won't get significantly better in Germany in the future.

In this respect we can say:

«Oh yes, there is hope. Endless hope!» said Franz Kafka. «But not for us».

29

LA LEY, DE 24 DE JUNIO DE 2022, DE DEROGACIÓN DEL § 219A DEL CÓDIGO PENAL ALEMÁN SOBRE PUBLICIDAD DE LA INTERRUPCIÓN DEL EMBARAZO Y EL INFORME DE 15 DE ABRIL DE 2024 DE LA COMISIÓN SOBRE AUTODETERMINACIÓN REPRODUCTIVA Y MEDICINA REPRODUCTIVA

ANTONIO TRONCOSO REIGADA*
Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Cádiz
Director del Departamento de Disciplinas Jurídicas Básicas

SUMARIO: I. LA LEGISLACIÓN ALEMANA SOBRE EL ABORTO. II. LA LEY, DE 24 DE JUNIO DE 2022, DE DEROGACIÓN DEL § 219A DEL CÓDIGO PENAL ALEMÁN SOBRE PUBLICIDAD DE LA INTERRUPCIÓN DEL EMBARAZO Y EL INFORME DE 15 DE ABRIL DE 2024 DE LA COMISIÓN SOBRE AUTODETERMINACIÓN REPRODUCTIVA Y MEDICINA REPRODUCTIVA. II.1. Introducción. II.2. La ley, de 24 de junio de 2022, de derogación del § 219a del código penal alemán sobre publicidad de la interrupción del embarazo. II.3. El informe de 15 de abril de 2024 de la Comisión sobre autodeterminación reproductiva y medicina reproductiva. II.3.1. *El marco constitucional para la nueva regulación del aborto.* II.3.2. *El margen de maniobra que tiene el legislador para hacer distinciones en las distintas fases del embarazo: fase temprana del embarazo; fase tardía del embarazo, el modelo de indicaciones y la paradoja de los aspectos médicos; fase media del embarazo.* II.3.3. *Asesoramiento obligatorio y tiempo de espera como medidas de protección del derecho a la vida alternativas al derecho penal.* II.3.4. *La regulación penal del aborto. Situación legal actual y posibilidades para el futuro.* II.3.5. *Gastos de la terminación del embarazo y seguro de enfermedad.* III. BIBLIOGRAFÍA Y DOCUMENTOS.

* Quisiera reconocer el trabajo académico del profesor Carlos María Romeo Casabona. Coincidí por primera vez con Carlos en 2000 cuando él dirigía una colección de publicaciones en el Ministerio de Sanidad y yo me acababa de incorporar como Director del Gabinete Técnico de la Subsecretaría. Pronto fui consciente de su prudencia, de su bondad, de su mentalidad positiva y de su capacidad de comprensión. Posteriormente tuve la satisfacción de colaborar con él en distintas iniciativas dirigidas por él con la Cátedra de Derecho y Genoma Humano como la Enciclopedia *Bioderecho y Bioética* o las Jornadas sobre Derecho y Genoma Humano, así como de publicar en su *Revista de Derecho y Genoma Humano*, pudiendo conocer los frutos de su excelente trabajo científico y de la escuela académica que había impulsado.

I. La legislación alemana sobre el aborto

La primera Ley sobre el aborto en la República Federal de Alemania fue la Quinta Ley de Reforma del Código Penal —*Fünftes Gesetz zur Reform des Strafrechts*—, de 18 de junio de 1974[1]. Esta Ley, impulsada por el Partido Socialdemócrata de Alemania (SPD), introdujo un modelo de plazos para la interrupción del embarazo. Desde 1972, la República Democrática Alemana permitía el aborto a solicitud de la mujer durante las primeras doce semanas de gestación. En la República Federal Alemana, tras los gobiernos de los cancilleres democristianos de la CDU (Adenauer, Erhard y Kiesinger), durante el mandato del canciller Willy Brandt, del SPD, comenzó un proceso de *Ostpolitik* (política hacia el este), que implicaba un acercamiento a los países del Bloque de Varsovia, especialmente a Alemania Oriental. Sin embargo, este modelo de plazos fue declarado inconstitucional por la primera Sentencia del Tribunal Constitucional Federal —*Bundesverfassungsgericht*, o BVerfG— sobre el aborto, de 25 de febrero de 1975 —BVerfGE 39, 1—. El Tribunal abogó por un modelo de indicaciones, que incluía las razones médicas, embriopáticas, criminológicas y sociales.

Este modelo de indicaciones fue incorporado en la Decimoquinta Ley de modificación del Código penal —*Fünfzehntes Strafrechtsänderungsgesetz*, abreviadamente 15. StÄG—, de 18 de mayo de 1976[2]. Esta Ley introdujo una nueva redacción del § 218a del Código Penal alemán (StGB), que estableció las siguientes indicaciones: médica (§ 218a, apartado 1); embriopática (§ 218a, apartado 2, n.º 1); criminológica (§ 218a, apartado 2, n.º 2); así como una indicación que se podría considerar como social (§ 218a, apartado 2, n.º 3). En virtud de esta última, el aborto no es punible si se considera que es «adecuado para evitarle a la embarazada el peligro de una situación de necesidad [*Notlage*] que: a) sea tan grave que no se pueda exigir a la embarazada la continuación del embarazo; y b) no se pueda evitar de otro modo razonablemente exigible a la embarazada». El § 218a, apartado 3 puntualizaba que «en los casos previstos en el apartado 2, n.º 1 no podrán haber transcurrido desde la concepción más de veintidós semanas y en los casos del apartado 2, n.º 2 y n.º 3 más de doce semanas».

La reunificación alemana hizo necesaria una reforma para unificar la legislación de la Alemania Federal que permitía únicamente el aborto en supuestos concretos —indicación criminológica, embriopática, médica y social—, con la de la Alemania del Este, que permitía libremente el aborto sin restricciones en las primeras doce semanas

[1] Publicada en el *Boletín Legislativo federal* —en adelante *BGBl*—, I, p. 1297. Hemos tenido la oportunidad de estudiar la legislación alemana sobre el aborto y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán en «Los bioderechos ante los avances médico-legales»; en Pendás, Benigno (dir.), *España constitucional (1978-2018). Trayectorias y perspectivas,* CEPC, Madrid, 2017, vol. III, pp. 2327-2346; y en *Los bioderechos y la interpretación constitucional a la luz de la dogmática alemana,* Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2018, pp. 169-208, de donde proceden las reflexiones hasta la nota 10.

[2] Publicada en el *BGBl*. I, p. 1213.

de gestación. Por esta razón, se promulgó la Ley para la protección de la vida prenatal o en desarrollo, el fomento de una sociedad más favorable para los niños, la ayuda en casos de conflicto durante el embarazo y la regulación de la interrupción del embarazo —*Gesetz zum Schutz des vorgeburtlichen/werdenden Lebens, zur Förderung einer kinderfreundlicheren Gesellschaft, für Hilfen im Schwangerschaftskonflikt und zur Regelung des Schwangerschaftsabbruchs*—, de 27 de julio de 1992[3]. Esta Ley también es conocida como Ley de ayuda a las embarazadas y a las familias —*Schwangeren und Familienhilfegesetz*, abreviada como SchwFamHiG—. Su artículo 1 correspondía a la «Ley sobre información, prevención del embarazo, planificación familiar y asesoramiento» —*Gesetz über Aufklärung, Verhütung, Familienplanung und Beratung*, abreviada como BeratungsG—, que constaba únicamente de cuatro artículos generales, cada uno de ellos relativos a los cuatro temas mencionados en su título. Lo más relevante es que el artículo 13 de esta ley modificaba los artículos del Código Penal Alemán —StGB— concernientes al aborto, reemplazando los §§ 218-219d por los nuevos §§ 218-219b. En estos, se introdujo el denominado «modelo de plazos con asesoramiento obligatorio» —§ 218a, apartado 1—, además de prever la indicación médica —§ 218a, apartado 2—, la indicación embriopática —§ 218a, apartado 3— y una despenalización aplicable únicamente a la mujer embarazada antes de la semana 22 y general en estado de especial apremio —§ 218a, apartado 4—.

La segunda Sentencia del Tribunal Constitucional Federal sobre el aborto es la Sentencia de 28 de mayo de 1993 —BVerfGE 88, 203[4]—, que revisó la Ley de 27 de

[3] Publicada en el *BGBl*. I, p. 1398.

[4] Publicada en la Colección de Resoluciones del Tribunal Constitucional Federal —*Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, abreviadamente BVerfGE—, tomo 88, pp. 203 y ss.; referencia según otro sistema: BVerfG, 28.05.1993, 2 BvF 2/90, 2 BvF 4/90, 2 BvF 5/92 571; disponible en Internet entre otros lugares en: https://connect.juris.de/jportal/prev/KVRE24418930 [última consulta: 15 de septiembre de 2024]. La doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre el aborto ha sido ampliamente analizada. *Cfr.*, entre otros, Jarass, Hans D., «Art. 2» —Würde des Menschen, Grundrechtsbindung, Garantie der Menschenwürde; Freiheit, Leben, Unversehrheit; Recht auf Leben und körperliche Unversehrheit—, en Jarass, Hans D. and Pieroth, Bodo (editores), *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*. 12.ª ed., C. H. Beck, München, 2012; Dreier, Horst, «Reichweite der Menschenwürdegarantie. Art. 1.I», en Dreier, H. (editor), *Grundgesetz Kommentar.* 3.ª ed., Mohr Siebeck, Tübingen, 2013; Murswiek, Dietrich, «Art. 2» —Persönliche Freiheitsrechte—, en Sachs, Michael (editor), *Grundgesetz Kommentar*. 7.ª ed., C. H. Beck, München, 2014; Hillgruber, Christian, «Zehn Jahre zweites Abtreibungsurteil (BVerfGE, 88, 203). Bilanz und Ausblick», *Zeitschrift für Lebensrecht*» (2), 2003; Müller-Terpitz, Ralf, *Der Schutz des pränatalen Lebens,* Mohr Siebeck, T., 2007; Sodan, Helge, «Art. 2» —Die Grundrechte. Persönliche Freiheitsrechte—, *Grundgesetz*, 3.ª ed., München, 2015; Antoni, Michael, «Artikel 1», en Hömig, Dieter y Wolff, Heinrich Amadeus, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, 11.ª ed., Nomos, Baden Baden, 2016; Hofmann, H., «Art. 1», en Schmidt-Bleibtreu, B. y Klein, F. (actualizado por Hofmann, Hans y Henneke, Hans Günter, *Kommentar zum Grundgesetz*, 13.ª ed., Carl Heymanns, Köln, 2014; Schulze-Fielitz, Helmuth, «Art. 2» —Das Recht auf Leben und körperliche Unversehrheit—, en Dreier, Horts (editor), *Grundgesetz Kommentar.* 3.ª ed., Mohr Siebeck, T., 2013.

julio de 1992, haciendo importantes modificaciones. La principal, como señalaremos después, es que declaró que la afirmación contenida en el § 218a, apartado 1 de que el aborto practicado conforme al modelo de plazos con asesoramiento obligatorio no era «contrario a Derecho»[5] era inconstitucional —*rechtswidrig*— por ser «incompatible con el artículo 1, apartado 1, de la Constitución Alemana —GG— puesto en relación con el artículo 2, apartado 2, frase 1 de la GG»[6] y que el asesoramiento al que hacía referencia el § 218a, apartado 1, n.º 1 «no cumplía los requisitos constitucionales derivados del artículo 1, apartado 1, puesto en relación con el artículo 2, apartado 2, frase 1 de la Constitución Alemana»[7]. Como es sabido, el art. 1.1 de la GG señala que «la dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público» y el art. 2.2, frase 1 de la GG establece que «toda persona tiene el derecho a la vida y a la integridad física».

A raíz de esta sentencia —BVerfGE 88, 203—, se promulgó la Ley de modificación de las ayudas a las embarazadas y las familias (*Schwangeren und Familienhilfeänderungsgesetz*, abreviadamente SFHÄndG), de 21 de agosto de 1995[8], que en su artículo 1, n.º 1 modificó la BeratungsG de 1992, dándole esta nueva denominación: «Ley de evitación y afrontamiento de conflictos relacionados con el embarazo» —*Gesetz zur Vermeidung und Bewältigung von Schwangerschaftskonflikten*—, también denominada «Ley de conflictos relacionados con el embarazo» —*Schwangerschaftskonfliktgesetz*, abreviadamente SchKG—[9], que en su artículo 1, n.º 7 añadió a la BeratungsG de 1992

[5] En el § 218a de la anterior Ley de 1976 se decía que el aborto practicado si concurría alguna de las indicaciones de ese parágrafo no era «punible» —*strafbar*—.

[6] Parte dispositiva de la sentencia BVerfGE, 88, 203, de 28 de mayo de 1993.

[7] *Idem*.

[8] Publicada en el *BGBl*. I, p. 1050. En Internet en https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBl#__bgbl__%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgbl195s1050.pdf%27%5D__1542111119929 y en formato editable en:

https://web.archive.org/web/20050430200502/http://www.jura.uni–sb.de:80/BGBl/TEIL1/1995/19951050.1.HTML [última consulta: 15 de septiembre de 2024].

[9] La Ley de 27 de julio de 1992 —BeratungsG— fue reformada sustancialmente en 1995 y también posteriormente con retoques menores, de los cuales el más relevante fue el de 2010, cuando en virtud de la Ley de modificación de la ley de conflictos relacionados con el embarazo (*Gesetz zur Änderung des Schwangerschaftskonfliktgesetzes*), de 1 de enero de 2010 —publicada en el *BGBl*. I, p. 2990—, se estableció la exigencia de asesoramiento y de un tiempo de espera en caso de aborto conforme a la indicación médica. Sufrió otra reforma en 2015 en virtud de la Ley de aceleración del procedimiento de asilo (*Asylverfahrenbeschleinigungsgesetz*), de 20 de octubre de 2015 —publicada en el *BGBl*. I, p. 1722—.

Sin embargo, se le sigue atribuyendo como fecha de promulgación —por ejemplo, en *juris*, el portal oficial legislativo del Ministerio Federal de Justicia y Protección del Consumidor— la de la BeratungsG, es decir, el 27 de julio de 1992 y lugar de publicación el *BGBl*., I, p. 1398. La forma exacta de citarla indicada entre comillas en *juris* es esta: «Ley de conflictos relacionados con el embarazo, de 27 de julio de 1992 —*BGBl*. I, p. 1398—, que ha sido modificada por última vez por el artículo 14, número 1 de la Ley del 20 de octubre de 2015 —*BGBl*. I, p. 1722—: «*Schwangerschaftskonfliktgesetz vom 27. Juli 1992*

los parágrafos 5-18, que regulan con más detalle el asesoramiento y otras cuestiones como la negativa a intervenir en abortos, el registro estadístico de los abortos practicados, las ayudas a mujeres en casos especiales, etc.

Además, el art. 8, n.º 3 de la Ley de 21 de agosto de 1995 modificó el § 218a del StGB —Código Penal Alemán— de la SchwFamHiG de 1992, antes citada, en cuatro aspectos: a) sustituyendo la mención de su apartado 1 de que «la interrupción del embarazo no es contraria a Derecho» si se cumplen las condiciones que ese parágrafo detalla a continuación —asesoramiento, que el aborto lo practique un médico y que no hayan pasado más de 12 semanas desde la concepción; es decir, el llamado «modelo de plazos con asesoramiento»— por la expresión de que la interrupción del embarazo «no realiza el tipo del § 218» si se cumplen las condiciones —las mismas de antes— que el nuevo § 218a detalla a continuación; b) modificando ligeramente el texto de la indicación médica del apartado 2, sustituyendo la mención de que el aborto no es contrario a Derecho cuando resulta «necesario» para evitar un peligro para la vida o la salud de la embarazada por la de que no es contrario a Derecho cuando resulte «adecuado» para ello—; c) eliminando la indicación embriopática del apartado 3 —aunque según muchos autores ha quedado subsumida de hecho en la indicación médica—; d) reconociendo una indicación criminológica en el nuevo apartado 3[10].

El legislador alemán, con la aprobación del Tribunal Constitucional Federal alemán, desarrolló un «nuevo» concepto de protección de la vida del *nasciturus,* basado en el asesoramiento con una orientación normativa a la mujer embarazada y abandonando el recurso general al Derecho Penal. Así, por una parte, el legislador mantenía el sistema de indicaciones para determinar cuando la terminación del embarazo era conforme a derecho. Por otra parte, desarrollaba un nuevo concepto de protección del derecho a la vida en aquellos supuestos en los que la mujer deseaba interrumpir su embarazo fuera de las indicaciones que lo hacían conforme a derecho. Este nuevo concepto de protección seguía subrayando que la terminación del embarazo fuera de los supuestos indicados se

---

(BGBl. I S. 1398), das zuletzt durch Artikel 14 Nummer 1 des Gesetzes vom 20. Oktober 2015 (BGBl. I S. 1722) geändert worden ist». Por lo que hay que entenderlo así: la ley raíz es la de 1992, pero el texto publicado en *juris* es el texto consolidado resultante de todas las reformas posteriores, de la cuales la de más calado fue la de 1995, y la última hasta hoy la de 2015.

[10] En suma, aunque lo verdaderamente relevante es el Código Penal (§§ 218-219b, especialmente el § 218a), si se quiere decir cuál es la actual «ley del aborto» alemana, lo menos impreciso probablemente sea mencionar la Ley, de 21 de agosto de 1995, de modificación de las ayudas a las embarazadas y las familias (*Schwangeren und Familienhilfeänderungsgesetz*, abreviadamente *SFHÄndG*), ya que, como hemos explicado anteriormente, incluye, por una parte, la reforma más relevante de la *BeratungsG* de 1992, denominada ahora, tras esa reforma de 1995, Ley de conflictos relacionados con el embarazo —*Schwangerschaftskonfliktgesetz*, abreviadamente *SchKG—,* que aborda en lo sustancial el asesoramiento; y, por otra parte, la reforma del Código Penal motivada por la sentencia BVerfGE 88, 203, que deja los §§ 218-219b en su redacción actual.

encontraba tipificada en el Código Penal y era considerada un acto no permitido por el ordenamiento jurídico. Sin embargo, este nuevo concepto de protección estaba centrado en la idea de ayudar en lugar de castigar. Así, se consideraba que la mujer embarazada no debería tener que decidir dar a luz basándose en la amenaza de un castigo. Así, el legislador sustituyó la punibilidad del aborto por un concepto de protección basado, por una parte, en un asesoramiento obligatorio de la mujer embarazada dirigido normativamente a proteger la vida, unido a un periodo de reflexión de tres días; y, por otra parte, en unos servicios de apoyo social que ayudaban a paliar las dificultades materiales de las mujeres embarazadas. Estas medidas trataban de promover una decisión voluntaria de la mujer en favor de la vida humana por nacer y se constituían como la protección estatal de la vida por nacer. Como señaló el Tribunal Constitucional Federal alemán, «el Estado intenta persuadir a las mujeres para que no eludan la tarea de la maternidad, no mediante la amenaza general de castigo, sino mediante el asesoramiento individual y un llamamiento a su responsabilidad hacia la vida por nacer, mediante el apoyo económico y social y la información cualificada correspondiente»[11]. Este planteamiento se encuentra también en consonancia con el respeto a la dignidad de la mujer y al libre desarrollo de su personalidad pues es ella la que finalmente toma la decisión. De esta forma, «el concepto de asesoramiento toma en serio a la mujer como persona activa, tratando de ganársela como aliada en la protección de la vida por nacer y esperando que coopere responsablemente en este empeño»[12].

Así, como señaló el Tribunal Constitucional Federal alemán, «el respeto por el sentido de responsabilidad de la mujer expresado en la transferencia de la responsabilidad última podría tener un efecto atractivo y ser adecuado para reforzar la responsabilidad de la mujer hacia la vida por nacer en general, siempre que se haga sobre el trasfondo de una conciencia de los límites constitucionales del bien y del mal»[13]. El Tribunal Constitucional Federal alemán era consciente de que se trataba de una expectativa incierta que también podía verse defraudada. Como señala el Tribunal Constitucional Federal alemán, «esto no significa que, tras un asesoramiento experto e individual, sólo aquellas mujeres que se encuentren en un conflicto de tal magnitud que llevar al niño a término no sea razonable para ellas según las normas constitucionales establecidas […] interrumpan su embarazo. Esto supondría juzgar erróneamente la realidad de la vida, en la que tanto hombres como mujeres suelen sobrevalorar sus propias ideas sobre la vida y no están dispuestos a dejarlas de lado, aunque parezca razonable al analizar objetivamente su situación vital individual».

[11] *Cfr.* BVerfGE 88, 203, 267.
[12] *Cfr.* BVerfGE 88, 203, 281.
[13] *Cfr.* BVerfGE 88, 203, 267 y ss.

Para Hillgruber, «si el Tribunal Constitucional Federal alemán aceptó en principio el modelo de asesoramiento, lo hizo valorando que ni siquiera una revisión de las indicaciones en la primera fase del embarazo era capaz de evitar tales decisiones irresponsables [sic] de interrumpir un embarazo»[14]. Sin embargo, para este autor, en ningún momento de la vigencia de la solución de asesoramiento se cumplieron todas las condiciones marco comunicativas para su funcionalidad exigidas por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal[15]. El Tribunal Constitucional Federal destacó que una mujer que interrumpe su embarazo tras recibir asesoramiento está llevando a cabo un acto no permitido por el ordenamiento jurídico, si bien no ha podido desarrollar por sí misma el correspondiente sentimiento de injusticia. Aunque la fórmula «ilícito, pero no punible» se basa en una distinción jurídicamente comprensible y, por tanto, no contradictoria, este planteamiento no es común a la conciencia jurídica de la población, caracterizada en gran medida porque sea el Derecho penal quien establezca lo que está estrictamente prohibido y debe impedirse[16].

II. La Ley, de 24 de junio de 2022, de derogación del § 219a del Código Penal Alemán sobre publicidad de la interrupción del embarazo y el informe de 15 de abril de 2024 de la Comisión sobre autodeterminación reproductiva y medicina reproductiva

II.1. Introducción

Las elecciones federales de 26 de septiembre de 2021 propiciaron un cambio político en Alemania, permitiendo la investidura del Canciller Olof Scholz del Partido Socialdemócrata —SPD—, que lideró un gobierno de coalición con Los Verdes y los liberales del Partido Democrático Libre —FDP—. El acuerdo de coalición incorporó el compromiso de modificar la legislación alemana sobre el aborto, que se encuentra en un término medio entre las legislaciones de los diferentes países, en la dirección más favorable a la autonomía de las mujeres en la toma de decisiones sobre la terminación del embarazo, dentro de un reconocimiento más amplio de su derecho a la salud sexual y

[14] *Cfr.* Hillgruber, Christian, «Lebensschutz durch soziale Kommunikation – Anspruch und Scheitern eines Konzepts», en *Zeitschrift für medizinische Ethik,* Núm. 69, Vol.2, 2023, p. 227.

[15] Hillgruber —*Ibidem,* pp. 227-228— señala que la regulación legal ya era deficiente en este sentido desde el principio, en particular en lo que respecta a la función del médico, señalando que no prosperó el intento del Estado de Baviera de aplicar una ley estatal complementaria en relación con las cuestiones no abordadas plenamente por la Ley de modificación de las ayudas a las embarazadas y las familias —*Schwangeren und Familienhilfeänderungsgesetz,* abreviadamente SFHÄndG—, de 21 de agosto de 1995, que no se habían aplicado en su totalidad. Sin embargo, el Tribunal Constitucional Federal negó ampliamente la competencia legislativa al Estado de Baviera —BVerfGE 98, 265—.

[16] *Cfr.* Hillgruber, Christian, *ibidem,* p. 231.

reproductiva[17]. Así, el acuerdo de coalición 2021-2025 entre SPD, Verdes y FDP «Atreverse a más progreso. Alianza por la Libertad, la Justicia y la Sostenibilidad» incluía un apartado de autodeterminación reproductiva, donde se recoge textualmente: «Reforzamos el derecho de las mujeres a la autodeterminación. Establecemos la seguridad de la asistencia. Los abortos deben formar parte de la formación y el perfeccionamiento médico. La posibilidad de abortar gratuitamente forma parte de una asistencia sanitaria fiable. Nos oponemos al llamado acoso en las aceras por parte de los antiabortistas con medidas legales efectivas. Garantizamos la prestación de servicios de asesoramiento en todo el país. El asesoramiento sobre el embarazo seguirá estando disponible en línea. Los médicos deben poder informar públicamente sobre los abortos sin temor a ser procesados. Por eso suprimimos el artículo 219a del Código Penal». Además, también se establece: «Creamos una comisión sobre autodeterminación reproductiva y medicina reproductiva, que examinará la regulación del aborto fuera del código penal»[18]. Lógicamente, los diferentes niveles de compromiso presentes en el texto del acuerdo reflejan también las distintas sensibilidades existentes en la coalición en relación con el aborto, siendo Los Verdes los que más consistentemente abogaron por una mayor

[17] Existe en este ámbito, como es sabido, un problema terminológico. No parece que el aborto tenga que ver con las problemáticas de salud en las relaciones sexuales ni tampoco está claramente vinculado con la reproducción, donde sí se encontrarían las cuestiones relativas a la reproducción humana asistida, la fecundación in vitro, el diagnóstico pre-implantacional, la maternidad subrogada o la clonación —entre otras—, sino más bien con las consecuencias de la reproducción —piénsese, por ejemplo, en un feto de doce semanas—. Así, en castellano se emplea habitualmente la expresión interrupción del embarazo —«interruption of pregnancy»— en lugar de la más frecuente —y más precisa en inglés— de «termination of pregnancy». Lógicamente, el uso inapropiado de los términos «derechos de salud sexual y reproductiva» o de la «interrupción del embarazo» no ayuda al debate de argumentos y oscurece la ponderación de los bienes jurídicos en colisión.

[18] *Cfr. Mehr Fortschritt wagen. Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit, Koalitionsvertrag 2021.2025, Zwischen SPD, GRÜNEN und FDP*, diciembre 2021, p. 92 en https://www.spd.de/fileadmin/Dokumente/Koalitionsvertrag/Koalitionsvertrag_2021-2025.pdf [última consulta: 15 de septiembre de 2024].Otras cuestiones que se abordan en el acuerdo son: «Queremos permitir que las compañías de seguros de enfermedad reembolsen los anticonceptivos como prestación legal. Los costes estarán cubiertos para las personas con rentas bajas. Queremos aumentar la financiación de la investigación sobre anticonceptivos para todos los sexos. Queremos ofrecer más ayudas a quienes no tienen hijos. La inseminación artificial también tendrá derecho a una financiación no discriminatoria para la inseminación heteróloga, independientemente de la indicación médica, el estado civil y la identidad sexual. Se revisarán las restricciones de edad y ciclos de tratamiento. El gobierno federal cubrirá el 25 % de los costes, independientemente de cualquier contribución estatal. Después tenemos previsto volver a la cobertura total de los costes. Se cubrirán los costes del diagnóstico genético preimplantacional. Aclaramos que las donaciones de embriones en fase pronuclear son legales y autorizamos la transferencia electiva de un solo embrión». También se señala que «creamos una comisión sobre autodeterminación reproductiva y medicina reproductiva que examinará opciones para legalizar la donación de óvulos y la gestación subrogada altruista».

liberalización del aborto y una revisión de manera amplia de su marco legal, lo que incluía también su despenalización[19].

II.2. La Ley, de 24 de junio de 2022, de derogación del § 219a del Código Penal Alemán sobre publicidad de la interrupción del embarazo

La eficacia del concepto moderno de asesoramiento para la protección del derecho a la vida del *nasciturus* no sólo dependía de la voluntad fundamental de la mujer de someterse al asesoramiento y revelar su situación de conflicto[20], como señalaremos después, sino también de la existencia de determinadas condiciones marco de la comunicación que había establecido el legislador. Como señaló el Tribunal Constitucional Federal alemán, no basta con que «la normativa de asesoramiento confíe en que las mujeres asuman la responsabilidad de la decisión de llevar a término el embarazo y les proporcione un procedimiento que pueda darles la orientación normativa y el estímulo necesarios para tener un hijo»[21]. Además, esto «requiere un marco que cree condiciones positivas para que la mujer actúe en favor del feto. Sólo entonces, a pesar de la renuncia al establecimiento de las indicaciones como requisito previo para abortar, cabe suponer, no obstante, que el concepto de asesoramiento puede desplegar un efecto protector para la vida por nacer»[22].

Así, para que el concepto moderno de asesoramiento para la protección del derecho a la vida tenga posibilidades de éxito, tanto la comunicación dentro del servicio de asesoramiento como la comunicación estatal en general «deben estar alineadas en términos de protección de la vida». Como señala Hillgruber, «para que la protección de la vida del no nacido mediante el asesoramiento, exigida constitucionalmente, sea eficaz, el asesoramiento debe estar integrado en un entorno socio-comunicativo que no niegue el reconocimiento del derecho a la vida y la dignidad del no nacido, sino que lo asegure de forma coherente y creíble»[23].

[19] En cambio, el SPD también apoyó la derogación del § 219a del Código Penal, aunque ha sido más moderado en relación con cambios más radicales sobre el § 218 del Código Penal. De hecho, no ha existido, al menos históricamente, una posición unánime dentro del SPD en relación con los bioderechos. Conviene recordar que el último canciller del SPD, Gerhard Schröder, que ocupó el cargo entre 1998 y 2005, no impulsó una liberalización de las leyes de aborto, defendiendo la posición moderada, que tradicionalmente entendía que la regulación del aborto en Alemania era el resultado de un compromiso razonable en la sociedad alemana alcanzado después de la reunificación de 1990. Finalmente, los liberales del FDP, si bien han defendido la derogación del § 219a, no habían sido inicialmente más ambiciosos en la defensa de una revisión más amplia de la legislación sobre el aborto.

[20] *Cfr.* BVerfGE 88, 203, 268.

[21] *Cfr.* BVerfGE 88, 203, 275.

[22] *Cfr.* BVerfGE 88, 203, 270.

[23] *Cfr.* Hillgruber, Christian, «Lebensschutz durch soziale Kommunikation», cit. pp. 15-16.

El Tribunal Constitucional Federal alemán ha subrayado la importancia de estas condiciones marco de comunicación. Así, señala que «el mandato de protección también obliga al Estado en particular, a mantener y revitalizar el derecho a la protección de la vida por nacer en la conciencia pública. Por ello, los órganos administrativos a nivel federal y estatal deben adoptar una postura reconocible a favor de la protección de la vida. Esto se aplica también y especialmente a los programas escolares. Las instituciones públicas que imparten educación sanitaria, asesoramiento familiar o educación sexual deben en general reforzar la voluntad de proteger la vida por nacer […]. En el ejercicio de su libertad de emisión —artículo 5 (1) de la Constitución Alemana—, los organismos de radiodifusión públicos y privados deben estar comprometidos con la dignidad humana […]; por lo tanto, sus programas también tienen un papel que desempeñar en el deber de proteger la vida por nacer»[24].

La previsión del § 219a del Código Penal alemán, que llevaba por título «Publicidad para la terminación del embarazo», se ajustaba a este concepto del marco de comunicación pública como medio para la protección del derecho a la vida. Este precepto establecía que: «(1) Quien públicamente, en una reunión o mediante la distribución de escritos ofrezca, anuncie, publicite o haga declaraciones públicas con tal contenido con el fin de obtener un beneficio económico o de manera gravemente ofensiva ofrezca, anuncie o publicite sus propios servicios o los de otra persona para realizar o promover un aborto, será castigado con una pena privativa de libertad no superior a dos años o con una sanción pecuniaria. (2) Asimismo, será castigado con una pena privativa de libertad de hasta dos años o con una pena pecuniaria el que, como médico o persona que ejerza otra profesión médica, ofrezca o anuncie un aborto en calidad de tal o haga declaraciones públicas a tal efecto. (3) El apartado 1 no se aplicará si los médicos, las instituciones o los centros de asesoramiento reconocidos por el Estado hacen referencia al hecho de que practican o llevan a cabo abortos en las condiciones del §§ 218a (1) a (3)».

La prohibición punible de la publicidad de abortos del § 219a del Código Penal alemán encajaba perfectamente en este concepto de protección del derecho a la vida del *nasciturus*. El objetivo de la norma según se recoge en los trabajos parlamentarios era «impedir que se desarrollara la idea de que el aborto es un servicio médico normal»; pretendía contribuir a evitar que «el aborto se presente al público como algo normal y comercializado»[25]. Así, para Hillgruber, permitir la publicidad de abortos ilegales —en relación con aquellos realizados fuera del sistema de indicaciones y conforme al modelo de asesoramiento— «perturba la conciencia jurídica respecto de la vida humana por nacer, que el Estado debe mantener o, cuando ya no exista, restablecer y estabilizar».

[24] *Cfr.* BVerfGE 88, 203, 261.

[25] *Cfr.* Hillgruber, Christian, «Lebensschutz durch soziale Kommunikation», cit. p. 226, nota 17 y p. 232, nota 41, citando documentos oficiales de la VII Legislatura del Bundestag, 1981.

Así, la previsión del § 219a del Código Penal alemán (StGB), en particular, «garantizaba una comunicación coherente y, de este modo, apuntaló la categorización jurídica cuando el aborto era no indicado»[26]. Para Kirchhof, a la sazón en aquel momento magistrado del Tribunal Constitucional Federal alemán que intervino en la BVerfGE 88, 203, la renuncia a la amenaza de pena dentro del modelo de asesoramiento obligatorio estaba sujeta a la exigencia inmediata de «que se impida la publicidad del aborto»[27].

Esta prohibición de la publicidad de abortos del § 219a del Código Penal alemán era coherente con la doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán de que el *nasciturus* tiene derecho a la vida en virtud de su mera existencia y no por la aceptación de la madre y que este derecho a la vida es un derecho elemental e inalienable que se basa en la dignidad humana, cuya protección requiere una prohibición fundamental del aborto[28]. No parecía que tuviera mucho sentido que el Código Penal alemán considere la terminación del embarazo fuera del sistema de indicaciones como un acto no conforme a derecho —aunque no punible si se sigue el modelo de asesoramiento—, al mismo tiempo que el Estado permita la publicidad comercial de estas terminaciones de embarazo no indicadas. Sería contradictorio, como señalaremos más adelante, que el Estado establezca un modelo de asesoramiento obligatorio orientado a proteger la vida, para resolver el conflicto en relación con el embarazo y ofrecer un apoyo social a la mujer que permita llevar a término el embarazo al mismo tiempo que se admite una publicidad comercial del aborto.

Pues bien, como hemos señalado anteriormente, el primer compromiso del acuerdo de coalición 2021-2025 entre SPD, Verdes y FDP «Atreverse a más progreso. Alianza por la Libertad, la Justicia y la Sostenibilidad» fue la derogación del § 219a del Código Penal alemán —StGB—, para facilitar el acceso a información segura y precisa sobre el aborto, una medida que era vista como prioritaria por los tres partidos de la coalición. La derogación del § 219a del Código Penal Alemán —StGB— se realizó a través de la Ley, de 24 de junio de 2022, de derogación del § 219a StGB, sobre publicidad de la interrupción del embarazo —«*Gesetz zur Aufhebung des § 219a StGB – Werbung für den Abbruch der Schwangerschaft*»—[29]. Esta derogación eliminó las restricciones que impedían a las clínicas publicar información para promover el aborto con ánimo de lucro y que obligaba a que la información sobre el aborto se desarrollara principalmente

[26] *Cfr.* Hillgruber, Christian, *Ibidem*, pp. 226-227, nota 18, citando a Kubiciel, M., «Aufhebung des § 219a StGB und Kassation von Strafurteilen: Eine verfassungsrechtliche Analyse», *Juristenzeitung*, 2022, pp. 934-936.

[27] En su publicación sobre los archivos internos del Tribunal Constitucional Federal, Darnstädt cita un escrito de 11 de enero de 1993 de Paul Kirchhof, entonces magistrado de la Sala Segunda del BVerfG. *Cfr.* Darnstädt, Thomas, *Verschlusssache Karlsruhe. Die internen Akten des Bundesverfassungsgerichts*, München, 2019, p. 361. *Apud* Hillgruber, Christian, *Ibidem,* p. 227, nota 19.

[28] *Cfr.* BVerfGE 88, 203, 252.

[29] BGBl I, p. 970.

dentro del cauce del asesoramiento obligatorio de la mujer en un centro oficial como medida de protección del derecho a la vida del *nasciturus*[30].

Hay que subrayar que esta derogación del § 219a del Código Penal Alemán (StGB) se hizo sin el consenso de los Partidos de la Unión, la Unión Demócrata Cristiana de Alemania (CDU) y la Unión Social Cristiana de Baviera (CSU), que han gobernado Alemania después de la II Guerra Mundial por más de 50 años, con los largos mandatos de Konrad Adenauer (1949-1963), Helmut Kohl (1982-1998) y Angela Merkel (2005-2021)[31]. Como señaló el portavoz de política jurídica del grupo parlamentario CDU/CSU, Prof. Dr. Gunter Krings, la eliminación del § 219a del Código Penal, que prohibía hacer publicidad del aborto, «ignora la obligación legal fundamental del Estado de proteger la vida humana no nacida. La dignidad humana ya pertenece al ser humano no nacido. Si se elimina el § 219a del Código Penal cabe esperar una publicidad abierta de los abortos. En el marco del concepto de protección desarrollado por el Tribunal Constitucional Federal basándose en los dos primeros artículos de nuestra Ley Fundamental, es justamente la futura madre quien decide en última instancia si continúa o interrumpe el embarazo. El feto sólo cuenta para su protección con las directrices sobre el procedimiento y el asesoramiento sobre un posible aborto. Por lo tanto, no se debe permitir que el Estado limite estos requisitos. […]. El gobierno del semáforo está utilizando la ideología para argumentar más allá de los hechos. Al fin y al cabo, ya existen amplias opciones de información para las mujeres afectadas. Quien realmente quiera ayudar a las mujeres afectadas debe reforzar los centros de asesoramiento independientes. […]. La supresión de la prohibición de la publicidad del aborto es una falsa comprensión de "atreverse al progreso" y de "libertad" y representa una ruptura del dique»[32].

Con la supresión de la prohibición de la publicidad del aborto, que era perseguible penalmente, se eliminó el elemento comunicativo que formaba parte del concepto de protección del derecho a la vida. Esta derogación se justificó alegando que esta prohibición penal restringía indebidamente la libertad de información de las mujeres embarazadas y no diferenciaba entre «información» y «publicidad». Sin embargo, como hemos señalado anteriormente, esta disposición penal no abarcaba «la información objetiva proporcionada por centros de asesoramiento, autoridades, instituciones benéficas, etc., que no se benefician directa o indirectamente de esta información» ni tampoco prohibía

[30] Una crítica constitucional a esta derogación se encuentra en HILLGRUBER, C., «Lebensschutz durch soziale Kommunikation», cit. pp. 221-241

[31] En cambio, el Partido Socialdemócrata —SPD— ha gobernado aproximadamente 23 años, con los cancilleres Willy Brandt (1969-1974), Helmut Schmidt (1974-1982), Gerhard Schröder (1998-2005) y recientemente Olaf Scholz (desde 2021). El SPD ha formado coaliciones, incluso con la CDU en varias ocasiones, como en los períodos de 2005-2009 y 2013-2021, pero sin encabezar directamente el gobierno.

[32] *Cfr.* KRINGS, Gunter, «Nota de prensa» (Fuente: Tobías Koch), 9 de marzo de 2022, publicada en la web oficial de la CDU/CSU en https://www.cducsu.de/presse/pressemitteilungen/mit-streichung-dess-219a-stgb-wird-niemandem-geholfen [última consulta: 15 de septiembre de 2024].

la «mera explicación de la existencia de los medios de aborto, su modo de acción y su aplicación»[33]. Existía una lista facilitada por la Asociación Médica Alemana, de libre acceso en Internet y actualizada mensualmente, que proporcionaba información sobre médicos, hospitales y centros que practicaban abortos, así como sobre el método (médico o quirúrgico) utilizado y que estaba prevista en la Sección 13 (3) del SchKG. Igualmente, cada centro de asesoramiento disponía de amplia información sobre dónde y cómo se realizan los abortos, de conformidad con los requisitos del § 218a (1) a (3) del Código Penal alemán[34].

Por tanto, existía libertad de información sin restricciones antes de la derogación del § 219a del Código Penal, estando penado únicamente por la ley la combinación de la oferta de un servicio propio de aborto con la actividad de publicidad comercial-lucrativa. La prohibición de la publicidad de la terminación del embarazo constituía una regulación legítima del ejercicio profesional que suponía una injerencia razonable en la libertad de actuación de los médicos con la finalidad de realizar un interés público legítimo como era la protección del derecho a la vida. Esta prohibición no cerraba los canales de información básica, sino que, aplicando el nuevo concepto constitucional de protección, centraba la información exhaustiva sobre el aborto en la entrevista de asesoramiento, donde más allá de la información, debía tener lugar el consejo sobre los conflictos del embarazo al servicio de la protección del derecho a la vida. De hecho, existía una coincidencia entre la finalidad del delito de la publicidad comercial de los abortos previsto en el § 219a StGB y la del asesoramiento obligatorio que trata de favorecer una decisión responsable que tenga en cuenta todas las opciones de ayuda sobre una base informativa seria que evite en lo posible influencias externas[35].

[33] Para Thomas Fischer, autor de un comentario muy conocido al Código Penal alemán, era evidente desde el principio que estas acusaciones eran infundadas. *Cfr.* FISCHER, Thomas, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen. Kommentar*, 69.ª edición, C. H. Beck, München, 2022, § 219a, 5a. Hay que destacar el papel de gran relevancia de Thomas Fischer en el sistema judicial penal alemán. Así, ha sido magistrado del Tribunal Supremo Alemán —*Bundesgerichtshof* (BGH)—, entre 2003 y 2017, llegando a presidir —*Vorsitzender Richter*— la Segunda Sala de lo Penal —*2. Strafsenat*—, siendo también miembro del *Großer Senat für Strafsachen*, un órgano compuesto por jueces de varias salas que decide en cuestiones de principio cuando hay discrepancias importantes entre las diferentes salas penales del Tribunal.

[34] Como ha señalado Duttge, la supuesta falta de información entre las mujeres embarazadas —la ignorancia sobre a quién dirigirse para abortar— era una quimera. Este autor señala que la tesis de que las mujeres embarazadas «no son capaces de informarse suficientemente sobre la oferta asistencial existente y sobre los métodos y procedimientos más detallados de un aborto y, por tanto, dependen de la información adecuada de los proveedores es un cuento fantástico de 'Las mil y una noches'». *Cfr.* DUTTGE, Gunnar, «Die Preisgabe des verfassungsrechtlichen Lebensschutzes von Ungeborenen als Mittel im Kampf gegen patriarchalische Machtstrukturen», *Zeitschrift für Medizinstrafrecht*, Núm. 207, 2022, pp. 211 y ss. Apud. HILLGRUBER, Christian, «Lebensschutz durch soziale Kommunikation», cit. p. 233, nota 47.

[35] *Ibidem* citando a DUTTGE y a KUBICIEL, p. 227, nota 19.

Este modelo, que combinaba un asesoramiento obligatorio con un periodo de reflexión de tres días y un marco de comunicación favorable al derecho a la vida, aún con sus imperfecciones, representaba a nuestro juicio una protección pública suficiente del derecho a la vida del *nasciturus* para los supuestos en los que la terminación del embarazo no se encuentra indicada. Así, históricamente la tasa de abortos en Alemania ha estado entre 5,6 y 5,9 sobre 1.000 mujeres de entre 15 y 49 años, como más adelante señalaremos, siendo prácticamente un tercio de la tasa de abortos en Francia —15 sobre 1.000 mujeres—, un país que tiene una de las tasas de aborto más altas de Europa, sólo superada por Bulgaria y Georgia[36]. Todo ello a pesar de que una parte de la actual Alemania era la antigua República Democrática Alemana y que las cifras de abortos en los antiguos países de dictadura comunista —a excepción de Polonia y Croacia, por su tradición católica— son sensiblemente superiores. La tasa relativamente baja de abortos en Alemania es el resultado de una legislación que trata de garantizar el derecho a la vida del *nasciturus*, a través del original modelo de protección que trata de eludir el recurso general al Derecho Penal, así como de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán[37].

[36] Así, la tasa de abortos en Alemania por cada 1000 nacimientos en 2021, 2020, 2019 es 119, 129 y 130, respectivamente, mientras que la tasa de abortos en Francia en 2019 —último año disponible— es de 306. La tasa de abortos en Bulgaria en 2021, 2020 y 2019 es de 330, 327 y 355, respectivamente. La tasa de abortos por cada 1000 nacimientos se encuentra publicada en el portal de información de la *World Health Organization* en https://gateway.euro.who.int/en/indicators/hfa_586-7010-abortions-per-1000-live-births/?utm_source=chatgpt.com#id=19681&fullGraph=true [última consulta: 15 de septiembre de 2024].

[37] Sin embargo, para Hillgruber, el concepto original de protección de la vida a través del asesoramiento mediado social y comunicativamente debía considerarse un fracaso incluso antes de la derogación del § 219a StGB, que a veces se considera un punto de inflexión, debido a la falta de garantía de las condiciones marco comunicativas indispensables para sus posibilidades de éxito, que fue deliberadamente pasado por alto en el ámbito político debido a las indeseables consecuencias constitucionales. Este autor afirma el fracaso del Estado en relación con la falta de conciencia jurídica de la sociedad sobre el valor de la vida por nacer. Para este autor, incluso si el asesoramiento en caso de conflicto durante el embarazo —de conformidad con la ley— se dirigiera regularmente a defender el derecho a la vida y la dignidad humana del niño por nacer y se esforzara al máximo por animar a la mujer embarazada a continuar con el embarazo y llevar al niño a término, sus posibilidades de éxito serían escasas porque la conciencia de que el niño por nacer tiene derecho a la vida se ha perdido en el conjunto de la sociedad y el Estado ha permanecido completamente inactivo a este respecto, en contra de su deber de cultivar, mantener y/o restablecer constantemente la correspondiente conciencia de los derechos. Para Hillgruber, queda por ver si esta omisión se debe a la pérdida de esa conciencia por parte de los propios funcionarios estatales o a la falta de voluntad para entrar en conflicto con poderosos grupos sociales que llevan décadas propagando un supuesto «derecho fundamental al aborto». Lo cierto es que el Estado no ha hecho ningún esfuerzo por contrarrestar esta pérdida de la conciencia del valor de la vida por nacer, ni en las aulas ni a través de la labor de las instituciones que imparten educación sanitaria, orientación familiar o educación sexual. Por el contrario, estas instituciones han ocultado deliberadamente la protección de la vida del no nacido exigida por la Constitución o incluso han participado activamente en la propaganda a favor de un derecho irrestricto a la autodeterminación de las mujeres embarazadas en el sentido de una supuesta libertad reproductiva que incluye el aborto como una opción completamente libre de problemas. *Cfr.* HILLGRUBER, Christian, «Lebensschutz durch soziale Kommunikation», cit. pp. 231 y 233.

Evidentemente la derogación del § 219a StGB que prohibía la publicidad de los abortos afecta al modelo de protección del derecho a la vida del no nacido en Alemania que era coherente con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, estableciéndose ahora la incongruencia de que se permita la publicidad de una actividad que es considerada todavía por este Tribunal como contraria a derecho. No obstante, siguen todavía vigentes los §§ 218, 218a, 219 StGB, que establecen los supuestos en los que la terminación del embarazo es conforme a derecho en virtud del sistema de indicaciones y el modelo de asesoramiento obligatorio con periodo de espera que recoge la terminación del embarazo ilícita pero no punible, que siguen soportando la carga principal de la protección constitucionalmente exigible del derecho a la vida del nasciturus y contra la que se dirige la siguiente iniciativa legislativa[38].

II.3. **El informe de 15 de abril de 2024 de la comisión sobre autodeterminación reproductiva y medicina reproductiva**

El segundo compromiso del acuerdo de coalición era crear una comisión sobre autodeterminación reproductiva y medicina reproductiva, para que examine la posible regulación del aborto fuera del Código Penal, así como las opciones para legalizar la donación de óvulos y la gestación subrogada altruista. Esta comisión, que se constituyó el 31 de marzo de 2023, era un comité interdisciplinario compuesto por 18 expertos en los campos de la medicina, la psicología, la sociología, las ciencias de la salud, la ética y el derecho[39]. La selección que el Gobierno Federal hizo de los expertos de una

[38] Para Fischer, el ataque de la coalición gubernamental se dirige en última instancia al concepto general de los § §218 y siguientes del StGB mientras que la derogación del § 219a del StGB sólo sirvió de «objetivo simbólico». *Cfr.* HILLGRUBER, Christian, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen,* cit. § 219a 5a.

[39] Esta Comisión estaba formada por dos grupos de trabajo: el grupo de trabajo 1 tenía como objetivo examinar las opciones para regular el aborto fuera del código penal y el grupo de trabajo 2 tenía como tarea evaluar las opciones para legalizar la donación de óvulos y la gestación subrogada altruista. Estos dos grupos de trabajo debían presentar un informe final doce meses después de su constitución. El grupo de trabajo 1 estaba coordinado por Prof. Dra. Liane Wörner, de la Universidad de Constanza, y formaban parte: la Prof. Dr. Maika Böhm, de la Universidad de Ciencias Aplicadas de Merseburg; la Prof. Dra. Frauke Brosius-Gersdorf, de Universidad de Potsdam; la Prof. Dra. Daphne Hahn, de la Universidad de Fulda; la Prof. Dra. Paulina Starski, de la Universidad Albert Ludwig de Friburgo; la Prof. Dra. Stephanie Wallwiener, de Hospital de Mujeres de la Universidad de Heidelberg; la Prof. Dra. Bettina Weißer, de la Universidad de Colonia; la Prof. Dra. Maria Wersig, de la Universidad de Ciencias Aplicadas de Hannover; y Christiane Woopen, de la Universidad de Bonn. El Grupo de Trabajo 2 estaba coordinado por la Prof. Dra. Claudia Wiesemann, del Centro Médico Universitario de Gotinga y formaban parte: la Prof. Dra. Susanne Lilian Gössl, de la Universidad de Bonn; la Prof. Dra. Sigrid Graumann, de la Universidad Evangélica de Renania-Westfalia-Lippe; la Prof. Dra. Katharina Hancke, del Hospital de Mujeres de la Universidad de Ulm; el Prof. Dr. Tobias Helms, de la Universidad Philipps de Marburg; el Prof. Dr. Ute Sacksofsky, de la Universidad Goethe de Frankfurt; el Prof. Dr. Bernhard Strauss, de la Universidad Friedrich Schiller de Jena; el Prof. Dr. Jochen Taupitz, de la Universidad de Mannheim; y el Prof. Dr. Friederike Wapler, de la Universidad Johannes Gutenberg de Maguncia. La composición de la Comisión se

manera que no reflejaba bien la pluralidad de la sociedad alemana en este ámbito[40] y el objetivo que el Gobierno Federal marcó para la comisión, que era ocuparse de la autodeterminación reproductiva y la medicina reproductiva de manera abierta, sin hacer referencia alguna a la protección de la vida humana, ya permitía anticipar cuáles iban a ser las conclusiones del informe final[41]. Como señaló el Prof. Dr. Gunter Krings, «el acuerdo de la coalición del semáforo también estipula que se creará una comisión sobre autodeterminación reproductiva y medicina reproductiva para examinar, entre otras cosas, la eliminación completa del aborto del código penal. Con sus ideas sobre la regulación del aborto, la coalición del semáforo abandona así un consenso social por el que se ha luchado durante muchos años y que ha equilibrado y pacificado el conflicto entre el derecho de la mujer a la autodeterminación y la protección de la vida por nacer. El camino que toma aquí amenaza con dividir a nuestra sociedad en esta importante cuestión ética. En la CDU/CSU no queremos eso»[42].

La comisión presentó el Informe final el 15 de abril de 2024[43]. En el informe del grupo 1, que «tuvo que responder a la pregunta [formulada por el Gobierno] de si el aborto puede regularse al margen del Código Penal y, en caso afirmativo, cómo»[44], se abordan los aspectos médicos de la interrupción del embarazo —capítulo 2—; la situación legal actual del aborto en Alemania, que analiza el aborto en el ámbito del Derecho penal y al margen del Derecho penal —capítulo 3—; los aspectos sociales y psicosociales del aborto, que estudia la planificación familiar y el asesoramiento psicosocial —capítulo 4—; el marco constitucional para una nueva regulación del aborto y el margen de maniobra del legislador en las distintas fases de embarazo —capítulo 5—; el

---

encuentra publicada en la Sección de comunicados de prensa del Ministerio Federal de Salud de Alemania (Bundesministerium für Gesundheit, BMG). https://www.bundesgesundheitsministerium.de/presse/pressemitteilungen/konstituierung-kommission-reproduktive-selbstbestimmung y también recogida en la p. 4 del informe final [última consulta: 15 de septiembre de 2024].

[40] Así, se echaba en falta constitucionalistas que han publicado en este ámbito con otra orientación y que tenían posiciones coincidentes con la doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán.

[41] El Gobierno federal nombraba a una comisión de expertos para que le dijera al Gobierno lo que el Gobierno quería escuchar. Como señalaba la ministra Federal de Asuntos de Familia, Lisa Paus, en la presentación del nombramiento de la Comisión, «las mujeres que abortan no deben ser estigmatizadas. Necesitan un buen asesoramiento y médicos accesibles. Espero propuestas sobre *cómo reforzar en el futuro la autodeterminación reproductiva de las mujeres*» —*supra* nota 39—.

[42] *Supra* nota 32.

[43] *Cfr. Bericht der Kommission zur Reproduktiven Selbstbestimmung und Fortpflanzungsmedizin*. El informe final —519 pp.— y un breve informe —41 pp.— se encuentran publicados en la Sección de comunicados de prensa del Ministerio Federal de Salud de Alemania https://www.bundesgesundheitsministerium.de/presse/pressemitteilungen/kommissionsbericht-reproduktive-selbstbestimmung-pm-15-04-24. También se encuentran publicados en la web del Ministerio Federal de Familia, Tercera Edad, Mujer y Juventud de Alemania: https://www.bmfsfj.de/bmfsfj/aktuelles/alle-meldungen/sachverstaendigenkommission-legt-abschlussbericht-vor-238398 [última consulta: 15 de septiembre de 2024].

[44] *Cfr. Bericht der Kommission,* cit. p. 6.

marco jurídico internacional y europeo y sus implicaciones constitucionales —capítulo 6—; los impulsos jurídicos comparados y el aborto en otros países —capítulo 7—; las conclusiones para la regulación penal del aborto —capítulo 8—; y las recomendaciones —capítulo 9—[45].

II.3.1. *El marco constitucional para la nueva regulación del aborto*

En relación con el marco constitucional para la nueva regulación del aborto[46], el informe comienza señalando en la introduccion que se dicta basándose en las dos decisiones del Tribunal Constitucional Federal sobre el aborto —BVerfGE 39, 1 y BVerfGE 88, 203—, y «teniendo en cuenta la evolución de las circunstancias jurídicas y fácticas, así como el discurso social«[47]. Como es sabido, ni la Constitución Alemana ni el Tribunal Constitucional Federal alemán reconocen un derecho a la autodeterminación reproductiva que incluya el aborto a petición de la madre. Por el contrario, el Tribunal Constitucional Federal alemán ha establecido que la prohibición fundamental del aborto y la obligación fundamental de llevar al niño a término son «dos elementos inseparablemente ligados de la protección constitucionalmente requerida» de la vida por nacer[48]. A pesar de esto, el informe posteriormente señala que «los §§ 218 y siguientes del Código Penal alemán se caracterizan por dos sentencias del Tribunal Constitucional Federal sobre el aborto. *Las sentencias no son formalmente vinculantes para el legislador* (1er Sala del BVerfG)». De hecho, la única vez que el informe final menciona la jurisprudencia constitucional alemana sobre el aborto es para negarle su carácter vinculante. Así, el informe señala que «el Tribunal Constitucional Federal llevará a cabo un examen de fondo independiente de una nueva regulación legal del aborto en el contexto de una posible revisión de la ley, al menos si el legislador puede demostrar que han cambiado suficientemente las circunstancias de hecho o de derecho». En este punto, el informe presenta algunos desequilibrios: en el resumen del Informe no expone ni siquiera brevemente las principales líneas doctrinales ni las conclusiones de estas dos Sentencias del Tribunal Constitucional Federal alemán, que son coincidentes en la protección del

[45] Los aspectos éticos, que fueron abordados por la Prof. Dra. Christiane Woopen, se tuvieron en cuenta como perspectiva transversal en los análisis y debates pertinentes de cada uno de los capítulos.

[46] La responsable del capítulo es la Prof. Dra. Frauke Brosius-Gersdorf. *Cfr. Bericht der Kommission* pp. 13-16. Esta profesora tiene una trayectoria menos extenga en el ámbito del derecho constitucional —desde el año 2021—, habiendo hecho su habilitación y su cátedra en derecho público, en especial, en derecho comercial público y derecho social y en ciencias y derecho admnistrativo, como se puede comprobar en la web de la Universidad de Postdam —https://www.uni-potsdam.de/de/lehrstuhl-brosius-gersdorf/—. Desde el año 2023 actualiza el *Comentario a la Constitución Alemana* de Dreier: Dreier, Horst (ed.), *Grundgesetz Kommentar*, 4.ª ed., Mohr Siebeck, T.

[47] *Cfr. Bericht der Kommission,* cit. p. 6.

[48] *Cfr.* BVerfGE 88, 203, 253.

derecho a la vida no nacida[49]. Esto contrasta con el resumen que sí hace en la seccion 6 de las opiniones de algunos comités de tratados internacionales de derechos humanos favorables a la libre accesibilidad del aborto, a pesar de que los textos de esos Tratados no mencionan expresamente la terminación del embarazo. Igualmente, si la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán es presentada como no vinculante, en cambio «la interpretación de las convenciones de derechos humanos de la ONU por parte de los comités de los tratados deben tener un gran peso»[50]. Posiblemente el resumen final del informe adolece de una mayor capacidad para acoger las distintas posiciones doctrinales sobre los derechos en presencia, al menos las del Tribunal Constitucional, si pretendía alcanzar —o al menos, aparentar— una posición equilibrada. La renuncia a exponer en el informe-resumen la posición del Tribunal Constitucional Federal alemán en este punto resta credibilidad al texto presentado y pone de manifiesto que la autora de este apartado realiza principalmente un dictamen de parte del Gobierno Federal.

El informe señala que la respuesta a la pregunta de si el legislador puede regular el aborto al margen del Código Penal, y en qué medida, viene determinado por el margen de maniobra que abre la Constitución. Así, al analizar los derechos fundamentales del embrión/feto, señala que «en el caso de una nueva regulación del aborto, el legislador tiene el deber de proteger el derecho fundamental a la vida —art. 2, apdo. 2, frase 1 GG— del embrión/feto —como mínimo— desde la anidación»[51]. Este planteamiento inicial, que es también el del Tribunal Constitucional Federal alemán, no se corresponde con las conclusiones del informe, que, como veremos más adelante, no recomienda al legislador ninguna proteccion del derecho a la vida del embrión/feto en la mayor parte del embarazo —ni en la fase temprana ni en la fase intermedia—.

Posteriormente, el informe señala que «debido a la dependencia existencial del feto del cuerpo de la mujer embarazada, hay muchos argumentos a favor de que el derecho a la vida se aplique prenatalmente con menos protección que para el ser humano nacido»[52]. La autora del informe establece, en virtud del art. 2 GG, el principio, que a nuestro juicio puede ser considerado razonable, de una menor proteccion del embrión/feto en relación con el ser humano vivo; en cambio, no establece que el embrión/feto carezca de protección. El infome señala seguidamente que «en el período comprendido entre la anidación y la viabilidad extrauterina del feto, se aplica o bien un nivel de protección sistemáticamente bajo, o bien un concepto de derecho a la vida prenatal graduado o en continuo aumento, cuya protección se orienta en función de la respectiva fase de desarrollo del embrión/feto. A partir de la viabilidad extrauterina del feto, su derecho a la vida tiene un fuerte peso. A

[49] El informe final, de un total de 519 pp., dedica a la BVerfGE 39, 1 las pp. 165-166 y a la BVerfGE 88, 203 las pp. 167-169.

[50] *Cfr. Bericht der Kommission,* cit. p. 17.

[51] *Ibidem* p. 13.

[52] *Ibidem* p. 13.

partir del nacimiento, el derecho a la vida del art. 2, apdo. 2, frase 1 GG se aplica con plena protección»[53].

De esta forma, la autora del informe entiende que para la protección de la vida del embrión, es posible una graduación en la proteccion. La posicion recogida en el Informe se encuentra en contradiccion con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán en este punto que rechaza la referencia a la gradualidad y que debería al menos haber sido expuesta en el informe resumen, aunque sólo fuera para criticarla y apartarse de ella. A nuestro juicio, la legislación alemana actual, de alguna manera, sí recepciona el modelo de gradualidad, al establecer unos plazos temporales para la terminacion del embarazo a través del modelo de indicaciones o mediante el asesoramiento obligatorio. El informe establece una graduacion en la proteccion del derecho a la vida del embrión/feto, que comienza con la anidación y termina con el nacimiento. Esta graduacion parte de un nivel de proteccion sistemáticamente bajo del derecho a la vida prenatal que va progresivamente en aumento, existiendo un estadio importante que es la viabilidad extrauterina del feto donde el derecho a la vida tiene un fuerte peso. En todo caso, el informe no atribuye al feto viable fuera del útero el mismo derecho a la vida que el del ser humano nacido.

En cambio, como señala el informe, «un nivel inferior de protección de la vida del embrión/feto está libre de contradicciones —es coherente— con el derecho a la vida del ser humano nacido, para el que está prohibida cualquier graduación de protección. La diferencia estriba en qué en el caso del ser humano nacido, no existe una dependencia existencial comparable de una unidad corporal con otros titulares de derechos fundamentales como en el caso del no nacido. Por tanto, un concepto de protección prenatal inferior de la vida no es una puerta de entrada para diferenciaciones postnatales del derecho a la vida»[54]. Por consiguiente, el informe considera que con anterioridad al nacimiento, cabe una graduación en la protección del derecho a la vida, si bien esta graduación no es extensible a la vida nacida. La justificación de esta diferenciación estaría en la dependencia existencial corporal del no nacido de la mujer embarazada. Este apartado del informe plantea algunos problemas, entre ellos, la utilización del concepto de dependencia como límite al derecho a la vida; es decir, el hecho de que la vida humana no sea autónoma o dependa de otros puede justificar su limitación. Este planteamiento afecta a la protección de la vida humana dependiente o en situación de vulnerabilidad.

En relación con la garantía de la dignidad humana del embrión/feto, el informe afirma que «es cuestionable que el embrión/feto se beneficie de la protección de la garantía de la dignidad humana del art. 1.(1) de la Constitución Alemana, señalando que hay buenas razones para pensar que la garantía de la dignidad humana sólo se aplica a partir del nacimiento»[55]. El informe señala que «sin embargo, incluso si se asumiera que la garantía de la dignidad humana se aplica antes del nacimiento y que se aplicaría en este caso

[53] *Ibidem,* pp. 13-14.
[54] *Ibidem,* p. 14.
[55] *Ibidem,* p. 14.

con la misma protección plena que a los seres humanos nacidos, probablemente no existiría *per se* una prohibición general de sopesarla con los derechos fundamentales de la mujer embarazada». Señala el informe que incluso asumiendo la plena protección de la dignidad humana para el embrión/feto, «existen argumentos a favor de que la garantía de la dignidad humana no se vea violada por un aborto como norma». De nuevo, este planteamiento del informe de que la dignidad humana no es atribuible al embrión y que la dignidad humana no es absoluta está en clara contradicción con la jurisprudencia reiterada del Tribunal Constitucional Federal alemán que sí ha atribuido al embrión dignidad humana y que ha señalado que, si bien el derecho a la vida está sometido a límites, no lo está la dignidad humana que no está sometida a límites. Este planteamiento debería al menos haber sido tenido en cuenta en el informe final.

Por tanto, el informe señala que el embrión/feto ostenta el derecho a la vida en un nivel menor, no siendo claro que disponga de la dignidad humana. El informe señala que «como posiciones opuestas a los derechos fundamentales del embrión/feto, deben tenerse en cuenta los derechos fundamentales de la mujer embarazada, que se aplican como derechos de defensa en caso de una nueva regulación del aborto. La solicitud de aborto de la mujer embarazada está protegida por el derecho general de la personalidad —art. 2, (1) en relación con el art. 1, (1)— y por los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física —art. 2, (2), frase 1—. Además, deben protegerse los derechos fundamentales de terceros —el hombre y los médicos—»[56].

El informe señala que para la resolución del conflicto de intereses en el marco de los derechos fundamentales entre el derecho a la vida del nasciturus y los derechos fundamentales de la mujer embarazada es decisivo tener en cuenta que «el derecho a la vida del embrión/feto tiene menos peso que el derecho a la vida del ser humano después del nacimiento. Con un peso sistemáticamente inferior entre la nidación y la viabilidad extrauterina, el derecho a la vida en esta fase debe tener el mismo peso (bajo) en todo el proceso de ponderación». Así, el informe señala que „en un concepto de protección prenatal graduada o continuamente creciente del derecho a la vida, la intensidad de la protección del derecho a la vida aumenta a medida que progresa el desarrollo embrionario/fetal entre la nidación y el nacimiento. En ambos casos, el derecho a la vida del feto se aplica desde la viabilidad extrauterina con una protección fuerte y desde el nacimiento con una protección total». Al sopesar los derechos fundamentales de la mujer embarazada y el derecho a la vida del embrión/feto, se les da más peso a los derechos de la mujer al principio del embarazo y menos a medida que aumenta la edad gestacional. Esto se debe a que cuanto más dura el embarazo y mayor es la responsabilidad sobre el feto, mayor es también la razonabilidad de continuar con el embarazo.

De los planteamientos incluidos en este apartado donde se analiza el marco constitucional para una nueva regulación del aborto se pueden anticipar algunas reflexiones.

[56] *Ibidem,* p. 14.

Así, la posición doctrinal incluida en el informe que atribuye la protección total del derecho a la vida desde el nacimiento y no desde la viabilidad extrauterina, donde existiría únicamente una protección fuerte del derecho a la vida del feto viable, favorece la legitimidad de terminaciones de embarazo de fetos viables en las últimas semanas de embarazo. Esto se encuentra parcialmente en contradicción con la importancia dada en el informe a la autonomía del feto/embrión —a la existencia o no de una dependencia existencial corporal del no nacido respecto de la madre— para limitar la terminación del embarazo por parte de la madre. Además, existe en este punto una cierta contradiccion en el informe: por una parte el informe justifica que el derecho a la vida del nasciturus tenga menos peso que los derechos fundamentales de la mujer embarazada; pero, por otra parte, a la hora de establecer las conclusiones defiende un modelo donde el derecho a la vida del nasciturus en la mayor parte de las fases del embarazo no tiene ningún peso. Llama la atencion que el derecho fundamental a la vida del nasciturus que el legislador, según establece el informe, tiene el deber de proteger, aunque con un menor peso, no implique ninguna consecuencia en relación con la obligatoriedad del asesoramiento y el establecimiento de un tiempo mínimo de espera. Parece difícilmente compatible tener un discurso que afirme una graduación en la protección de la vida del embrión/feto según el desarrollo del embarazo al mismo tiempo que se plantea la desaparicion de las medidas de protección como la obligatoriedad del asesoramiento o del tiempo de espera en la fase inicial y en la fase intermedia del embarazo.

II.3.2. ***El margen de maniobra que tiene el legislador para hacer distinciones en las distintas fases del embarazo***

El informe aborda específicamente el margen de maniobra que tiene el legislador para hacer distinciones en las distintas fases del embarazo.

Fase temprana del embarazo

Así, en la fase temprana del embarazo, que se extiende durante las primeras semanas de embarazo tras la anidación, el informe señala que «los intereses del embrión/feto pasan a un segundo plano frente a los derechos fundamentales de la mujer embarazada. En la fase temprana del embarazo, el derecho a la vida del feto tiene una importancia menor; al mismo tiempo, el deseo de la mujer de interrumpir el embarazo dispone de una fuerte protección en virtud de los derechos fundamentales. En esta fase del embarazo, la mujer tiene *derecho* a interrumpirlo. Por lo tanto, el aborto debe legalizarse en las primeras fases del embarazo, a diferencia de lo que ocurría en el pasado»[57].

[57] *Ibidem,* p. 15.

Estas consideraciones incluidas en el informe plantean algunos problemas. El primer problema es que el informe establece que la mujer embarazada tiene el derecho al aborto en la fase temprana de embarazo, a pesar de que la Constitución alemana no lo recoge y de que el Tribunal Constitucional Federal alemán haya afirmado exactamente lo contrario; esto es, que el aborto, fuera del modelo de indicaciones, es un acto contrario a derecho, aunque no punible si se sigue el modelo de asesoramiento obligatorio y se establece un tiempo de espera. Esta doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán debería haber tenido algún espacio en el informe final. El segundo problema es que el informe declara que los derechos o interés del embrión/feto tienen una importancia menor y pasan a un segundo plano cuando estos en el fondo desaparecen al atribuir a la mujer el derecho a interrumpir libremente el embarazo. El informe no señala que el derecho a la vida del embrión/feto en la fase temprana obliga al desarrollo de una actividad administrativa de promoción y protección del derecho a la vida y al cumplimiento de unas obligaciones por parte de la mujer embarazada como sería el asesoramiento obligatorio y el tiempo de espera. Así, el informe acaba dibujando un escenario en el que el derecho al aborto de la mujer embarazada en una fase temprana del embarazo no es sólo un derecho prevalente sobre el derecho a la vida del feto: es algo más, es un derecho absoluto sin límite alguno. Es decir, el informe no sólo afirma la existencia de derecho fundamental a abortar: lo reconoce indirectamente como un derecho absoluto sin límite alguno.

De esta forma, el informe establece como recomendación al legislador en relación con la regulación del aborto que «en las primeras fases del embarazo (primeras semanas tras la anidación), el legislador debe permitir el aborto con el consentimiento de la mujer (legalidad e impunidad). En la medida en que el legislador considere que el aborto es legal, debe garantizarse que las mujeres puedan abortar sin demora y sin barreras en centros de fácil acceso, utilizando el método médicamente recomendado de su elección»[58]. Por tanto, se recomienda que el aborto en la fase temprana no esté regulado en el código penal y deje de estar considerado como contrario a derecho, pero no punible si se sigue el modelo de asesoramiento obligatorio. De hecho, se propone un aborto sin ningún de limitación —ni obligación de asesoramiento, ni tiempo de espera—.

Fase tardía del embarazo, el modelo de indicaciones y la paradoja de los aspectos médicos

El informe también aborda la fase tardía del embarazo, a partir de la viabilidad extrauterina del feto, en la que la situación se invierte, en cuyo caso «el derecho a la vida del feto prevalece sobre los derechos fundamentales de la mujer embarazada. Esto se debe a que, en esta fase tardía del embarazo, se aplica el artículo 2, apartado 2, frase

[58] *Ibidem,* pp. 23-24.

1, de la Constitución alemana con una protección fuerte, mientras que los derechos fundamentales de la mujer embarazada tienen comparativamente poco peso debido a la menor duración restante del embarazo». El informe señala que, «en principio, el feto debe seguir llegando a término en esta fase tardía del embarazo. Por lo tanto, el legislador debe considerar generalmente ilegal el aborto en esta fase tardía del embarazo»[59].

La valoración que hace el informe del margen que tiene el legislador en la fase tardía del embarazo es también discutible. Considera que la menor duración restante del embarazo justifica la atenuación del derecho al libre desarrollo de la personalidad de la madre cuando lo que justifica su atenuación esencialmente es la viabilidad extrauterina del feto, al que previamente había reconocido el informe un derecho a la vida con una protección fuerte. No parece que pueda afirmarse, como hace el informe, que en la fase tardía del embarazo la situación de prevalencia en el conflicto de derechos se invierte o ocurre lo contrario que en la fase temprana del embarazo, pues en la fase temprana del embarazo el feto no tiene ningún derecho mientras que sí los ostenta la mujer en la fase tardía del embarazo, como señalaremos seguidamente.

El informe considera que deben aplicarse excepciones a la prevalencia del derecho a la vida del feto en aquellos supuestos en los que no es razonable que la mujer continúe con el embarazo. Aparece así el llamado sistema de indicaciones. En estos supuestos, «el resultado de la ponderación de los derechos fundamentales se invierte y el aborto es legal»[60]. Por tanto, el informe considera legítimos los abortos tardíos de fetos viables en algunos supuestos, lo que conformaría el llamado sistema de indicaciones. Lógicamente, este planteamiento entra fuertemente en conflicto con el derecho a la protección de la vida del feto viable fuera del vientre de la madre. El informe analiza los supuestos en los que es irrazonable exigirle a la mujer embarazada que lleve a término el embarazo. Esto se produce especialmente en los casos donde hay una indicación médica «si el embarazo supone un peligro para la vida o la salud grave de la embarazada que no puede evitarse de ninguna otra forma razonable». Sin embargo, el informe reconoce que «es necesaria una nueva regulación de las indicaciones médicas. Parece problemático considerar la existencia de una indicación médica en situaciones en las que el peligro para la mujer no consiste en un hallazgo que suponga un riesgo agudo para su vida o su salud causado por el propio embarazo, sino que resulta de las cargas de la responsabilidad por el hijo después del nacimiento. Dichas cargas pueden surgir en particular en el caso de un diagnóstico prenatal anormal embriopático o fetopático, que actualmente representa un *subcaso* de la indicación médica —§ 218a (2) StGB—». En este punto, el Informe diferencia acertadamente entre la terminación del embarazo por un riesgo grave para la salud o la vida de la madre, que está claramente justificado, de otros supuestos que no suponen ese riesgo grave para la salud de la madre sino una preocupación por la carga y la responsabilidad que conlleva la crianza de un

[59] *Ibidem,* p. 15.
[60] *Ibidem,* p. 15

hijo después del nacimiento. Esto último justificaría sobre todo la ampliación de las políticas sociales y de apoyo a la maternidad expuestas en el marco del asesoramiento obligatorio y valoradas en el periodo de reflexión más que facilitar la terminación del embarazo de un feto viable.

El Informe afirma que «no existen criterios jurídicos para evaluar la cuestión de las condiciones en las que está permitida la interrupción del embarazo mediante feticidio en el caso de un diagnóstico prenatal anormal si el feto es viable fuera del útero o si la carga de la responsabilidad sobre el niño después del nacimiento puede evitarse razonablemente dando a luz la mujer y posiblemente entregando al niño en adopción». De esta forma, el Informe manifiesta una preocupación por los abortos tardíos de fetos viables cuando existe un diagnóstico prenatal anormal —pero no grave—. Llama la atención que el informe considere que no es posible dar una respuesta jurídica a este problema, cuando antes ha afirmado como principio la mayor protección del feto/embrión en etapas tardías del embarazo, lo que obligaría a llevar a cabo una ponderación que pondría conllevar la no interrupción del embarazo en algunos supuestos, por lo que sí es posible una respuesta jurídica en estos casos, que el informe se esfuerza en no dar. El informe considera que una cuestión que debe distinguirse de ésta, y que tampoco se ha aclarado, es «si está permitida la interrupción del embarazo a petición de la mujer, y en qué condiciones, en el caso de un diagnóstico prenatal grave, como una enfermedad grave e incurable diagnosticada al feto —véase el artículo 3a, apartado 2, de la ESchG—, especialmente si es muy probable que conduzca a una muerte prematura tras el nacimiento o vaya acompañada de la perspectiva de una vida caracterizada por el sufrimiento y el dolor, independientemente del riesgo de la propia mujer«[61].

Existe a nuestro juicio, un problema gravé en este punto, que el informe se limita a mencionar pero que evita cuidadosamente analizar: la falta diferenciación de la mayor o menor gravedad de los supuestos a través de los cuales se pretende justificar la terminación del embarazo de un feto viable dentro de la indicación médica. Esta diferenciación es necesaria para determinar la mayor o menor razonabilidad de la terminación del embarazo de un feto viable y, por tanto, para resolver la ponderación. Así, a la hora de valorar la legitimidad de la terminación del embarazo, es necesario diferenciar un embarazo tardío de un feto viable cuando supone un riesgo grave para la salud física de la madre o un riesgo grave para la salud mental de la madre, de otros supuestos como un riesgo no grave para la salud física o mental de la madre o una situación de preocupación o un motivo de agobio para la madre. También es necesario diferenciar los supuestos en los que el aborto viene directamente determinado por la existencia de un diagnóstico prenatal, teniendo en cuenta que no es lo mismo el diagnóstico de una enfermedad muy grave que va a conducir indefectiblemente a una muerte prematura,

[61] *Ibidem,* p. 15.

que el diagnóstico de una patología grave —una discapacidad o una enfermedad grave e incurable—, o un diagnóstico prenatal anormal que no determina en absoluto una patología grave. El informe evita dar respuesta a estas situaciones donde hay un conflicto de derechos, limitándose a señalar que «el legislador deberá reconsiderar estas situaciones problemáticas y volver a regular la indicación médica, incluidos los casos de hallazgos embriopáticos o fetopáticos. Al hacerlo, también tendrá que considerar si debe volver a regular el aborto en caso de hallazgos embriopáticos o fetopáticos como un delito independiente. Ello plantea, entre otras cosas, la cuestión de si tal interrupción justificada del embarazo es compatible con la prohibición de discriminación por razón de discapacidad establecida en el art. 3, apartado 3, frase 2 de la Constitución Alemana». Los supuestos expuestos muestran muy distintas injerencias en la vida de la madre que deberían afectar al resultado de la ponderación en relación con la legitimidad de la terminación del embarazo. Evidentemente, como ha señalado la doctrina alemana, en este punto se ha caído en una evidente hipocresía al hacer desaparecer formalmente la indicación embriopática, que, sin embargo, ha sobrevivido a través de la indicación médica, pero con el grave daño de ser menos garantista con el embrión que padece alguna anomalía. A nuestro juicio, para llevar a cabo una adecuada ponderación con el derecho a la vida del feto viable fuera del útero, es necesario distinguir la tipología de anomalía prenatal, lo que no se puede hacer si esta se esconde de manera genérica e indiferenciada dentro de la indicación médica.

Como consecuencia de este planteamiento, el informe establece como recomendación que en la fase tardía del embarazo (a partir de la viabilidad extrauterina del feto), «el legislador no debe permitir el aborto por principio». Sin embargo, incluso en la fase tardía del embarazo, el legislador debe prever «excepciones a la prohibición del aborto y permitirlo (legalidad e impunidad) si no cabe esperar razonablemente que la mujer continúe con el embarazo. Este es el caso si existe una indicación médica, si la continuación del embarazo pone en peligro la vida de la embarazada o amenaza con perjudicar significativamente su salud física o mental y la interrupción del embarazo es necesaria para evitar el peligro»[62]. Sin embargo, la recomendación no establece ninguna graduación en la indicación médica, incluyendo en el mismo apartado que la continuación del embarazo ponga en peligro la vida de la embarazada con el hecho de que perjudique significativamente su salud física y mental. Esta indefinición de la recomendación traslada al médico la determinación de qué se entiende por un perjuicio significativo en la salud física y mental de la embarazada. Posiblemente un grupo de trabajo interdisciplinar del que han formado parte nueve personas, incluyendo profesionales sanitarios, debería haber arrojado más luz sobre la indicación médica.

[62] *Ibidem,* p. 24.

Finalmente, el informe recomienda en relación con los abortos tardíos y la desaparecida indicación embriopática que «el legislador debería considerar una reorganización parcial de la indicación médica. La cobertura actual del aborto en caso de hallazgos fetopáticos como subcategoría de indicación médica —véase el § 218a (2) StGB— no es transparente. Faltan criterios jurídicos para evaluar en qué condiciones es admisible la interrupción del embarazo en caso de hallazgos anormales en el diagnóstico prenatal y qué otras opciones son razonables para evitar un riesgo para la vida o la salud de la mujer»[63]. El informe renuncia también a ofrecer más luces en este apartado, a pesar de que estaba destinado a ello, por lo que después de un año de trabajo supone una oportunidad perdida. Posiblemente el comité haya evitado hacer una recomendación que no coincidiera con lo que esperaba el Gobierno. Por ello, el informe se limita a reconocer que la inclusión de la indicación embriopática dentro de la médica no es transparente, aunque no explica por qué. La razón es que la falta de identificación de las injerencias en los derechos en conflicto impide una adecuada ponderación. Debería haber aclarado más las clases de hallazgos anormales en el diagnóstico prenatal. Además, el informe no debería haber limitado su preocupación por otras opciones razonables para evitar un riesgo para la vida o la salud de la mujer, sino que debería haber añadido algunas opciones razonables para la protección de la vida del feto viable fuera del vientre de la madre. Por último, el informe no aborda una eventual indicación criminológica como supuesto legítimo para la terminación del embarazo en la fase tardía, si bien esta podría quedar subsumida en una interpretación amplia de la indicación médica.

La posición del informe en relación con el aborto en la fase tardía del embarazo y, en menor medida, en relación con la fase media del embarazo contrasta con el análisis que el propio informe hace sobre los aspectos médicos de la interrupción del embarazo[64]. Así, llama a atención que el informe reconozca expresamente que, si bien la interrupción del embarazo en el primer trimestre es un tratamiento médico con pocas complicaciones, tanto si se realiza médica como quirúrgicamente, no aumentado los riesgos para la fertilidad posterior ni para los embarazos posteriores[65], la tasa de complicaciones de los abortos a partir de las doce semanas después de la concepción, aumenta significativamente hasta un 20 % según la bibliografía, de las cuales hasta un 4 % son complicaciones graves. «Por lo tanto, desde el punto de vista médico, los abortos en el segundo y tercer trimestre —en la fase media y tardía del embarazo— deben evitarse en la medida de lo posible y sólo deben estar sujetos a determinadas indicaciones». De esto,

[63] *Ibidem,* p. 24.

[64] La responsable del capítulo es la Prof. Dra. Stephanie Wallwiener. *Cfr. Bericht der Kommission,* cit. pp. 6-7.

[65] Aunque antes de cada aborto un médico deberá confirmar la gestión de riesgos y el tratamiento posterior.

parece un contrasentido que el aborto en la fase media y tardía del embarazo se plantee como un derecho a la salud sexual o reproductiva cuando es una intervención que puede dañar la salud de la madre. También parece un contrasentido que en otro apartado del informe atribuya al legislador el margen de apreciación para no atribuir responsabilidad penal a la terminación del embarazo en la fase media y tardía cuando en el apartado del informe que recoge los aspectos médicos de la terminación del embarazo aconseja que en estas fases el aborto esté sometido a un sistema de indicaciones.

El informe recoge que la interrupción del embarazo después de la viabilidad fetal es una excepción —0,6-0,7 % de todas las interrupciones anuales del embarazo en Alemania— y suele realizarse por razones psicosociales en caso de anomalías en el diagnóstico prenatal del feto. Así, se señala que «el llamado feticidio suele ser necesario en este caso para evitar la situación de tener que prestar asistencia médica a un niño nacido vivo». El informe considera que estas situaciones están menos reguladas, haciendo mención a que existen diversos protocolos con el objetivo de crear la mayor seguridad jurídica posible para los médicos tratantes y para las mujeres embarazadas en situaciones que están menos claramente reguladas que en el caso de un aborto antes de las doce semanas. Sin embargo, ni siquiera el cumplimiento de dicho protocolo puede garantizar una protección completa en casos individuales. Así, se establece que «la decisión jurídica final queda reservado a la justicia penal. En este caso sería deseable una regulación clara para garantizar la mayor transparencia y verificabilidad posibles, y también para ofrecer protección jurídica a los médicos que llevan a cabo el procedimiento». No aparece en el informe una preocupación por la protección de la vida del feto viable sino únicamente en relación con la limitación de su asistencia médica cuando nace vivo. El informe también refleja una preocupación por la protección jurídica de los médicos y de la mujer, pero no de la vida en formación.

Fase media del embarazo

Quedaría por abordar la fase media del embarazo, que se encontraría entre el final de las primeras semanas del embarazo y la viabilidad del feto *ex* utero. Para el informe, en esta fase «el legislador dispone de un amplio margen de maniobra para resolver el conflicto de intereses de los derechos fundamentales y hasta qué punto considera lícito el aborto»[66]. Igualmente se señala que «al igual que en la fase tardía del embarazo, el legislador siempre debe autorizar el aborto en la fase media del embarazo si no cabe esperar razonablemente que la mujer continúe con el embarazo, en determinados supuestos e indicaciones». Además de la indicación médica, el informe añade en la fase media del embarazo la indicación criminológica. Lógicamente, en la fase media del embarazo parece razonable la interrupción del embarazo según el modelo de indicaciones, con

[66] *Ibidem,* p. 16.

mayor motivo que en la fase tardía. Asimismo, es aplicable en la fase media del embarazo algunas observaciones que hemos realizado anteriormente en la fase tardía del embarazo, si bien es necesario precisar que el hecho de que el feto no sea viable fuera del útero afecta al resultado de la ponderación. Así, es necesario diferenciar entre la indicación médica y la indicación embriopática y entre los distintos supuestos dentro de la indicación médica que pueden presentar mayor o menor gravedad y valorar el asesoramiento obligatorio y el tiempo de espera como medidas de protección de la vida del embrión. El informe señala que en la indicación criminológica el plazo actual de no más de doce semanas desde la concepción —§ 218a, apdo. 3 StGB— es demasiado estricto porque a veces las mujeres sólo se dan cuenta del embarazo tarde debido al trauma asociado a la violación. Por tanto, debe extenderse la indicación criminológica a la fase media del embarazo.

Estos planteamientos tienen consecuencias en las recomendaciones que incluye el informe relativas a la regulación del aborto en la fase media del embarazo[67]. Así se establece que «en la fase media del embarazo —final de las primeras semanas de gestación hasta que el feto es viable *ex* útero—, el legislador tiene margen de maniobra en cuanto al punto hasta el que permite abortar con el consentimiento de la mujer —legalidad— y a partir del cual ya no permite abortar —ilegalidad—. Cuanto más corto es el embarazo, antes se permite el aborto, y cuanto más avanzada es la edad gestacional, más importantes son los intereses del feto». Llama la atención que en la fase media del embarazo no se prevea ninguna medida de protección del derecho a la vida como el asesoramiento obligatorio y el tiempo de espera, como después señalaremos.

Si el legislador prohíbe el aborto en la fase media del embarazo, «debe prever excepciones y permitir el aborto —legalidad e impunidad— si la continuación del embarazo no es razonable para la mujer. Este es el caso, en particular, cuando existe una indicación médica, para la que, sin embargo, se recomienda parcialmente una nueva reglamentación en algunos casos. En los casos de indicación criminológica, cuando el embarazo sea consecuencia de un delito sexual, debe considerarse la posibilidad de permitir que el plazo para la interrupción del embarazo se prolongue más allá de las doce semanas desde la concepción».

II.3.3. *Asesoramiento obligatorio y tiempo de espera como medidas de protección del derecho a la vida alternativas al derecho penal*

El informe describe que, en relación con el aborto al margen del derecho penal[68], la Ley de conflictos relacionados con el embarazo —*Schwangerschaftskonfliktgesetz*, abreviadamente SchKG— contiene normas detalladas sobre la organización del pro-

[67] *Ibidem,* p. 24.

[68] La responsable del capítulo es la Prof. Dra. Maria Wersig. *Cfr. Bericht der Kommission,* cit. p. 9.

cedimiento de asesoramiento para abortos en las primeras fases del embarazo —§ 219 StGB—[69]. En este caso, el asesoramiento es obligatorio. También recuerda que los médicos también proporcionan asesoramiento si los resultados del diagnóstico prenatal sugieren que existen razones urgentes para suponer que la salud física o mental del niño ha sido dañada —§ 2a SchKG—. Sin embargo, recuerda que no existe un derecho obligatorio a un asesoramiento psicosocial más profundo conforme al § 2 de la SchKG[70].

Como hemos señalado anteriormente, el modelo de protección del derecho a la vida del *nasciturus* reside en un asesoramiento obligatorio con un tiempo de reflexión de tres días que promueve una decisión en favor de la vida humana por nacer y donde se enmarcan también los servicios de apoyo social que ayudan a paliar las dificultades materiales y a resolver los conflictos surgidos en el embarazo. Este es, pues, el núcleo del modelo de protección presente en el § 219 (1) StGB que es coherente con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán. Así, como ha señalado el Tribunal Constitucional Federal alemán, «el asesoramiento sirve para proteger al feto. Debe estar guiado por el empeño en animar a la mujer a continuar el embarazo y abrirle perspectivas para una vida con el niño; debe ayudarla a tomar una decisión responsable y consciente. Al hacerlo, la mujer debe ser consciente de que el feto tiene su propio derecho a la vida en todas las fases del embarazo y de que, según la ley, la interrupción del embarazo sólo puede considerarse en situaciones excepcionales si el hecho de llevar el embarazo a término causa a la mujer una carga tan pesada y extraordinaria que supere el límite —el umbral— de sacrificio razonable. La finalidad del asesoramiento es proporcionar consejo y asistencia para ayudar a superar la situación de conflicto en relación con el embarazo y remediar una situación de emergencia»[71].

La decisión en relación con el embarazo la toma la mujer sobre la base de su propia convicción adquirida en la sesión de asesoramiento. Por lo tanto, la decisión final queda en sus manos, reconociendo y reforzando, de esta manera, su propia responsabilidad. Como señala el Tribunal Constitucional Federal alemán, «si, en cumplimiento de su deber de protección, el legislador opta por un concepto de asesoramiento, esto significa que el efecto protector para la vida por nacer debe lograrse principalmente —de forma preventiva— influyendo a través del asesoramiento en la mujer que se plantea abortar. El concepto de asesoramiento pretende reforzar el sentido de la responsabilidad de la mujer, que —independientemente de las responsabilidades de la familia y del entorno

[69] Los requisitos legales para el contenido y la orientación del asesoramiento respectivo en la SchKG se basan en los § § 218a y 219 del StGB y son aplicados por unos 1.375 centros de asesoramiento sobre el embarazo reconocidos por el Estado.

[70] El informe considera que debe garantizarse un número suficiente de centros de asesoramiento cercanos al domicilio, de conformidad con el artículo 3 de la SchKG.

[71] *Cfr.* BVerfGE 88, 203 y *Leitsätze* II.3. (1), (2), 282, 306, que recoge los principios o los puntos clave que acompañan a las decisiones del Tribunal Constitucional Federal alemán.

social más amplio, así como del médico […]— debe en última instancia decidir sobre la interrupción del embarazo y, por tanto, responsabilizarse de ella (responsabilidad última)»[72]. Por tanto, las condiciones marco del nuevo modelo de protección del *nasciturus* requiere que el asesoramiento obligatorio tenga por objeto animar a la mujer a tomar la decisión de llevar a término el embarazo.

Para que el asesoramiento cumpla su finalidad —de forma abierta—, la embarazada no debe haber tomado ya una decisión definitiva en contra de tener el hijo debido a la presión de su familia antes del asesoramiento. Por este motivo, también deben incluirse en el concepto de protección las personas del entorno familiar y social más amplio de la mujer embarazada, «que, como demuestran los informes de los asesores y los médicos, así como los estudios científicos, a menudo influyen en ella en contra del niño, y no pocas veces de una forma que merece ser castigada»[73].

Lógicamente, el contenido, la aplicación y la organización del asesoramiento destinado a proteger la vida deben ser adecuados para proporcionar a la mujer los conocimientos y la información que necesita para tomar una decisión responsable sobre si continuar o interrumpir el embarazo[74]. Así, aunque la naturaleza del asesoramiento impide forzar la voluntad de hablar y cooperar por parte de la mujer embarazada, la comunicación de las razones para considerar un aborto es esencial para que el asesoramiento pueda cumplir la tarea de proteger la vida en caso de conflicto en el embarazo. Solicitar esto a la mujer no menoscaba el carácter abierto del proceso de asesoramiento ni devalúa la responsabilidad que incumbe a la mujer[75].

Es muy importante el papel del médico en el proceso de asesoramiento. Así, el Tribunal Constitucional Federal alemán ha exigido al médico «ir más allá de los aspectos puramente médicos de la interrupción del embarazo para averiguar el conflicto de embarazo en el que se encuentra la mujer en el ámbito de los conocimientos médicos y de sus posibilidades cognitivas. Para ello, debe solicitar que le expliquen los motivos por los que la mujer plantea la interrupción del embarazo»[76]. Así, el § 218c (1) (1) del Código Penal alemán señala expresamente que el médico tiene que dar a la mujer la oportunidad de explicar los motivos por los que solicita la interrupción del embarazo.

El asesoramiento en los conflictos relacionados con el embarazo debe ser abierto para tener posibilidades de éxito. Sin embargo, al mismo tiempo, debe estar «orientado hacia la protección de la vida por nacer. Un asesoramiento meramente informativo que se limite a proporcionar información y no aborde el conflicto concreto del embarazo incumpliría la función del asesoramiento en el marco del nuevo concepto de protección

[72] *Cfr.* BVerfGE 88, 203, 270.
[73] *Cfr.* BVerfGE 88, 203, 271 y 296 y ss.
[74] *Cfr.* BVerfGE 88, 203, 270 y ss y 281 y ss.
[75] *Cfr.* BVerfGE 88, 203, 284 y ss.
[76] *Cfr.* BVerfGE 88, 203, 289 y 290.

al no contribuir de forma significativa a la protección de la vida animando a la mujer[77]. Si el asesor no desarrolla una conversación personal y no se esfuerza por proporcionar ayuda concreta con respecto a este conflicto, «dejaría a la mujer en la estacada y no cumpliría su misión»[78]. En todo caso, el asesoramiento obligatorio lo es para la Administración —es un deber público de asesoramiento— y no tanto para la embarazada que siempre tiene la opción de no revelar el conflicto[79].

El atinado diseño del modelo teórico de asesoramiento no se ha visto acompañado siempre por una correcta aplicación práctica, que no ha estado exenta de críticas. Así, Hillgruber ha cuestionado la gestión del asesoramiento por parte de los centros y la falta de voluntad de las autoridades estatales para afianzar en la conciencia jurídica de la población la protección de la vida por nacer exigida por la Constitución. Así, este autor señala que se ha debilitado —o socavado— la orientación del asesoramiento hacia la protección de la vida por nacer[80]. Aunque la ley establece que los centros de asesoramiento deben exponer anualmente en un informe escrito las normas en las que se basan sus actividades de asesoramiento y la experiencia adquirida en el proceso y la autoridad competente debe comprobar al menos cada tres años si se siguen cumpliendo los requisitos para mantener el necesario reconocimiento estatal como centro de asesoramiento sobre conflictos relacionados con el embarazo —pues de lo contrario dicho reconocimiento debe ser revocado en virtud del art. 10 SchKG—, las insuficiencias de algunas actividades de asesoramiento que han salido a la luz no han tenido ninguna consecuencia, haciendo el Estado dejación sistemática de su función supervisora al no actuar[81].

Una de las mayores deficiencias que presenta el informe es, a nuestro juicio, el abandono de la obligación de asesoramiento de la mujer y del tiempo de espera como

[77] *Cfr.* BVerfGE 88, 203, 307.

[78] *Cfr.* BVerfGE 88, 203, 282.

[79] *Cfr.* Hillgruber, Christian, «Lebensschutz durch soziale Kommunikation», cit. p. 238 nota 73.

[80] Este autor cita un estudio de 2011, basado en una encuesta realizada a asesores sobre conflictos relacionados con el embarazo en Baja Sajonia, que llegó a la conclusión de que solo alrededor de un tercio de los asesores abordaban regularmente el derecho a la vida del *nasciturus* en sus sesiones de asesoramiento, mientras que dos tercios lo hacían a veces o incluso rara vez o nunca, lo que supone una evidente violación del propósito del asesoramiento —*Ibidem,* p. 228—.

[81] Para Hillgruber, si el Estado hubiera cumplido con su deber de observación, no podría haber dejado de darse cuenta de que las condiciones marco necesarias de su concepto de asesoramiento no existen o han dejado de existir. El cumplimiento de estas condiciones marco determinaban la validez de la apreciación del legislador de que con el asesoramiento puede lograrse una protección eficaz de la vida y, en consecuencia, estaba justificado renunciar a un recurso más amplio del derecho penal y al efecto protector que este tiene. Sin embargo, en la práctica, el asesoramiento se ha convertido en una molesta y burocrática cita obligatoria, que en gran medida es gestionada rutinariamente por los asesores y la mujer embarazada que desea abortar, lo que abre la puerta a un aborto deseado, incluso sin que exista una situación de emergencia objetivamente dada —*Ibidem,* pp. 229 y 231-232—.

medidas de protección de la vida humana alternativas al derecho penal. Esto se pone aún más de manifiesto después de que el informe aborde los aspectos sociales y psicosociales del aborto y lleve a cabo el estudio estadístico sobre abortos en Alemania en comparación con otros países, donde se pueden observar los beneficios del sistema de asesoramiento obligatorio.

En relación con los aspectos sociales y psicosociales del aborto[82], el informe señala que «los embarazos no deseados no son una rareza en la biografía reproductiva de las mujeres. En la decisión de considerar un embarazo como no deseado influyen varios factores, entre los que destaca la falta de deseo de tener hijos, la opinión de que las condiciones marco dadas no son adecuadas o que no hay espacio para un hijo —más— en los planes de vida personales, ni ahora ni en un futuro previsible. Además, se recoge que en Alemania, los estudios demuestran que los embarazos no deseados son más frecuentes en circunstancias vitales estresantes, como problemas económicos, falta de estudios o estudios interrumpidos, parejas problemáticas o ausentes y problemas de salud. Los grupos vulnerables en particular, como las mujeres que han sufrido violencia, enfermedades mentales o traumas, suelen tener embarazos no deseados»[83]. Las razones para interrumpir un embarazo «son similares a escala internacional y se refieren principalmente a dificultades económicas, una pareja desaparecida o problemática, la finalización de los estudios o la sensación de ser demasiado joven o demasiado mayor».

Las condiciones para fundar una familia y vivir en ella son cada vez más difíciles. Por ello, para influir positivamente en la decisión de tener hijos y ofrecer alivio en las fases difíciles de la vida, «debe reforzarse el apoyo social y financiero a las familias monoparentales y a las personas en situación vulnerable en particular». Además, el informe señala que «los estados federados con una tasa de riesgo de pobreza baja tienen tasas de aborto más bajas, mientras que los estados federados con una tasa de riesgo de pobreza alta tienen tasas de aborto más altas». Esto justifica, a nuestro juicio, que la acción de los poderes públicos para la defensa de la vida humana no nacida deba centrarse prioritariamente en la protección social más que en el derecho penal. Además, este ofrecimiento de protección social para las mujeres embarazadas, especialmente en situación de vulnerabilidad, tiene que ser el centro de las medidas de asesoramiento obligatorio antes de la decisión de abortar.

Por ello, llama la atención que después de este estudio, el informe no incluya entre sus conclusiones una obligación de la Administración Púbica de desarrollar más medidas de apoyo económico y social para las mujeres embarazadas en situación de

[82] La responsable del capítulo es la Prof. Dra. Daphne Hahn. *Cfr. Bericht der Kommission,* cit. pp. 10-11.

[83] El informe también señala que en los últimos años también se ha producido un cambio en la edad a la que se practican los abortos. Mientras que la tasa de abortos ha disminuido entre las mujeres de 20 a 25 años, ha aumentado entre las mujeres mayores de 25 años.

vulnerabilidad y que estas medidas de apoyo se ofrezcan dentro de un modelo de asesoramiento obligatorio. Es decir, la descripción de que son las mujeres embarazadas más vulnerables las que optan por la terminación del embarazo lleva a los ponentes del informe a facilitar la interrupción del embarazo de las mujeres más vulnerables y no a evitarlo, tratando de paliar las causas que lo motivan. Lógicamente, sigue siendo necesario mejorar la prevención, la información y el acceso a los anticonceptivos para reducir el número de embarazos no deseados y de abortos[84].

Especialmente interesante es el estudio estadístico sobre abortos en Alemania en comparación con otros países[85]. Así, el informe señala que, «la tendencia de los abortos en Alemania ha mostrado un descenso desde 2001 y se ha mantenido desde 2012 con una tasa de abortos relativamente estable de entre 5,6 y 5,9 abortos por cada 1.000 mujeres de entre 15 y 49 años. Sin embargo, la tasa de abortos de 2022 (año en el que se produjo un gran aumento de las cifras absolutas de abortos en comparación con el año anterior), fue inferior a la del año anterior y alcanzó 5,6 abortos por cada 1.000 mujeres de entre 15 y 49 años. En comparación con otros países, el informe recoge que Alemania se sitúa, por tanto, en un nivel bajo». Llama la atención que el informe no se felicite del bajo índice de abortos en Alemania al mismo tiempo que no existe en Alemania un problema de riesgo para la vida de la madre. A nuestro juicio, la tasa tan reducida de abortos en Alemania es consecuencia de la regulación legal existente hasta ahora que establece un sistema de indicaciones para la terminación del embarazo conforme a Derecho y un sistema de asesoramiento obligatorio legal y un periodo de espera de tres días para el aborto fuera de las indicaciones y, por tanto, contrario a derecho, pero no punible.

Este estudio estadístico sobre abortos en Alemania en comparación con otros países debería llevar a una defensa del modelo actual de asesoramiento obligatorio y periodo de espera. Sin embargo, en relación con la obligación de asesoramiento, el informe señala que si el legislador legaliza el aborto en las primeras fases o después —en la fase media—, puede establecer la obligación de asesorar a la mujer con o sin un periodo de espera, pero no tiene por qué hacerlo, teniendo un amplio margen de maniobra. Especialmente llama la atención que el informe no prevé ninguna medida protectora del derecho a la vida del *nasciturus* en el caso de terminaciones del embarazo en fases intermedias —tampoco en la fase inicial—, al no establecer, como señalaremos más

[84] El informe también señala que en Alemania no existe un derecho legal unificado a la provisión y asunción de los costes de los anticonceptivos. Así, sólo se cubren los gastos de determinados anticonceptivos prescritos por un médico para las personas con seguro de enfermedad obligatorio hasta los 22 años. El Prof. Dr. Günter Krings, portavoz de la CDU/CSU, también había manifestado que, para evitar embarazos no deseados, los costes de los anticonceptivos prescritos médicamente deberían estar cubiertos por el seguro de enfermedad hasta los 25 años —*supra* nota 32—.

[85] *Cfr. Bericht der Kommission,* cit. p. 10.

adelante, una obligación de un asesoramiento que ofrezca alternativas al aborto o un periodo de espera.

En relación con el asesoramiento psicosocial en el aborto[86], el informe sí reconoce que la atención por parte de los centros de asesoramiento sobre el embarazo puede ser importante en el contexto de un aborto considerado en diferentes fases del embarazo y en diferentes constelaciones personales. Recuerda que los centros de asesoramiento también contribuyen de forma decisiva a prevenir y superar los conflictos relacionados con el embarazo más allá del asesoramiento obligatorio, por ejemplo mediante el asesoramiento en el contexto de los resultados anormales del diagnóstico prenatal, mediante el asesoramiento de parejas o la educación sexual.

El informe plantea las distintas opciones que puede adoptar el legislador sobre cómo quedaría el asesoramiento obligatorio y el periodo de espera fijo, que actualmente están regulados en los §§ 218a, 219 StGB y el § 5 f. de la Ley de conflictos relacionados con el embarazo» —*Schwangerschaftskonfliktgesetz* (SchKG)—. Una posible regulación del aborto fuera del derecho penal debe también tratar resolver cuestiones como la imposición o no de una obligación de asesoramiento, cuál debe ser su contenido —si debe ser orientado a objetivos— y el establecimiento en su caso de un tiempo de espera. Así, son posibles distintas opciones de regulación[87].

Así, en el marco de una nueva regulación al margen del Código Penal, el informe señala que el legislador «puede decidir seguir previendo un asesoramiento obligatorio de apoyo a la mujer embarazada, concebido como requisito previo a la práctica de un aborto legal por un médico, que podría ser con o sin periodo de espera».

Sin embargo, a nuestro juicio, la supresión del periodo de espera afectaría a la reflexión que debe realizarse después del asesoramiento obligatorio. Una reflexión sobre la terminación de la vida humana requiere un periodo de tiempo mínimo de reflexión, no pareciendo excesivo en absoluto el plazo de tres días. La supresión del periodo de espera como plantea el informe puede desvirtuar el modelo de asesoramiento obligatorio y convertirlo en un mero trámite. No parece que tenga mucho sentido que la reflexión se realice dentro del mismo proceso de asesoramiento sino fuera de él. El informe señala que «con respecto a un posible mantenimiento o desaparición del periodo de espera antes de un aborto, el legislador debería sopesar hasta qué punto el periodo actual de tres días puede dar lugar a retrasos que supongan una carga desproporcionada para la mujer embarazada y cómo debería determinarse».

Que el periodo de espera de tres días sea considerado en el informe como una carga desproporcionada para la mujer embarazada es una manifestación de la falta de equilibrio

[86] La responsable del capítulo es la Prof. Dra. Maika Böhm. *Cfr. Bericht der Kommission,* cit. pp. 11-13.

[87] *Cfr. Bericht der Kommission,* cit. p. 12.

de la que adolece el informe, teniendo en cuenta que este periodo de espera, que sin duda es una injerencia en la autodeterminación de la mujer embarazada, esta configurado como un medio para la protección de la vida del nasciturus. La protección de la vida del nasciturus no merece, a juicio de los miembros de la comisión, ni la espera de tres días para la toma de la decisión de terminación del embarazo. Así, el informe señala que «debería considerarse la posibilidad de acortar el periodo de espera, por ejemplo a veinticuatro horas entre el embarazo confirmado médicamente y la interrupción del embarazo, como es práctica común para otras intervenciones médicas, o suprimir el periodo de espera». Llama la atención que para suprimir el tiempo de espera el informe asimile el aborto con el resto de intervenciones médicas sin tener en cuenta que estas no van dirigidas directamente a provocar la terminación de la vida humana sino a su conservación y que, por tanto, no requieren un tiempo de espera como ocurre para la protección del derecho a la vida del embrión/feto.

El informe estudia el mantenimiento o la desaparición del asesoramiento obligatorio en el acto médico de terminación del embarazo, así como cuál debe ser su contenido. El informe señala que «un argumento a favor del asesoramiento obligatorio es que todas las mujeres embarazadas afectadas acudirían a un centro de asesoramiento, recibirían información relevante sobre el aborto o la opción de llevar el embarazo a término y tendrían la oportunidad de reflexionar sobre su situación y su proceso de toma de decisiones durante la sesión de asesoramiento. Las mujeres que proceden de contextos de violencia o presión considerable tendrían acceso a una ayuda a través del asesoramiento que, de otro modo, podría permanecer cerrada para ellas»[88]. Si se mantuviera el asesoramiento obligatorio, el informe señala que éste tendría que ser «confidencial, abierto, sin prejuicios y comprensible para la mujer con un embarazo no deseado, y habría que adaptar las disposiciones legales pertinentes».

En relación con esto último, el informe reitera que el asesoramiento «debe ser abierto, apoyar una decisión informada y responsable e incluir servicios integrales de información social, jurídica y psicosocial. No debe orientarse hacia objetivos predeterminados, como fomentar la continuación del embarazo». Sin embargo, el informe no tiene en cuenta que el asesoramiento obligatorio y el periodo de espera se establecieron como injerencias en la autodeterminación de la mujer para la protección del derecho a la vida del nasciturus y son alternativas al derecho penal. Por tanto, el asesoramiento debe estar orientado a la protección de la vida, ofreciendo a la mujer embarazada las ayudas necesarias para tener el hijo.

El informe recoge que «un argumento contra el asesoramiento obligatorio es que contradice la norma profesional del asesoramiento voluntario. Además, el embarazo sigue avanzando durante la cita y el asesoramiento necesario (también asociado al

[88] *Cfr. Bericht der Kommission,* cit. p. 12.

tiempo de espera), lo que pospone el posible momento de abortar». De esta forma, «la supresión del asesoramiento obligatorio podría evitar retrasos no deseados en el acceso al aborto. Basándose en los estudios disponibles, el informe considera que no se pueden hacer afirmaciones válidas sobre hasta qué punto el asesoramiento obligatorio puede tener un efecto "hacia la vida" a nivel individual; sin embargo, parece desempeñar un papel subordinado en la decisión a favor o en contra de un aborto. Al mismo tiempo, los estudios informan de que la obligación de buscar asesoramiento previo se experimenta como un obstáculo, una carga y una interferencia en la autodeterminación reproductiva».

A nuestro juicio, es razonable que el asesoramiento obligatorio y el tiempo de espera sean percibidos como una carga y una interferencia en la autodeterminación de la mujer porque sencillamente lo son. La autodeterminación de la mujer, según ha puesto de manifiesto el Tribunal Constitucional Federal alemán, no es absoluta pues es necesaria la protección de la dignidad humana y del derecho a la vida del nasciturus que encuentran acogida en el art. 1, apartado 1, frase 1 y en el art. 2, apartado 2, frase 1 de la Constitución alemana. En este aspecto, el informe cae en una clara contradicción: si bien reconoce que existe un conflicto de derechos y es necesaria alguna protección de la vida del nasciturus, al mismo tiempo considera la autodeterminación de la mujer como un derecho absoluto y no establece ninguna injerencia en esta como el asesoramiento obligatorio y el tiempo de espera.

Por ese motivo, el informe también recoge como alternativa que el legislador pueda decidir renunciar a la obligación de proporcionar asesoramiento. Sin embargo, en ese caso el informe señala que debería proporcionar un servicio de asesoramiento amplio, de bajo umbral, accesible y multilingüe, concebido como parte de un derecho legal completo y dentro del seguro obligatorio al asesoramiento en materia de embarazo, planificación familiar y sexualidad. La comisión rechaza una reducción de los servicios de asesoramiento existentes como parte de un proyecto de reforma en caso de una posible cancelación de la obligación de asesoramiento y recomienda un derecho legal al asesoramiento en caso de embarazo no deseado, especialmente para las personas de grupos vulnerables.

Para garantizar legalmente un servicio de asesoramiento, también sería concebible establecer un derecho legal al asesoramiento en caso de embarazo (no deseado) —§ 2 de la SchKG—. En este caso, habría que especificar o mantener las condiciones marco para un asesoramiento rápido y cercano al lugar de residencia, posiblemente complementado con un derecho a la mediación lingüística. Los centros de asesoramiento deberían recibir un apoyo financiero adecuado que les permitiera establecer servicios de información y asesoramiento con pocas barreras para llegar también a las personas de grupos vulnerables y situaciones vitales difíciles, cuyo acceso a los sistemas de ayuda suele ser más difícil. Por tanto, el informe plantea transformar la obligación de asesoramiento como límite al derecho a la autodeterminación de las mujeres y garantía del derecho a la vida en un derecho al asesoramiento como facultad dentro del derecho a la autodeterminación de las mujeres.

Finalmente, el informe critica el modelo de aborto ilegal pero no punible cuando se sigue el modelo de asesoramiento. Así, entiende que, si el aborto es legal, no debe haber reproche penal. Si, por el contrario, el aborto es ilegal, corresponde en principio al legislador la prerrogativa de apreciación para garantizar que ello quede cubierto por el Derecho penal. El informe no es especialmente claro en este punto, pero parece que admite como legítimo, como señalaremos más adelante, que el legislador opte por establecer una responsabilidad penal por la interrupción del embarazo en algunos supuestos, pero no considera razonable la opción actual de considerar el aborto un acto contrario a derecho pero no perseguible penalmente.

II.3.4. *La regulación penal del aborto. Situación legal actual y posibilidades para el futuro*

En relación con la regulación jurídica actual del aborto en el ámbito del derecho penal[89], se señala que en la actualidad la interrupción del embarazo está penada como delito contra la vida en el § 218 del Código Penal alemán (StGB) y que «este delito sirve para proteger la vida humana por nacer. El Estado está obligado a proteger la vida del no nacido, lo que en última instancia sólo se puede cumplir con la ayuda de la mujer embarazada. Las excepciones a la prohibición penal fundamental del aborto actualmente tipificadas en el § 218a StGB son el resultado de un acto legislativo de equilibrio entre, por un lado, la exigencia constitucional de proteger la vida del no nacido por parte del Estado, y, por otro, los derechos fundamentales de la mujer embarazada». Por ello, se señala que, si bien el aborto es, en general, punible en virtud del § 218, apartado 1, n.º 1 StGB, también está sujeto a excepciones, a motivos de autorización —justificación— y a motivos personales de exclusión de la pena, por lo que la mayoría de los abortos están exentos de pena.

Así, se reconoce que, en la fase temprana del embarazo, dentro de las doce primeras semanas de gestación el legislador excluye expresamente la infracción penal del § 218, apartado 1, n.º 1 StGB si el aborto es practicado por un médico a petición de la mujer embarazada tras la presentación de un certificado de asesoramiento obligatorio de conformidad con el § 219 StGB y respeta un período de espera de tres días: «En este caso, el aborto es impune, pero sigue siendo ilegal. Este es el único caso excepcional en el que el legislador regula expresamente la impunidad de la ilicitud en el Código Penal. Por lo tanto, la construcción también es controvertida en la literatura»[90]. Además, el

[89] La responsable del capítulo es la Prof. Dra. Liane Wörner. *Cfr. Bericht der Kommission,* cit. pp. 7-9.

[90] En todo caso, hay que señalar que, si se lleva a cabo un aborto punible, la propia mujer embarazada está sujeta a una pena reducida de prisión de hasta un año o multa —§ 218 (3) StGB—. Otras personas implicadas en el aborto punible pueden ser castigadas con una pena de hasta tres años o una multa —§ 218 (1) StGB—. El intento de interrumpir un embarazo está exento de pena para la mujer embarazada

§ 218a (3) StGB permite el aborto —legalidad e impunidad— en esta fase temprana si existe una indicación criminológica. La justificación se limita a las primeras doce semanas de embarazo.

Durante todo el embarazo, el aborto también está permitido por motivos médicos y sociales, de conformidad con el § 218a (2) del StGB —legalidad e impunidad—. Un aborto es legal si, «teniendo en cuenta las condiciones de vida presentes y futuras de la mujer embarazada, está médicamente indicado para evitar un peligro para la vida o un peligro de un deterioro grave de la salud física o mental de la mujer embarazada y el peligro no puede evitarse de ninguna otra forma que sea razonable para ella». Esta justificación se aplica hasta el final del embarazo con el inicio del parto y, por tanto, el comienzo del nacimiento. Esto también se aplica a los hallazgos embriopáticos o fetopáticos registrados como subtipos de la indicación médico-social. En estos casos, se da una indicación médico-social si los daños en el feto hacen temer una discapacidad y/o una alteración de la viabilidad del niño nacido y, teniendo en cuenta las condiciones de vida presentes y futuras de la mujer embarazada, existe un riesgo para su vida o un riesgo de alteración grave de su salud física o mental que no puede evitarse de otro modo que no sea interrumpiendo el embarazo. El informe reconoce que la respuesta a la pregunta de en qué condiciones y con qué método debería ser posible interrumpir un embarazo incluso después de que el feto haya alcanzado la viabilidad potencial extrauterina plantea actualmente una serie de incertidumbres. Se refieren no sólo a aspectos jurídicos, sino también psicosociales y éticos, y actualmente no están regulados con suficiente claridad para la práctica médica y las mujeres.

La protección del embrión o el feto mediante disposiciones penales sigue siendo, en general, fragmentaria. Las intervenciones intencionadas y negligentes, no letales, por parte de terceros sobre el embrión o el feto con efectos nocivos tras el nacimiento no están castigadas actualmente por la ley. Las intervenciones negligentes contra la voluntad de la mujer embarazada con el efecto de interrumpir el embarazo siguen siendo impunes en lo que respecta a la muerte del embrión/feto debido a la falta de regulación; sólo son punibles como violaciones intencionadas y negligentes de la integridad física de la mujer de conformidad con los artículos 223 y ss. de la StGB.

El informe desarrolla algunas conclusiones sobre el margen de maniobra para la regulación penal del aborto[91] Así, señala que «en principio, el legislador dispone de un amplio margen de maniobra a la hora de utilizar el derecho penal dentro del marco constitucional. En el caso del aborto, sin embargo, este margen de maniobra encuentra su límite cuando la mujer embarazada, como sujeto de derechos fundamentales, se vería

—§ 218 (4) (2) StGB–. Presionar a una mujer embarazada para que aborte es punible como un caso especialmente grave de coacción en virtud del § 240 (4) (2) 1 StGB.

[91] La responsable del capítulo es la Prof. Dra. Liane Wörner. *Cfr. Bericht der Kommission,* cit. pp. 22-23.

indebidamente gravada por el derecho penal. En el supuesto de la protección de la vida por el Derecho penal, éste es el caso si no se puede esperar ya razonablemente que la mujer embarazada asuma el deber de proteger la vida humana no nacida y, por tanto, el aborto es lícito». Así, el aborto «debe estar legalmente permitido si la continuación del embarazo no puede ser exigida a la embarazada debido a una indicación. Si la continuación del embarazo no es razonable, la mujer ya no está sujeta a la obligación de seguir adelante con el embarazo en virtud del derecho penal sustantivo». El legislador tiene margen de maniobra en la formulación concreta de las indicaciones.

Inicialmente parece que la exclusión de la exigencia razonable de llevar a término el embarazo se aplica a los supuestos de indicaciones —criminológica, médica y embriopática—. Sin embargo, el informe considera que lo que hace no exigible para la mujer llevar a término el embarazo, además de los supuestos antes señalados, es que el feto se encuentre en una fase de desarrollo temprana. A pesar de que teóricamente se hable de la existencia de una ponderación también en la fase temprana del embarazo entre los derechos de la madre y los del feto/embrión, en las conclusiones prácticas recogidas en el informe, la vida del nasciturus en las primeras doce semanas no es un bien jurídico que merezca en ningún supuesto una protección penal, quedando totalmente y completamente a merced de la decisión de la madre. Así, el informe señala que «esto tiene dos consecuencias para el derecho penal: en principio, los requisitos para que pueda esperarse razonablemente que la mujer embarazada continúe con el embarazo aumentan con la edad gestacional. El aborto en las primeras fases del embarazo es lícito e impune. El legislador puede disponer lo mismo para la fase media del embarazo».

Llama la atención de nuevo que el informe atribuya al legislador en la fase media del embarazo la misma libertad que en la fase inicial del embarazo, traicionando su propia teoría de la gradualidad antes defendida al mantener «un concepto de derecho a la vida prenatal graduado o en continuo aumento, cuya protección se orienta en función de la respectiva fase de desarrollo del embrión/feto». Lógicamente, la protección de la vida del embrión/feto debería aumentar en la fase media del embarazo en relación con la fase inicial del mismo, por lo que ni las obligaciones del Estado —por ejemplo, en relación con el asesoramiento obligatorio y el tiempo de espera— ni el margen de libertad del legislador en relación con la regulación penal del aborto ni el resultado de la ponderación puede ser el mismo en la fase inicial y en la fase media del embarazo.

Señala el informe que «la aplicación de sanciones penales por abortos fundamentalmente no autorizados —ilegales— en la fase tardía y posiblemente también en la fase media del embarazo queda dentro de la prerrogativa de apreciación del legislador». Si bien el informe ha afirmado anteriormente que en la fase última del embarazo donde el feto es viable fuera del vientre de la madre su derecho a la vida tiene un fuerte peso, esto no impide que el informe atribuya al legislador el mismo margen de libertad que en la fase media del embarazo. De hecho, el informe señala que la protección del derecho a la vida del embrión/feto en la fase tardía del embarazo donde es viable fuera del útero no obliga a establecer una responsabilidad penal para la interrupción del embarazo,

sino que esto queda a la libertad del legislador. Así, el legislador no tendría libertad para establecer una responsabilidad penal por abortos voluntarios en la fase temprana en beneficio de los derechos de la mujer, pero sí tendría libertad para no establecer esa responsabilidad penal en la fase última del embarazo en perjuicio del derecho a la vida del embrión/feto.

Así, el informe señala como conclusión que «en el futuro, el legislador podría seguir previendo la responsabilidad penal fundamental —como ocurre actualmente en virtud del § 218 (1) (1) StGB—, pero tendría que restringirla más de lo que lo ha hecho hasta ahora y, a continuación, regular las excepciones correspondientes en caso de legalidad. Considera que es necesaria una normativa que garantice la legalidad e impunidad de los abortos en las primeras fases del embarazo —fase inicial—. También señala que, desde el punto de vista penal, no debe limitarse más el margen de maniobra del legislador en relación con un procedimiento de asesoramiento, sea obligatorio o facultativo, con o sin periodo de carencia independiente. Por tanto, el informe restringe la libertad del legislador para establecer una responsabilidad penal para el aborto en la fase inicial del embarazo al mismo tiempo que atribuye libertad al legislador para no establecer un modelo de asesoramiento obligatorio y tiempo de espera como instrumento de protección del derecho a la vida en la fase inicial del embarazo[92].

El informe también señala que el legislador «puede decidir establecer una responsabilidad penal por la práctica del aborto en la fase media del embarazo en el marco de un examen minucioso, teniendo en cuenta todos los aspectos de consideración —margen de maniobra del legislador—». Por tanto, parece que el informe señala que el legislador está obligado a suprimir la responsabilidad penal de los abortos en la fase temprana, pero puede mantener la responsabilidad penal en la fase media y última fase del embarazo. En todo caso, esta posición se encontraría en contradicción con las referencias que el mismo informe hace a los comités internacionales de derechos humanos que proponen la despenalización del aborto. No parece que el informe contemple la posibilidad de que el legislador pueda regular dentro del Código Penal el aborto en la fase media y en la última fase del embarazo, pero haciéndolo no punible si se sigue el modelo de asesoramiento obligatorio y un tiempo de espera. En todo caso, el informe claramente apuesta por la legalidad de los abortos en la primera fase del embarazo, que no deberían

[92] En una posición completamente opuesta estaría Hillgruber. Para este autor, dado que parece descartada una mejora del modelo de asesoramiento, habiendo dejado de existir todas las condiciones previas para su posible eficacia a la vista de la evolución social, «la única opción constitucional que queda es una corrección que garantice la protección de la vida humana por nacer de un modo que cumpla con la prohibición de inmoderación. Si la amenaza de castigo por abortos injustificados sólo puede dejar de aplicarse de forma limitada en el caso de medidas de protección constitucionalmente suficientes de otro tipo, que ya no existen con el colapso del concepto de asesoramiento, el derecho penal debería reactivarse realmente a este respecto. Actualmente es difícil imaginar que esto pueda suceder realmente». *Cfr.* HILLGRUBER, Christian, «Lebensschutz durch soziale Kommunikation», cit. p. 239.

estar en el código penal, no estableciendo la obligación de un periodo de asesoramiento ni un periodo de carencia para no limitar el margen de maniobra del legislador.

La regulación legal de las indicaciones se deja para los casos en los que el legislador declara que la interrupción del embarazo es fundamentalmente ilícita —la fase tardía y, en función de la decisión legislativa, posiblemente también en la fase media del embarazo—[93]. En estos casos, el legislador también dispone de margen de maniobra: «la cuestión de la irrazonabilidad de continuar con el embarazo constituye un criterio que debe sopesarse a la hora de decidir si se reconoce una indicación —cláusula de no evitabilidad—». De esta forma, la Comisión propone una cláusula de que el aborto no es evitable para la terminación de embarazos en la fase tardía y en la fase intermedia.

El informe continúa señalando que «la legislación actual sigue siendo especialmente incompleta en lo que respecta a la indicación embriopática o fetopática de la interrupción del embarazo, sobre todo en las fases avanzadas. Se necesitan normativas transparentes y aclaraciones más detalladas sobre cuándo sigue siendo razonable continuar con el embarazo en estos casos. Los legisladores harían bien en examinar más detenidamente este problema e introducir una normativa». Llama la atención que la Comisión no haya hecho ninguna propuesta en relación con la falta de previsibilidad de la llamada indicación médica que contiene diferentes niveles injerencias en los derechos de la madre y, por tanto, afectarían al resultado de la ponderación. Le correspondía a la Comisión hacer propuestas que mejoraran la transparencia de la regulación en este ámbito pero que ha evitado llevar a cabo porque iban a ir en la dirección opuesta a lo querido por el legislador. De hecho, tiene poco sentido que el informe exija una mayor delimitación de la indicación médica al mismo tiempo que propone la introducción de una indicación genérica como la cláusula de no evitabilidad. El informe también señala que el reconocimiento de una indicación criminológica independiente más allá de la fase inicial es especialmente necesario si se quiere limitar el periodo de abortos legales a la fase precoz.

Finalmente, el informe señala que también sería concebible «suprimir el § 218 (1) (1) StGB y prever la responsabilidad penal sólo cuando sea necesario —para abortos no autodeterminados e inseguros e intervenciones contra el embrión o el feto—. La responsabilidad penal de las mujeres embarazadas también podría limitarse o excluirse —parcialmente— en una única disposición, en lugar de regularlas a través de varias disposiciones, como ocurre actualmente». Por ello, se concluye que «a través de la penalización, las mujeres embarazadas también deben ser protegidas de los abortos no autodeterminados y de los abortos inseguros. Los abortos contra la voluntad de la

[93] El informe no deja completamente clara cuál es su recomendación en relación con la regulación penal del aborto en la fase tardía pues en un primer momento, como hemos indicado en el texto principal, señala que queda dentro de la prerrogativa de apreciación del legislador, pero en otro momento mantiene que debe establecerse una regulación penal del aborto en la fase tardía, si bien facilitando el aborto voluntario a través de un amplio sistema de indicaciones que incluya una cláusula de no evitabilidad.

mujer, la coacción para interrumpir un embarazo y la coacción para abstenerse de interrumpir un embarazo deben ser o seguir siendo delitos penales. Además, se necesitan disposiciones penales especiales para proteger al embrión o al feto de daños deliberados o por negligencia por parte de terceros contra la voluntad de la mujer embarazada». De esta forma, la Comisión recomienda centrar la responsabilidad penal en los abortos practicados contra la voluntad de la mujer. De esta forma, el derecho penal no protege el derecho a la vida del feto/embrión sino el derecho a la autodeterminación de la mujer.

II.3.5. *Gastos de la terminación del embarazo y seguro de enfermedad*

El informe señala que los gastos de terminación del embarazo sólo están cubiertos por el seguro de enfermedad obligatorio en la legislación actual cuando el aborto se practica siguiendo el modelo de indicaciones. El Tribunal Constitucional Federal alemán ha justificado la decisión de no prever prestaciones de la seguridad social para los abortos meramente asesorados, pero no indicados «para no crear la impresión en la población como si [el aborto] fuera un procedimiento […] habitual y en este sentido cotidiano, es decir, normal»[94]. Así, los costes de los abortos ba1sados en el modelo de asesoramiento obligatorio soló pueden financiarse con fondos públicos en situaciones de pobreza, aunque una interpretación muy generosa de esta cláusula garantiza que en la gran mayoría de los casos los costes sean cubiertos por el Estado, con el mismo efecto que la financiación del seguro de enfermedad[95]. Sin embargo, el informe considera que, lógicamente, «la regulación del aborto como lícito o ilícito también tiene consecuencias para el sistema jurídico en general. Debido a la exigencia constitucional de coherencia, el legislador también debe aplicar lógicamente la licitud o ilicitud en otros ámbitos del derecho, como el seguro de enfermedad obligatorio en particular». Por ese motivo, el informe establece como recomendación, dentro del apartado relativo a las normas consecuentes y coherentes en todos los ámbitos del derecho que «la legalidad o ilegalidad del aborto en las distintas fases del embarazo también debe aplicarse de forma coherente y lógica en otros ámbitos del ordenamiento jurídico. Esto se aplica en particular al derecho de prestaciones del seguro de enfermedad obligatorio»[96].

[94] *Cfr.* BVerfGE 88, 203, 319.

[95] Hillgruber critica este hecho señalando que el derecho de la seguridad social, como derecho meramente consecuencial, no pudo soportar la «carga del juicio constitucional de valor injustificado» que imponía la exclusión de las prestaciones del seguro de enfermedad para los abortos asesorados y no indicados. *Cfr.* HILLGRUBER, Christian, «Lebensschutz durch soziale Kommunikation», cit. p. 231, nota 37, citando el voto particular de Mahrenholz y Sommer a la BVerfGE 88, 203, 338, 355.

[96] *Cfr. Bericht der Kommission,* cit. pp. 16 y 25.

III. Bibliografía y documentos

Antoni, Michael, «Artikel 1», en HÖMIG, Dieter y Wolff, Heinrich Amadeus, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, 11.ª ed., Nomos, Baden Baden, 2016.

Darnstädt, Thomas, *Verschlusssache Karlsruhe. Die internen Akten des Bundesverfassungsgerichts*, München, 2019.

Dreier, Horst (ed.), *Grundgesetz Kommentar*, 4.ª ed., Mohr Siebeck, Tübingen, 2023.

Dreier, Horst, «Reichweite der Menschenwürdegarantie. Art. 1.I», en Dreier, Horst (editor), *Grundgesetz Kommentar.* 3.ª ed., Mohr Siebeck, Tübingen, 2013.

Duttge, Gunnar, «Die Preisgabe des verfassungsrechtlichen Lebensschutzes von Ungeborenen als Mittel im Kampf gegen patriarchalische Machtstrukturen», *Zeitschrift für Medizinstrafrecht*, Núm. 207, 2022.

Fischer, Thomas, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen. Kommentar*, 69.ª edición, C. H. Beck, München, 2022,

Hillgruber, Christian, «Lebensschutz durch soziale Kommunikation – Anspruch und Scheitern eines Konzepts», en *Zeitschrift für medizinische Ethik,* Núm. 69 (2), junio, 2023.

— «Zehn Jahre zweites Abtreibungsurteil (BVerfGE, 88, 203). Bilanz und Ausblick», *Zeitschrift für Lebensrecht*» (2), 2003.

Hofmann, Hans, «Art. 1», en Schmidt-Bleibtreu, Bruno y Klein, Friedich (actualizado por Hofmann, Hans y Henneke, Hans Günter, *Kommentar zum Grundgesetz*, 13.ª ed., Carl Heymanns, Köln, 2014.

Jarass, Hans D., «Art. 2» –Würde des Menschen, Grundrechtsbindung, Garantie der Menschenwürde; Freiheit, Leben, Unversehrheit; Recht auf Leben und körperliche Unversehrheit–, en Jarass, Hans D. and Pieroth, Bodo (editores), *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*. 12.ª ed., C. H. Beck, München, 2012.

Krings, Gunter, «Nota de prensa» (Fuente: Tobías Koch), 9 de marzo de 2022, publicada en la web oficial de la CDU/CSU en https://www.cducsu.de/presse/pressemitteilungen/mit-streichung-dess-219a-stgb-wird-niemandem-geholfen [última consulta: 15 de septiembre de 2024].

Kubiciel, Michael, «Aufhebung des § 219a StGB und Kassation von Strafurteilen: Eine verfassungsrechtliche Analyse», *Juristenzeitung*, 2022.

Müller-Terpitz, Ralf, *Der Schutz des pränatalen Lebens,* Mohr Siebeck, Tübingen, 2007.

Murswiek, Dietrich, «Art. 2» –Persönliche Freiheitsrechte–, en Sachs, Michael (editor), *Grundgesetz Kommentar*. 7.ª ed., C. H. Beck, München, 2014.

Schulze-Fielitz, Helmuth, «Art. 2» –Das Recht auf Leben und körperliche Unversehrheit–, en Dreier, Horts (editor), *Grundgesetz Kommentar.* 3.ª ed., Mohr Siebeck, Tübingen, 2013.

Sodan, Helge, «Art. 2» –Die Grundrechte. Persönliche Freiheitsrechte–, *Grundgesetz*, 3.ª ed., C. H. Beck, München, 2015.

Troncoso Reigada, Antonio, «Los bioderechos ante los avances médico-legales»; en PENDÁS, Benigno (Dir.), *España constitucional (1978-2018). Trayectorias y perspectivas,* CEPC, Madrid, 2017, vol. III, pp. 2327-2346.

— *Los bioderechos y la interpretación constitucional a la luz de la dogmática alemana,* Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2018.

***

Mehr Fortschritt wagen. Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit, Koalitionsvertrag 2021.2025, Zwischen SPD, GRÜNEN und FDP, diciembre 2021, p. 92 en https://www.spd.de/fileadmin/Dokumente/Koalitionsvertrag/Koalitionsvertrag_2021-2025.pdf [última consulta: 15 de septiembre de 2024].

Bericht der Kommission zur Reproduktiven Selbstbestimmung und Fortpflanzungsmedizin, en la Sección de comunicados de prensa del Ministerio Federal de Salud de Alemania https://www.bundesgesundheitsministerium.de/presse/pressemitteilungen/kommissionsbericht-reproduktive-selbstbestimmung-pm-15-04-24. También en la web del Ministerio Federal de Familia, Tercera Edad, Mujer y Juventud de Alemania https://www.bmfsfj.de/bmfsfj/aktuelles/alle-meldungen/sachverstaendigenkommission-legt-abschlussbericht-vor-238398 [última consulta: 15 de septiembre de 2024].

30

SURGIMIENTO, EVOLUCIÓN Y CONCEPCIONES DEL BIODERECHO HOMENAJE A CARLOS MARÍA ROMEO CASABONA

ERICK VALDÉS
Profesor titular e Investigador Senior
Instituto de Ciencias e Innovación en Medicina (ICIM)
Universidad del Desarrollo (Chile)

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. SURGIMIENTO Y EVOLUCIÓN DEL BIODERECHO EUROPEO. II.1. Surgimiento. II.2. Evolución. II.2.1. *De los nuevos derechos fundamentales al bioderecho.* II.2.2. *Un derecho de principios.* III. EPISTEMOLOGÍAS DEL BIODERECHO. III.1. Concepción europea. III.2. Concepción mediterránea. III.3. Concepción estadounidense. III.4. Concepción internacional. IV. QUÉ ES EL BIODERECHO. IV.1. Bioderecho y bioética. IV.2. El bioderecho como epistemología y rama del derecho. V. CONCLUSIONES. VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El bioderecho es un campo que Carlos Romeo Casabona contribuyó a configurar de manera decisiva. Su trabajo ayudó no solo a clarificar su significado, naturaleza y alcances, sino que también lo hizo visible para la región latinoamericana, y propiciando una profusa regulación en materias relacionadas con la aplicación de tecnologías de última generación, tanto en los entornos clínicos como biomédicos.

La importancia de Carlos para el desarrollo de nuestra disciplina aún no alcanza su máxima expresión, y la deuda histórica que todos los que nos dedicamos al estudio del bioderecho tenemos con él, probablemente seguirá creciendo los años venideros. Pensé que escribir sobre la historia y evolución epistemológica del bioderecho —historia y epistemología que Carlos ayudó a edificar— sería una buena forma de rendir un homenaje a su figura y obra. Las ideas y argumentos que a continuación desplegaré son de mi total responsabilidad, y no representan necesariamente lo que Carlos pensaba que era el bioderecho, aunque ciertamente compartía varias de mis intuiciones.

Comenzaré por situar el origen del bioderecho en Europa, así como exponer su evolución institucional y jurisdiccional. Más adelante, abordaré el problema de las distintas epistemologías del bioderecho, sus alcances, diferencias y «parecidos de familia», para luego ofrecer una definición de este campo. Finalmente, factorizaré los rendimientos

de mi indagación en algunas conclusiones que tienen bastante que ver con los aportes de Carlos a esta disciplina.

II. Surgimiento y evolución del bioderecho europeo

II.1. Surgimiento

Kemp[1] señala que «el término bioderecho probablemente tiene un origen francés (*biodroit*)». Fue empleado por primera vez en 1991 por el abogado Olivier Cayla en un artículo editorial de la revista *Droits*. En este contexto, Cayla utilizó el término para referirse a un amplio conjunto de respuestas legales desarrolladas por los cuerpos legislativos dentro de un orden jurídico, destinadas a enfrentar los conflictos y desafíos derivados de lo que él denominó «biología». Esta última, debido a su constante evolución y capacidad de transformación, tiene el potencial de convertir a los seres vivos en «cosas» susceptibles de manipulación, instrumentalización, intervención y modificación.

Posteriormente, en 1993, el término fue retomado por el jurista francés Christian Lavialle, quien sostiene que el derecho debe evolucionar con rapidez para responder a las consecuencias sociales derivadas de los avances tecnológicos contemporáneos. Propone, además, que se elaboren nuevas reglas y normativas jurídicas orientadas a la protección del ser humano en este contexto[2].

Considerando que el derecho constituye un sistema de juicios institucionalizados que prescribe disposiciones y procedimientos específicos para moldear la conducta colectiva y sancionar sus desviaciones, tanto la academia como el ámbito filosófico-jurídico europeo entendieron el bioderecho como un puente entre la ética y el derecho. Estas disciplinas, influenciadas por el positivismo jurídico, habían sido tradicionalmente concebidas como esferas normativas separadas.

En este sentido, los juristas europeos reconocieron que mantener la histórica separación entre ética y derecho ya no resultaba eficaz para abordar los nuevos y complejos problemas planteados por las tecnologías genéticas emergentes. Al mismo tiempo, el modelo deliberativo de la bioética estadounidense, que gozaba de creciente prestigio y legitimidad para abordar tales cuestiones, ofrecía un enfoque útil y práctico. Así, la idea de que el bioderecho debía basarse en los principios e instrumentos de la bioética fue aceptada sin demasiadas reservas. Como afirma Kemp[3] «el bioderecho, entonces, devino una demanda bioética».

[1] Kemp, P., «The Idea of European Biolaw: Basic Principles», en Valdés / Lecaros (editores), *Biolaw and Policy in the Twenty-First Century: Building Answers for New Questions*, Switzerland, Springer, 2019, pp. 19-32.

[2] Lavialle, C., «De la difficulté à légiférer sur le vivant», en Neirinck, C. (director), *De la bioéthique au bio-droit*, Paris: Libr. Générale de droit et de jurisprudence, 1994, pp. 11-20.

[3] Kemp, P., «The Idea of European Biolaw: Basic Principles», ob.cit., pp. 19-32.

Desde ese momento, el bioderecho se consolidó y legitimó como un ámbito disciplinario que progresivamente adquirió el estatus de epistemología. Este nuevo campo debía abarcar todos los juicios legales y enfoques jurídicos relacionados con cuestiones bioéticas, independientemente del sistema normativo dentro del cual se adoptaran las decisiones. En Europa, la jurisdicción del bioderecho quedó así en manos de comités y comisiones de ética, legislación en temas bioéticos, instrumentos internacionales para regular innovaciones biocientíficas, disposiciones administrativas vinculadas a la bioética (como comisiones, colegios y consejos), y decisiones jurisprudenciales relativas a conflictos bioéticos.

De esta manera, la institucionalización del bioderecho en Europa no lo posicionó como un modelo jurídico autónomo, sino como una especie de filosofía del derecho que investigaba los asuntos jurídicos relacionados con la bioética. Su objetivo principal era esclarecer la relación entre ética y derecho, y desarrollar un modelo híbrido que ayudara a la humanidad a adaptarse a las nuevas demandas impuestas por una existencia cada vez más moldeada por la era genética.

Esta dimensión institucional del bioderecho terminó por influir profundamente en su definición conceptual, vinculándolo estrechamente con la bioética y dificultando la distinción entre ambos campos. En efecto, los temas tratados por la bioética se volvieron no solo relevantes, sino urgentes para la humanidad, especialmente al constatar que las intervenciones genéticas y biocientíficas podían afectar los aspectos más íntimos e inexplorados de la existencia humana. En última instancia, el bioderecho quedó subordinado, tanto en su jurisdicción como en su práctica, a los principios y categorías de la bioética.

II.2. **Evolución**

Las primeras referencias al bioderecho surgen en la década de los años 80 en Europa, en el marco de los trabajos realizados por el Consejo de Europa, liderados principalmente por teóricos y juristas franceses. Estas iniciativas fueron complementadas por la Convención Europea de Derechos Humanos, la jurisprudencia de la Corte de Estrasburgo, la Corte Europea de Derechos Humanos y el derecho comunitario. Aunque ninguno de estos organismos empleaba explícitamente el término «bioderecho», sí reconocían la necesidad de desarrollar un marco jurídico específico que trascendiera el derecho positivo tradicional para regular las prácticas biomédicas que, en ese momento, proliferaban de manera exponencial[4].

La necesidad de este nuevo enfoque jurídico radicaba en la dinámica del derecho comunitario y la incorporación de derechos fundamentales en el marco institucional de la Unión Europea, lo que hacía inviable mantener una visión rígida y dogmática

[4] Byk, C., *Le progress de la medicine et de la biologie au regard de la Convention européenne des droits de l'homme*, Strasbourg, Éditions Conseil de l'Europe, 1994, p. 33.

de los derechos humanos. En su lugar, se requería un enfoque orientado al reconocimiento de derechos fundamentales aplicables a las crecientes posibilidades científicas y tecnológicas.

El tema adquirió relevancia en la agenda internacional debido, en gran parte, a la bioética, que para entonces había consolidado su influencia en Europa. El bioderecho, denominado en sus inicios como «derecho de las ciencias de la vida», surgió como un dispositivo que permitía confrontar los avances científicos y tecnológicos con principios de orden constitucional. Su enfoque buscaba interpretar y aplicar las normas de manera más concreta, lo que se consideró un avance político en el desarrollo del derecho. Dicho progreso se sustentó en tres pilares fundamentales: i) las comisiones de bioética, ii) la jurisprudencia y iii) las resoluciones parlamentarias.

En 1982, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa adoptó su primera resolución sobre «el derecho a un patrimonio genético no manipulado», un acto que marcó el inicio del Comité Director para la Bioética. Asimismo, las resoluciones del Parlamento Europeo desde 1985 constituyeron elementos esenciales del derecho declaratorio en el ámbito de las ciencias de la vida. Estas iniciativas reflejaban el esfuerzo conjunto por adaptar el marco jurídico a los desafíos éticos y científicos de una época marcada por los avances tecnológicos y biomédicos.

II.2.1. *De los nuevos derechos fundamentales al bioderecho*

Tras la resolución de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, los derechos humanos y las garantías fundamentales adquirieron un rol central en los ordenamientos jurídicos europeos y en el derecho comunitario en el ámbito de las biociencias. Esto dio lugar al surgimiento de un derecho de las ciencias de la vida que, aunque todavía en desarrollo, comenzó a consolidar un cuerpo normativo, inspirado en categorías y modelos provenientes de la bioética estadounidense.

Se observó, además, una significativa convergencia entre los principios fundamentales promovidos por el Consejo de Europa, especialmente a través de la Convención de Oviedo sobre Biomedicina y Derechos Humanos, y aquellos impulsados por la Unión Europea, que se basaban en las recomendaciones del Grupo de Consejeros, diversas directivas jurídicas, y la Carta de los Derechos Fundamentales, la cual explicitaba la aplicación de los derechos humanos en el contexto de la biomedicina y las biotecnologías.

En este marco, se delineó un nuevo universo normativo basado en conceptos clave como el respeto por la autonomía individual, la no discriminación, el reconocimiento de un derecho sobre el cuerpo humano, la protección especial de personas vulnerables, el respeto a la vida privada, y la importancia del rol que debían desempeñar los comités de ética.

El derecho comunitario, por su parte, avanzó en la profundización de ciertos principios fundamentales, como la protección de la vida privada y el principio de igualdad. Esto reflejó el protagonismo de principios que, por su naturaleza epistemológica, no

admitían un contenido normativo estricto, sino que operaban como condiciones o atributos ontológicos, siendo la dignidad humana uno de los más destacados. Esta orientación buscó atenuar los efectos de otros principios comunitarios, especialmente en materia económica, para dar prioridad a aquellos relacionados con la interacción entre el ser humano y la biomedicina, así como con el estatuto jurídico del cuerpo humano.

En este contexto, se estableció que los derechos fundamentales no se limitaban únicamente, como lo había señalado la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, a los individuos en su calidad de agentes económicos o sociales, sino que también, y de manera preeminente, a los seres humanos como entidades corporales. Asimismo, se determinó que la aplicación de estos derechos no debía restringirse exclusivamente al ámbito del derecho comunitario, otorgándoles así el carácter de normas fundantes para la Unión Europea. Este reconocimiento proyectó a los derechos fundamentales como elementos esenciales para la nueva construcción política de Europa y para el desarrollo de una ciudadanía europea.

El incipiente bioderecho que emergía, con todas sus limitaciones y ambigüedades, se convirtió en un pilar fundamental para la configuración de un nuevo eje político europeo. Como se evidencia en los trabajos del Grupo de Consejeros y, de manera más prominente, en la Convención de Oviedo, esta nueva política comunitaria marcó el inicio de una expansión del alcance y la aplicación de lo que entonces se denominó «la filosofía de los derechos humanos». Aplicada a las ciencias de la vida, esta filosofía incorporó nuevos actores y reconoció nuevos derechos, ampliando así su ámbito de influencia.

La ampliación del alcance de los derechos humanos implicó abandonar la concepción reduccionista tradicional del individuo como un sujeto político desprovisto de corporalidad. El avance biomédico y las nuevas posibilidades de intervención y modificación genética situaron de manera definitiva la dimensión corporal del ser humano en el núcleo de los derechos humanos. Este cambio trajo consigo una de las primeras dificultades para delimitar el alcance de una nueva doctrina, pues la categoría de «cuerpo» se mostraba como una noción profundamente ambigua y difícil de precisar. En efecto, mientras que para la biología el ser humano era concebido como un correlato de cuerpo y alma, para el derecho positivo tradicional, se trataba más bien de un sujeto portador de derechos.

En consecuencia, la Convención planteó que no solo la persona debía ser el eje central de su doctrina, sino también el ser humano entendido desde una perspectiva más universal. Según lo señalado en el informe explicativo asociado a la Convención, esta universalidad se reflejaba en muchas de sus disposiciones, como el artículo 14, relativo a la prohibición de la selección del sexo, y el artículo 18, que abordaba específicamente la investigación con embriones in vitro. Sin embargo, al reafirmar la distinción clásica entre las personas, consideradas como los únicos sujetos de derechos, y otros estados biológicos que podían únicamente beneficiarse de un régimen de protección legal, persistieron importantes ambigüedades.

Por otro lado, la Convención extendió la protección a ciertas materias que involucraban a las generaciones futuras. La premisa central en este punto fue que ciertos daños al cuerpo humano, y los riesgos asociados a estos, podrían tener consecuencias irreversibles para la descendencia. En este contexto, la genética adquirió un papel protagónico en las discusiones de la Convención, convirtiéndose en el núcleo del debate.

La ampliación de los derechos humanos supuso una verdadera innovación, ya que la protección del ser humano no se limitaba únicamente a su valor intrínseco, sino que se extendía a un elemento que lo vinculaba con otros seres humanos: sus características genéticas. Esta lógica, reflejada en el artículo 13 que prohíbe la terapia genética germinal, se convirtió en un eje articulador del nuevo instrumento jurídico.

De este modo, el trabajo de la Convención sirvió, por un lado, como la base desde la cual Rendtorff y Kemp[5] identificarían y definirían más tarde los principios del bioderecho europeo, y, por otro, marcó una ampliación significativa del catálogo de los titulares de derechos, al tiempo que visibilizó una mayor diversidad de posibles transgresores de estos derechos.

II.2.2. *Un derecho de principios*

La declaración de la voluntad legislativa europea introdujo un desafío adicional en el tratamiento de los derechos humanos: los atentados contra la identidad humana podían derivar en el uso indebido o abuso de las prácticas biomédicas. En este contexto, las violaciones a los derechos humanos no se limitaban exclusivamente al individuo como titular de derechos, sino que también involucraban a nuevas instancias, entre ellas, al Estado. En este caso, no se aludía únicamente al carácter coercitivo o represivo del aparato estatal y sus instituciones, sino a un poder que emanaba de las nuevas prácticas biomédicas que implicaban a una pluralidad de actores estatales, tales como profesionales y personal sanitario, investigadores, representantes de la industria, administradores, medios de comunicación, e incluso los propios pacientes, entre otros.

En este marco, el Estado asumía un papel central en la organización y regulación de estos actores dentro del sistema biomédico, ya que todos ellos podían incidir directamente sobre el cuerpo humano a través de sus acciones o de los productos que desarrollaban, prescribían o comercializaban. Las prácticas biomédicas, por tanto, abrían la posibilidad de que el Estado incurriera en responsabilidad extracontractual frente a eventuales daños y perjuicios ocasionados a sus ciudadanos por acciones u omisiones en el control de estos nuevos posibles transgresores de los derechos humanos.

La Convención de Oviedo, junto con el trabajo del Grupo de Ética para las Ciencias y Tecnologías de la Unión Europea (y, en parte, la Carta de los Derechos Fundamenta-

[5] Rendtorff, J. D. / Kemp, P., *Basic Ethical Principles in European Bioethics and Biolaw* (Vols. 1-2), Copenhagen and Barcelona, Centre for Ethics and Law & Institut Borja de Bioetica, 2000.

les), desempeñaron un papel crucial en la construcción de los cimientos para este nuevo derecho europeo. La labor específica del Consejo de Europa se enfocó en proporcionar respuestas concretas para regular las técnicas genéticas y biomédicas que emergían y evolucionaban. En este sentido, el Consejo desarrolló regulaciones, como el estatuto jurídico de los productos sanguíneos, y facilitó la circulación de órganos y tejidos destinados a trasplantes e injertos, respectivamente.

Sin embargo, en ausencia de un marco jurídico general que guiara la creación de una regulación comunitaria, resultaba complicado avanzar hacia una política europea que armonizara el derecho con las exigencias impuestas por los avances biomédicos. Esta problemática se veía exacerbada por la falta de consenso moral, político e ideológico sobre cuestiones sensibles que no solo tenían implicaciones jurídicas, sino también sociales y antropológicas. Frente a este escenario, la Unión Europea asumió el desafío de identificar, desarrollar y establecer las normas que consagrarían ciertos principios fundacionales del bioderecho. Este se concebía como un derecho simbólico, destinado tanto a delimitar el alcance de la ciencia y la tecnología como a contribuir a la definición de la identidad humana.

Entre 1995 y 1998, la Comisión Europea financió el proyecto de investigación *Basic Ethical Principles in European Bioethics and Biolaw*. Esta iniciativa reunió a 22 investigadores provenientes de varios países de la Unión Europea, con el propósito de identificar y definir los principios éticos vinculados a la autonomía, la dignidad, la integridad y la vulnerabilidad, considerados valores esenciales para una bioética y un bioderecho europeos. El proyecto concluyó que estos principios éticos fundamentales no debían interpretarse como ideas universales, atemporales o verdades absolutas, sino que debían entenderse como «guías deliberativas» y valores fundamentales propios de la cultura europea.

El resultado de este esfuerzo se materializó en la publicación de los dos tomos de *Basic Ethical Principles in European Bioethics and Biolaw*[6], obra que marcó el inicio del bioderecho como disciplina a nivel europeo. No obstante, como se analizará más adelante, la densidad normativa de este incipiente bioderecho y sus principios seguía siendo limitada.

De forma paralela en España, Carlos Romeo Casabona asumía en 1993 la dirección de la Cátedra de Derecho y Genoma Humano, con líneas pioneras de investigación sobre derecho y regulación de la genética y biotecnología humanas. El trabajo de Carlos dirigiendo la Cátedra supuso una absoluta revolución, no solo para él como investigador, sino que, para el mundo del derecho, tanto en España como en Europa y Latinoamérica. Durante todo el tiempo a cargo de la Cátedra, Carlos formó muchas generaciones de destacados biojuristas, y participó activamente en numerosos grupos de trabajo, y

[6] Rendtorff, J. D. / Kemp, P., *Basic Ethical Principles in European Bioethics and Biolaw*, ob.cit.

comités de órganos internacionales, como el Consejo de Europa, Nacionales Unidas, la UNESCO, la Organización Mundial de la Salud, y la Comisión Europea, entre otros. Su permanente investigación sobre las posibles implicaciones que las nuevas prácticas biogenéticas —especialmente aquellas relacionadas con la secuenciación del genoma humano— podían significar para el derecho, marcó un camino señero para la modelación de nuevos enfoques jurídicos para regular dichas inventivas y señaló la optimización del bioderecho como campo de estudio mucho más allá de las fronteras de España.

III. EPISTEMOLOGÍAS DEL BIODERECHO

Desde su primera aparición, como un mero neologismo, y durante mucho tiempo, el bioderecho fue epistemológicamente ecléctico, aceptando variadas y, también, imprecisas definiciones. Paulatinamente, y con más claridad desde inicios del siglo XX, se configuraron algunas concepciones que compartieron un rasgo central: todas entendieron el bioderecho desde algún tipo de relación con la bioética.

III.1. CONCEPCIÓN EUROPEA

Esta epistemología, caracterizada por los conceptos de juridificación y complementación, entiende el bioderecho como una bioética juridificada. En otras palabras, el bioderecho europeo está constituido por un conjunto de normas de moral común originalmente sistematizadas por la bioética estadounidense[7], y consideradas como estándares ético-jurídicos para regular las prácticas biocientíficas y biomédicas que implican riesgos significativos para los seres humanos. La idea de bioderecho desarrollada por Rendtorff y Kemp fue aceptada, profundizada y difundida en la mayoría de los países de Europa central y del norte, incluida Inglaterra. Por esta razón, la denomino como la «concepción europea».

Rendtorff y Kemp identifican los principios del bioderecho europeo como autonomía, dignidad, integridad y vulnerabilidad, los cuales definen como «principios de la bioética y del bioderecho europeos»[8]. Estas normas generales se consideran como una expresión de la tradición humanista europea, que enfatiza el valor ontológico del ser humano, así como su autorrealización y desarrollo en la sociedad. En este sentido, dichos principios serían directrices vinculantes para deliberar y regular las controversias legales y éticas surgidas en el ámbito biomédico.

Los cuatro «principios éticos básicos» de la bioética y bioderecho europeos están destinados a proteger al ser humano cuando se ve expuesto a intervenciones biomédicas

[7] BEAUCHAMP, T. L. / CHILDRESS, J. F., *Principles of Biomedical Ethics*. Eighth Edition, New York, Oxford University Press.

[8] RENDTORFF, J. D. / KEMP, P., *Basic Ethical Principles in European Bioethics and Biolaw*, ob.cit., pp. 25-56.

y biotecnológicas[9]. En este sentido, los principios contribuyen al desarrollo y consolidación de una «cultura ética y jurídica europea» al reconocer a la persona humana como un fin en sí mismo, desde una plataforma de derechos humanos. Así, los «principios éticos» no solo sirven como criterios para la protección de derechos vinculados a la autodeterminación, sino también para aquellos derechos relacionados con la vida y la privacidad.

Esta concepción del bioderecho prescinde de algunos de los principios bioéticos estadounidenses para construir su propia propuesta principialista. De hecho, la dignidad, la integridad y la vulnerabilidad se consideran como un contrapeso para la autonomía, principalmente porque representan criterios decisionales poderosos para razonar sobre el conflicto entre vida y calidad de vida, cuando esta dicotomía emerge en contextos clínicos o biomédicos. Por esta razón, Rendtorff y Kemp sostienen que sus principios deben entenderse como expresiones de «la realidad fenomenológica concreta del mundo de la vida humana»[10].

Dado que los principios del bioderecho europeo operan dentro del marco de la tradición humanista europea, también subrayan la importancia de respetar a las personas como individuos humanos concretos, más allá de sus diferencias raciales, religiosas o filosóficas. En consecuencia, los principios éticos básicos amplían la protección de los derechos humanos hacia los campos biomédicos, donde se realizan intervenciones controvertidas que pueden afectar la integridad corporal de las personas.

La juridificación de estos principios éticos europeos también se basa en la estrecha conexión que el bioderecho europeo admite entre la ética y el derecho, lo cual representa la principal razón para pensar que las normas de moral común pueden aplicarse indistintamente como normas morales y jurídicas. No obstante, ninguno de los principios es ontológicamente preeminente respecto a los demás. De hecho, Rendtorff y Kemp critican la supuesta autoridad que parece tener el principio estadounidense de Respeto por la Autonomía sobre la No Maleficencia, la Beneficencia y la Justicia, al afirmar que tal superioridad proviene de su configuración epistemológica, más que de los patrones culturales de la sociedad estadounidense.

El bioderecho europeo muestra por qué la relación entre principios y casos debe entenderse como un círculo hermenéutico dinámico, donde las normas y los derechos son capaces de crear marcos éticos para la biomedicina. Si bien discernir entre casos generales y particulares conlleva una tensión entre principios específicos y situaciones, en el caso del bioderecho europeo, esta tensión no implica una oposición epistemológica

[9] Rendtorff, J. D. / Kemp, P., *Basic Ethical Principles in European Bioethics and Biolaw*, ob.cit., pp. 19-21.

[10] Rendtorff, J. D. / Kemp, P., *Basic Ethical Principles in European Bioethics and Biolaw*, ob.cit. p. 19.

o metodológica entre casuística y principialismo, ya que los principios biojurídicos se aplican a los casos, y, a su vez, los casos particulares dotan de contenido a los principios.

En resumen, el objetivo de los principios éticos básicos de la bioética y bioderecho europeos es construir un marco normativo para la protección de las personas frente a las aplicaciones biomédicas y biotecnológicas. Sin embargo, no ha logrado alcanzar el estatus de un modelo jurídicamente vinculante. Esta epistemología busca superar las antinomias normativas entre la bioética y el bioderecho, al considerar los principios del bioderecho como principios bioéticos, de manera que funcionen indistintamente como normas de moral común y estándares legales. Por lo tanto, Rendtorff y Kemp no entienden la bioética como un modelo de derecho tradicional ni como un catálogo de recomendaciones para regular las prácticas biocientíficas. Más bien, sostienen que el bioderecho debe ser entendido como un campo que abarca todos los juicios legales relativos a cuestiones bioéticas y, en consecuencia, debe estar siempre involucrado en la asesoría a las autoridades jurisdiccionales, comités de bioética y tribunales sobre los conflictos y controversias de índole bioética[11].

III.2. **Concepción mediterránea**

Esta epistemología recoge diversas bases teóricas e ideológicas de los derechos humanos, al considerar al ser humano como el primer y único destinatario de cualquier regulación. La mayoría de los juristas españoles, franceses e italianos han desarrollado esta idea del bioderecho. Por ello, aunque se trate, estrictamente hablando, de una teoría nacida en Europa, la he denominado «concepción mediterránea», dado que resulta necesario especificarla y distinguirla, tanto metodológica como epistemológicamente, del bioderecho europeo.

Romeo Casabona y Romeo Malanda reconocen al bioderecho como un campo autónomo y lo definen como una disciplina jurídica. Argumentan que existe una interdependencia, tanto epistemológica como metodológica, entre la bioética y el bioderecho[12]. De este modo, al igual que la bioética ha inspirado al derecho, este último también ha influido en la bioética[13]. Esta interacción es una razón importante para considerar que, en un comienzo, esta concepción estaba caracterizada por las relaciones de subordinación y superposición entre ambos campos.

[11] Rendtorff, J. D. / Kemp, P., *Basic Ethical Principles in European Bioethics and Biolaw*, ob. cit., p. 69.

[12] Romeo Casabona, C. M. / Romeo Malanda, S., «Approach to Biolaw as an Autonomous Juridical Discipline», en Valdés / Lecaros (editores), *Biolaw and Policy in the Twenty-First Century: Building Answers for New Questions*, Switzerland, Springer, 2019, pp. 59-76.

[13] Romeo Casabona, C. M. / Romeo Malanda, S., «Approach to Biolaw as an Autonomous Juridical Discipline», ob. cit., p. 68.

Los autores adoptan, entonces, perspectivas diferentes pero complementarias para explorar algunos aspectos de la metodología de la bioética, como su discurso interdisciplinario y su enfoque frente a los conflictos generados por las prácticas biocientíficas. Afirman la liberación disciplinar del bioderecho respecto de la bioética, pero no distinguen claramente las brechas epistemológicas y normativas entre ambos campos. De hecho, Romeo Casabona y Romeo Malanda sostienen que, en virtud de los alcances empíricos de la bioética, el derecho y el bioderecho deberían integrarse dentro de esta[14].

Los autores afirman que el bioderecho debe entenderse y definirse en función de su propósito. Si su objetivo es regular prácticas genéticas que afectan exclusivamente al ser humano, el bioderecho debería considerarse como un derecho biomédico. En este sentido, el derecho, en virtud de la trascendencia jurídica del ser humano, debe gestionar las repercusiones legales de las biociencias sobre las personas, integrando las aportaciones de la biología en los entornos biomédicos y clínicos[15].

No obstante, dado que el bioderecho tiene la intención de regular las biociencias, las cuales pueden impactar no solo a los seres humanos, sino también a entidades no humanas, este se convertiría en un «derecho del *bios*», al abordar las implicaciones éticas de las nuevas tecnologías para todos los seres vivos[16]. La idea de que el bioderecho debe entenderse en términos de relaciones de subordinación y superposición con la bioética, convirtiéndose en una subdisciplina destinada a estudiar, esclarecer y eventualmente resolver los dilemas éticos que las aplicaciones biotecnológicas plantean para la vida en su conjunto, es un tanto problemática, aunque es parcialmente superada por los autores.

De hecho, Romeo Casabona sostiene que el bioderecho incluye dentro de su ámbito al derecho biomédico[17]. Según su análisis, el bioderecho experimentó un notable desarrollo teórico, doctrinal, normativo y judicial, especialmente en relación con el derecho biomédico. Así, esta evolución implicó un cambio en la perspectiva jurídica frente al derecho tradicional. Este avance constante hizo surgir la necesidad de adoptar una nueva denominación: «bioderecho», una disciplina más amplia que integrara y englobara al derecho biomédico.

[14] Romeo Casabona, C. M. / Romeo Malanda, S., «Approach to Biolaw as an Autonomous Juridical Discipline», ob. cit., p. 67.

[15] Romeo Casabona, C. M. / Romeo Malanda, S., «Approach to Biolaw as an Autonomous Juridical Discipline», ob. cit., p. 65.

[16] Romeo Casabona, C. M. / Romeo Malanda, S., «Approach to Biolaw as an Autonomous Juridical Discipline», ob. cit., p. 61.

[17] Romeo Casabona, C. M., «Bioderecho y bioética», en Romeo Casabona (director), *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética,* Granada, Comares, 2011, p. 204.

Por su lado, los biojuristas franceses consideran que el bioderecho es un conjunto de leyes bioéticas[18] o bionormas[19], cuyo propósito es dotar a la bioética de un contenido normativo que permita identificar cuál debería ser la mejor regulación para las prácticas biomédicas. Estas bionormas deben considerar tres elementos fundamentales: los hechos, los valores y las decisiones. A partir de esta tríada hermenéutica, sería posible definir leyes o normas específicas para las ciencias biomédicas. Así, los hechos necesitan ser evaluados y juzgados; solo después de este proceso, podría elegirse un modelo regulatorio para abordar casos o prácticas concretas.

Los autores franceses afirman una relación consustancial entre las leyes bioéticas y los valores fundamentales de la sociedad europea[20]. En este sentido, el carácter jurídicamente vinculante de cualquier ley bioética debe estar en sintonía con las normas morales no vinculantes *prima facie*. Esto conecta al bioderecho mediterráneo con la doctrina de los derechos humanos, al evidenciar ciertas características compartidas con la concepciones europea e internacional del bioderecho. Estas conexiones incluyen:

i) La dignidad como principio rector de la biomedicina. Según Lenoir, la dignidad presenta dos características distintivas en relación con otros principios: i) Trasciende la distinción entre el «Yo» y el «Otro», ya que implica comprender a cualquier persona como uno mismo; ii) Es un principio categórico, cuya observancia no admite excepciones[21].

ii) La relación consustancial entre bioética y derechos humanos, que se basa en principios morales universales que permiten el reconocimiento de nuevos derechos fundamentales, como el derecho a disponer del propio cuerpo y el derecho a la integridad corporal[22].

Además, el bioderecho mediterráneo entiende la dignidad como una restricción a la autonomía individual, la cual debe manifestarse en armonía con esta condición ontológica del ser humano. En este sentido, la dignidad se erige como un valor primordial para guiar la regulación en contextos biomédicos. Esta concepción, que revela una coincidencia entre bioética y derechos humanos, subraya el estatus instrumental del bioderecho, dependiente de la optimización y evolución de la bioética.

Por último, Lenoir afirma que el bioderecho desempeña un papel crucial, especialmente al equilibrar intereses, proteger a los más vulnerables y empoderar a los individuos

[18] Lenoir, N., «Legal Argumentation in Biolaw», en Kemp / Rendtorff / Johansen, *Bioethics and Biolaw,* V. 1 Judgement of Life. Copenhaguen: Rhodos, 2000, p. 219.

[19] Fagot-Largeault, A., «Evaluating and Judging: Bionorms vs. Human Judgment», en Kemp / Rendtorff / Johansen, *Bioethics and Biolaw*, V. 1 Judgement of Life. Copenhaguen: Rhodos, 2000, p. 27.

[20] Lenoir, N., «Legal Argumentation in Biolaw», ob.cit., pp. 222-223.

[21] Lenoir, N., «Legal Argumentation in Biolaw», ob.cit., pp. 224-225.

[22] Lenoir, N., «Legal Argumentation in Biolaw», ob.cit., p. 224

frente a las nuevas invenciones de la biomedicina[23]. Sin embargo, no todas las prácticas biomédicas ni todos los conflictos bioéticos requieren un «nuevo bioderecho». Lenoir sostiene que el bioderecho puede ser particularmente eficaz al establecer un marco para los principios bioéticos, así como al identificar un rango plausible de prácticas, complementado por regulaciones que puedan abarcar aplicaciones e interpretaciones casuísticas específicas[24].

En Italia, Carlo Casonato considera al bioderecho como un derecho abierto, actualizado y atento[25]. Se le denomina abierto porque está en proceso de construcción de leyes para la toma de decisiones en la intersección de la ciencia y la ética. En otras palabras, el bioderecho sería también un instrumento de la bioética.

Casonato argumenta que los instrumentos del bioderecho internacional están fundamentados en aspectos científicos de alcance filosófico y social. Así, el bioderecho sería un derecho abierto a la dimensión científica y ética de las biosciencias. Además, la evolución de los instrumentos internacionales (derecho parlamentario, jurisprudencia) implica que el derecho europeo ha sido moldeado por la epistemología bioética, lo que señala finalmente la instrumentalización de lo que se denomina derecho de las ciencias de la vida como un medio clave para la colonización bioética del derecho europeo.

Por otro lado, el bioderecho es un derecho actualizado, ya que las biociencias modifican continuamente su comprensión ética y social, lo cual debe ser regulado por una nueva legislación. En el campo de las ciencias de la vida se pueden identificar dos tipos de leyes temporales: i) la flexibilidad en el contenido de la regulación, que está estrechamente vinculada a los paradigmas científicos cambiantes. Por ello, el derecho tradicional pierde sentido, ya que su objeto no existe, habiendo sido reemplazado por otro más preciso y evolucionado, y ii) un segundo tipo de legislación temporal, que no está relacionada con los cambios científicos esperados, sino con una supuesta modificación de los paradigmas éticos y sociales[26].

Además, el bioderecho es un derecho atento, no solo a los cambios biocientíficos, sino también a las necesidades individuales. Así, el bioderecho implica una flexibilidad jurídica para equilibrar intereses, lo cual sería mucho más compatible con los principios constitucionales. Por lo tanto, el bioderecho no opera alejado del derecho constitucional, sino que se mantiene atento a las complejidades cambiantes de la ciencia biomédica, cuyo enfoque jurídico debe considerar necesariamente un debate bioético inicial.

[23] Lenoir, N., «Legal Argumentation in Biolaw», ob.cit., p. 267.

[24] *Ibid*.

[25] Casonato, C., «The Essential Features of 21st Century Biolaw», en Valdés / Lecaros (editores), *Biolaw and Policy in the Twenty-First Century: Building Answers for New Questions*, Switzerland, Springer, 2019, pp. 77-91.

[26] Casonato, C., «The Essential Features of 21st Century Biolaw», ob. Cit., p. 85.

III.3. Concepción estadounidense

La concepción estadounidense del bioderecho implica una relación consustancial entre la bioética y el bioderecho. Esta relación se determina por una colonización bioética de los tribunales estadounidenses, así como por una complementariedad entre la bioética y el derecho tradicional. De hecho, el bioderecho estadounidense sería un derecho fundamentado en la epistemología de la bioética, orientada a abordar los problemas legales derivados de las nuevas técnicas genéticas. En otras palabras, el bioderecho estadounidense sería simplemente un derecho aplicado a los nuevos problemas de interés bioético.

Menikoff sostiene que el sistema legal estadounidense ha jugado un papel muy importante en la manera en que la opinión pública entiende el campo de la bioética[27]. Sin embargo, no solo es la masa pública quien reconoce la conexión intrínseca entre el derecho y los problemas bioéticos, sino también los principales académicos del campo, los libros paradigmáticos y las organizaciones bioéticas en general. Todos coinciden en la relevancia que ha tenido el derecho en lograr una comprensión más profunda y madura de la bioética.

Así, la expresión «Derecho y Bioética» (*Law and Bioethics*) se refiere a un nuevo campo del derecho tradicional que evoluciona hacia ciertas áreas no estrictamente legales. En este sentido, para la concepción estadounidense, «derecho y bioética» (es decir, «bioderecho») implica una yuxtaposición de doctrinas jurídicas no relacionadas entre sí, pero que comparten intereses de naturaleza bioética[28].

Johnson, Iltis y Hinze afirman que el bioderecho implica perspectivas legales en bioética[29]. Así, aunque sea un tema controvertido, la intervención e intrusión del derecho, los abogados y los tribunales en la bioética y sus problemas es, según los autores, un hecho indiscutible. Además de ser un derecho tradicional, adaptado a las contingencias bioéticas de los actuales conflictos legales provocados por las prácticas biomédicas, el bioderecho estadounidense converge con la bioética, destacando una influencia mutua entre ambas disciplinas. Esta relación es análoga a la conexión entre el derecho y la ética.

Johnson, Iltis y Hinze consideran que un punto obvio de convergencia entre el bioderecho y la bioética sería la metodología empleada en ambos campos[30]. Subrayan que el sistema de derecho común se basa en una metodología que ha sido predominante en el discurso bioético. De hecho, como el método esencial del modelo de derecho

[27] Menikoff, J., *Law and Bioethics: An Introduction*, Washington, DC, Georgetown University Press, 2001, pp. 1-3.

[28] Tribe, L. H., *American Constitutional Law*, Third Edition, New York, Foundation Press, 2000.

[29] Johnson, S. H. / Iltis, A. S. / Hinze, B. A., «Law and Bioethics», en Iltis / Johnson / Hinze (editoras), *Legal Perspectives in Bioethics*, New York: Routledge, 2008, p. 1.

[30] Johnson, S. H. / Iltis, A. S. / Hinze, B. A., «Law and Bioethics», ob. cit., p. 2.

común es el derecho que evoluciona a partir de las decisiones judiciales, los hechos y circunstancias examinados caso por caso crean precedentes para decisiones judiciales posteriores. De este modo, los principios del derecho común emergen del análisis de las convergencias y divergencias de diferentes situaciones concretas. Esta casuística también sería notable en la evolución del derecho biomédico o bioderecho.

Para el bioderecho estadounidense, la ley es una institución limitada no solo por las normas legales en sí mismas, sino también por la variabilidad del contexto y la falta de consenso sobre los estándares éticos. De hecho, la ley establece normas para determinar un comportamiento ético mínimo, y no una conducta ética ideal.

Dolgin y Shepherd se preguntan cuánto bioderecho existe en Estados Unidos y cuánto de él existirá y debería existir en el futuro[31]. Según estas autoras, la aproximación del bioderecho a los problemas bioéticos ha sido «fragmentada, descoordinada y algo azarosa»[32]. Esto queda bastante claro en los tribunales federales y estatales que aplican el derecho común y constitucional, así como cuando las legislaturas estatales y los organismos reguladores crean esquemas y modelos regulatorios. Así, el bioderecho estadounidense es un derecho tradicional que evoluciona en los tribunales, caso por caso, y jurisdicción por jurisdicción. Por lo tanto, el bioderecho en Estados Unidos puede variar dependiendo del estado o lugar geográfico en que se desarrolle y aplique, en cuanto a su enfoque hermenéutico y conceptual de casos específicos.

También afirman que, en los ámbitos de la atención sanitaria, la sociedad estadounidense ha utilizado con frecuencia el derecho para formular y responder preguntas sobre lo que es éticamente correcto hacer entre quienes prestan los servicios de salud y quienes los reciben o utilizan[33]. Así, el bioderecho estadounidense es una reacción ante la percepción de que algo está yendo mal en el campo de la atención sanitaria. De hecho, en los últimos treinta años, las leyes federales han ilustrado cómo la sociedad estadounidense ha reaccionado, cuestionando el derecho y solicitando la creación de leyes para acabar con los comportamientos y abusos en la atención sanitaria. De esta manera, «la resolución legal se convierte en una declaración de consenso social sobre la ética», hasta que las leyes cambien o modifiquen el *statu quo*[34].

En conclusión, el avance del bioderecho estadounidense depende de la evolución de la jurisprudencia, lo que implica un desarrollo no sistemático y una fragilidad epistemológica en su configuración. Además, este tipo de bioderecho es reactivo y, por lo tanto, es incapaz de crear espacios normativos con densidad conceptual y hermenéutica. Finalmente, la evolución del bioderecho estadounidense no es profunda y su inacción teórica es fácilmente perceptible. Mientras que las aplicaciones de nuevas tecnologías

31 Dolgin, J. L. / Shepherd, L. L., *Bioethics and the Law*, New York, Aspen Publishers, 2005, p. 7.
32 Dolgin, J. L. / Shepherd, L. L., *Bioethics and the Law*, ob. cit., p. 8.
33 *Ibid.*
34 *Ibid.*

son profusas en América del Norte, el bioderecho estadounidense parece no tener un futuro prometedor en cuanto a su consolidación epistemológica.

III.4. **Concepción internacional**

Esta concepción entiende el bioderecho como un conjunto de instrumentos internacionales creados principalmente por la UNESCO y la UE, que contienen un amplio catálogo de disposiciones y recomendaciones no vinculantes que deberían ser adoptadas en la regulación europea de la biomedicina. Todo el conjunto de recomendaciones, es decir, todas las disposiciones no vinculantes, provienen de la intersección entre la bioética estadounidense y los derechos humanos. En este sentido, todas las disposiciones son una expresión de principios morales *prima facie* que carecen de una densidad epistemológica relevante. Algunos de los instrumentos del bioderecho internacional son la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, UNESCO, 1997; la Declaración sobre las Responsabilidades de las Generaciones Presentes hacia las Futuras Generaciones, UNESCO, 1997; y el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con Respecto a la Aplicación de la Biología y la Medicina (Convenio de Oviedo), UNIÓN EUROPEA, 1997, entre otros muchos.

Todos estos instrumentos comparten tres elementos: i) los principios que subyacen tácita o explícitamente a las recomendaciones, ii) el significado y contenido de esos principios, y iii) la dignidad como el principio rector de cada instrumento. En este orden de ideas, Andorno identifica tres características fundamentales: i) el reconocimiento de la dignidad humana como el principio primordial y general, entendido como un principio inherente a la condición humana y, por lo tanto, que se irradia hacia cualquier otro principio; ii) el uso del marco de los derechos humanos, ya que esta doctrina representa una recopilación exhaustiva de principios morales universales, también basados en el principio fundacional de la dignidad, y iii) la adopción de principios generales, entendidos como mandatos de optimización, que deben aplicarse en diferentes grados, según las circunstancias[35]. Por lo tanto, esos principios tienen la misma composición epistemológica que los principios de la bioética estadounidense, siendo normas de moral común, de contenido escaso y alcance general.

De este modo, el bioderecho internacional es una extensión de los derechos humanos internacionales y de la bioética estadounidense a los ámbitos biomédicos. Esta analogía se justifica a partir de una intersección epistemológica imprecisa de principios entre ambos campos disciplinarios. Por lo tanto, esta es una concepción más bien tautológica del bioderecho. De hecho, al ser una constelación de instrumentos y principios que funcionan como disposiciones no vinculantes del bioderecho internacional, esos

[35] ANDORNO, R., *Principles of International Biolaw. Seeking Common Ground at the Intersection of Bioethics and Human Rights*, Brussels, Bruylant, 2013, p. 15.

estándares se replican en la mayoría de las convenciones y declaraciones. Esto significa que la configuración normativa de los principios también es similar y, en muchos casos, idéntica en la mayoría de los instrumentos.

Asimismo, el bioderecho internacional es incapaz de materializar una dimensión conceptual e institucional que logre un estatus disciplinario más denso. Aceptar que el bioderecho internacional es un elenco de documentos internacionales sobre biomedicina, basados en categorías bioéticas, lleva a concluir que esta concepción considera el bioderecho como una simple recopilación de disposiciones no vinculantes sobre prácticas biomédicas, a saber, un *soft law*. Por lo tanto, el bioderecho internacional no crea nuevo conocimiento jurídico. Esto significa que no avanza en la comprensión de los principios tradicionales del derecho que, a la luz de los nuevos avances de las biociencias, parecen demandar y merecer una nueva interpretación.

IV. Qué es el bioderecho

En virtud de lo señalado precedentemente, el bioderecho parece haber sido originalmente configurado desde un error de consecuencias metodológicas y epistemológicas importantes. Carlos Romeo Casabona ayudó a disipar esta opacidad con su seminal trabajo, desencapsulando el bioderecho, y demostrando cómo puede irradiar otras ramas del derecho, recategorizándolas centrífugamente.

IV.1. **Bioderecho y bioética**

El bioderecho se distingue de la bioética en varios aspectos fundamentales, los cuales deben ser claramente delimitados para evitar confusiones y malentendidos. En primer lugar, el bioderecho se despliega en un plano normativo diferente al de la bioética. Mientras que la bioética busca propósitos deliberativos y diseña modelos de razonamiento para tomar decisiones morales sobre las prácticas biomédicas, el bioderecho se ocupa de efectos normativos con alcance legalmente vinculante, siendo su ámbito el derecho, no la ética.

Segundo, el bioderecho no es una subdisciplina de la bioética ni se limita a abordar los aspectos jurídicos de los problemas bioéticos. Es un error conceptual considerarlo como tal, ya que esto reduce su naturaleza y su capacidad de generar normas jurídicas vinculantes para la biomedicina y la biotecnología. El bioderecho tiene un estatuto epistemológico propio, que le permite no solo crear modelos jurídicos, sino también recategorizar instituciones jurídicas clásicas y aportar nuevos elementos para la argumentación legal, superando las limitaciones de la dogmática jurídica tradicional.

En tercer lugar, el bioderecho no puede basarse en principios de moral común, como ocurre en la bioética, especialmente bajo un modelo principialista. Si se hiciera, se difuminaría la distinción entre ambas disciplinas. El bioderecho debe operar con una lógica distinta, capaz de generar y aplicar normas jurídicas vinculantes, sin depender de principios éticos generales. Esta distinción metodológica y epistemológica es crucial para su desarrollo y aplicación en el ámbito de la biomedicina y la biotecnología.

Cuarto, es un error afirmar que el bioderecho simplemente «juridifica» la bioética o que la bioética «moraliza» el bioderecho. Aunque ambas disciplinas han influido mutuamente a lo largo de la historia, no existe una relación necesaria entre ellas. El bioderecho puede justificarse y entenderse de manera autónoma, sin necesidad de referirse directamente a la bioética. De hecho, el derecho puede entenderse sin la ética, lo que permite una separación clara entre ambos campos.

En quinto lugar, la bioética ofrece espacio para modelos emotivistas de razonamiento, donde los valores subjetivos y las preferencias personales juegan un papel importante. Esto contrasta con el bioderecho, que no se basa en normas generales de moral común ni en modelos emotivistas. En rigor, aspira a construir consensos sociales, sin depender exclusivamente de estos, ya que pueden ser arbitrarios y ajustarse a intereses de grupos dominantes.

Finalmente, la bioética tiene un enfoque normativo más ecléctico que el bioderecho, lo que provoca que la deliberación bioética pueda situarse en diferentes dimensiones normativas (teorías éticas, principios morales, reglas profesionales, etc.). Esto crea dificultades prácticas, ya que no siempre se sabe cómo aplicar el principialismo de manera que resulte consistente con esos niveles. En contraste, el bioderecho ofrece un enfoque integral y coherente, creando nuevos universos normativos, que se ajustan a los problemas jurídicos emergentes de los avances biocientíficos. Así, este campo no depende de las normas preestablecidas del derecho tradicional, sino que recategorizan instituciones y crea nuevos marcos normativos.

IV.2. **El bioderecho como epistemología y rama del derecho**

El bioderecho debe ser entendido una nueva epistemología jurídica que representa un modelo deliberativo, un enfoque hermenéutico innovador y una nueva rama del derecho capaz de optimizar otras ramas tradicionales. Estas dimensiones no son contradictorias, sino que están interrelacionadas, formando un universo jurídico que es flexible pero no disperso, multifactorial pero coherente.

En primer lugar, el bioderecho constituye una nueva epistemología porque posee dimensiones conceptuales e institucionales claras y distintas. Hemos identificado al menos cuatro concepciones diferentes del bioderecho, cada una con sus correspondientes soportes institucionales y teóricos. Estas concepciones presentan diferentes niveles epistemológicos, categorías teóricas, propósitos y alcances regulatorios, lo que permite considerar el bioderecho como un campo interdisciplinario en constante evolución.

Además, el bioderecho introduce un nuevo modelo deliberativo en el ámbito jurídico, capaz de generar procesos argumentativos específicos para abordar las controversias legales originadas por las innovaciones biotecnológicas. A diferencia del derecho tradicional, que no siempre está preparado para gestionar los avances de la biomedicina, el bioderecho desarrolla criterios ajustados a la complejidad de estas nuevas tecnologías, permitiendo una regulación biojurídica que abarca tanto la recepción como la integración de la biomedicina en la sociedad.

Como enfoque hermenéutico, el bioderecho ofrece nuevas claves interpretativas que mejoran la seguridad jurídica frente a las dificultades legales generadas por las prácticas biocientíficas. Este enfoque es capaz de identificar los daños potenciales causados por los avances biotecnológicos, no solo al ser humano, sino también a la naturaleza extrahumana, generando nuevas categorías jurídicas que regulan estos daños y definiendo nuevos derechos subjetivos individuales (bioderechos). Estas innovaciones solo son posibles gracias a la capacidad del bioderecho para reinterpretar el derecho tradicional, algo que las cuatro concepciones no lograron, limitándose a confundirlo con la bioética o el derecho clásico.

El bioderecho se distingue como una nueva rama del derecho, principalmente en tres aspectos: su objeto de estudio, que es específico y único, centrado en las prácticas biocientíficas de última generación; su alcance normativo, que no se limita a la regulación nacional, sino que abarca sistemas jurídicos internacionales; y su rango epistemológico, que permite al bioderecho influir y optimizar otras ramas del derecho. Así, el bioderecho no solo regula cuestiones biomédicas, sino que también puede recategorizar y enriquecer otras áreas del derecho.

Uno de sus aportes más significativos, y en gran medida tributario del trabajo de Carlos, radica en la creación y definición de nuevas categorías de derechos dentro de los sistemas jurídicos. Esta capacidad no solo abre nuevos horizontes normativos, sino que se justifica por dos razones fundamentales: i) La observancia y el respeto a la autonomía e integridad humanas constituyen principios esenciales en las constituciones, por lo que la ausencia de estas nuevas categorías de derechos implicaría una contradicción no solo con principios constitucionales, sino también con múltiples tratados y convenios internacionales; ii) La tecnología genética, aunque reciente en su desarrollo, tiene un impacto y unas repercusiones cuya previsibilidad total es aún incierta, ya que sus efectos no pueden ser completamente anticipados a través de la evidencia científica disponible. No obstante, la capacidad actual de la humanidad para manipular y transformar prácticamente cualquier aspecto biológico mediante la edición genética genera una responsabilidad jurídica enorme que Carlos advirtió premonitoriamente, iniciando la década de 1990: establecer una base legal sólida y adecuada, no solo para regular y legislar sobre estos temas, sino también para reconocer y definir nuevos tipos de derechos que hasta entonces no habían sido contemplados por el derecho tradicional.

V. Conclusiones

El bioderecho debe parte de su densidad conceptual actual al trabajo de Carlos Romeo Casabona. De todo lo dicho en las secciones precedentes, es posible detectar que Carlos aportó, implícita o explícitamente, a entender el bioderecho como un dispositivo que contribuye a los sistemas jurídicos internacionales no solo con una estructura epistemológica sólida, sino también con una coherencia normativa y un enfoque interpretativo fundamentado en una comprensión precisa de la biomedicina y sus inquietantes

proyecciones. Así, esta disciplina adquiere una relevancia particular como herramienta eficaz para salvaguardar los derechos fundamentales de cada individuo en la sociedad, además de subrayar el deber del Estado de garantizar su protección, promover su realización y evitar cualquier forma de vulneración.

Asimismo, el bioderecho actual propone una visión ampliada y renovada de los derechos fundamentales en diversos ordenamientos jurídicos, fortaleciendo la capacidad de los Estados para cumplir con sus compromisos internacionales y asegurar la aplicación efectiva de estos derechos en sus propios marcos legales. Su validez como disciplina autónoma y madura se respalda en su capacidad para identificar nuevas formas de daño y establecer criterios que permitan integrar los derechos humanos de cuarta generación o «bioderechos» en el ámbito constitucional.

En efecto, la relevancia del bioderecho trasciende su aporte técnico y teórico al derecho, ya que posibilita la incorporación de nuevos derechos subjetivos individuales en las constituciones, consolidando así la categoría de bioderechos. Además, desempeña un papel esencial en el diseño de marcos normativos vinculantes para regular las innovaciones biotecnológicas, promoviendo la formulación de políticas públicas orientadas a anticipar y gestionar los posibles riesgos derivados de los avances en biociencia. Estos riesgos incluyen amenazas potenciales de alcance global, lo que refuerza la importancia del bioderecho como un mecanismo clave para enfrentar los desafíos éticos y jurídicos de nuestro tiempo.

Carlos María Romeo Casabona debe ser ampliamente reconocido como uno de los principales impulsores del bioderecho a nivel global. Este campo disciplinario tiene en Carlos a un referente fundamental gracias a su extensa producción académica, su labor docente y su participación en comités internacionales.

Otro de sus mayores aportes fue la definición y sistematización del bioderecho como disciplina jurídica autónoma, ya que proporcionó una base conceptual sólida al establecer principios fundamentales que deben orientar este campo, como el respeto a la dignidad humana, la justicia, la libertad y la responsabilidad en el manejo de la biotecnología. También subrayó la necesidad de un enfoque interdisciplinario que integre aspectos científicos, filosóficos y éticos.

Carlos fue un pionero en estudiar y proponer marcos regulatorios que equilibran el avance científico con la protección de los derechos fundamentales. Sus investigaciones abarcaron temas como la edición genética, la clonación, la investigación con células madre, el consentimiento informado y los derechos de los pacientes, entre muchos otros. Abogó, además, por una legislación proactiva que anticipara los desafíos éticos de las tecnologías emergentes, especialmente en el ámbito de la genética humana.

Otro de sus aportes relevantes fue el análisis del derecho penal en el contexto biotecnológico. De hecho, exploró cómo el desarrollo de nuevas tecnologías requiere una reinterpretación de conceptos tradicionales del derecho penal, como la responsabilidad, el daño y la culpabilidad, para abordar conductas que afectan derechos fundamentales en el ámbito biomédico y biotecnológico.

Su influencia trascendió con holgura el ámbito académico, ya que colaboró con organismos internacionales como la UNESCO, la Organización Mundial de la Salud (OMS) y el Consejo de Europa, entre otros. Su trabajo en comités de bioética contribuyó a la redacción de documentos clave, como la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos, que buscó armonizar los principios éticos globales en la investigación biomédica.

A través de su rol como docente e investigador en muchas instituciones de prestigio, Carlos formó a numerosos destacados juristas en bioderecho, fomentando el desarrollo de esta disciplina en diferentes países. Su enfoque integrador sirvió como modelo para la implementación de programas académicos en esta área.

En resumen, Carlos María Romeo Casabona fue, es y seguirá siendo fundamental para el desarrollo del bioderecho ya que configuró y proporcionó un marco conceptual y normativo que guía la interacción entre la ciencia y el derecho, asegurando que los avances tecnológicos sean compatibles con la dignidad y la justicia social. Ciertamente, su legado continuará marcando el rumbo de esta disciplina en las próximas décadas. ¡Gloria a su vida, obra y memoria!

VI. Bibliografía

ANDORNO, Roberto, *Principles of International Biolaw. Seeking Common Ground at the Intersection of Bioethics and Human Rights*, Brussels, Bruylant, 2013.

BEAUCHAMP, Tom L. / CHILDRESS, James F., *Principles of Biomedical Ethics*. Eighth Edition, New York, Oxford University Press.

BYK, Christian, *Le progress de la medicine et de la biologie au regard de la Convention européenne des droits de l'homme*, Strasbourg, Éditions Conseil de l'Europe, 1994.

CASONATO, Carlo, «The Essential Features of 21st Century Biolaw», en Erick Valdés / Juan Alberto Lecaros (editores), *Biolaw and Policy in the Twenty-First Century: Building Answers for New Questions* (pp. 77-91), Switzerland, Springer, 2019.

DOLGIN, Janet L. / SHEPHERD Lois L., *Bioethics and the Law*, New York, Aspen Publishers, 2005.

FAGOT-LARGEAULT, Anne, «Evaluating and Judging: Bionorms vs. Human Judgment», en Kemp, Peter / Rendtorff, Jacob Dahl / Johansen, Neils Mattsson, *Bioethics and Biolaw* (pp. 27-39). V. 1 Judgement of Life. Copenhaguen: Rhodos, 2000.

JOHNSON, Sandra H. / ILTIS, Ana S. / HINZE, Barbara A., «Law and Bioethics», en Iltis, Ana S./ Johnson, Sandra H. / Hinze, Barbara A (editoras), *Legal Perspectives in Bioethics* (pp. 1-9), New York: Routledge, 2008.

KEMP, Peter, «The Idea of European Biolaw: Basic Principles», en Erick Valdés / Juan Alberto Lecaros (editores), *Biolaw and Policy in the Twenty-First Century: Building Answers for New Questions* (pp. 19-32), Switzerland, Springer, 2019.

LAVIALLE, Christian, «De la difficulté à légiférer sur le vivant», en NEIRINCK, C. (director), *De la bioéthique au bio-droit* (pp. 11-20), Paris: Libr. Générale de droit et de jurisprudence, 1994.

LENOIR, Noëlle, «Legal Argumentation in Biolaw», en Kemp, Peter / Rendtorff, Jacob Dahl /Johansen, Neils Mattsson, *Bioethics and Biolaw* (pp. 219-227). V. 1 Judgement of Life. Copenhaguen: Rhodos, 2000.

MENIKOFF, Jerry, *Law and Bioethics: An Introduction*, Washington, DC, Georgetown University Press, 2001.

RENDTORFF, Jacob Dahl / KEMP, Peter, *Basic Ethical Principles in European Bioethics and Biolaw* (Vols. 1-2), Copenhagen and Barcelona, Centre for Ethics and Law & Institut Borja de Bioetica, 2000.

ROMEO CASABONA, Carlos María, «Bioderecho y bioética», en Romeo Casabona, Carlos (director), *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética* (pp. 187-205), Granada, Comares, 2011.

— ROMEO MALANDA, Sergio, «Approach to Biolaw as an Autonomous Juridical Discipline», en Erick Valdés / Juan Alberto Lecaros (editores), *Biolaw and Policy in the Twenty-First Century: Building Answers for New Questions* (pp. 59-76), Switzerland, Springer, 2019.

TRIBE, Laurence H., *American Constitutional Law*, Third Edition, New York, Foundation Press, 2000.

31

ALGUNAS CONSIDERACIONES ACERCA DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD

JAIME VIDAL MARTÍNEZ*
Profesor honorario de la Universitat de València

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II.1. La protección de la salud. Precisiones conceptuales y antecedentes. II.2. Reconocimiento del derecho a la protección de la salud en las modernas constituciones y declaraciones de derechos. II.3. Salud pública y salud individual: referencia a las profundas diferencias que genera el desarrollo tecnológico en la protección de la salud. III.1. Naturaleza jurídica del derecho a la proteccion de la salud. III.2. Referencia a su contenido y alcance. IV. CONSIDERACIONES FINALES.

I. INTRODUCCIÓN

Asistimos a cambios profundos de las relaciones humanas propiciados por un desarrollo tecnológico acelerado, susceptible potencialmente de alcanzar a los distintos países en múltiples campos en un creciente proceso de globalización. A comienzo de los años setenta del pasado siglo aparece en Estados Unidos la Bioética, para hacer frente a las transformaciones de las llamadas ciencias de la vida, como un intento de salvaguardar el destino de la especie humana conciliando el avance científico y el saber filosófico y humanístico, disciplina que derivaría poco después hacía una ética aplicada respecto a los avances en medicina y biología[1]. En la misma época, fue perfilándose en el Derecho Europeo el principio de precaución, para impedir que la persecución de intereses económicos o de otra índole dañe grave e irreversiblemente el medio ambiente o la salud de los seres humanos[2]. Posteriormente los progresos científicos en biología

* A la memoria del profesor Carlos María Romeo Casabona.

[1] GAFO, Javier «Historia de una nueva diciplina, la Bioética», en AA.VV. *Derecho biomédico y bioética* (coord. C.M.-Romeo Casabona) Granada, 1998 Ed. Comares pp.87-111.

[2] VIDAL MARTÍNEZ, J., «El principio de precaución, biotecnología y derechos inherentes a la persona», en AA.VV. *Principio de precaución biotecnología y derecho.* (ed. C.M. Romeo Casabona) Bilbao-Granada (2004) Cátedra Universitaria de Derecho y Genoma Humano.

molecular y los avances en investigación sobre el Genoma Humano han propiciado, entre otros factores, el desarrollo y paulatina transformación de la Medicina que, apoyada en un mejor conocimiento de las bases genéticas de las enfermedades, se orienta hacia la predicción, prevención y tratamiento personalizado de las mismas,[3]

La «nueva Medicina» que aúna ciencia y novedosas técnicas, ha dado lugar a especialidades que trascienden de las tradicionales categorías de la medicina curativa[4]; tal la llamada medicina participativa o sustitutiva, en relación con las posibilidades de supervivencia y curación abiertas por la práctica de los trasplantes de órganos[5] y la medicina reproductiva, relativa a las técnicas y prácticas ligadas la reproducción asistida que, presentadas inicialmente como terapias de la infertilidad se han convertido en muchos casos en modos alternativos de la reproducción humana[6]. De otra parte, la llamada medicina regenerativa, apoyada en los avances de los análisis genéticos, que están abriendo el paso en la actualidad, junto a otras diversas técnicas, señaladamente la inteligencia artificial, a una medicina personalizada de precisión.[7]

[3] VV. AA. *Hacia una nueva Medicina: consejo genético,* Granada 2014. Carlos María Romeo Casabona (ed.) Prólogo. Para tratar de las cuestiones jurídicas y éticas suscitadas por el Proyecto Genoma Humano tras el Encuentro Internacional de Bilbao patrocinado por la FUNDACION BBV, Universidad de Deusto y Excma. Diputación Foral de Bizkaia, se creó en 1994 la Cátedra de Derecho y Genoma Humano regentada por el Profesor Romeo Casabona, Grupo de Investigación que ha continuado hasta el presente desempeñando una extraordinaria labor, plasmada en un gran número de libros, publicaciones y en la Revista de Derecho, Genoma Humano, Genética, Biotecnología y Medicina Avanzada; en ese mismo año 1994 se publica también la obra *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana,* en cuya *Presentación* el profesor Romeo Casabona propone una aproximación interdisciplinar entre Biomedicina y Derecho.

[4] Emaldi Cirión, Aitziber, en el estudio *El consejo genético y sus implicaciones jurídicas,* Bilbao-Granada, 2001, analiza «el proceso por el que los pacientes con riesgos de padecer enfermedades de carácter hereditario, genético o en relación con alguna alteración cromosómica, son advertidos de las consecuencias de la enfermedad o anomalía, de la probabilidad de padecerla o de transmitirla y de los medios posibles para evitarlas, mejorarlas o tratarlas». Soutullo, D., en «Cuarenta años de revolución biotecnológica» califica de espectacular el desarrollo en diversas áreas de la biología, tratando de forma pormenorizada de la ingeniería genética, la secuenciación del adn, el Proyecto Genoma Humano y sus implicaciones sociales y éticas, la genómica y otras diciplinas «ómicas», la terapia génica, la fecundación in vitro y sus aplicaciones, la clonación y las células troncales. En, *Gen Der H*(2014) Num. Extraordinario pp. 53-84.

[5] Cabe recordar aquí que los trabajos del Profesor Carlos María Romeo Casabona impulsaron la legislación española en la materia (1979) que a su vez sirvió de base a la Organización Nacional de Trasplantes, cuya labor destaca a escala mundial.

[6] Vidal Martinez, J., «Acerca de la regulación jurídica de las técnicas de reproducción humana asistida» En, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, Junio 2019 pp. 478-513.

[7] En el Prólogo de la obra *Retos éticos y necesidades normativas en la actividad asistencial*, Autores Romeo Casabona, C. M. (coord.) Nicolas Jimènez, P., De Miguel Beriain I., Grupo de Investigación Cátedra de Derecho y Genoma Humano UPV/EHU. Instituto Roche. 2018 se afirma que «La MPP

Se ha señalado, por otra parte, que, en el corto espacio de un par de decenios, se han incrementado considerablemente las posibilidades abiertas al diagnóstico antenatal gracias a la conjunción de los avances técnicos en embriología humana y la práctica de la reproducción asistida. La previsión actual es que tales avances van a llevar aparejados nuevos problemas éticos y jurídicos[8]. Tales problemas se agudizan si se confirma la deriva que propone utilizar los emergentes avances tecnológicos en prácticas de mejoramiento humano[9].

De este modo, la práctica de la medicina ofrece actualmente posibilidades extraordinarias de curación de enfermedades y de mantenimiento de la salud. Pero al mismo tiempo se ha incrementado notablemente las posibilidades de cosificación del ser humano y la puesta en riesgo de bienes y derechos inherentes a la persona, lo que reclama, por ser consecuencia de acciones humanas, la intervención del Derecho.[10]

Paradójicamente, la magnitud de los citados avances tecnológicos no se ha traducido siempre en un correlativo incremento de la satisfacción de los ciudadanos, frustrados en muchos casos en sus desmesuradas expectativas al respecto, como se deduce del aumento de demandas judiciales de responsabilidad, lo que a su vez conduce a la práctica de una medicina defensiva[11]. De otra parte, se ha recordado que la concepción que cada

---

supone una transformación en el paradigma de la prestación de la asistencia sanitaria, una oportunidad para crear sistemas sanitarios, más eficientes, sostenibles, y sobre todo centrados en el paciente».

[8] Vidal Martínez, J., «Acerca del derecho a la protección de la salud en relación con los avances en biomedicina desde la perspectiva del Derecho Español», en *Actualidad Jurídica Iberoamericana,* febrero 2015, pp. 1-42.

[9] Romeo Casabona, C. M., en el Prólogo de la obra VV AA *Más allá de la salud. Intervenciones de mejora en humanos* señala que «el debate en torno a la mejora humana puede ser tratado desde puntos de vista o parcelas diferentes, como son el de las mejoras cognitivas y modificaciones mentales o las más conocidas y generalizadas hasta el momento, mejoras y modificaciones físicas(prestando particular atención a las modificaciones prenatales liberales. con distintas finalidades) que abren la reflexión a temas de enorme controversia como son los del estatuto del embrión, la clonación, el uso de células troncales, así como el diagnóstico genético preimplantacional. (X).

[10] Romeo Casabona, C.M. destaca el impulso que las organizaciones internacionales universales y regionales han prestado a la acogida de nuevos instrumentos jurídicos, tales como el recurso al *soft law,* el solapamiento o confusión con la bioética, la influencia del Derecho Internacional en los Derechos internos. etc. En «La construcción del Derecho aplicable a la genética y la biotecnología humanas a lo largo de las dos últimas décadas», *Rev Gen Der H,* 2014, num. extraordinario, pp. 27-52.

[11] Baca Baldomero, E., puntualiza que Medicina y Sistema Sanitario son dos realidades distintas aunque coincidentes. La primera es una tecnociencia, materializada en la acción del médico y por extensión, de todo el personal sanitario. La asistencia sanitaria es la forma social en el seno de la cual se produce el ejercicio de la medicina. Tras muchos siglos de existencia de dos únicos protagonistas en el mundo de la medicina(el médico que asistía y el enfermo que demandaba su asistencia)ha generado el entramado actual en el que aparece «un tercer pagador», en unos sitios fundamentalmente privado (las compañías de seguros)y en otros es público, y pertenece y es gestionado por el Estado, debiendo tenerse en cuenta un cuarto interlocutor al que llamaremos «complejo industrial sanitario» en el que confluyen los avances científicos el desarrollo y la tecnología aplicable. pasando, claro está, por el universo de la farmacología.

cual tiene de la salud y la existencia de diversas formas de entender el diagnóstico, la enfermedad y su tratamiento, conformadas en buena medida por rasgos identitarios, condicionan poderosamente las decisiones clínicas adoptadas, sino la propia actitud con la que cada persona aborda su situación médica[12]

En agudo contraste con esta problemática se plantea la situación de la práctica de la Medicina, y por extensión, de la protección de la salud humana en muchos países, y para una parte significativa de los habitantes de la Tierra, lo que ha llevado a la reflexión de si es posible actualmente referirse a un concepto de salud desde una perspectiva unívoca y de la protección de la salud como objeto de un derecho humano con valor universal[13].

II.1. **La proteccion de la salud precisiones conceptuales y antecedentes**

El concepto de salud ha sufrido diversas modificaciones a lo largo de la historia. En términos generales se considera que es el estado de equilibrio dinámico, entre un organismo y su ambiente, mediante el cual se mantienen las características estructurarles y funcionales del organismo dentro de los límites normales de la forma particular de vida y de la fase particular de su ciclo vital[14] Tradicionalmente la salud se ha identificado con la ausencia de enfermedad-etimológicamente, no firmeza-que manifiesta la vulnerabilidad y fragilidad del ser humano, pero la definición más conocida de salud es la que propone la Organización Mundial de la Salud (OMS)en 1946 concibiendo ésta como «un estado completo de bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de enfermedad[15].

En *La crisis y las deficiencias del sistema*. (extractos) *El malestar de la salud – Para tomar el pulso a la sanidad pública, CLAVES de razón práctica enero/febrero 2013,* pp. 11-12D.

[12] Menèndez Mato, J. C., Tarodo Soria, S., «Diversidad religiosa y cultural y bioderecho. El derecho a decidir sobre la propia salud» en Fernàndez Coronado, A. y Perez Alvàrez, S. (dirs.), *La protección de la Salud en tiempos de crisis. Nuevos retos del bioderecho en una sociedad plural*, Tirant lo Blanch, Valencia 2014, pp. 151-208.

[13] Talavera Fernández, P., afirma que «Hablar hoy de justicia internacional significa asumir «la realidad existencial de esas dos terceras partes de habitantes del planeta, cuya necesidad imperiosa consiste en tener garantizadas unas condiciones mínimas de supervivencia, que pasan por el acceso a unas condiciones mínimas de salud, el agua potable, a la alimentación a la paz y al desarrollo». En «Las dificultades que el actual paradigma subjetivista de la salud comporta en su configuración como derecho humano universal». En *Revista Boliviana de Derecho*, enero 2016, pp. 16-47.

[14] Regis Prado, L., Voz «salud pública (jurídico)», en *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética. Tomo II i-z. Càtedra interuniversitaria Fundacion BBVA – Diputación Foral de Bizkaia de derecho y genoma humano. Universidad de Deusto – Universidad del Pais Vasco/EHU Granada 2011,* p. 1482.

[15] Bandres Moya, F., considera que dicha definición propone dos sentidos diferentes de salud que se complementan, quedando ampliado el sentido negativo por el positivo. El vocablo salud se relaciona con los conceptos de buen estado físico, conservación y salvación. En, «salud (técnico)» Enciclopedia, ob. cit., p. 1479. Prado, Luiz Regis considera la definición de la OMS de salud, técnicamente más correcta(aunque)se transgrede el significado médico tradicional, tornándose en un concepto más rico en

En 1948 la Declaración Universal de Derechos Humanos en el artículo 25 se refiere a un derecho que asegure salud y bienestar a la persona utilizando una fórmula amplia que aúna diferentes prestaciones[16]. Con posterioridad el Derecho Internacional ha reconocido y plasmado el derecho a la salud y a la asistencia sanitaria en multitud de textos, convenciones y documentos, por lo cual se plantea la cuestión de delimitar el contenido esencial del citado derecho, atendida la realidad social del tiempo presente y el distinto grado de efectividad en los diferentes países[17].

El sistema sanitario, en tanto que acción del cuerpo social para la protección de los individuos ante el avatar de la enfermedad, es relativamente reciente. La preocupación por la salud de los demás, si existía estaba ligada a actitudes personales de beneficencia y solidaridad, generalmente de inspiración religiosa.[18] De otra parte, cabe señalar que las leyes civiles —tal el Código Civil español— incluyen como obligación de «alimentos entre parientes» los gastos de asistencia médica junto a otras prestaciones (sustento, habitación, vestido, gastos de embarazo y parto, educación) determinantes, en buena medida, de la salud del alimentista[19].

---

la medida que también congrega factores sociales y otros más fluidos como la sensación de bienestar y la alegría de vivir, que, cuando están ausentes en un individuo, impiden que se le pueda considerar plenamente saludable. En «salud pública (jurídico)», ENCICLOPEDIA, ob. cit., p.1482.

[16] «Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicio sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otros casos de pérdida de medio de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos dentro o fuera de matrimonio. tienen derecho a igual protección social».

[17] TALAVERA FERNÀNDEZ, P., considera que el derecho a la salud tiene dos dimensiones que se traducen en otros dos derechos específicos: el derecho al mantenimiento de las condiciones de salud (dimensión social) y el derecho a la atención sanitaria (dimensión individual)». El derecho humano a la salud frente a las condiciones biosanitarias del planeta» En *Revista Europea de Derechos Fundamentales* 2008, Num.12, pp.107-138, p. 125.

[18] BACA BALDOMERO, E., considera como el primer momento de mutualismo organizado e intervenido por el Estado las *krankenkassen* de Bismarck (1883). En España, el Instituto Nacional de Previsión nace en 1908 y en 1942 se crea el Seguro obligatorio de enfermedad con una estructura neobismarckiana y mutualista. En 1978 se crea el Instituto Nacional de Salud, diferenciándose por primera vez la sanidad del resto de organismos de la seguridad social. En 1981 se inició el proceso de transferencias sanitarias previsto en la Constitución. La Ley General de Sanidad de 1986 supuso un punto de inflexión por la universalización de la asistencia sanitaria, a cargo de los Presupuesto Generales del Estado, puesta a prueba el Sistema por los condicionantes de cualquier sistema público sanitario: el encarecimiento inevitable de la prestación de cuidados, el crecimiento exponencial de la demanda y la aparición de una mayor población de ancianos (extractos) En «La crisis y las deficiencias del sistema» ob. cit., pp.14-17.

[19] Artículo 142 Código Civil Español La etimología del vocablo «asistencia (médica)» alude a la actitud del médico que se detiene para atender al enfermo, hacer un diagnóstico de su enfermedad y proponer una terapia.

II.2. **Reconocimiento del derecho a la proteccion de la salud en las modernas constituciones y declaraciones de derechos**

El reconocimiento del derecho a la protección de la salud se encuentra consolidado tanto en el ámbito de los derechos humanos como en el del Derecho Comparado, tras su consagración en diversos tratados internacionales y en numerosas constituciones aprobadas durante la segunda mitad del siglo xx[20].

En el terreno de los instrumentos internacionales dotados de efectos vinculantes se ha destacado el Pacto Internacional de Derechos económicos, Sociales y Culturales de 1966 que en su artículo 12 establece que los Estados Partes reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, quedando obligadas a adoptar una serie de medidas que se especifican a fin de asegurar la efectividad de este derecho[21]

Entre los textos constitucionales que se ocupan del derecho a la protección de la salud se ha destacado la Constitución italiana de 1947 que en su artículo 32,1 estableció que «la República protege la salud como fundamental derecho del individuo e interés de la colectividad y garantiza curas gratuitas a los indigentes. En los años setenta el derecho a la salud se incorporaría a la Constitución Portuguesa de 1976 y a la Constitución española de 1978. Posteriormente la incorporación del derecho a la salud en los textos constitucionales tiende a generalizarse[22].

[20] Pemán Gavín, J., apoyándose en un documento elaborado por el Comité de Derechos Económicos. Sociales y Culturales de la onu en el año 2000 sobre *El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud* considera que el derecho a la salud, de contenido complejo, engloba no sólo el derecho a una asistencia sanitaria oportuna y adecuada, sino que también se extiende los determinantes básicos de la salud…, sin que, en modo alguno pueda entenderse como un derecho a estar sano, dado que los Estados no pueden otorgar protección frente a todas las causas posibles de mala salud. En «Derecho a la protección de la salud (jurídico)», en *Enciclopedia de Bioderecho ay Bioetica,* Tomo I a-h., ob. cit., pp. 577-583.

[21] Pemán Gavìn, J., cita otros tratados que consagran el derecho a la protección de la salud con un ámbito más limitado, tal la Carta Social Europea de 1961, la Carta Africana de derechos del hombre y de los pueblos de 1981 y el Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos adoptado en San Salvador en 1988; entre los Tratados referidos a grupos determinados, la Convención sobre eliminación de todas las formas e discriminación contra la mujer de 1979, La Convención sobre los derechos del niño de 1989 y la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006 En «derecho a la protección de la salud (jurídico)», ob. cit., pp. 578 y ss.

[22] Pemán Gavìn, J., cita un estudio de la oms elaborado en 2002 que contabilizaba sesenta constituciones, entre las mismas, la Constitución de Brasil de 1988, la de Colombia de 1991 muy minuciosa, que establecen que la atención sanitaria básica sea obligatoria. La Constitución de Sudáfrica de 1996, la Constitución de Polonia de 1997, en «Derecho a la protección de la salud (jurídico)», ob. cit. Talavera Fernández, P., considera que el artículo 24 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño es uno de los textos más radicales y comprometedores en el reconocimiento del derecho a la salud. En «La dificultades del actual paradigma subjetivista», ob. cit., p. 21 y ss.

La Constitución Española encuadra el derecho a la protección de la salud y otros derechos concordantes en el apartado de «principios rectores de la política social y económica» que informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos(aunque)sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con las leyes que los desarrollen [23],todo lo cual no excluye su valor normativo, puesto de relieve por su amplio desarrollo y su inclusión en el título de derechos fundamentales en el contexto de un ordenamiento jurídico que se apoya en valores y principios, que podrían ofertarse, en mi opinión, para ser compartidos universalmente[24].

La producción normativa de los estados en relación con el desarrollo de la biomedicina ha sido muy desigual y con notables diferencias en cuanto a lo prohibido y lo permitido, argumento frecuentemente invocado para defender normas permisivas en este campo que, en un mundo globalizado conduce al florecimiento de «paraísos biomédicos» para desarrollar investigaciones o aprovecharse de ciertas intervenciones[25].

La regulación jurídica de las cuestiones planteadas por los avances en genética humana ofrece particular dificultad, dada la rapidez con que se producen tales avances sin una correlativa sedimentación de los conocimientos, lo que incluye en muchos casos la relevancia distorsionada del verdadero alcance de los nuevos descubrimientos e invenciones técnicas[26].En estas circunstancias, se intenta construir un instrumental

[23] El artículo 43 de la CE establece que «1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud. 2, Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todo al respecto. Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo, facilitarán la adecuada utilización del ocio». El artículo 49 CE., reformado en febrero de 2024, establece que «las personas con discapacidad ejercen los derechos previstos en este Título en condiciones de libertad e igualdad reales y efectivas…» «los poderes públicos impulsarán las políticas que garanticen la plena autonomía personal y la inclusión social de las personas con discapacidad… se atenderá particularmente las necesidades específicas de las mujeres y los menores con discapacidad». El artículo 51 CE establece que «Los poderes públicos garantizarán la seguridad, salud y otros legítimos intereses de los consumidores y usuarios». El artículo 45 CE establece que» Todos tienen el derecho de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, sí como el deber de conservarlo».

[24] Preámbulo y artículos 1.1 y 10.1 de la Constitución Española.

[25] Bellver Capella, V., «La globalización de derechos humanos en bioética». En AA.VV. *Bioética y cuidados de enfermería (ed. V. Bellver Capella) Vol. I,* Alicante, 2014, pp. 197-224.

[26] En este sentido, Bellver Capella, V., *Por una bioética razonable. Medios de comunicación, comités de ética y Derecho,* Granada, 2006, pp. 45 y ss., abogando por la superación del sensacionalismo en la información acerca de los avances científicos. Romeo Casabona, Carlos M. consideraba que «la adquisición del conocimiento científico en cuanto tal no debe sufrir ningún tipo de limitaciones sin perjuicio a las que correspondan a su posterior utilización, pero sí es legítima la prohibición de determinados procedimientos o métodos en la medida que involucren a seres humanos (incluido el concebido)a otros componentes biológicos humanos o a otros bienes dignos de protección (p.ej. los animales), en «Derecho y Genética Humana: bases para una discusión», *Revista General de Derecho. Sección de Derecho y Bioética,* enero-febrero 1995, pp. 829-837; pp. 836-837.

jurídico supranacional que dé respuesta a las nuevas cuestiones, dada la insuficiencia de los acuerdos jurídicos internacionales en materia de derechos humanos para las nuevas necesidades de protección de los derechos, bienes y valores afectados[27].

El Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina del Consejo de Europa representa un hito fundamental en la regulación jurídica de las ciencias biomédicas, pues los estados que lo han firmado y ratificado quedan obligados a garantizar una protección jurisdiccional adecuada con el fin de impedir o hacer cesar en breve plazo cualquier contravención ilícita de los derechos y principios reconocidos en el Convenio (art. 23)[28], Se afirma en el artículo 1,1 que «Las Partes en el presente Convenio protegerán al ser humano en su dignidad e identidad y garantizarán, sin discriminación alguna, el respeto a su integridad y a sus demás derechos y libertades fundamentales y en el artículo 2 que, «El interés y el bienestar del ser humano deberán prevalecer sobre el interés exclusivo de la sociedad o de la ciencia con respecto a la aplicaciones de la biología y la medicina». Las Partes garantizarán un acceso equitativo a una atención sanitaria apropiada. Toda intervención en la sanidad, comprendida la investigación, debe efectuarse dentro del respeto a las normas y obligaciones profesionales, así como a las normas de conducta aplicables al caso (artículos 3 y 4).

El Convenio erige en regla general el consentimiento libre e informado de la persona afectada en el ámbito de la sanidad y establece reglas para las personas que no tengan capacidad para expresar su consentimiento o sufran trastornos mentales o en situaciones de urgencia; también se tomará en consideración los deseos expresados con anterioridad a una intervención. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida privada cuando se trate de informaciones relativas a su salud, aunque puede restringirse, en interés del paciente, el derecho a la información acerca de su propia salud[29].

Particular interés presenta en relación con la práctica de la medicina el capítulo IV del Convenio dedicado al genoma humano, en el que se prohíbe toda forma de discrimi-

[27] Lenoir, N. y Mathieu, B., *Les normes internationales de la bioèthique,* Paris 2004 PUF p.17se refieren, en sentido amplio, a un Derecho Internacional de la Bioética, prospectivo y precursor, en el que se incluirían textos y declaraciones de muy diferente alcance, soft law, argumentando que en la sociedad de la información, textos como las Declaraciones solemnes de la UNESCO sobre el genoma humano pueden modelar las mentes tanto como la ley. (mi traducción).

[28] Romeo Casabona, C.M., «El Convenio Europeo sobre Derechos Humanos y Biomedicina: sus características y sus repercusiones en el Derecho Español», en AA.VV., *El Convenio de Derechos Humanos y Biomedicina. Su entrada en vigor en el ordenamiento jurídico español* (Ed. C.M. Romeo Casabona), Bilbao-Granada, 2002, Fundación BBVA, Diputación Foral de Bizkaia, Comares, pp. 17.

[29] Capítulo II Consentimiento; Arts. 6-9. Capítulo III: Vida privada y derecho a la información: Art. 10.

nación de una persona a causa de su patrimonio genético y que se lleven a cabo pruebas genéticas sin un asesoramiento apropiado. No se admitirá la utilización de técnicas de asistencia a la procreación para elegir el sexo de la persona que va a nacer, salvo en los casos en que sea preciso para evitar una enfermedad hereditaria grave vinculada al sexo[30].El Convenio establece como regla general que la investigación científica en el ámbito de la medicina y la biología se efectuará libremente, a reserva de lo dispuesto en el propio Convenio y en otras disposiciones jurídicas para garantizar la protección del ser humano[31]. El cuerpo humano y sus partes, como tales, no deberán ser objeto de lucro, estableciéndose reglas para la utilización de una parte extraída del cuerpo humano[32].

La Carta de Derechos Fundamentales que acompaña a la no nacida Constitución Europea dedica sus tres primeros artículos a proclamar la inviolabilidad de la dignidad humana y el derecho de toda persona la vida y a su integridad física y psíquica, y establece entre otras disposiciones que en el marco de la biología y la medicina se respetará en particular el consentimiento libre e informado de la persona de que se trate, de acuerdo con las modalidades establecidas en la ley, prohibiéndose que el cuerpo humano o partes del mismo en cuanto tales se conviertan en objeto de lucro. En el Titulo IV se regulan los derechos sociales bajo el epígrafe «Solidaridad». En relación con la «Protección de la salud» se afirma que «Toda persona tiene derecho a acceder a la prevención sanitaria en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales. Al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión se garantizará un nivel elevado de protección de la salud humana».[33]

En la línea, antes apuntada, de construir un instrumental normativo que dé respuesta a las cuestiones planteadas por la Bioética destaca el papel de la UNESCO al aprobar la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos de 1997, la Declaración Internacional sobre Datos Genéticos Humanos de 2003 y la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de 2005. En relación con este último texto se ha destacado que los nuevos y los viejos problemas que plantea la investigación biomédica y la asistencia sanitaria, en suma, la salud de las personas, reclaman

[30] Capítulo IV, artículos 11 a 14.

[31] Capítulo VI, artículos 19 y 20. La experimentación con embriones humanos debe «garantizar una protección adecuada al embrión» (artículo 18).

[32] Capítulo VII, artículos 21 y 22.

[33] MARCOS MARTÍN, T., QUESADA ALCALÀ, C., consideran un hito histórico que el derecho a la protección de la salud incluya, junto con otros derechos económicos y sociales, en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, aunque la protección de dichos derechos esté reservada a los Estados miembros y la Unión haya de completarlas. Se alaba también que en el propio texto del Tratado la protección de la salud se refleja con enfoque intersectorial. Sin embargo, no se otorga competencia normativa de alcance general a la Unión para legislar en materia de derechos humanos. En «Influencia de la Unión Europea en la protección de la salud en España». En *La protección de la salud en tiempos de crisis,* ob. cit., pp. 31-59, p. 44 y 58.

una especial y creciente atención por parte de la comunidad internacional, como vía privilegiada de penetración en los Estados, y que los instrumento jurídicos que diseñen un marco adecuado para las necesidades actuales de la investigación en las ciencias de la salud, para la protección de las salud individual y colectiva, deben ser universales y tener como eje rector el respeto de la dignidad del ser humano y de los demás derechos que le son inherentes[34].

En el Preámbulo de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO se reconoce que la salud no depende únicamente de los progresos de la investigación científica y tecnológica, sino también de factores psicosociales y culturales y en el artículo 14 de la Declaración, bajo el epígrafe «Responsabilidad social y salud» se afirma que «1. La promoción de la salud y el desarrollo social para sus pueblos es un cometido esencial de los gobiernos que comparten todos los sectores de la sociedad. En el apartado 2, se califica como derecho fundamental de todo ser humano el goce del grado máximo de salud posible y consecuentemente se aboga por el acceso a una atención médica de calidad y a los medicamentos esenciales, especialmente para las mujeres y los niños, puesto que la salud es esencial para la vida misma y debe considerarse un bien social y humano b) el acceso a una alimentación y un agua adecuados c)la mejores de las condiciones de vida y el medio ambiente d) supresión de la marginación y exclusión de personas por cualquier motivo e) la reducción de la pobreza y el analfabetismo[35].

II.3. **Salud publica y salud individual: referencia a las profundas diferencias que genera el desarrollo tecnològico en la protección de la salud**

El cometido más importante más importante de la medicina sigue siendo, hoy como antaño la salud individual, pero a diferencia del pasado, los poderes públicos tratan de proteger y promocionar la salud de los ciudadanos desde una perspectiva comunitaria

[34] ROMEO CASABONA, C.M. Editorial, en AA.VV. *Hacia una Bioética Universal. La Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO (s.f.).* Instituto Roche. Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano. NICOLÁS JIMÈNEZ, P. en «La medicina individualizada frente a la declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos» distingue principios referidos a la protección del paciente o del sujeto de investigación: autonomía de la persona para tomar decisiones (art. 5), privacidad (art. 9) y no discriminación (art. 11). La Declaración adopta una perspectiva colectiva en los artículos 12 al 17 al enunciar principios referidos a la diversidad cultural, a la solidaridad y cooperación, responsabilidad social, protección de las generaciones futuras y protección del medio ambiente, la biosfera y la diversidad. En *Hacia una Bioética Universal,* ob. cit., pp. 29-33.

[35] BRENA SESMA I En, «Perspectiva de la Declaración Universal en Iberoamérica en AA.VV., *Hacia una bioética Universal,* ob. cit., describe la dificultosa construcción del artículo 14 de la Declaración y el apoyo de los países en desarrollo, particularmente latinoamericanos, hacia una orientación social de la bioética.

a fin de lograr una mayor participación en la vida social[36].En cuanto bien jurídico, la salud pública alcanza un dimensión social que trasciende la mera suma de la salud que poseen de forma individual los miembros de la sociedad constituyendo un conjunto de condiciones positivas y negativas dirigidas a posibilitar el bienestar de las personas integrantes de una colectividad[37]

Se ha destacado la estrecha relación entre la salud pública y la salud individual de las personas integradas en un grupo humano estableciendo cuatro factores que determinan la salud de la población: las características hereditarias y biológicas; el estilo de vida; el entorno considerado en el sentido más amplio y el sistema sanitario accesible.[38].

El derecho a la protección de la salud está experimentando cambios muy notables y es susceptible de muy diversos enfoques atendiendo al ámbito en que se le contemple, al desarrollo económico de los pueblos y al grado de implantación de los avances tecnológicos de la Nueva Medicina y su incidencia en la realidad social de cada país[39]. Contemplado desde la perspectiva de los derechos humanos se ha puesto de relieve las dificultades que supone el actual paradigma subjetivista a que ha dado lugar la definición de la Organización Mundial de la salud para configurar un verdadero derecho fundamental en el contexto internacional, habida cuenta de la realidad existencial de

[36] Reviriego Picon, F. y Alguacil González-Auroles, Jorge. consideran que hay una íntima relación entre la universalización de las medidas de protección de la salud y la progresiva democratización del poder y destacan que las grandes constituciones pioneras del Estado social han reconocido entre los derechos sociales el derecho a la salud En, «La protección de la salud en la Constitución Española». En, AAVV *La protección de la salud en tiempos de crisis*. Ob.cit*.,* pp. 11-30: 14.

[37] Regis Prado, L., La noción de salud(pública) es evolutiva y siempre ha estado relacionada con el momento histórico concreto y con los objetivos y conocimientos culturales de los distintos pueblos. Es un bien jurídico autónomo de carácter colectivo que tiene en cuenta la salud individual, pero con ella no se confunde, aunque tenga por objetivo salvaguardarla, existiendo entre ambas una relación de complementariedad. Voz «salud pública». Enciclopedia, ob. cit., p.1483 y 1484.

[38] Martin, J., *Pour la santé publique: Realites sociales*. Laussanne (1987), p. 1, p. 20 (mi traducción).

[39] Talavera Fernández, P., comentando el Informe «Recursos Mundiales 2000» (Programas de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente y el Desarrollo y Banco Mundial), destaca el dato de que un quinto de la población mundial vivía (al comienzo del presente siglo) con menos de un dólar USA al día, lo que imposibilitaba de acceder a los elementos básicos para una vida sana, y alejaba, pese a los programas de actuación puestos en marcha, la esperanzas de satisfacer las exigencias de una vida digna para todos los seres humanos «El derecho a la salud» ob.cit. pp. 123 y ss. Las promesas del Milenio se han cumplido siquiera parcialmente. La mortalidad infantil se redujo un 30 % y las muertes por malaria un 25 %; aumentó sin embargo la desigualdad incluso en los países desarrollados (NAIM, M)» El milagro del año 2000. *EL País* 26 enero 2014. Baños Bajo, Pedro refiere que en junio de 2020 se presentó en Davos (Suiza) un Programa para lograr 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (Agenda 2030). En primer lugar, poner fin a la pobreza y al hambre, mencionando a continuación el logro de la salud y bienestar (de la población mundial). El autor se muestra escéptico de que puedan cumplirse estos objetivos, pero esperanzado en que algo se vaya consiguiendo para alcanzar un mundo más justo, seguro y humano. *La encrucijada mundial,* Barcelona, 2022, pp. 492 y 531.

dos terceras partes de la humanidad que no tienen acceso a condiciones mínimas de salud, al agua potable, a la alimentación, a la paz y al desarrollo[40].

Se ha señalado como factor que ha contribuido a la subjetivación del concepto de salud la alianza cada vez más estrecha entre medicina y tecnología,[41]En este punto, importa destacar las diferencias entre la medicina curativa y la llamada medicina satisfactiva o voluntaria en que una conjunción de saberes y técnicas que desbordan de modo creciente el ámbito y finalidades que tradicionalmente se ha asignado a la medicina es puesta al servicio de finalidades o proyectos individuales o colectivos, dando lugar a prácticas sociales que el derecho ampara, bien como simples manifestaciones de libertad o verdaderos derechos subjetivos»[42].

De este modo, a las desigualdades generadas en la protección de la salud en los distintos países atendiendo al desarrollo de su economía se añaden las provenientes de las transformaciones operadas por el desarrollo de nuevas técnicas, cuya convergencia apunta hacia una medicina de precisión centrada en la persona humana[43], creciendo con

[40] Talavera Fernandez, P., argumenta que la vida, la integridad física y la salud están íntimamente relacionadas, pero la salud recibe un tratamiento diferenciado en las declaraciones de derechos, como derecho social de contenido prestacional, lo que dificulta su garantía que depende de la capacidad económica de los Estados. Hasta la definición del OMS la salud constituía una categoría bastante objetiva. La conducta del médico se ajustaba a patrones de atención y cuidado de los enfermos, pero en absoluto pretendía satisfacer las demandas o expectativas de éstos. (Ahora) la salud se acaba identificando con la sensación, el deseo o la expectativa del sujeto con relación a su estado físico o psicológico; el paciente pasa a ser cliente; el derecho a la protección de la salud se acaba traduciendo en la pretensión de recibir el máximo nivel de atención sanitaria para garantizar a cada individuo el máximo grado de bienestar personal interpretado en clave utilitarista. «La dificultades», ob. cit. (extractos), pp. 19, 38 y ss.

[41] Talavera Fernández, P., «La medicina ha sustituido sus fines primordiales clásicos (cuidado y acompañamiento) por los de terapia y curación. Se ha inoculado en la sociedad la idea de que se puede curar toda enfermedad y dilatar indefinidamente la vejez y la muerte, concibiendo la quimera de un estado ideal y perpetuo de bienestar tecnológicamente asequible (a través de los fármacos, la cirugía y la genética». «Las dificultades», ob. cit., p. 41.

[42] Bellver Capella, V., Desde una perspectiva bioética cuestiona prácticas sociales, tales como el aborto provocado y la eutanasia, que, aun contrariando los principios tradicionales de la medicina, son legalizadas o despenalizadas en la actualidad de forma creciente. El autor destaca la amplia aceptación social de lo que se ha venido en llamar «medicina del deseo», cuyo paradigma es la fecundación *in vitro* y la sucesiva externalización de todos los procesos ligados a las nuevas formas de reproducción humana, al tiempo que se atisban posibilidades inconcebibles hace unos pocos años, en relación con el mejoramiento humano (*human enhancement*) y el posthumanismo. Bioética y dignidad de la persona» en Contreras, Francisco J., Ramis, Rafael, Carpintero, Francisco, Bellver, Vicente, Gallego, Elio. A: *El sentido de la libertad. Historia y vigencia de la idea de ley natural,* Stella maris, Barcelona, 2014, pp. 315-358, particularmente pp. 356 a 358.

[43] Cobas Cobiella, M. E. y Pérez Cobas, A. E., al tratar de la medicina personalizada consideran que se pasa de una medicina reactiva (clásica) a una medicina preventiva y proactiva que busca integrar los datos del perfil biológico dinámico del individuo, además de los factores ambientales y del estilo de vida que influyen y se entremezclan en ese perfil para generar un fenotipo complejo individual. Se cita

ello las dificultades para lograr una respuesta uniforme a escala mundial a las nuevas cuestiones éticas y jurídicas que se plantean en torno al derecho a la protección de la salud[44].

III.1. **Naturaleza juridica del derecho a la proteccion de la salud**

Desde la perspectiva de los derechos humanos se ha cuestionado la existencia de un derecho universal a la salud, habida cuenta de la trágica realidad de la inexistencia de garantías jurídicas y de una protección efectiva del citado derecho en muchos países, mientras que en otros, con mayores recursos, se acepta de forma creciente la protección de la salud entre los derechos sociales, pero prevalece una concepción subjetivista de la salud que lleva a considerarla como un asunto de responsabilidad individual en detrimento de la responsabilidad de los poderes públicos en la protección del citado derecho[45].

Contemplado el derecho a la protección de la salud como un derecho social esencial, su fundamentación se ha ligado a la existencia de necesidades básicas de los seres humanos que deberían ser satisfechas por los poderes públicos, existiendo un amplio consenso al respecto; y si bien dicha fundamentación pueda parecer insuficiente para generar obligaciones colectivas, particularmente allí donde prevalece una concepción

---

el Programa *All of us* promovido por el Instituto Nacional de Salud en Estados Unidos que utilizó datos genéticos, conductuales y ambientales de más de un millón de personas con la finalidad de aplicar los resultados obtenidos a la protección de la salud. En, «Medicina personalizada. Retos para el Derecho». *Derecho y Medicina. Desafío tecnológicos y científicos*. Directora y Coordinadora Cristina Gil Membrado, Dykinson S.L., Madrid, 2024, pp. 129-152.

[44] Cobas Cobiella, M. E., utiliza la expresión e-salud (*e-health)* para referirse al conjunto de tecnologías de la información y la comunicación empleadas en el entorno sanitario en materia de prevención, diagnóstico, tratamiento, seguimiento en la gestión de la salud, abarcando una serie de productos, servicios, aplicaciones móviles, telemedicina, *big data,* que sirvan de apoyo a la decisión clínica. Esta autora considera que, tras la pandemia del *covid* 19, los problemas de salud han dejado de ser locales y alude al nacimiento de «salud global» como una nueva rama de las ciencias de la salud y una disciplina especializada de la medicina, orientada a compartir investigación, seguir políticas uniformes y en definitiva a desarrollar acciones conjuntas en materia de salud. En «Nuevos paradigmas de la autonomía de la voluntad frente a la E-Salud», en *E-Salud, Autonomia y Datos Clinicos. Un Nuevo Paradigma.* Directora y Coordinadora Cristina Gil Membrado, Dykinson S.L., Madrid, 2021, pp. 115-140, particularmente pp. 118-119.

[45] Se ha tratado de sintetizar en el texto el cuestionamiento del derecho a la salud como derecho humano universal, abordado *in extenso* en el primer apartado de «Las dificultades que el actual paradigma subjetivista». ob. cit. Pedro Talavera Fernández considera en el citado estudio, que la denominación «derecho a la protección de la salud» que aparece en el artículo 43 CE es la más correcta,(pues) subraya con precisión que estamos ante un derecho prestacional por excelencia(p.43) Se alaba el esfuerzo realizado en España por implantar(en 1986)una sanidad pública universal y gratuita(p.32).aunque se señala que el modelo del denominado Estado del bienestar está perdiendo fuerza en los países occidentales por el colapso de los servicios sanitarios públicos y el gasto farmacéutico desorbitado, generándose un cierto auge de lo privado en la atención sanitaria (p. 26).

subjetivista de la salud humana, resulta en todo caso suficiente para justificar un programa de acción encaminado a lograr el mayor nivel posible de salud de los ciudadanos[46].

Sin embargo, la delimitación del alcance del derecho a la protección de la salud e incluso su misma fundamentación se ha cuestionado, teniendo en cuenta el progreso imparable de los avances científicos y técnicos que encarecen inevitablemente la prestación de cuidados, a lo que se añade las demandas específicas de las sociedades desarrolladas que consideran la prestación sanitaria como un derecho adquirido sin límite con el problema añadido de la mayor esperanza de vida y descenso de la natalidad en dichas sociedades[47].

En mi opinión, la configuración actual de un derecho a la protección de la salud en muchos países herederos de la tradición del Derecho de Occidente está siendo fuertemente influenciada por la doctrina del *right to privacy* sostenida por la jurisprudencia en Estados Unidos que exalta la autonomía del individuo, tanto en el ámbito personal como en el patrimonial, sin más límite que el interés extrínseco del Estado, lo cual dificulta extraordinariamente la universalización de dicho modelo, dada las diferencias en el trasfondo cultural y en la organización de los distintos países[48]. Por otra parte, el mantenimiento de este modelo difumina la distinción entre derechos y libertades, y la utilización creciente de la tecnología puede desviar los actos médicos de su finalidad

[46] Talavera Fernández, P., afirma que la protección de la salud constituye el exponente más cualificado de una necesidad básica que justifica objetivamente la existencia de un derecho fundamental que la garantice a todos los individuos que forman parte de un Estado. Cita la Conferencia Internacional sobre Atención Primaria(1978) celebrada en Alma-Atha (Kazakhistan) organizada por la OMS y UNICEF cuya Declaración final estableció que la atención primaria debía comprender, cuanto menos, las siguientes actividades: educación sobre los principales problema de salud y medios de prevención; suministro de alimentos y nutrición apropiada; abastecimiento de agua potable y saneamiento básico; asistencia materno infantil; inmunización contra las principales enfermedades infecciosas; prevención y lucha contra las enfermedades endémicas de cada zona y el suministro de medicamento esenciales. En, «Las dificultades».) ob.cit. pp. 28 y 36.

[47] Reviriego Picón, F., y Alguacil González-Aurioles, J., desde la perspectiva del Derecho Español, plantean la cuestión de la naturaleza jurídica del derecho a la salud y de los derechos sociales en general, considerando que, pese a las dificultades, el acceso a la sanidad (pública)debe ser universal, citando en su apoyo el Auto 239/2012 del Tribunal Constitucional que argumentaba que limitar el acceso a la sanidad a determinados colectivos puede afectar a toda la sociedad y, la vinculación del derecho a la salud con el derecho a la vida y a las garantías de la dignidad de la persona. En, «La protección de la salud en la Constitución Española ob. cit.pp. 11-29

[48] Romeo Casabona, C. M., al tratar de la configuración de un «corpus» jurídico en torno al genoma humano, ya advertía que, pese al rechazo de algunos países a la concepción de los derechos humanos fruto de la cultura occidental por su exaltación del individuo, no deja de ser cierto que son el mejor dique de protección del individuo, no sólo frente al poder del Estado, sino también de otros poderes fácticos que puedan sentir la tentación de someter al individuo precisamente por medio del desarrollo científico y tecnológico. En, *Los genes y sus leyes. El derecho frente al genoma humano.* Bilbao-Granada. 2002. p. 57.

inicial, que, no siendo estrictamente curativa, puede amenazar valores y relaciones básicas de la vida humana, tradicionalmente protegidos por el derecho, como sucede en la consolidada práctica de la llamada Medicina reproductiva que ha dado lugar a la dotrina de los derechos reproductivos[49].

A mi entender, la construcción jurídica de los derechos de la personalidad —que reconoce bienes y derechos inherentes al ser humano que no pueden ser objeto de renuncia o disposición, salvo que exista una causa justificada en derecho[50]— apoyada en el principio germinal de dignidad de la persona surgido en el ámbito europeo[51], presente hoy en textos jurídicos a escala internacional, puede proteger más eficazmente a los seres humanos ante los cambios drásticos que impone la revolución tecnológica, y en particular, ante los ya producidos y los que provengan de la aplicación de nuevas técnicas médicas[52]».

La prestación de servicios médicos trata de salvaguardar la salud del paciente en la medida de las posibilidades que hoy ofrece el saber científico y la tecnología accesible en cada caso, a la búsqueda de un equilibrio del soporte psicosomático en el que

[49] Vega Gutiérrez, A. M., trata críticamente de la doctrina de los derechos reproductivos, cuyo origen sitúa en las Conferencias internacionales sobre Población(El Cairo 1994) y sobre la Mujer(Beijing 1995) donde se impulsó la figura del *Right to privacy* mantenida por la jurisprudencia americana asociándola al derecho a la protección de la salud en los países del tercer mundo bajo la denominación «salud reproductiva», denominación que resulta más justa, siempre que se entienda como «el derecho a recibir servicios adecuados de atención a la salud que permitan los embarazos y los partos sin riesgos y ofrezcan a las parejas las máximas posibilidades de tener hijos sanos». En «Los "derechos reproductivos" en la sociedad postmoderna: ¿una defensa una amenaza contra el derecho a la vida?», en *Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida,* Jaime Vidal Martínez (coord.), Ignacio Francisco Benítez Ortúzar Ana María Vega Gutiérrez, Biblioteca de derecho y ciencias de la vida, Granada, 1998, pp. 1-52; pp. 11 y ss., p. 29.

[50] Vidal Martìnez, J., analiza los antecedentes, naturaleza y alcance de los derechos de la personalidad y la función que pueden desempeñar para la protección del ser humano, en la esfera moral, corporal y en el ejercicio de las libertades esenciales de la persona, en «Algunos datos y observaciones acerca de la construcción civil de los derechos de la personalidad (derechos y libertades inherentes a la persona en la actual etapa de desarrollo tecnológico», en *Estudios Jurídicos En Homenaje al Profesor Luis Diez-Picazo,* Tomo I, Madrid, 2003, pp. 1073-1104.

[51] El Tribunal Constitucional Español en la S. 53/1985 calificó el artículo 10.1 que formula los principios básicos de «dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás» como «germen de derechos y libertades». Posteriormente, en la S 37/2011 situaba el derecho a la información sanitaria y el derecho a decidir sobre la propia salud en la órbita del derecho a la integridad física y moral (artículo 15 C.E.)

[52] Eser, A., destaca que los nuevos método y aplicaciones de la medicina despiertan fascinación, pero también considerable ansiedad, lo que ha modificado el papel y la responsabilidad del médico, particularmente en la medicina hospitalaria, crecientemente apoyada en instrumentos y aparatos, dominados en ocasiones por investigadores, más interesados en adquirir nuevos conocimientos básicos que en el bienestar individual del paciente. En «Perspectives of Medical Law under the challenges of Modern Biothechnology» *Rev Der Gen H* (2014 num. extraordinario pp. 87-101; pp. 88-89 (mi traducción).

se asienta la personalidad de cada ser humano. Desde este enfoque, considero, que el derecho a la protección de la salud, inherente a todo ser humano, tiene por objeto la conservación y salvaguarda de bienes inherentes en su esfera corporal-vida, integridad psicofísica y libertades esenciales propias de la esfera moral, tales como la intimidad personal y familiar[53], el mantenimiento de las propias convicciones y del proyecto de vida, concatenados en la unidad sustancial de la persona —vocablo que refiere al ser humano en su relación con los demás— todo lo cual aumenta la complejidad de la respuesta jurídica al tratar del contenido y alcance del citado derecho[54].

III.2. **Referencia a su contenido y alcance**

En la actualidad la construcción jurídica de los derechos del paciente tiene un amplio reconocimiento y ha supuesto un cambio de paradigma respecto a la medicina tradicional. El origen de la citada construcción se encuentra en la práctica médica en los Estados Unidos»[55], habiéndose justificado en el hecho de que «se han incrementado los riesgos de vulnerar los derechos o bienes más personales del paciente; ello se ha visto favorecido, debido a que la atención hospitalaria, tecnificada y compartida, entraña condiciones objetivas de deshumanización en el trato del paciente y una difuminación en la determinación de los profesionales sanitarios sobre los que recaen la

[53] Vidal Martínez, J., sostiene que el derecho a la intimidad protege una libertad potenciada o superlativa que atiende a evitar la fiscalización intrusiva o la difusión instrumentalizadora del conocimiento de la zona nuclear de ser y vivir humanos, regulado en la Constitución Española, como derecho de la personalidad, cuyo alcance y significación difieren del «derecho a la privacidad». En *El derecho a la intimidad en la Ley Orgánica de 5-5-1982*, Montecorvo S.A., Madrid, 1984.

[54] Fernández Coronado, A., destaca la idea de participación conjunta médico paciente en la toma de decisiones, propia de la ética de la responsabilidad y la introducción de nuevos principios en la legislación sanitaria, de acuerdo con la aparición de nuevos intereses protegibles, tales como la identidad humana, integridad psicofísica, intimidad que se integran en la dignidad humana y cuyo respeto habrá que hacer compatible con la libertad de investigación. En «La conciencia como fundamento de la prestación de servicios sanitarios en una sociedad plural», en *La protección de la salud en tiempo de crisis,* ob. cit., pp. 123-148; pp.142-144.

[55] Romeo Casabona, C.M. sitúa el origen de las cartas de derechos de los pacientes, con el precedente del Código de Nuremberg e 1947, en la Declaración de los Derecho del Paciente presentada en 1972 por la Asociación Americana de Hospitales, recomendada a los hospitales asociados para contribuir a una mejor atención y satisfacción del paciente lo que significó un paso simbólico de trasladar al paciente el protagonismo que le corresponde en su propia enfermedad, nuevo talante que conecta con otros precedentes muy importantes relativos a la decidida preocupación internacional por los derechos humanos, tal la Declaración de Lisboa sobre Derechos del Paciente adoptada por la 34.ºAsamblea Mundial en 1981; también la Carta del Enfermo Usuario del Hospital aprobada por la Asamblea Plenaria del Comité Hospitalario de la Comunidad Económica Europea en 1981. En «Configuración sistemática de los derechos de los paciente en el ámbito del Derecho Español», *Jornadas sobre los derechos de los pacientes 1990,* Madrid, 1992, INSALUD, pp. 171-198; pp. 172-173.

obligaciones que conciernen a aquél»[56]. El reconocimiento creciente de la autonomía de la persona en el ámbito de la protección de la salud ha supuesto la multiplicación de los derechos del paciente a medida que aumentaba la complejidad en la asistencia médica y hospitalaria[57], tal como se aprecia en la legislación española en la materia[58], destacando entre los citados derechos el de decidir, después de recibir información, entre las opciones clínicas disponibles, o el de manifestar su voluntad mediante un documento de instrucciones previas que deberán ser atendidas en circunstancias de no poder expresarlas personalmente, respetándose así la autonomía de la persona dentro de los límites del ordenamiento jurídico[59].

La exigencia del consentimiento informado en el ámbito de la sanidad establecida en numerosos textos jurídicos implica un enorme avance siempre que se aplique en el contexto de una medicina humanizada y no se aplique como un simple medio de limitación de responsabilidad. Dicho consentimiento difiere del que precisan los negocios patrimoniales por cuanto repercute —dado que toda intervención sanitaria implica un riesgo— sobre bienes de la personalidad, que, por formar parte de la unidad sustancial de cada ser humano, no pueden-jurídicamente, ser objeto de renuncia o transmisión, aunque dicha regla puede flexibilizarse en caso de excepción previstos por la ley, atendiendo a la concurrencia de circunstancias especiales y a finalidades que se estiman legítimas[60]. De acuerdo con este planteamiento, cabe considerar los derechos reconocidos por la legislación sanitaria como facultades ínsitas en el derecho a la protección de la salud, reforzadas al compás del reconocimiento de la mayor autonomía del paciente,

[56] Romeo Casabona, C.M. «*Jornadas…*», ob. cit., p. 176.

[57] Romeo Casabona, C.M., consideraba que la mayoría de los derechos emergentes del paciente derivaban de un núcleo de derechos: a la asistencia sanitaria; a la libre autodeterminación que implica, ante todo, la necesidad de que el paciente otorgue su consentimiento informado para cualquier exploración o tratamiento ; a la intimidad que implica confidencialidad en lo relativo a su enfermedad, así como respeto a las creencias religiosas o concepciones morales del enfermo; a la información, derecho que puede hallarse implicado con los anteriores; «el respeto a la dignidad de la persona sería, más que un derecho autónomo en sí mismo, el vértice inspirador de todos ellos y el crisol o filtro de todos los derechos del paciente», en *Jornadas,* ob. cit., pp. 176-178.

[58] La Ley General de Sanidad de 1986 establece los derechos de todos con respecto a las distintas administraciones públicas sanitarias en quince apartados, citando en primer lugar el respeto a la persona, dignidad humana e intimidad y el derecho a la no discriminación. Posteriormente, la Ley 41/2002 básica, reguló la autonomía del paciente y los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, ampliándose la lista de derechos del paciente en textos legislativos procedentes de las Comunidades Autónomas.

[59] En este sentido los artículos 9.3 y 11.3 de la Ley 41/2002 sobre la autonomía del paciente.

[60] Así, el consentimiento a una intervención en el ámbito de la sanidad elimina el ilícito que supone toda invasión forzada en la esfera corporal o moral de la persona, si se ajusta a la *lex artis,* dada su finalidad terapéutica.

acompañadas de la necesidad de establecer mayores controles a medida que aumenta la complejidad de los servicios sanitarios[61].

Los avances espectaculares en el campo de las comunicaciones justificaron la creación de un derecho fundamental de protección de datos personales de los ciudadanos destinado instrumentalmente a proteger otros bienes y derechos esenciales; en ese contexto, los datos de salud reclaman una especial protección, mayormente los datos genéticos, dada su particular inherencia a la persona y las negativas consecuencias que su conocimiento fuera del ámbito médico puede acarrear para el paciente[62]. La utilización creciente de la tecnología en la práctica médica supone un punto de inflexión pues con la automatización y la programación por ordenador se desconectan los actos humanos de su finalidad inicial, se difumina el sentido de la responsabilidad y se corre el riesgo de alterar la percepción de los valores jurídicos, tal, en las variadas aplicaciones de la inteligencia artificial (IA)[63].

IV. Consideraciones finales

La construcción de los derechos de la personalidad permite, en mi opinión, proteger más eficazmente a la salud de las personas en la actual etapa de acelerado desarrollo tecnológico, en tanto se concilia la dignidad y la libertad humanas, sin suprimir, en

[61] Desde diferentes perspectivas se ha tratado de adaptar las categorías jurídicas establecidas al hegemónico «derecho a la privacidad» ponderando o creando nuevos derechos con fórmulas flexibles, que, sin embargo, resultan difíciles de asimilar en sociedades multiculturales.

[62] Sarrión Esteve, J. y Benlloch Doménech, C. estudian la protección de datos clínicos en el sistema multinivel de la Unión Europea y en el Derecho Español, abogando por una normativa única de producción interna, aplicable a los derechos de acceso, rectificación, conservación y cancelación de los datos clínicos, en «Protección de los datos clínicos relativos a la propia salud», *La protección de la salud en tiempo de crisis,* ob. cit., pp. 331-359. El Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de febrero de 2025 relativo al Espacio Europeo de Salud tiene por objeto establecer un nuevo marco común para el uso e intercambio de datos de salud electrónicos en la ue que se prevé aplicar de forma gradual y estructurada en los próximos años en beneficio de pacientes, profesionales sanitarios e investigadores, así como de la industria y la innovación en el campo de la salud

[63] Luquin Bergareche, R., señala que el contexto de digitalización tiene una especial incidencia en el sector de la salud y lo servicios médicos profesionales, tratando extensamente de los cambios que ello conlleva en la asistencia sanitaria, en la medicina de precisión y en la prestación de servicios de salud mediante IA, en «Responsabilidad contractual por el uso de IA en la prestación de servicios de telemedicina y aplicaciones de salud digital», en *Derecho de contratos, responsabilidad extracontractual e inteligencia artificial,* VV.AA. Asociación de Profesoras y Profesores de Derecho Civil, Aranzadi Madrid, 2024, Capítulo VI, pp. 265-337. Atienza Navarro, M.ª Luisa plantea la cuestión de si es necesaria una regulación nueva para los daños causados por la IA, dada su intrínseca heterogeneidad, y trata de la aplicación de regímenes de responsabilidad civil a la IA y de las últimas propuestas de la Unión Europea para lograr una regulación homogénea en la materia, En «La responsabilidad civil por daños causados por inteligencia artificial. Estado de la cuestión», en *Derecho de contratos, responsabilidad extracontractual e inteligencia artificial,* ob. cit., Capítulo VII, pp. 341-409; p. 398.

relación con los distintos agentes sanitarios, la responsabilidad de los actos realizados en detrimento de los bienes y derechos inherentes a las personas[64].Dado que la salud individual es fruto de diversos factores, objetivos y subjetivos, y está sujeta en última instancia a los condicionamientos de la naturaleza humana y a las características y comportamientos de cada persona, será necesario atender a ese cúmulo de factores, procurando que el progreso tecnológico se ponga al servicio de las personas, gestionando para ello prudentemente los avances que se produzcan en el campo de la biomedicina[65] y señaladamente los que deriven de aplicaciones de la inteligencia artificial en la Medicina personalizada de precisión[66].

Teniendo en cuenta la estrecha relación que existe entre la salud pública y la salud individual, así como las enormes diferencias que en esta materia existen entre los pueblos de la Tierra y aun dentro de cada país, las políticas públicas de salud debe estar orientadas, mediante la cooperación internacional, a remediar las carencias en los bienes básicos para la salud humana, fomentando la educación para la salud, facilitando a toda persona la asistencia médica y sanitaria que precise y procurando se extienda a todos los pueblos los beneficios que la ciencia y la técnica aporten en este campo[67]

[64] Andorno, R. En «El respeto de la dignidad humana en el ámbito biomédico según la Declaración de la unesco» *Hacia una Bioética Universal. La Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la unesco,* ob. cit*.,* pp. 17-20, señala que se afianza la noción de dignidad humana con un valor jurídico, operativo mediante otros conceptos, tales como el de «consentimiento informado» «confidencialidad de los datos personales «no discriminación y no estigmatización, etc.». En el Derecho Argentino se fundamenta en los derechos personalísimos el derecho a la salud y a decidir sobre el propio cuerpo. En el Derecho Español, la Ley de Investigación Biomédica 14/2007 establece que la regulación de la investigación biomédica se hará «con pleno respeto a la dignidad e identidad humanas y a los derechos inherentes a la persona». (a.1).

[65] Gracia, D., considera que la salud es no sólo un hecho sino también un valor, `por lo que la función de la medicina será no sólo «asistir» a los enfermos, sino también «construir» de modo prudente lo conceptos de salud y enfermedad, ayudando a gestionarlos individual y socialmente en forma razonable, evitando la tiranía de la salud que puede llevar a la crisis del sistema. En «Construyendo la salud», *Claves de razón práctica 2013,* pp. 42-51; p. 50.

[66] Romeo Casabona, C. M., Nicolás Jiménez, P., De Miguel Beriain, I., afirman «La toma de decisiones en el marco de la Medicina en general, pero sobre todo en el de la MPP exigirá que los profesionales de la salud sean muy cautelosos en el uso de las potente herramientas informáticas y de inteligencia artificial., en no supeditarse de forma rutinaria a su propuestas indicadoras sobra toma de decisiones. El ser humano ha de permanecer como señor de sus propias decisiones, respecto a las que las diversas herramientas de precisión sobre el diagnóstico, pronóstico y tratamiento no debería sobrepasar su estricta función de asistentes y auxilio profesional». En *Retos éticos y necesidades normativas en la actividad asistencial,* ob. cit., p. 17.

[67] Talavera Fernández, P., señala algunas líneas de actuación para reorientar el actual paradigma de la salud que debe construirse, asumiendo como presupuesto irrenunciable que la protección de la salud es una exigencia de ámbito planetario por lo que debe garantizarse un estándar mínimo de salud global. En «Las dificultades que el actual paradigma subjetivista e la salud…», ob. cit., p. 43 y 44.

En la configuración del derecho a la protección de la salud a escala global pueden servir de orientación los principios establecidos en la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO y los que informan el Convenio de Biomedicina y Derechos Humanos, en cuanto derivados del principio matriz que reconoce el valor intrínseco de todo ser humano[68] en el que se apoya directamente la construcción jurídica de los derechos inherentes a la persona, debiendo tenerse en cuenta la vulnerabilidad y dependencia de la condición humana, así como la mediatización creciente que supone en la actualidad el desarrollo tecnológico, particularmente en las etapas iniciales y finales de la trayectoria vital del ser humano y en todo proceso asistencial[69].

[68] El Profesor Manuel GITRAMA GONZALEZ afirmaba, tiempo atrás, comprender, justificar y respetar el paso de una medicina liberal o individual a una medicina socializada y colectiva…, pero si la medicina ha de seguir siendo «humana» ha de partir de una relación médico-paciente «interpersonal, objetivante y que siempre debe ser amistosa», en «La convergencia de dos humanismos: Medicina y Derecho (Sobre el contrato de servicios médicos)», *Anuario de Derecho Civil XXX,* 1977, pp. 273-335; pp. 277-278.

[69] El Profesor Carlos María ROMEO CASABONA afirmaba, tiempo atrás, «Hay que tener claro que para evitar que la disminución somática o espiritual que de forma temporal o crónica afecta al enfermo se extienda a otros aspectos de su personalidad, es precisa, antes que nada, una actitud positiva y dinámica de las autoridades sanitarias y los diversos profesionales sanitarios, de ellos ha de partir la iniciativa con su comportamiento y sensibilidad y no esperar que los propios interesados esgriman sus derechos, lo que en muchas ocasiones por condicionamientos culturales o emocionales no van a poder hacer por sí mismos» en «Configuración sistemática de los derechos de los pacientes…», *Jornadas sobre los derechos de los pacientes,* 1990, ob. cit., p. 198.

Esta obra colectiva constituye un homenaje a la trayectoria científica y académica de Carlos María Romeo Casabona, una de las figuras más influyentes del pensamiento jurídico contemporáneo en el ámbito hispanohablante. A través de las contribuciones de numerosos especialistas, los tres volúmenes reflejan las principales líneas de investigación que marcan su legado intelectual. Esta publicación pretende expresar el reconocimiento de discípulos, colegas y amigos a quien fue un maestro excepcional, cuya obra ha dejado una huella profunda en varias generaciones de investigadores. Concebida inicialmente como un homenaje en vida, Carlos Romeo conoció el proyecto desde sus primeras fases y siguió con interés su desarrollo, manifestando en todo momento su gratitud hacia quienes participaban en él. Estos volúmenes aspiran, así, a preservar y proyectar un legado científico e intelectual que continúa siendo una referencia imprescindible para el Derecho penal y el Bioderecho.

COMARES
editorial

ISBN 979-13-7033-159-7